UNIVERSIDAD AUSTRAL

TESIS DOCTORAL

EL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA

FUNDAMENTO DE SU IMPUNIDAD

Y NATURALEZA JURIDICA

ALEJANDRO DAVID

DIRECTOR: PROF. DR. URS KINDHÄUSER

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN 1

Capítulo I 10

TEORÍAS "CLÁSICAS" SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA IMPUNIDAD DEL DESISTIMIENTO 10

1. Introducción 10

2. Las "teorías jurídicas" (*Rechtstheorien*) 10

2.1. Las teorías jurídicas subjetivas 13

2.1.1. La teoría de la anulación 13

2.1.2. La teoría de la nulidad 14

2.1.3. La teoría de la debilidad o falta de perseverancia de la voluntad 15

2.1.4. La teoría de la presunción 16

2.2. Las teorías jurídicas objetivas 16

2.3. Crítica a las teorías jurídicas 18

3. Teoría político-criminal o del "puente de oro" (*Theorie der goldenen Brücke*) 22

3.1. Exposición 22

3.2. Crítica a la teoría del "puente de oro" 29

4. Teoría del "premio" o de la "gracia" (*Prämientheorie oder Gnadentheorie*). 37

4.1. Exposición 37

4.2. Crítica a la teoría del "premio" o "gracia". 40

5. Teorías del "fin de la pena" (*Strafzwecktheorie*) 45

5.1. Las distintas formulaciones 46

5.2. La "comprensión totalizadora" 48

5.3. La teoría del "fin de la pena modificada" de ROXIN 50

5.4. Crítica a las teorías del "fin de la pena" 53

Capítulo II 63

LAS TEORÍAS "CONTEMPORÁNEAS" SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA IMPUNIDAD DEL DESISTIMIENTO 63

1. Introducción 63

2. La teoría de la equidad de MARTÍNEZ ESCAMILLA 64

2.1. Exposición 64

2.2. Crítica a la teoría de la equidad 65

3. La teoría del interés de la víctima de WEINHOLD (*Opferschutztheorie*) 66

3.1. Exposición 66

3.2. Crítica a la teoría del interés de la víctima 73

4. Teoría del pago de la deuda de HERZBERG (*Schulderfüllungstheorie*) 74

4.1. Exposición 74

4.2. Crítica a la teoría del pago de la deuda 78

5. La teoría de la reversión del peligro de JÄGER (*Theorie der Gefährdungsumkehr*) 80

5.1. Exposición 80

5.2. Crítica a la teoría de la reversión del peligro 89

6. El desistimiento como modificación del hecho de JAKOBS 92

6.1. Exposición 92

6.2. Crítica a la tesis del desistimiento como modificación del hecho 98

7. La teoría del desistimiento como reverso del ilícito subjetivo de SANCINETTI 100
7.1. Exposición 100
7.2. Crítica a la tesis del desistimiento como reverso del ilícito subjetivo 105
8. La tesis del carácter disfuncional de la plena impunidad de REAÑO PESCHIERA 108
9. La teoría de la irrelevancia penal del injusto de la tentativa de POZUELO PÉREZ 113
10. La fundamentación diferenciada entre tentativa acabada e inacabada de BENLLOCH PETIT 115
11. La teoría de la máxima seguridad de salvación de ALCÁCER GUIRAO 118
12. Teoría de la combinación de fundamentos 122

Capítulo III 124
NATURALEZA JURÍDICA Y UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL DESISTIMIENTO 124
1. Introducción 124
2. Evolución histórica de la regulación legislativa de la tentativa y del desistimiento en Alemania 125
2.1. El punto de partida: el Derecho general territorial prusiano (*Das preußische Allgemeine Landsrecht*) 126
2.2. Los proyectos del § 31 del Código Penal prusiano de 1851 128
2.3. El Código Penal prusiano de 1851 y la regulación de la tentativa dependiente del desistimiento 128
2.4. La irrupción de las teorías jurídicas como síntesis de tentativa y desistimiento . 130
2.5. La regulación del § 31 Pr.StGB de 1851 y el procedimiento penal 131
2.6. El Código Penal del Reich RStGB de 1871 y su consideración individual 132
2.7. El Código Penal alemán de 1975 136

2.8. Síntesis de la retrospectiva histórica 137
3. El desistimiento como causa de exclusión de la tipicidad 144
3.1. El desistimiento como "elemento negativo" de la tentativa punible en la doctrina alemana 144
3.1.1. La concepción de Reinhard VON HIPPEL 144
3.1.2. La teoría unitaria del hecho ampliado de LANG-HINRICHSEN 150
3.1.3. La concepción de VON SCHEURL 155
3.2. El desistimiento como causa de exclusión de la tipicidad en la doctrina de habla hispana 159
4. El desistimiento como causa de exclusión de la antijuridicidad 165
5. Ubicación sistemática del desistimiento en el nivel de la culpabilidad 166
5.1. El desistimiento como causa de exclusión o de supresión de la culpabilidad 166
5.2. El desistimiento como causa de disculpa ("*Entschuldigungsgrund*") 167
5.3. El desistimiento como "elemento negativo" de la culpabilidad de la tentativa 171
5.4. Crítica al desistimiento como causa de exclusión o supresión de culpabilidad 177
6. La ubicación del desistimiento dentro del nivel del injusto penal 178
7. El desistimiento como instituto interno de la tentativa 178
8. El desistimiento como causa de exclusión de la responsabilidad penal 179
9. Ubicación sistemática del desistimiento dentro de la punibilidad 181
10. El desistimiento como un aspecto de la medición de la pena 185
11. El desistimiento como causa de exclusión de la penalidad 187
12. El desistimiento como tipo autónomo de liberación de la pena 188

Capítulo IV 189

EL DESISTIMIENTO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TEORÍA ANALÍTICA-TELEOLÓGICA 189
1. Introducción 189
2. El hecho punible: norma e imputación como categorías de su estructura 190
3. Normas de sanción 196
3.1. Concepto 196
3.2. El fin de las normas de sanción 196
3.3. La función constitutiva de las normas de sanción y el carácter institucional del hecho punible 199
3.4. Legitimación de las normas de sanción 205
4. Normas de comportamiento 209
4.1. Concepto 209
4.2. El fin de las normas de comportamiento 211
4.3. Las normas de comportamiento como razones excluyentes para la acción (*ausschließende Handlungsgründe*) 215
4.3.1. La teoría de las normas de RAZ 217
4.4. Las normas de comportamiento como reglas de coordinación 222
4.5. Legitimación de las normas de comportamiento 226
4.6. Validez de las normas de comportamiento y culpabilidad material 228
4.6.1. Planteo del tema 228
4.6.2. Crítica a las principales posturas sobre la culpabilidad material 230
4.6.3. El concepto de culpabilidad material 234
4.7. La norma de sanción como motivo auxiliar para la acción adecuada a la norma de conducta 243

5. Contenido de las normas de comportamiento y antinormatividad. 244
5.1. La conducta antinormativa como objeto de la imputación penal 244
5.2. El contenido proposicional o lucucionario y la fuerza ilocucionaria de las normas de comportamiento 246
5.3. Antinormatividad como propiedad superviniente 249
5.4. Determinación y valoración como funciones pragmáticas de las normas de comportamiento 252
6. Las reglas de imputación 256
6.1. Normas y reglas de imputación 256
6.2. Cumplimiento de la norma y seguimiento de la norma 259
6.3. El modelo de intenciones escalonadas 261
6.4. Los dos niveles de la imputación penal: capacidad de acción y capacidad de motivación 264
6.5. El silogismo práctico y la determinación de la "infracción de deber" (*Pflichtwidrigkeit*) 267
6.6. La capacidad de acción como presupuesto pragmático de la vinculación con la norma 272
6.7. La asimetría estructural entre antinormatividad e "infracción de deber" 274
6.8. La tentativa como figura de responsabilidad subsidiaria 283
6.9. La imputación extraordinaria 286
6.9.1. Responsabilidad por el propio déficit de responsabilidad 286
6.9.2. Subrogación de la responsabilidad por infracción de una obligación (*Obliegenheitsverletzung*) 288
6.9.3. Criterios de la "infracción de la obligación" (*Obliegenheitsverletzung*) 294

7. Prescripción y adscripción como la gramática profunda del Derecho penal..... 297

7.1. La separación lógica entre reglas de comportamiento y reglas de imputación ... 297

7.2. La distinción entre Parte General y Parte Especial..... 299

8. La punibilidad de la tentativa 302

9. El desistimiento 308

9.1. Concepto..... 308

9.2. Ubicación sistemática..... 311

9.3. El fundamento de la impunidad del desistimiento..... 313

9.4. La imputación del desistimiento y su requisito objetivo. Repercusiones prácticas del fundamento de su impunidad..... 316

9.5. La jurisprudencia del BGH..... 321

9.6. El debate de la doctrina alemana 329

9.6.1. La exigencia causal..... 329

9.6.2. La teoría del "incremento de la probabilidad de salvación" (*Chancenerhöhungstheorie*) 331

9.6.3. La teoría de la "prestación más segura" (*Bestleistungstheorie*) 333

9.7. La exigencia de una acción calificada -prestación óptima- como consecuencia de la *ratio* de la impunidad del desistimiento 337

CONCLUSIONES 344

ABREVIATURAS 360

BIBLIOGRAFIA..... 361

INTRODUCCIÓN

La evolución histórica de la teoría del delito ha deparado una atención diferencial a sus distintos institutos. Mientras el desarrollo de algunos es profuso y profundo, el de otros exhibe un tratamiento mucho más modesto. Este es el caso del desistimiento de la tentativa, aun cuando, en los últimos años, haya despertado un mayor interés en la doctrina.

Este trabajo tiene por objeto el tratamiento de tres aspectos relevantes del desistimiento: el fundamento de su impunidad, su ubicación sistemática y ciertos efectos prácticos sobre la imputación de la conducta de desistimiento -el denominado requisito objetivo de eficacia-.

Por tradición, influencia y afinidad, las legislaciones argentina, alemana y española constituyen el marco de referencia de derecho positivo para esta investigación. La continua remisión a las disposiciones sobre el desistimiento hace necesario su transcripción como punto de partida.

Así, el art. 43 del Código Penal argentino[1] dispone:

> "El autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito".

El art. 16 del Código Penal español[2] establece:

[1] El Código Penal argentino se refiere a la tentativa, en forma separada, en el art. 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".

[2] El Código Penal español regula, conjuntamente, tentativa y desistimiento en el mismo artículo. Con referencia a la primera, dispone el art. 16, primer párrafo: "1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que

"… 2. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si estos fueren ya constitutivos de otro delito o falta.

3. Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquel o aquellos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si estos fueren ya constitutivos de otro delito o falta."

Por su parte, el Código Penal alemán[3] -en adelante, StGB- determina en el § 24 que:

"1. No será castigado por tentativa, quien voluntariamente abandona la ulterior ejecución del hecho o impide su consumación. Cuando, sin contribución del que desiste, el hecho no llega a consumarse, este quedará impune si, de manera seria y voluntaria, se hubiere esforzado en impedir su consumación.

2. Cuando varios intervienen en el hecho, no será castigado por tentativa el que impida voluntariamente su consumación. Sin embargo, para su impunidad, será suficiente su esfuerzo voluntario y serio para impedir la consumación del hecho, cuando este no se consuma sin su intervención o cuando se cometa con independencia de su aporte anterior al hecho"[4].

---

objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo este no se produce por causas independientes de tal voluntad del autor…".

[3] En el § 22, el StGB, al igual que la legislación argentina, regula la tentativa en forma separada: "Comete tentativa de un hecho punible, quien, según su representación del hecho, se dispone inmediatamente a la realización del tipo" ("*Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt*").

[4] Traducción propia: § 24 StGB: ("1. *Wegen Versuchs wird nicht bestraft, wer freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgibt oder deren Vollendung verhindert. Wird die Tat ohne Zutun des Zurücktretenden nicht vollendet, so wird er straflos, wenn er sich freiwillig und ernsthaft bemüht, die Vollendung zu verhindern. 2. Sind an der Tat mehrere beteiligt, so wird wegen Versuchs nicht bestraft, wer freiwillig die*

En consonancia con este marco positivo de referencia, cabe constatar que la gran mayoría de las legislaciones también consagra la impunidad del desistimiento voluntario en la tentativa[5].

Esta primera comprobación permite apreciar que el desistimiento es un instituto absolutamente singular dentro de la teoría del delito. En primer lugar, conduce a la impunidad de una conducta que, mediante la realización de actos ejecutivos, ya había ingresado al ámbito de lo punible. En segundo lugar y a diferencia de otros institutos que afectan la punibilidad, se aplica a todos los delitos de la Parte Especial que, por su formulación típica, admiten la posibilidad de tentativa.

La trascendencia de la consecuencia jurídica del desistimiento voluntario requiere una definición precisa de sus contornos y una delimitación de su alcance. El intento de desentrañar el fundamento jurídico de su impunidad adquiere particular relevancia no solo desde el punto de vista teórico, sino principalmente como pauta hermenéutica frente a la amplia diversidad casuística. Este aspecto, a su vez, influye sobre su requisito objetivo, la eficacia, cuya configuración está estrechamente vinculada con la posición que se asuma con relación a aquel fundamento. Estas razones determinan que el presente trabajo se limite a la *ratio* de la impunidad del desistimiento voluntario, su ubicación sistemática y los efectos prácticos sobre su requisito objetivo de eficacia.

Por cierto, este encuadre no desconoce la importancia dogmática del requisito subjetivo del desistimiento, la voluntariedad, pero su tratamiento excedería con mucho los límites de esta investigación. Además, se trata del elemento que más ha concitado la atención de doctrina y jurisprudencia, hasta el punto de haberse escrito mucho más sobre la voluntariedad que sobre el fundamento mismo del desistimiento.

Vollendung verhindert. Jedoch genügt zu seiner Straflosigkeit sein freiwilliges und ernsthaftes Bemühen, die Vollendung der Tat zu verhindern, wenn sie ohne sein Zutun nicht vollendet oder unabhängig von seinem früheren Tatbeitrag begangen wird").

[5] Para un detalle de la legislación comparada, cfr. Guillermo FRIELE, *El desistimiento en la tentativa, Estudio del art. 43 del C.P.*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, 147-165.

A diferencia de la uniformidad legislativa con relación a las consecuencias jurídicas del desistimiento, la dogmática penal mantiene abierto el debate sobre el fundamento de su impunidad[6]. Desde perspectivas heterogéneas, numerosas teorías se han disputado históricamente el predominio, aunque sus aportes no hayan contribuido demasiado a aclarar el panorama[7]. Esta circunstancia revela la necesidad dogmática de su estudio en beneficio de la seguridad jurídica y para evitar problemas de legalidad. Muchas teorías introducen requisitos no contemplados por el derecho positivo y, por tanto, restringen el ámbito de aplicación del desistimiento[8], mientras que otras concepciones rebajan sustancialmente las exigencias y, de este modo, amplían las posibilidades de exención de pena.

No se trata de descubrir una única fórmula que permita resolver los numerosísimos supuestos de desistimiento imaginables. Sin embargo, resulta ineludible legitimar científicamente el tratamiento desigual que introduce la decisión legislativa de no castigar frente a aquellos casos en que se prevé la imposición de una pena. Esta conformidad dogmática debe sustentarse materialmente en una "diferencia valorativa esencial entre las situaciones de hecho en cuestión"[9]. Del mismo modo, también se debe justificar la

[6] Cfr. Guillermo BENLLOCH PETIT, *El desistimiento voluntario del delito. El tipo objetivo del desistimiento,* tesis doctoral inédita dirigida por Jesús-María Silva Sánchez, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 1998, 7, para quien la única coincidencia metodológica en la doctrina científica sea, quizá, el iniciar los estudios sistemáticos sobre el desistimiento buscando su fundamentación teórica.

[7] Cfr. Claus ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, Band II, C.H. Beck, München, 2003, 477, quien, en relación con los múltiples problemas interpretativos de la regla del § 24 I StGB, señala que los conceptos básicos "abandonar", "evitar/impedir", "voluntariedad", dentro de la dogmática penal de la Parte General, son tan controvertidos como pocos. Aun así, previene no caer en el error de pensar que una concepción abstracta, aunque necesaria, del desistimiento voluntario pueda dar respuesta, sin más, a la gran cantidad de detalles que se presentan en la interpretación legal. También, cfr. EL MISMO, "Über die Ratio des Rücktrittsprivilegs im Strafrecht", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC*, n° 2, año 2000, artículo 02-06, publicado en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_02.html (disponible el 23/9/06).

[8] Tal como pone de relieve Laura POZUELO PÉREZ, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, 35-36, al señalar la frecuente confusión doctrinaria entre el fundamento mismo del desistimiento y su requisito subjetivo "voluntariedad". La autora llama la atención sobre el hecho que se haya escrito mucho más sobre la voluntariedad que sobre el fundamento del desistimiento.

[9] Cfr. BENLLOCH PETIT, *El desistimiento…,* 8, donde señala que, así como resulta indudable la necesidad de fundamentar toda limitación de derechos por parte del Estado, siendo la imposición de una pena el caso paradigmático, también la decisión de eximir de castigo debe tener su justificación. En este sentido, afirma que "en el fondo, prever en un precepto el castigo de determinadas conductas para, en otro precepto, excepcionar algunos supuestos o bien incluir ya en el precepto sancionador las excepciones o grupos de supuestos excepcionados del castigo, son dos vías que poseen un sentido normativo equivalente. El inclinarse por uno u otro modelo, será principalmente un problema de técnica legislativa". De este modo, cuando la causa de excepción tenga carácter general y haya de afectar a una pluralidad o al conjunto de los tipos,

equiparación, en términos de impunidad, entre quienes pasaron el umbral de lo penalmente intolerable mediante la realización de actos ejecutivos y luego desistieron, y los que nunca iniciaron siquiera una tentativa.

Las consideraciones precedentes demuestran la trascendencia teórica del tema y las derivaciones de orden práctico, en tanto se renuncia al castigo de un sujeto que, tras haber realizado todos o parte de los actos ejecutivos, en sí mismos punibles, impide voluntariamente la consumación, ya sea omitiendo proseguir su plan delictivo, ya sea realizando acciones positivas de evitación[10].

Esbozada, entonces, la importancia del desistimiento voluntario de la tentativa, cabe hacer referencia a la teoría analítica-teleológica que aporta el sustento dogmático a esta investigación. La distinción analítica entre nomas de comportamiento y reglas de imputación conforman un modelo de reconstrucción del hecho punible como "contradicción de la norma" (*Normwiderspruch*). La diferenciación de sus correspondientes funciones pragmáticas se explica a través de dos elementos del uso del lenguaje, complementos de la gramática profunda del Derecho penal: el prescriptivo, que se corresponde con la función pragmática de las normas de conducta como criterio de lo jurídicamente correcto; y el adscriptivo, que se corresponde con la función pragmática de las reglas de imputación como criterio de atribución de responsabilidad penal.

El fin de la sistematización dogmática es el esclarecimiento de la responsabilidad penal. En este sentido, como las reglas de imputación permiten interpretar la conducta como déficit de reconocimiento de la norma como razón eficaz para la acción -es decir, explican el hecho punible como contradicción de esa norma-, de su verificación depende la legitimidad y justicia de la respuesta punitiva. Por tanto, las reglas de imputación constituyen un complemento indispensable de las normas de sanción.

---

convendría incluirlos en forma de cláusula general. Cuando tenga carácter especial y haya de afectar a un único delito, cabría, entonces, incluirlo dentro del tipo.

[10] Cfr., entre otros, Hans-Heinrich JESCHECK / Thomas WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5° vollständig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Dunckner & Humblot, Berlin, 1996, 538; LOS MISMOS, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, trad. de Miguel Cardonete, 5° ed. corregida y ampliada, Comares, Granada, 2002, 578.

En la dogmática penal alemana, el modelo de reconstrucción del hecho punible como un constructo interpretativo conformado por reglas prescriptivas y adscriptivas -cuyo valor declarativo específico es su contradicción con una norma de comportamiento- se remonta, sobre todo, a las investigaciones de HRUSCHKA y KINDHÄUSER, aunque con distintos acentos. Mientras HRUSCHKA[11] se concentró en la evolución histórica de las categorías fundamentales de la teoría de la imputación, las investigaciones de KINDHÄUSER[12] se orientaron a la reformulación de esas categorías fundamentales sobre la base del instrumental de la moderna filosofía del lenguaje.

La exposición de este modelo analítico de la estructura del delito constituye la base de la tesis que se integra con los siguientes postulados y que se intentará fundamentar en el último capítulo de este trabajo.

a) El desistimiento constituye una rectificación de la "contradicción de la norma" (*Revision des Normwiderspruchs*) que expresa la conducta de tentativa.

b) La *ratio* de la impunidad del desistimiento radica en la ausencia de necesidad de pena de la tentativa, sanción que deviene innecesaria porque el desistimiento cumple con su misma función, a saber, el restablecimiento de la validez de la norma de comportamiento.

c) Por su parte, el carácter de subrogado o equivalente funcional de la pena determina su naturaleza jurídica como causa personal de supresión de la pena.

d) Como presupuesto negativo de la norma de sanción, el desistimiento debe ubicarse sistemáticamente dentro de la "punibilidad".

---

[11] Cfr. Joachim HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, Walter de Gruyter, Berlin, 1976, *passim*.

[12] Cfr. Urs KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, 1. Auflage, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1989, 29 ss.; el mismo, "Zur Logik des Verbrechensaufbaus", Harald Koch (Hrgs.), *Herausforderungen an das Recht: Alte Antworten auf neue Fragen?*, 1997, 79 ss.

d) Asimismo, en el marco del requisito objetivo "eficacia", el fundamento de la impunidad del desistimiento requiere que se impute la conducta como rectificación de la "contradicción de la norma", Para ello, el sujeto deberá realizar la prestación óptima, es decir, todo lo que resulte prácticamente necesario para neutralizar la relevancia causal de la tentativa y que se pueda interpretar como expresión personal de un reconocimiento pleno de fidelidad al Derecho.

La estructura de los capítulos primero y segundo se consagra al tratamiento de la *ratio* de la impunidad del desistimiento. Como criterio de delimitación se ha optado, en un caso, por grado general de aceptación de cada teoría en la doctrina y jurisprudencia, y, en el otro, por el nivel de utilización de los nuevos institutos de la dogmática penal. El capítulo primero comprende un grupo de teorías, que podrían denominarse "clásicas", porque ya fueron o todavía son objeto de amplia acogida general. El denominador común es, por tanto, el predicado de "teoría dominante" del que ellas gozan o han gozado en un determinado ámbito jurídico. Por su parte, el capítulo segundo se dedica a un conjunto de concepciones que, si bien abordan la problemática desde ópticas muy heterogéneas, tienen en común el recurso a las modernas herramientas desarrolladas por la dogmática penal contemporánea, tales como la teoría de la imputación objetiva, el principio de protección de la víctima, la posición de garante por injerencia, entre otras. Este grupo exhibe las más variadas perspectivas, que oscilan entre fundamentos ajenos al Derecho penal hasta motivos internos a la propia tentativa, pasando por posturas que resaltan el carácter disfuncional del instituto, que adoptan una visión funcionalista-sistémica o que contemplan el ilícito desde lo puramente subjetivo. Por último, y con referencia a ambos capítulos, cabe adelantar que, si bien se intenta exponer los principales núcleos de discusión, limitaciones de orden material impiden una enumeración exhaustiva de todas las teorías y de sus diferentes variantes[13].

Las distintas posiciones sobre la ubicación sistemática del desistimiento y su naturaleza jurídica se exponen en el capítulo tercero. La aspiración de lograr una mayor

[13] Para una exposición detallada, especialmente de las teorías más antiguas, cfr. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal. El Delito y su Exteriorización*, Tomo VII, Losada, Buenos Aires, 1970, 791-811.

claridad expositiva justifica, de algún modo, su tratamiento separado del fundamento de la impunidad[14], lo cual no obsta a la legitimidad de su abordaje conjunto. Sea cual fuere la elección metodológica, es importante tener presente que los diferentes fundamentos sobre la impunidad no se mueven en el mismo plano dogmático, sino que presuponen un determinado emplazamiento sistemático. De allí, el tercer capítulo contiene el esbozo de los principales lineamientos sobre la ubicación del desistimiento dentro del sistema del delito, así como, en su caso, los principales reproches que se les formulan. Sin perjuicio de ello, el capítulo comienza con una retrospectiva histórica de la regulación positiva del desistimiento en el Derecho alemán, porque permite explicar el debate sobre el desistimiento hasta la actualidad, en términos de "teorías jurídicas" o "teorías de política criminal". En cuanto a la ubicación sistemática propiamente dicha, las diferentes teorías oscilan entre aquellas que le conceden al desistimiento virtualidad para excluir el injusto culpable a través de la supresión de alguno de sus elementos y aquellas que se mueven dentro del ámbito de la punibilidad sobre la base de la incolumidad del injusto tentado. Esta última cuestión está estrechamente vinculada con el reconocimiento o el rechazo de la punibilidad como categoría autónoma dentro de la teoría de delito, lo que ha permitido afirmar que "es mucho más en la resolución de esta última cuestión donde se decide la cuestión del fundamento que en el entrecruzamiento de argumentos, que en realidad se mueven en planos sistemáticos distintos"[15].

El cuarto y último capítulo constituye el núcleo principal de este trabajo. Su primera parte expone los fundamentos del modelo analítico-teleológico de la estructura del delito, sobre los cuales se reconstruye el hecho punible a partir de la distinción analítica entre normas de comportamiento y reglas de imputación. La segunda parte aborda el instituto del desistimiento y, específicamente, la *ratio* de su impunidad, su naturaleza jurídica y las repercusiones prácticas sobre el requisito objetivo de eficacia. Aquí se encuentran los argumentos que justifican la tesis defendida en esta investigación.

[14] En este sentido, se opta por seguir la metodología de Francisco MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumar el delito,* Bosch, Barcelona, 1972, 43; también los trata separadamente POZUELO PÉREZ, *El desistimiento…*, 217.

[15] BENLLOCH PETIT, *El desistimiento…,* 11.

El marco de referencia de derecho positivo de este trabajo determina que la bibliografía utilizada exhiba una amplia preponderancia de los autores alemanes y españoles, por ser estos quienes más se han ocupado de la problemática. Esta circunstancia no es obstáculo para acudir también a la doctrina argentina, en la medida en que haya tratado el tema. Finalmente, cabe aclarar que las notas al pie en idioma alemán corresponden a las traducciones propias incorporadas al texto principal del trabajo.

La valoración y confrontación crítica de las distintas posturas, junto con las consideraciones de la toma de posición, albergan la esperanza de poder contribuir, a modo de aporte sistemático, a una mayor aproximación al estudio del desistimiento. Al mismo tiempo, este trabajo pretende resaltar la importancia y corrección dogmática del modelo analítico-teleológico del hecho punible, en clara oposición a la influyente tradición finalista. Una futura investigación podrá, sin duda, completar el resto de los aspectos relevantes que presenta el estudio del desistimiento voluntario de la tentativa.

Capítulo I

TEORÍAS "CLÁSICAS" SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA IMPUNIDAD DEL DESISTIMIENTO

1. Introducción

En este capítulo, se presenta cuatro grupos de teorías que se caracterizan por el predominio que ejercieron o ejercen en doctrina y jurisprudencia. La amplia acogida de las que fueron objeto justifica su denominación y tratamiento en una primera parte. En la medida de lo posible, se intenta respetar un criterio cronológico, ya que las respectivas concepciones se encuentran directamente relacionadas con el contexto histórico y dogmático en que se gestaron. Por ello, en primer lugar se expone las "teorías jurídicas", en las que prevalecen aspectos dogmáticos, para luego desarrollar la teoría político-criminal o teoría del "puente de oro", la teoría del "premio" o de la "gracia" y, finalmente, la teoría del "fin de la pena", todas ellas vinculadas más fuertemente a aspectos de política-criminal.

2. Las "teorías jurídicas" (*Rechtstheorien*)

Las teorías jurídicas consideran al desistimiento como un obstáculo jurídico forzoso para poder calificar y castigar el hecho como tentativa. Bajo aquella denominación, se presentan dos grupos bien diferenciados que obedecen a la tradicional clasificación entre teorías jurídicas subjetivas y objetivas. Sin presentar un denominador común, aprecian en el desistimiento aquel obstáculo obligatorio que impide la punición de los actos ejecutivos

realizados. Fundan la impunidad en la ausencia de algún requisito necesario para calificar el hecho como tentativa, ya sea porque afecta su tipicidad, su antijuridicidad o su culpabilidad. Sin embargo, se trata de dos conjuntos de teorías bien diversas por su concepción y ubicación temporal.

En general, en virtud del contexto histórico, la mayoría de los defensores de estas concepciones son partidarios de las teorías absolutas de la pena, de modo que su punto de partida es un Derecho penal esencialmente retributivo. Se excluye toda idea de fin de la pena, porque esta solo supone retribución por el mal cometido. Su imposición debe seguir al delito como un "imperativo categórico", como una necesidad lógica y ética. La impunidad del desistimiento, por tanto, se justifica por la misma razón: deriva forzosamente de la falta de algún elemento esencial en la estructura del delito y, por ende, de la inexistencia del delito mismo[16].

Las teorías jurídicas subjetivas se desarrollaron a finales del siglo XIX, en tiempos en que la dogmática penal otorgaba fuerte preeminencia a la perspectiva subjetiva. La ausencia de voluntad delictiva impedía afirmar la punibilidad de la tentativa y, en consecuencia, se erigía como el fundamento de la impunidad del desistimiento. Estas concepciones presentaban una cierta unidad, ya que giraban en torno del elemento "voluntad criminal", y solo diferían entre sí por los matices que le asignaban. Por su parte, las teorías jurídicas objetivas, que aparecen en la primera mitad del siglo XX, presentan una visión más global, aunque sin dejar al elemento subjetivo fuera de toda consideración. El desistimiento excluye o disminuye alguna de las categorías del delito: la antijuridicidad o la culpabilidad.

Aquí se respeta el tratamiento conjunto de estos dos grupos de teorías por la tradición doctrinaria, aunque no exista una razón dogmática específica. En este sentido, cabe advertir que las teorías jurídicas no se encuentran completamente superadas, tal como gran parte de la literatura parece afirmar categóricamente, sino que muchos de sus elementos están contemplados en las teorías modernas. Así, por ejemplo, la idea de

[16] Cfr. MUÑOZ CONDE, *El desistimiento…*, 14 y 17.

ausencia o debilidad de la voluntad delictiva sigue estando presente en las teorías de los fines de la pena, especialmente en su versión preventiva especial. No obstante, el mayor reconocimiento a las teorías jurídicas deriva de la concepción unitaria de la tentativa y del desistimiento, de las que son tributarias las modernas concepciones de la unidad, también denominadas "teorías de la consideración global". En efecto, dado que el desistimiento presupone una tentativa punible, no resulta posible responder al fundamento de la punibilidad de la tentativa en forma independiente del motivo del desistimiento y de sus presupuestos[17].

Las teorías jurídicas fueron incluso estigmatizadas como "curiosas antigüedades" ("*kuriose Antiquitäten"*) por algún sector de la doctrina[18], pero aun cuando ya no sean defendidas bajo sus denominaciones originarias y se encuentren superadas desde su construcción formal, varias de sus ideas fundamentales siguen viviendo en las teorías más modernas[19]. En este sentido, los criterios aportados por las teorías jurídicas, en especial la vinculación entre tentativa y desistimiento, han sido fructíferos porque habrían creado un punto de vista que puede ayudar a la praxis penal a reconocer la interdependencia axiológica entre tentativa y desistimiento[20]. Sin embargo, hay quienes solo le asignan importancia desde el punto de vista histórico y, por tanto, hasta prescinden de su tratamiento[21].

---

[17] Cfr. Reinhardt MAURACH / Karl Heinz GÖSSEL / Heinz ZIPF, *Derecho Penal. Parte General. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*, trad. de Jorge Bofill Grenzsch de la 7° ed. alemana, Astrea, Buenos Aires, 1995, 69 ss. Para ROXIN, *Strafrecht AT II*..., 480-481, este planteo, en general, es correcto, aunque con ciertas reservas. Desde su perspectiva, sostiene que puntos de vista asociados al fin de la pena sirven de fundamento tanto para excluir el castigo del desistimiento como para punir la tentativa; cfr. también EL MISMO, "Über die Ratio…".

[18] Cfr. M.E. MAYER, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2. Auflage, Heidelberg, 1923, 270.

[19] Así, Klaus ULSENHEIMER, *Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis*, Walter de Gruyter, Berlin, 1976, 36.

[20] Cfr. Wilfried BOTTKE, *Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Taterverhalten*, Rolf Gremer, Ebelsbach, 1979, 567.

[21] Cfr. Hendrik BOSS, *Der Halbherzige Rucktritt: Zum Rucktritt des Alleintaters vom beendeten Versuch*, Duncker & Humblot, Berlin, 2002, 15. En el mismo sentido, cfr. Christian JÄGER, *Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr*, C. H. Beck, München, 1996, 3, para quien las teorías jurídicas no fueron capaces de brindar un criterio útil que aclare el fundamento de la impunidad del desistimiento.

2.1. Las teorías jurídicas subjetivas

Plantean la exclusión de la tentativa por la ausencia de la voluntad delictiva que expresa el desistimiento. Como característica común, no se aprecian diferencias de consideración entre sus principales formulaciones, a saber, las teorías de "la anulación", de "la nulidad", de "la debilidad o falta de perseverancia de la voluntad criminal" y de la "presunción"[22].

2.1.1. La teoría de la anulación

Para la denominada "teoría de la anulación", el desistimiento suprime retroactivamente la inicial voluntad maliciosa de la tentativa que se dirigía a la consumación. El libre cambio de voluntad anula la relevancia jurídica del tramo del delito ya cometido. Se hace desaparecer la mala voluntad, pero no el hecho objetivo en el que también consiste la tentativa: "el agente se queda en mitad de camino y abandona o cambia la voluntad que dirigía sus pasos anteriores"[23]. En lugar de la anterior voluntad criminal aparece la nueva buena voluntad que la absorbe y la anula.

Según ZACHARIÄ, su principal exponente y a quien se lo considera el fundador de las teorías jurídicas[24]:

> "…para la punibilidad de la tentativa es necesario, por una parte, una conducta externa que contradiga a la ley y, por otra principalmente, una voluntad maliciosa dirigida a la violación de la ley penal, de modo que la punibilidad necesariamente se eliminará tan pronto como uno u otro requisito sea anulado retroactivamente. Sin

[22] Por todos los defensores de las teorías jurídicas subjetivas, cfr., especialmente, Ernst DAHLMANN, *Der Freiwillige Rücktritt vom Versuch*, Buchdruckerei von F. Hierowski, Kiel, 1911, 73 ss; Georgs GEORGIADIS, *Rücktritt vom Versuch und tätige Reue in vergleichender Darstellung des griechischen, deutschen und französischen Rechts*, Ebering, Berlin, 1939, 24-39. Otra descripción completa de las teorías jurídicas brinda Georg STILKE, *Die Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch nach geltendem und künftigem Recht*, Röhrscheid, Bonn, 1928, 1-5.

[23] Cfr. Heinrich Albert ZACHARIÄ, *Die Lehre vom Versuch der Verbrechen*, 2° parte, Göttingen, 1839, 240 ss.

[24] Así, JÄGER, *Der Rücktritt...,* 3.

embargo, ello es imposible con relación a la conducta externa. Lo que ya sucedió no puede se puede tomar como no sucedido… Por el contrario, distinto es el caso cuando el sujeto se queda a mitad de camino y cambia o abandona la voluntad que guiaba sus pasos anteriores. Aquí la voluntad que ya existió se convierte retroactivamente en insignificante. ..Quien se abstiene voluntariamente de la consumación demuestra a través de su hecho que no tiene una voluntad maliciosa firme y constante, que solo momentáneamente ha seguido el impulso seductor, pero que, sin embargo, ha prevalecido en él la necesidad de actuar rectamente…"[25].

Se le objeta a esta concepción que la manifestada voluntad maliciosa ya puso en peligro al orden jurídico. ZACHARIÄ lo admite, pero rebate esta objeción con el siguiente argumento:

"…solo la voluntad maliciosa persistente puede ser llamada peligrosa y solo en ese caso es necesaria la pena como medio represivo. Sin embargo, el que renuncia a la consumación demuestra con su hecho que no tuvo una voluntad maliciosa firme y persistente, sino que prevaleció la necesidad de actuar conforme a derecho…"[26]

2.1.2. La teoría de la nulidad

La "teoría de la nulidad" o "de la ausencia de voluntad de consumación" postula la inexistencia de la voluntad inicial de consumar el delito. Se argumenta que el desistimiento posterior demuestra que dicha voluntad nunca existió realmente y que los distintos actos de la actividad criminal conforman una unidad indivisible de consumación: no son más que partes de la acción total del autor. Todos esos actos concretos deben derivarse de la voluntad única dirigida a la consumación. Así, cuando en alguno de dichos actos el desistimiento extingue la voluntad de consumar, se afecta a toda la unidad de acción: ello

[25] ZACHARIÄ, *Die Lehre*…, 240.
[26] *Idem*, 241.

significa que aquella voluntad nunca existió. Si bien se admite que hubo voluntad criminal, también se afirma su extinción en alguno de los tramos de la conducta del sujeto[27].

Otros partidarios de la "teoría de la nulidad" descartan el concepto de unidad de acción y adoptan una posición más extrema. Para ello, se aduce que la conducta exteriorizada en la tentativa no albergaba intención criminal alguna, que tal voluntad nunca había existido y que el desistimiento es su cabal demostración[28].

2.1.3. La teoría de la debilidad o falta de perseverancia de la voluntad

La "teoría de la debilidad" o "de la falta de perseverancia de la voluntad" constituye un desarrollo subsidiario de la "teoría de la anulación". El castigo de la tentativa se funda en la "mala voluntad persistente exteriorizada" que crea un peligro para el orden jurídico. El abandono voluntario de la tentativa demuestra que el sujeto careció de una voluntad tan perversa y persistente como para consumar el delito y ser considerada peligrosa. La falta de peligro para la comunidad, derivada de la debilidad de la voluntad del sujeto, hace que este no merezca ser sancionado[29].

Desde otra perspectiva se afirma que, si se parte de una relación entre el hecho delictivo y la voluntad, comenzará la tentativa cuando se exteriorice una determinada intención por medio de un comportamiento y la tentativa perderá el carácter de tal cuando el autor abandone voluntariamente aquella intención[30].

---

[27] Cfr. Heinrich LUDEN, *Handbuch des deutschen gemeinen und partikularen Strafrechts*, Göttingen, 1836, I, 420, donde, con relación a unidad de acción que postula, el autor señala que "...a pesar que pueda ser dividida en actos individuales, se trata de una única acción cuya unidad se fundamenta en que dichos actos surgen todos de la misma voluntad indivisa de consumación. Por ello, en toda esa acción indivisa falta la voluntad de consumar el delito, cuando esa voluntad se extingue durante uno u otro de los actos que le pertenecen…".

[28] Cfr. Albert Friedrich BERNER, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Tauchnitz, Leipzig, 1898, 150. Aunque BERNER combina este criterio con uno político-criminal, cercano a la postura ya sostenida por VON FEUERBACH. La impunidad deja abierto al delincuente una esperanza, que de otro modo se transformaría en un estímulo para consumar el delito.

[29] Cfr. ZACHARIÄ, *Die Lehre…*, 241. En el mismo sentido, cfr. Friedrich Oskar VON SCHWARZE, *Versuch und Vollendung*, von Holzendorff, Berlin, 1871, 305.

[30] Cfr. Christian Reinhold KÖSTLIN, *System Des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Theil*, H. Laupp, Tübingen, 1855, 231.

2.1.4. La teoría de la presunción

La "teoría de la presunción", por su parte, utiliza este recurso jurídico como fundamento de la punibilidad de la tentativa y también de la impunidad del desistimiento. En la tentativa, se presume la existencia de una voluntad criminal intensa y suficiente para la consumación; en el desistimiento, se presume su insuficiencia. Así, cuando es imposible predicar rotundamente la inexistencia o la debilidad de intención criminal, se recurre a su presunción por razones de política-criminal. Para ello, se considera a la tentativa como un delito en potencia, donde todavía no se da una lesión a la norma, pero que se castiga porque "se presume" que puede conducir a tal lesión. Por su parte, el desistimiento contradice aquella presunción y excluye el castigo al autor que desiste[31].

Desde la misma perspectiva de la presunción, otro sector de la doctrina aprecia en el desistimiento una suerte de "abandono psicológico" de la voluntad criminal, un cambio interno que cabe "presumir" a partir de la existencia de obstáculos externos, que hayan llevado al sujeto al abandono de su tentativa[32].

2.2. Las teorías jurídicas objetivas

Sin profundizar demasiado, este conjunto de teorías explica el fundamento del desistimiento a través de la falta de alguna característica objetiva del delito intentado, la ausencia de alguna categoría analítica del delito: la antijuridicidad o la culpabilidad. Por cierto, presentan un menor grado de cohesión que las teorías subjetivas.

---

[31] Cfr. Reinhold HERZOG, *Rücktritt vom Versuch und tätige Reue. Die dogmatische Begründung der Straflosigkeit*, Pierer, Würzburg, 1889, 22 ss.

[32] Cfr. Ludwig VON BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, Guttentag, Berlin, 1907, II, 549, donde expone: "el motivo de la impunidad está en la eliminación de la conclusión psicológica -presente en el abandono de la tentativa- que la voluntad de consumación va a persistir. Estamos obligados a aceptar aquella presunción en perjuicio del sujeto, sin la cual la pena de la tentativa no se podría mantener. Pero la dejamos de utilizar, en el caso que el sujeto realmente la contradiga. Si bien no es una justicia absoluta o divina, sin embargo, es justicia en cuanto posible, aun cuando en ella la casualidad siempre puede ejercer un cierto poder -que debe ser reducido a los límites más estrechos posibles-…"

Desde una posición netamente causalista, se afirma que el comportamiento antijurídico constituye un todo que abarca desde la causa hasta el resultado. Dentro de esta línea argumental, el desistimiento opera como condición resolutoria excluyente de la antijuridicidad. El tomar distancia voluntariamente de la consumación elimina la "causa de un resultado perjudicial" y, con ello, la antijuridicidad misma. En palabras de su principal defensor:

> "una visión atomizada de la conducta humana es inaceptable jurídicamente. El comportamiento del sujeto actuante -con referencia a un resultado jurídicamente relevante que se produjo o no- constituye una unidad. Cuando la ley prohíbe colocar una causa para tal resultado y, a pesar de ello, comienzo a trabajar en ello, me encuentro indudablemente en la comisión de un delito. Pero puedo paralizar las condiciones del resultado que he creado, de manera que genero su no producción. Mi conducta considerada como un todo -y como un todo debe ser vista- está desprovista del carácter de colocación de una causa para un resultado lesivo…La conducta como un todo ya no es más antijurídica y, dado que he eliminado las condiciones puestas, ya no queda más un delito parcial -una tentativa-…. El delito, en su conjunto, es anulado por el posterior comportamiento"[33].

En un sentido similar, aunque referido a la norma, se entiende que el desistimiento suprime el carácter de causa de la acción precedente, la cual deja de constituir una infracción a la norma. En otros términos: el desistimiento suprime la contrariedad con la norma de la tentativa[34].

---

[33] Karl BINDING, "Das bedingte Verbrechen", *Gerichtssaal*, Band 68, 1906, 1-26 (23). EL MISMO, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts*, Neudruck der 4. Auflage (Leipzig 1922), Scientia Verlag, Aalen, Band 1, 1965, 177, esta vez desde la perspectiva de la teoría de las normas, explica el sentido de la impunidad del desistimiento con la siguiente formulación: "En tanto el canon ordena que la conducta humana no debe generar la causa para la destrucción de la vida humana, actúa conforme a ello el que remueve las condiciones para un resultado lesivo y las reemplaza a través de la creación de nuevas. En el cumplimiento de dicha obligación jurídica se basa la impunidad del desistimiento voluntario".

[34] Cfr. Friedrich OETKER, "Rechtsgüterschutz und Strafe", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* (17) 1897, 493.

Desde otro punto de vista, se fundamenta la impunidad del desistimiento en la ausencia de culpabilidad. El cambio de conducta, que aquel importa, modifica también el juicio de desvalor de la voluntad criminal del sujeto que se ubica dentro de la categoría "culpabilidad". Por tanto, la falta de uno de sus elementos determina la negación del delito. En franca crítica a la "teoría subjetiva de la anulación", se indica que la culpabilidad no puede ser entendida como la mala voluntad manifestada en el pasado, sino que constituye un juicio de desvalor actual[35].

Desde el finalismo, aunque sin mayor desarrollo, se postula la teoría de la culpabilidad insignificante. Solo se afirma que "el verdadero sentido del privilegio al que desiste reside en la insignificancia de su culpabilidad, que se muestra en el desistimiento"[36]. La reducción de la culpabilidad hasta lo insignificante se apoya en una compensación basada en un *actus contrarius*[37] que, sin embargo, no importa la posterior anulación de la inicial infracción del ordenamiento jurídico[38].

2.3. Crítica a las teorías jurídicas

Las diferentes objeciones formuladas a las teorías jurídicas se pueden resumir en los siguientes reproches: desconexión con la realidad por partir de ficciones insostenibles; pobreza explicativa; y colisión con la regulación positiva del desistimiento en el caso de participación criminal. Por razones expositivas, se presenta las críticas en forma general y en referencia a todo el conjunto de teorías jurídicas, sin perjuicio de su mayor o menor aplicación a cada concepción en particular.

---

[35] Cfr. Philipp ALLFELD, "Der Rücktritt vom Versuch nach geltendem Recht und dem Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs von 1927", *Festgabe für Reinhard v. Frank zum 70. Geburtstag,* Hegler*,* Aalen, 1969, 74-75.

[36] Hans WELZEL, *Derecho Penal Alemán, Parte General*, 11° ed., 4° ed. castellana, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yánez Pérez, Editorial Jurídica Chile, 1997, 231.

[37] Cfr. Enrique BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal, Parte General,* 2° ed. totalmente renovada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, 476.

[38] Cfr. FRIELE, *El desistimiento…*, 24.

El principal reparo resulta recurrente: las teorías jurídicas parten sobre la base de ficciones insostenibles. Resulta absolutamente ajeno a la realidad predicar la total inexistencia o la eliminación retroactiva de la voluntad delictiva, cuya exteriorización objetiva fue verificada realmente en algún momento[39].

En el plano ontológico, el pasado, lo efectivamente sucedido, es inmodificable, aunque una perspectiva normativa permita quitar o anular la relevancia jurídico-penal de actos ejecutivos ya realizados. La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado no se puede cambiar; el suceso como tal, tanto externo como interno, no puede ser suprimido del mundo sin más. La tentativa sigue siendo una tentativa aunque le siga un desistimiento[40].

Se argumenta que la renuncia a continuar la ejecución del hecho y a consumar el delito no puede tornar lo realizado en algo que no sucedió ni puede quitarle el significado de acción a través de la cual se expresó la intención criminal o se materializó el querer delictivo -aun en forma incompleta-[41].

Si bien resulta acertado considerar tentativa y desistimiento conjuntamente, con la consecuente imposibilidad de independizar el tratamiento de la punibilidad de una de la impunidad del otro, ello en ningún caso obliga a concebirlos como un hecho unitario. La tentativa ya reúne todos los elementos de la punibilidad, que no son destruidos por un eficaz desistimiento posterior, sino, en todo caso, neutralizados en su camino a la consumación. Por ello, se sostiene que el desistimiento en nada afecta a la tentativa, sino que, más bien, la presupone[42].

---

[39] Cfr., entre otros, Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento en Derecho Penal. Estudio de algunos de sus problemas fundamentales*, Gráficas Arias Montano, Madrid, 1994, 47; POZUELO PÉREZ, *El desistimiento…*, 42-46.

[40] Cfr. ROXIN, *Strafrecht AT II*…,481; EL MISMO, "Über die Ratio…".

[41] Cfr. Hugo HÄLSCHNER, *System des Preußischen Strafrechtes, Erster oder Allgemeiner Theil des Systems*, Bonn, 1858, 203, donde el autor agrega que el Estado no tiene derecho alguno de castigar la tentativa porque esta ha dejado de ser tal a través de la evitación voluntaria de la consumación se le ha quitado su designación original de tentativa.

[42] Cfr. MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, *Derecho Penal PG*, 69 ss.

Desde la misma concepción causalista se critica la posición de BINDING, cuando se señala que todas sus fundamentaciones fracasan frente a una innegable realidad: un querer antijurídico ya se ha manifestado en actos de conducta que además cumplen con un tipo penal específico. Esta cualidad delictiva de la acción y su subsunción bajo una ley penal no se pueden eliminar mediante una acción contraria. A las condiciones ya puestas se les puede quitar su fuerza hacia adelante, pero haber sido colocadas con la voluntad de consumación y dirigidas a la producción del resultado es una realidad histórica y una verdad, cuya eliminación sería lógicamente un absurdo[43].

Las teorías jurídicas subjetivas no pueden explicar la impunidad cuando el sujeto desiste por pérdida de interés en el objeto del delito y sin que su conducta muestre signos de debilitamiento en su intención criminal. En este sentido, resulta emblemático el caso de la "pelota de goma", muy debatido en la doctrina alemana: un sujeto, que ingresó a una propiedad ajena con la intención de sustraer una pelota de goma, que había divisado desde la calle, terminó desistiendo al comprobar que se trataba, en realidad, de un balón de madera[44].

La comprensión del desistimiento como una "causa de justificación retroactiva" configura otro de los reproches que se formula a aquellos que le asignan efecto excluyente de la antijuridicidad. Por un lado, se señala que operar como condición resolutiva de la tentativa significa afirmarla. Pero, además, esta concepción tampoco explicita las razones de la exclusión de la antijuridicidad. Por ello, esta solución es calificada como tautológica: describe el desistimiento, que siempre es una interrupción entre causa y resultado, con independencia de la denominación o concepción de este proceso, pero no explica su fundamento[45].

Para un punto de vista normativo, aporta poco el hecho de afirmar la inexistencia de una tentativa antijurídica de homicidio, cuando, por ejemplo, el autor salva posteriormente a la víctima herida. Se alega que las consecuencias que de ello se derivan para la

[43] Cfr. DAHLMANN, *Der Freiwillige Rücktritt…*, 78-79.
[44] Cfr. POZUELO PÉREZ, *El desistimiento…*, 45 nota 25.
[45] *Ibidem*.

participación se oponen a una exclusión del injusto penal. De lo contrario, el inductor y el cómplice, cuando el autor desiste voluntariamente, deberían quedar impunes por exclusión de la antijuridicidad del hecho principal. No se alcanza a comprender por qué la impunidad del autor inmediato debe favorecer a un partícipe que no ha desistido y que nunca quiso hacerlo. Que el desistimiento de un interviniente en el hecho puede llevar a la impunidad de la participación de otros colisiona, además, contra la expresa disposición del § 24 II StGB[46].

Contemporáneamente, un sector de la literatura ha acogido nuevamente las teorías jurídicas, interpretando el desistimiento voluntario como un "elemento negativo del tipo", esto es, como causa de exclusión de la tipicidad[47]. Pero, al apreciar las indeseables consecuencias que ello comporta para el castigo de la participación, aquel sector propicia directamente la renuncia a la accesoriedad. Pero, al igual que el supuesto del párrafo anterior, ello es incompatible con el derecho vigente y, por tanto, motiva la siguiente reflexión: si, de acuerdo con la opinión unánime, se castiga a quien participa de la tentativa de un autor -impune en razón de su desistimiento voluntario-, entonces no se puede afirmar al mismo tiempo que no exista nada en lo cual no se pueda participar[48].

La teoría de la culpabilidad insignificante, según sus detractores, omite explicar en qué consiste lo fútil del juicio de reproche y tampoco indica cuál es el elemento afectado: la imputabilidad, la cognoscibilidad de la antijuridicidad o la exigibilidad. En los supuestos donde circunstancias accidentales impiden evitar la consumación tampoco explicita satisfactoriamente la irrelevancia jurídica del desistimiento voluntario. A pesar de la clara disminución del reproche por el esfuerzo de evitación, la solución legal es la punición como delito consumado[49].

---

[46] Cfr. ROXIN, *Strafrecht AT II*, 481; EL MISMO, "Über die Ratio…".

[47] Cfr. ROXIN, *Strafrecht AT II*, 482, donde ROXIN cita como representantes de esta nueva postura a Robert VON HIPPEL, *Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch*, 1966, 66, y a Guntram VON SCHEURL, *Rücktritt vom Versuch und Tatbeteligung mehrerer*, Duncker & Humblot GmbH, 1972, 25.

[48] Cfr. ROXIN, *Strafrecht AT II*, 482.

[49] Cfr. POZUELO PÉREZ, *El desistimiento…*, 45; FRIELE, *El desistimiento…*, 24.

Sin perjuicio de todo lo expuesto, la desaparición tan repentina de las teorías jurídicas, a pesar del prestigio de alguno de sus partidarios, no deja de llamar la atención. Su ocaso coincide con la utilización de razones político-criminales para justificar la impunidad del desistimiento y con la aparición de las ideas de prevención como fin de la pena, que así dejaba de ser única y exclusivamente retribución. En este contexto, la llamada "lucha de escuelas" -entre las teorías absolutas retributivas y las teorías relativas de prevención- se extendió hasta bien entrado el siglo XX; en la actualidad, la gran mayoría de la literatura se pronuncia a favor de estas últimas.

No obstante, se le objeta a las teorías jurídicas haber exagerado los problemas sistemáticos a costa de los político-criminales. Se admite que la exclusión de la antijuridicidad, la culpabilidad o cualquier otro elemento del delito intentado es una cuestión propia de la ubicación sistemática del desistimiento y de su significado en la teoría del delito. Pero aquí se trata de averiguar el fundamento de la impunidad, es decir, las razones que motivaron al legislador a proclamar la exención de pena del que desiste. Esta cuestión queda sin respuesta con las teorías jurídicas, obsesionadas por relacionar el desistimiento con alguno de los elementos integrantes de la tentativa[50].

3. Teoría político-criminal o del "puente de oro" (*Theorie der goldenen Brücke*)

3.1. Exposición

A modo de introducción, conviene realizar una breve aclaración terminológica sobre la denominación de esta concepción. La expresión "puente de oro" ("*goldene Brücke*")

[50] Cfr. MUÑOZ CONDE, *El desistimiento…*, 18. Coinciden con esta crítica JESCHECK/WEIGEND, *Tratado DP PG*, 578, y LOS MISMOS, *Strafrecht AT,* 538, al señalar que "no son, pues, motivos derivados de la lógica jurídica sino razones provenientes de la *discrecionalidad legislativa* las que actualmente son resaltadas para la justificación de la impunidad de la tentativa en caso de desistimiento de la misma" (cursiva en original); ponen de relieve que la determinación de esos motivos excede el plano meramente teórico, porque tiene un alcance práctico, sobre todo en la determinación del concepto de "voluntariedad".

proviene de su formulación en la doctrina alemana[51], que es traducida por la literatura española como "puente de plata", a raíz del refrán español "a enemigo que huye, puente de plata"[52].

Razones de utilidad, y no motivos dogmáticos, sirven de base a estas teorías, cuyo núcleo fundamental supone una oferta de impunidad de último momento, dirigida por el legislador al delincuente y válida desde el inicio de la tentativa hasta los actos de consumación para que opte por no lesionar el bien jurídico. Esta última oportunidad opera a modo de "estímulo" para que el sujeto abandone su plan delictivo; por ello, se la ha caracterizado como "la mano salvadora que la ley le ofrece en forma de impunidad"[53].

La denominación de esta teoría resulta de sus formulaciones de neto corte político-criminal[54]. El legislador plantea una suerte de diálogo con el delincuente, y le ofrece el incentivo de la impunidad a cambio de desistir voluntariamente de su tentativa, abandonando -no consumando- el delito.

Desde una perspectiva histórica, la irrupción de la teoría político-criminal supera la concepción de las teorías jurídicas. Por un lado, la tentativa queda ahora como algo fijo e inamovible, no susceptible de supresión una vez manifestada; su punibilidad queda irremisiblemente afirmada, porque su desvalor ya no puede ser anulado ni suprimido. El desistimiento no modifica nada del contenido del ilícito ni de la culpabilidad del hecho. Por otro lado, con el advenimiento de las teorías relativas de corte preventivo se supera la exclusividad que ostentaban las teorías absolutas retributivas[55].

---

[51] Esta denominación es del propio Franz VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, trad. de Luis Jiménez de Asúa, 4° ed., Editorial Reus S.A., Madrid, 1999, III, 20.

[52] Cfr. MUÑOZ CONDE, *El desistimiento…*, 21; POZUELO PÉREZ, *El desistimiento…*, 47 nota 31.

[53] Cfr. Karl HATZIG, *Über den Rücktritt vom Versuch und die sogennante tätige Reue nach gemeinen Strafrecht und dem Reichsstrafgesetzbuch*, Berlin, 1897, 82.

[54] Cfr. ROXIN, *Strafrecht AT II*, 482, quien evita esta denominación, ya que, en su opinión, la teoría del fin de la pena también descansa sobre consideraciones político-criminales acerca de la falta de necesidad de pena; cfr. también EL MISMO, "Über die Ratio…".

[55] Cfr. MUÑOZ CONDE, *El desistimiento…*, 14 y 17.

Nada menos que FEUERBACH y VON LISZT fueron los principales exponentes de la teoría político-criminal, lo cual explica, de por sí, su enorme predicamento dentro de la ciencia del Derecho penal.

A principios del siglo XIX, FEUERBACH formuló las líneas fundamentales de esta concepción. En tal sentido, afirmó que, para desalentar al delito, era necesario evitar la tentativa a toda costa. A tal fin y bajo ciertas condiciones, postuló la renuncia total del Estado a la amenaza penal para que el delincuente, sea por miedo a la pena, compasión, escrúpulos o cualquier otra causa interna, se pase del camino del ilícito a la senda del Derecho. En este sentido, señaló que:

> "Si el Estado castigase a las personas que se arrepienten del hecho emprendido, obligaría en cierto modo a consumar el delito, pues el desgraciado que se deja arrastrar hasta la tentativa sabe que nada importante tiene que ganar con su arrepentimiento ni nada significativo que perder con la consumación del hecho"[56].

Es evidente que esta concepción comprendía un enfoque negativo, porque perseguía evitar la consumación de delitos. Si la impunidad no acompañase al desistimiento voluntario, se consagraría una invitación a consumar, ya que el hacerlo o no resultaría indiferente en términos punitivos. Nada por perder si se consuma, nada por ganar si se desiste. Por ello, se entendía que el Derecho penal, una vez iniciada la tentativa, debía dar prioridad al salvamento del bien jurídico amenazado por sobre otras consideraciones[57].

La postura de FEUERBACH es consecuencia de su teoría sobre el fin del Derecho penal y de la pena. Su idea de prevención general, que la doctrina posterior calificó como

---

[56] J.P. Anselm Ritter VON FEUERBACH, *Kritik des kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuch für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten*, Giessen, 1804, 102, traducción propia del texto en idioma original original que reza:*"Läßt der Staat den Menschen nicht ungestraft die schon unternommene Tat bereuen, so nöthigt er gewissermaßen das Verbrechen zu vollenden; denn der Unglückliche, der sich zu einem Versuche fortreißen ließ, weiß ja sonst, daß er nichts Großes mehr durch Reue zu gewinnen, und durch die Beendigung der Tat nichts Bedeutendes mehr zu verlieren hat"*.

[57] Cfr. BENLLOCH PETIT, *El desistimiento...,* 18, quien sitúa a la teoría político-criminal dentro del grupo de concepciones que, desde una perspectiva de "vivo utilitarismo", centran el fundamento del desistimiento en la conservación del bien jurídico.

"negativa", tenía por objetivo prevenir la comisión de delitos a través de la coacción psicológica que la amenaza penal ejercía sobre la sociedad. En sus propias palabras:

> "Por la coacción psicológica se obliga a la voluntad de los ciudadanos a omitir lesiones de derechos, pues todo el mundo sabe que por la comisión de un delito se le aplicará un mal mayor del que le supondría la insatisfacción de no realizar el hecho"[58].

Dentro de esta argumentación, queda claro que el objetivo del Derecho penal -evitar la comisión de delitos- debía comprender también el impedir su consumación, una vez que se había comenzado con su ejecución. Por esta razón, se omite castigar a quien desiste voluntariamente[59].

Aunque lejana en el tiempo, esta concepción resulta relevante para comprender que el fundamento de la impunidad del desistimiento es producto del criterio legislativo y no de razones de lógica jurídica. Ello, sin embargo, pasó desapercibido para los partidarios posteriores de las teorías jurídicas. La renuncia al castigo del desistimiento anida en la actitud del legislador de prevenir la comisión de delitos y, en su caso, la consumación de los mismos[60].

Más allá de su origen histórico, la teoría político-criminal encuentra su mayor exponente en VON LISZT. La variante de su desarrollo consistió en concebir la impunidad como un incentivo para el desistimiento del autor. La alteración de la idea originaria de

---

[58] J.P. Anselm Ritter VON FEUERBACH, *Lehrbuch des in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, 11° ed., Giessen, 1833, 17. Hace notar Rafael ALCÁCER GUIRAO, *Estudios sobre la tentativa y el desistimiento en el derecho penal*, Temis, Bogotá, 2006, 6, nota 18, que FEUERBACH limitaba el derecho criminal a la protección de los derechos subjetivos; la noción de "bien jurídico" sería introducida bastante después de la mano de BINDING y BIRNBAUM. Asimismo, señala que FEUERBACH rompe, por primera vez, con la tradición subjetivista presente en la doctrina alemana e italiana desde los post glosadores.

[59] Cfr. MUÑOZ CONDE, *El desistimiento…*, 19; en palabras de FEUERBACH, *Kritik…*, 104, "sería una contradicción del poder punitivo consigo mismo, querer castigar a los que, intimidados por él, dejan sin consumar el delito".

[60] Cfr. MUÑOZ CONDE, *El desistimiento…*, 20; en este sentido, con referencia a las críticas formuladas a esta teoría, en otros aspectos merecidas, dicho autor señala que "no pueden empañar esta afirmación fundamental de que lo primero que hay que hacer cuando se preguntan las razones por las que el desistimiento evita el castigo de la tentativa como tal, es indagar cuál es la meta que persigue el legislador con ello".

FEUERBACH, que aquel desarrollo suponía, fue ampliamente receptada en el seno de las comisiones codificadoras alemanas de principios del siglo XIX. Así, en la nota oficial del Código Penal bávaro de 1813, la impunidad, como cuestión utilitaria de pura política-criminal, se convirtió en un estímulo para el desistimiento del autor; allí, por ejemplo, se decía que "la impunidad representa para el delincuente un fuerte estímulo para seguir la voz de su conciencia y merecerse esa impunidad por la interrupción voluntaria de la tentativa"[61].

De esta forma, se consolidó la idea de la impunidad como "puente de oro" para incentivar el desistimiento del sujeto, que VON LISZT expuso en los siguientes términos:

> "En el momento en que se traspasa la línea divisoria entre los actos preparatorios impunes y la ejecución punible, se incurre en la pena establecida para la tentativa. Este hecho no puede ser ya alterado, ni 'anulado por volverse atrás', ni desaparecer del mundo. Sin embargo, puede la legislación, por razones de política criminal, construir un "puente de oro" para la retirada del agente que ya era susceptible de pena. Ella lo ha hecho, convirtiendo *en causa de extinción de la pena el desistimiento espontáneo*"[62].

El prestigio y la enorme influencia del autor contribuyeron definitivamente al dominio de la teoría político-criminal en la ciencia penal alemana, en la versión del estímulo. Si bien hoy se la considera superada, no cabe duda de que aquel prolongado éxito se debió, más allá de la autoridad del autor, también a la propia plasticidad de su expresión "puente de oro"[63].

En la literatura alemana, se presentan posiciones que, si bien se pronuncian a favor de la teoría político-criminal, la combinan con otros elementos. Así, por ejemplo, se acepta

---

[61] *Idem*, 20 nota 34, con la correspondiente cita de dicha nota. Cfr. también ROXIN, *Strafrecht AT II*, 483 y POZUELO PÉREZ, *El desistimiento…*, 52. Asimismo, cfr. Paul BOCKELMANN, "Wann ist der Rücktritt vom Versuch freiwillig?", *Neue Juristiche Wochenschrift (NJW),* 1955, 1417-1421, y en *Strafrechtliche Untersuchungen*, Göttingen, 1957, 174 ss.

[62] VON LISZT, *Tratado DP*, 20, cursiva y comillas en el original.

[63] Cfr. MUÑOZ CONDE, *El desistimiento…*, 21.

la concurrencia de una atenuación en el merecimiento de pena, producto de una culpabilidad disminuida y de una menor necesidad de fortalecimiento de la vigencia de la norma, pero sin que ello alcance a explicar la total exclusión de la pena. Por ello, se prefiere acudir al cálculo político-criminal, en el sentido que el sujeto pueda motivarse con mayor facilidad sobre la base de la total exención de pena, cualquiera sea el grado de realismo de semejante reflexión[64].

Con frecuencia, también se defiende la "variante FEUERBACH", pero esbozada junto con otros criterios de fundamentación. Así, se señala que, en el mejor de los casos y de forma negativa, el legislador no debería cortarle la retirada al autor por medio de la idea de que será castigado de todas formas[65]. Asimismo, se considera acertado "que a través de honrar el desistimiento voluntario se contrarreste lo máximo posible la consumación de hechos delictivos y no se impida la vuelta del sujeto a la legalidad porque considere que, de todos modos, ya no hay nada que hacer para evitar su punibilidad"[66].

En la actualidad, la versión negativa de la teoría político-criminal gana adeptos en Alemania, pero desde una perspectiva orientada a aumentar las posibilidades de salvación de la víctima. Según esta variante, se trata de construir al autor un "puente de oro" para evitar el resultado, y de mantenerlo tanto tiempo como sea posible. La oferta de impunidad puede ser un medio escasamente adecuado para motivar al autor, pero, sin embargo, con ella se despeja el obstáculo psicológico de considerar que la tentativa fija definitivamente su punibilidad. Por ello, se postula que la máxima "bien está lo que bien acaba" ("*Ende gut, alles gut"*)[67], la cual, por burda que sea, alcanza para justificar la regulación del desistimiento[68].

---

[64] Cfr. Günter STRATENWERTH, *Derecho Penal, Parte General I. El hecho punible*, Hammurabi, 4° ed., trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti, Buenos Aires, 2005, 353.

[65] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado DP PG*, 579; LOS MISMOS, *Strafrecht AT,* 539.

[66] Johannes WESSELS / Werner BEULKE, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau*, 35° neu bearbeitete Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2005, 233.

[67] El popular refrán alemán "*Ende gut, alles gut*" puede traducirse también como "final bueno, todo bueno" o "final feliz, todo bien". Se quiere expresar con ello que si se arriba a un resultado positivo, todo el camino, que conduce al mismo, termina siendo correcto o bueno. No obstante, cabe señalar que conlleva el riesgo que el fin acabe justificando los medios.

[68] Cfr. Ingeborg PUPPE, "Der halbherzige Rücktritt. Zugleich eine Besprechung von BGHSt. 31, 467", *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, 1984, 488-491; cfr. también ROXIN, *Strafrecht AT II*, 483; EL MISMO, "Über

La teoría del "puente de oro" fue dominante en la jurisprudencia del Tribunal del Reich alemán ("*Reichsgericht*"), aunque también este haya acogido la teoría del "fin de la pena" y la teoría del "premio" o del perdón respectivamente[69]. En este sentido, ese tribunal resolvió que la finalidad de la regulación del desistimiento sería concederle al autor "un estímulo para renunciar…durante el mayor tiempo posible y, por esta vía, evitar los peligros vinculados con la consumación del delito"[70]. La última sentencia relevante de aquel tribunal aludía a la aspiración legal de tenderle un "puente de oro" al autor para, por así decirlo, regresarle de su plan delictivo[71]. Por su parte, el Tribunal Supremo alemán ("*Bundesgerichtshof*") solo la ha seguido en sus comienzos. Un pronunciamiento de 1954 señaló que, junto a la falta de necesidad de expiación, como fundamento de la impunidad del desistimiento, el objetivo de mantener la vida comunitaria libre de perturbaciones "requiere promover acciones por parte de autor que sirvan para evitar el daño que amenaza"[72].

En la doctrina española, la teoría político-criminal goza de gran predicamento[73], aun cuando un sector de ella la defienda con la concurrencia de otros fundamentos distintos. Dentro de esta última línea, se sostiene que "en principio, hay razones de política criminal que tienden en lo posible a facilitar y estimular un desistimiento. Pero también se debe considerar que el autor resulta menos culpable en la consideración global del hecho como consecuencia de una cierta compensación sobre un desvalor inicial del acto y un acto

---

die Ratio…".; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado DP PG*, 578 y LOS MISMOS, *Strafrecht AT,* 538; Rafael ALCÁCER GUIRAO, *¿Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento,* Comares, Granada, 2002, 32; EL MISMO, *Estudios...*, 271-272.

[69] RGSt 6, 341 (342); 10, 324 (325); 14, 19 (23); 17, 243 (244); 38, 402 (403); 39, 37 (39); 47, 358 (360); 62, 303 (305); 63, 158 (159); 72, 349 (350); 73, 52 (60).

[70] RG Rechtsprechung Bd. VIII, 12 (13).

[71] RGSt 73, 52 (60), del 20/12/1938 – 1 D 942/38.

[72] BGHSt 6, 87, 6 StR 7/54, sentencia del del 7 de abril de 1954.,

[73] Entre otros, cfr. Ignacio SERRANO BUTRAGUEÑO, en AA.VV., Código Penal de 1995 *(comentario y jurisprudencia),* Comares, Granada, 1998, 238; José CEREZO MIR, "Actos preparatorios y tentativa", en ASÚA BATARRITA, Adela (comp.): *Jornadas sobre* el *nuevo* Código Penal de 1995, Universidad de Deusto, Bilbao, 1997, 45. Asimismo, cfr. FRIELE, *El desistimiento…*, 26 y POZUELO PÉREZ, *El desistimiento…*, 50.

posterior positivo"[74]. Por su parte, la jurisprudencia española también ha defendido a la teoría político-criminal[75].

3.2. Crítica a la teoría del "puente de oro"

El prolongado apogeo de la teoría del "puente de oro" le ha generado, como contrapartida, un amplio repertorio de críticas que se concretan en las siguientes objeciones: divorcio con la realidad por partir sobre una base ficticia; falta de verificación empírica de la eficacia preventiva del privilegio de la impunidad; déficit explicativo sobre el fundamento mismo de aquella; ausencia de capacidad de rendimiento del concepto de "estímulo"; incapacidad para explicar el requisito de la voluntariedad; y su carácter arbitrario.

Para comenzar, se afirma que esta teoría adopta un punto de partida ficticio, desligado de la realidad y de la vida misma. Se señala que el supuesto conocimiento sobre las consecuencias jurídicas del desistimiento y la reflexión racional del delincuente, durante la ejecución del delito, no encuentran correlato empírico.

En cuanto al desconocimiento técnico de la normativa sobre el desistimiento, se indica que la gran mayoría de los ciudadanos ignora el efecto de impunidad previsto por aquella. Sin embargo, contra esta objeción, se invoca el denominado "sentido jurídico del profano", es decir, se alega que cualquiera puede "intuir" las consecuencias jurídicas del desistimiento. Por tanto, no tendría sentido exigir un conocimiento técnico, ya que, durante años, la impunidad ha quedado plasmada -como su consecuencia- en la conciencia popular. No obstante, en respuesta a esta réplica, se advierte que el desconocimiento de los tipos penales no impide que los preceptos del Código Penal sigan actuando como imperativos,

[74] BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal PG*, 476.

[75] STS del 21 de diciembre de 1983, del 7 de junio de 1985 y del 23 de enero de 1993; en la STS del 30 de enero de 1991 se afirma que "el legislador está obligado a tender un puente de ayuda y comprensión al infractor".

desde una perspectiva de prevención general negativa, con la finalidad de disuadir de la comisión de delitos[76].

A cualquiera se le puede ocurrir que es más grave consumar el delito que no hacerlo, pero, si bien no cabe presumir el conocimiento del sujeto sobre el comienzo de la tentativa, su punibilidad y los efectos del desistimiento, la invocación del sentimiento del profano no invalida la primera afirmación. En todo caso, a través de este razonamiento se explica una atenuación legal de la pena, pero no su exención como sucede en el derecho vigente[77].

La imagen ilustrada del hombre es la que subyace bajo la teoría político-criminal[78]. Pero el delincuente no sopesa a cada paso las ventajas y desventajas de su actuación delictiva. No existe una decisión racional que controle cada tramo del *iter criminis*, calcule los riesgos y, desde un principio, mantenga al desistimiento como opción de salida. A menudo, en el desistimiento, cuestiones emocionales influyen en mayor medida que cuestiones racionales, apenas accesibles a los delincuentes.

Para otros autores, sin embargo, la comisión de un delito supone una decisión más o menos racional que, por menos meditada que fuere, incluye -siquiera rápidamente- un cálculo sobre ventajas y riesgos. Desde esta perspectiva, el desistimiento implica cierta racionalidad, aunque sea solo producto de sentimientos o del miedo a ser descubierto[79].

Para otra posición, la relevancia del conocimiento técnico o intuitivo de la normativa legal es relativa; aun en el caso de existir, deja abierta la cuestión si constituye

[76] Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento*…, 41.

[77] Cfr. ROXIN, *Strafrecht AT II*, 484; EL MISMO, "Über die Ratio…".

[78] Cfr. BOCKELMANN, *Strafrechtliche...*, 174, quien la caracteriza como la del "individuo que actúa racionalmente y que se decide a actuar o a no actuar tras una ponderación de los pros y contras. La misión de la amenaza legal de la pena es intervenir en este proceso mental. Y la concesión del premio de la impunidad para el caso del desistimiento tiene el sentido de apelar a la razón del delincuente mismo todavía en el momento de la ejecución del hecho. Debe influir en sus decisiones la certeza de que, si desiste, puede escapar de la pena".

[79] Cfr. POZUELO PÉREZ, *El desistimiento…*, 53.

un estímulo suficiente para hacer desistir al autor de su plan delictivo[80]. Con referencia a la eficacia preventiva del privilegio del desistimiento, se estima infundado el argumento crítico sobre su falta de verificación práctica; se indica que "tampoco es seguro ni ha podido ser objeto de demostración empírica que la pena impida futuros delitos o estabilice realmente y, sin embargo, no se duda en citar estas funciones a la hora de su fundamento"[81].

A pesar de estas opiniones, la contundencia de la objeción sobre la falta de constatación práctica ha confinado a la teoría del "puente de oro" a una posición marginal. Las sentencias del Tribunal del Reich y del Tribunal Supremo alemán no presentan ni un solo caso de desistimiento motivado por el deseo de lograr la impunidad[82].

Algo parecido sucede con el Tribunal Supremo español. Del análisis de sus pronunciamientos queda perfectamente demostrado que, al momento de desistir, influyen las más diversas motivaciones en el delincuente, aunque ninguna se refiera a la exención de pena. A modo de ejemplo, se menciona la resistencia, los gritos de la víctima, la presencia de terceros, la eyaculación prematura en caso de violación, el temor a ser descubierto, etc. Por ello, se afirma que la teoría político-criminal "falsea la realidad al considerar que esa impunidad es un estímulo para que el autor desista"[83].

En síntesis, la praxis jurídica revela que todos los motivos posibles juegan un papel en el desistimiento, pero nunca, sin embargo, la posibilidad de liberarse de una pena ya merecida[84]. De allí que, compartiendo esta crítica, se sostenga que las teorías del estímulo

---

[80] *Idem*, 54.

[81] BENLLOCH PETIT, *El desistimiento…,* 20.

[82] Cfr. ROXIN, *Strafrecht AT II*, 483; EL MISMO, "Über die Ratio…"; BOCKELMANN, "Wann ist der Rücktritt…", 1420. En concreto, se expone que, en la realización de la decisión de desistir, la consideración de poder librarse de una pena no desempeña papel alguno. Demuestra este aserto examinando los casos planteados en la jurisprudencia alemana, en los que el desistimiento fue motivado por miedo, vergüenza, escrúpulos de conciencia, porque el botín no era tan importante como el autor creía, etc. Por su parte, ROXIN señala que esta comprobación se ha extendido a todas las sentencias dictadas en Alemania, tarea realizada por ULSENHEIMER, *Grundfragen…,* 70.

[83] MUÑOZ CONDE, *El desistimiento…*, 25-26.

[84] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado DP PG*, 578 y LOS MISMOS, *Strafrecht AT,* 538; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht AT*, 233; WELZEL, *DP Alemán PG*, 231.

no explican la razón de la impunidad, cuando esta no constituye el motivo del desistimiento, lo que, por cierto, sucede en la mayoría de los casos. Si se llevara esta teoría hasta sus últimas consecuencias, entonces se debería limitar la exención de pena a los casos de desistimiento voluntario motivado por la perspectiva de impunidad[85].

En la jurisprudencia alemana, una trascendente sentencia del Tribunal Supremo de 1956 puso fin al reinado de la teoría del "puente de oro", al descartarla expresamente y adherir a la teoría del "fin de la pena" en los siguientes términos:

> "en la mayoría de los casos el autor no piensa en absoluto en las consecuencias penales durante la tentativa. No sabrá siquiera, mucho menos se representará que puede obtener la impunidad si abandona su plan delictivo. En general tampoco se dejará determinar a desistir a través de consideraciones de esa naturaleza, aun cuando debería haberlas realizado"[86].

Por otra parte, a la teoría del "puente de oro" se le reprocha la muy limitada capacidad de fundamentación del concepto mismo de "estímulo", que, en definitiva, no aclara el problema. También es perfectamente posible alcanzar el efecto "impunidad, aun cuando este no sea el motivo del desistimiento voluntario, toda vez que "alcanzar la impunidad" no constituye un requisito del mismo. Ello se aprecia nítidamente con el ejemplo del que desiste, aun cuando hubiere podido consumar el delito sin riesgo alguno de ser descubierto. Aquí, el sujeto no cuenta en absoluto con la posibilidad de ser castigado, de modo que la impunidad nunca pudo constituir un incentivo para el desistimiento[87].

---

[85] Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento…*, 43; LA MISMA, "Dos cuestiones básicas del desistimiento en Derecho penal", 331, 336, en Jesús SILVA SÁNCHEZ, (comp.) *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin,* Bosch, Barcelona, 1997. En el mismo sentido, BOCKELMANN, "Wann ist der Rücktritt…", 1418; en contra, BENLLOCH PETIT, *El desistimiento…,* 23, para quien estos autores olvidan que la consecuencia última de una teoría utilitarista no es otra cosa que la máxima de la utilidad.

[86] BGHSt 9, 48 (52), del 28 de febrero de 1956 – 5 StR 352/55, traducción propia: ("*In den meisten Fällen denkt der Täter aber beim Versuch gar nicht an die strafrechtlichen Folgen. Er wird oft nicht einmal wissen, noch weniger sich vor Augen halten, daß er sich Straflosigkeit verschaffen kann, wenn er sein verbrecherisches Vorhaben aufgibt. Er wird sich dazu im allgemeinen auch nicht gerade durch solche Erwägungen, selbst wenn er sie anstellen sollte, bestimmen lassen*").

[87] Cfr. ROXIN, *Strafrecht AT II*, 483; EL MISMO, "Über die Ratio…".

Asimismo, se observa que el efecto impunidad no es necesariamente una consecuencia lógica de estas teorías. El incentivo también podría lograrse mediante la atenuación obligatoria de la pena, opción adoptada en algunos países como Inglaterra, Israel o Australia[88].

Además, la perspectiva del estímulo abarca todo el contenido de la legislación penal. Sus normas coercitivas cumplen una función de comunicación, actuando como incentivo tanto para la no realización de conductas prohibidas como para la ejecución de los comportamientos prescriptos. Por ello, si la *ratio* de la impunidad del desistimiento es un estímulo, debería ser específico y distinto del anterior, aspecto este que no aclaran los defensores de dicha teoría. Aun aceptando que la función de los tipos penales pueda estructurarse como un incentivo para realizar ciertas conductas, se afirma que no hay duplicidad de estímulos. El problema de esta teoría consiste en la relación comunicativa entre legislador y ciudadano, estructurada en términos de "salvación", de último aviso, de última oportunidad. Esta perspectiva, se sostiene, conlleva el peligro de una insostenible visión paternalista del desistimiento, que no explicita satisfactoriamente el fundamento del instituto[89].

Incluso, desde una perspectiva inversa a FEUERBACH, se llega hasta el punto de advertir el peligro de generar el efecto contrario con la impunidad del desistimiento. Si se sabe que hasta el final se tiene una vía de salida, ello puede animar a futuros delincuentes a delinquir o incurrir en tentativas[90]. Desde la perspectiva funcionalista-sistémica, se pregunta por qué la posibilidad de desistimiento no se considera como una inducción a la tentativa, o acaso "¿no es una amenaza de pena irrevocable para la tentativa mejor vía para la protección de la víctima?". Para quien ha entrado en el terreno de la tentativa punible, la perspectiva de impunidad no le resultará particularmente estimulante; si la amenaza de pena

[88] Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, "Dos cuestiones…", 336; LA MISMA, *El desistimiento*…, 44.

[89] Cfr. POZUELO PÉREZ, *El desistimiento…*, 57.

[90] Así, se expresa Albin ESER, en Adolf SCHÖNKE / Horst SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. Auflage, C.H. Beck , München, 2010, 434. En contra POZUELO PÉREZ, *El desistimiento…*, 55, para quien es poco demostrable estadísticamente tanto el efecto protector del precepto del desistimiento como su supuesto efecto criminógeno.

no es efectiva en términos de prevención respecto del mismo autor, la oferta de impunidad por desistimiento del hecho seguramente carecerá de efecto[91].

Es cierto que las normas sobre el desistimiento de los códigos penales provienen de una decisión político-criminal del legislador, sea para la protección de bienes jurídicos o no. Pero, a pesar de esta afirmación poco novedosa, continúa sin explicación la *ratio* de aquella decisión[92].

Asimismo, se señala que tampoco dilucida suficientemente el criterio de la voluntariedad, aun asumiendo que los presupuestos psicológicos de la teoría del "puente de oro" fueran reales. Justamente, cuando el sujeto se ve descubierto, pudiendo todavía consumar el hecho, pero contando con su posterior detención, la promesa de impunidad podría constituir un poderoso motivo para desistir, mientras que, por otra parte, la perspectiva de ser castigado, de una u otra forma, podría impulsarle hacia la consumación del delito. Puesto que en estos casos se rechaza la voluntariedad del desistimiento -y, por ende, se castiga-, también el desistimiento involuntario debería tener por efecto la impunidad para poder tenderle al autor un puente en favor de la víctima. Pero, precisamente, ello no sucede. Por cierto, la promesa de impunidad serviría para su protección, pero, por otro lado, la posibilidad de salir todavía impune podría incitar a la tentativa o, en su caso, a la consumación. De este modo, también sobre la base de su incorrecta premisa, queda sin resolver, si la teoría del "puente de oro" puede contribuir con algo a evitar la comisión de hechos punibles[93].

En rigor, esta teoría, también denominada "político-criminal", supone una concepción psicológica de la voluntariedad que conduce a resultados inadmisibles. En esta línea argumental, se ha afirmado, si bien con referencia del derogado Código Penal alemán, que:

---

[91] Cfr. Günther JAKOBS, "La conducta de desistimiento", en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 1° ed., trad. de Manuel Cancio Meliá, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, 549, 551.

[92] Cfr. POZUELO PÉREZ, *El desistimiento…*, 56.

[93] Cfr. ROXIN, *Strafrecht AT II*, 484; EL MISMO, "Über die Ratio…"; POZUELO PÉREZ, *El desistimiento…*, 54.

"si realmente de la supuesta tendencia político-criminal del § 46 se quieren extraer conclusiones sobre cómo debe configurarse el motivo del desistimiento, entonces se deducirá no solo la consecuencia negativa de que es indiferente la cualidad moral de los impulsos del autor, sino también la positiva de que precisamente debe desistir para procurarse la impunidad. Evidentemente entonces no tendría objeto en la práctica el § 46"[94].

Para los partidarios de la teoría del "fin de la pena", la idea de no desalentar el desistimiento del autor, a través del mantenimiento de la punibilidad, puede, no obstante, jugar un papel de mero complemento, pero solo en algunos casos puntuales[95].

Desde la óptica funcionalista-sistémica, se resalta el carácter arbitrario de la teoría político-criminal, al fundamentar la impunidad del desistimiento de un modo externo al Derecho penal. El interés de conservación del bien atacado -el criterio utilitarista de la maximización de intereses, que se materializa en evitar consumar su lesión- es la razón para excluir la sanción penal; pero no se aporta motivo dogmático alguno. Así, se señala que:

"El nombre de la teoría, teoría político-criminal, atina solo a medias. Esta teoría no está orientada precisamente a una política *criminal,* sino de un modo más general a una maximización de los bienes y, por tanto, a una función de policía. La orientación por lo demás es ciertamente política; pues, como siempre sucede en la política, no rigen aquí las categorías de lo dogmáticamente correcto, sino el interés en el éxito. Ciertamente un modo semejante de proceder no tiene por qué ser reprobado en todo caso, pero en lo que se refiere al Derecho penal no puede operar sino de manera puramente arbitraria y lo cierto es que la teoría político-criminal en cuanto doctrina sobre el desistimiento constituye una teoría de la pura arbitrariedad"[96].

---

[94] BOCKELMANN, *Strafrechtliche...*, 174. En contra, MUÑOZ CONDE, *El desistimiento…*, 23, para quien esta objeción no es convincente, no pudiendo adoptarse como argumento decisivo contra la teoría político-criminal.

[95] Cfr. ROXIN, *Strafrecht AT II*, 484; EL MISMO, "Über die Ratio…", *passim.*

[96] Günther JAKOBS, "El desistimiento como modificación del hecho", *Estudios de Derecho Penal*, trad. de Enrique Peñaranda Ramos, Madrid, 1997, 325, 327 (título original "Rücktritt als Tatänderung *versus* allgemeines Nachtatverhalten", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 1992, 82-104); para este autor la teoría político-criminal no constituye una postura que valga especialmente para el

Por su parte, otro sector de la doctrina centra el reproche en dos aspectos diferentes de la teoría político-criminal. En primer lugar, no es convincente partir de un concepto ya superado de norma penal, cuya pretendida influencia sobre el sujeto, al momento de delinquir, es un efecto demasiado contingente y casual como para elevarlo al rango de fundamento. Su búsqueda, por el contrario, debe estar orientada hacia la medida en que el desistimiento disminuya o, incluso, anule las necesidades de pacificación social a través del restablecimiento de la vigencia de la norma. En segundo lugar, del mismo modo que lo hace el funcionalismo-sistémico, se objeta lo absoluto del fin de preservación del bien jurídico, en cuyo marco, la teoría político-criminal es incapaz de definir los límites de la impunidad del desistimiento. Al sacrificar necesidades abstractas de pena, en aras a la concreta salvación del objeto de ataque, se cae en un pragmatismo contrario a la función de pacificación duradera que debe cumplir el Derecho penal[97].

Finalmente, se advierte que la perspectiva político-criminal del "puente de oro" se opone al establecimiento de otras exigencias que no sea la mera influencia causal del autor con respecto a la evitación del resultado típico. Esta interpretación restringida a la mera causalidad derivaría de una interpretación literal del § 24 I StGB, sobre la base de argumentos de corte preventivo: aunque la oferta de impunidad pueda resultar poco eficaz

---

desistimiento de la tentativa, por lo que, cuando se aplica a este instituto, conduce a resultados arbitrarios. Así, nunca pudo explicar por qué el derecho debe renunciar a la pena de la tentativa de asesinato para salvar una vida y, en cambio, no puede prescindir, con la misma finalidad, de la sanción mucho más reducida, prevista para las lesiones corporales peligrosas. Así, constata que al autor de unas simples lesiones corporales, a diferencia de la tentativa de asesinato, no es necesario "'comprarle" una vida". Por ello, dado que se sigue la lógica de maximización de intereses y no las categorías dogmáticas, el criterio es definido por el mercado y no por la justicia. Incluso sería posible prometer la exención a quien ha cometido varios asesinatos, con tal de que omita cometer más hechos en el futuro. Concluye sosteniendo que es inadecuado presentar al desistimiento como un trato. Cfr., asimismo, Marcelo SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. A la vez, una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs,* Temis, Santa Fe de Bogotá, 1995, 69; José Leandro REAÑO PESCHIERA, "Sobre los fundamentos de la exención de pena por 'desistimiento voluntario' de la tentativa", *Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI, Libro homenaje al profesor Dr. Günther Jakobs*, Dir. Guillermo Jorge Yacobucci, ARA Editores, Lima, Perú, 2005, 341-381.

[97] Cfr. BENLLOCH PETIT, *El desistimiento…*, 27-28, quien agrega que "al concebir la impunidad por desistimiento como una medida de "fomento" de la indemnidad del concreto objeto de ataque, olvida que esto puede ir a veces en contra del fin más general y abstracto del Derecho penal, a saber, el "fomento" de la indemnidad de los bienes jurídicos en general a través del aseguramiento difuso de las normas mediante pena. Esta teoría no explica, por tanto, qué es lo que hace que en algunos casos haya que primar este segundo fin -así en los supuestos de desistimiento involuntario- mientras que en otros se da prioridad al primero -como en los casos de reparación post-delictiva-", comillas en original.

para motivar al autor a abandonar la ejecución, el establecimiento de requisitos superiores a la mera causalidad natural en la evitación del resultado vendría a cercenar dicha potencialidad motivadora. Sin embargo, esta limitación lleva a resultados insatisfactorios, como se verá en el desarrollo del requisito objetivo de eficacia, cuya concurrencia demanda mucho más que aquella relación causal. Bajo esta posición crítica subyace, a su vez, la cuestión sobre si los enunciados penales poseen sentido adscriptivo o tan solo descriptivo de la causalidad[98].

4. Teoría del "premio" o de la "gracia" (*Prämientheorie oder Gnadentheorie*).

4.1. Exposición

Frente al embate crítico que recibieron las teorías de cuño político-criminal, otros criterios ocuparon el centro de la escena para fundamentar la impunidad del desistimiento, pero, esta vez, sin recurrir a ficciones. Algunos comenzaron a verla como una retribución a título de "premio" o recompensa, mientras que otros como un acto de "gracia" del Estado, que renunciaba, así, al ejercicio de su poder punitivo. De este modo surgieron las denominadas teorías del "premio" ("*Prämientheorie*") o teoría de la "gracia" ("*Gnadentheorie*").

El tratamiento conjunto de ambas concepciones obedece a la similitud de sus fundamentos, sin perjuicio de las diferencias semánticas que ambos conceptos presentan. En primer lugar, comparten la idea de concesión de una instancia superior en favor del sujeto que llega a evitar el resultado típico, luego de haber realizado actos ejecutivos. La ley concede un "premio" al arrepentimiento voluntario y eficaz. Por otro lado, también les es común la idea del merecimiento de la "gracia" o perdón, como requisito de la concesión.

[98] Cfr. REAÑO PESCHIERA, "Sobre los fundamentos…", 341, 350. En cuanto al sentido adscriptivo de los tipos penales, ver Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, La regulación de la "comisión por omisión"*, en El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales,* Bosch, Barcelona, 1997, 51, 60-62.

Sin embargo, desde el punto de vista semántico, existen matices distintivos. Así, la "gracia" concibe el desistimiento como una forma jurídica de perdón estatal de la pena, mientras que el "premio" denota más la idea de recompensa por haber evitado el resultado típico. Aquí el premio se relaciona con una visión retrospectiva, hacia el pasado; cuando, por el contrario, se lo aprecia orientado al futuro, se vincula con la idea de estímulo, aliciente o incentivo[99].

Mientras algunos autores no vislumbran diferencias sustanciales entre las concepciones de premio, recompensa, beneficio, gracia o perdón[100], otros prefieren la denominación global de "teorías premiales", porque responde mejor a la idea básica de su concepción: la impunidad como "premio"[101].

En cambio, cierta doctrina propicia la consideración separada de las teorías del "premio" y de la "gracia", dado que ambas constituyen realidades muy diferentes. La justicia del premio importa el reconocimiento o la recompensa por una acción meritoria, no exigible, algo que le es debido al sujeto y que, por tanto, se le ha de otorgar. La idea de la "gracia", por contra, trasluce la concesión de un perdón discrecional y no merecido, donde se hace uso más de la generosidad que de la justicia, toda vez que la impunidad importa una excepción a la regla. Por ello, se propone un trato y una valoración diferenciales, invocándose razones de buen método[102].

Pero más allá de la opción metodológica que se escoja, lo cierto es que todo este grupo de teorías presenta, en común, la estructura de medio a fin, propia de las concepciones político-criminales. Ello, de por sí, habilitaría su ubicación dentro de estas, aunque la doctrina mayoritaria las trate en forma separada. El ingreso en el ámbito de la tentativa conlleva el riesgo de lesión efectiva del bien jurídico contra el que se atenta. El

[99] Cfr. POZUELO PÉREZ, *El desistimiento…*, 58.
[100] Así, por ejemplo, ROXIN, *Strafrecht AT II*, 485; cfr. también EL MISMO, "Über die Ratio…".
[101] Cfr. MUÑOZ CONDE, *El desistimiento…*, 31, quien señala, asimismo, que esta idea ya se encontraba en FEUERBACH, aunque este se haya inclinado por un fundamento de prevención general negativa.
[102] Cfr. BENLLOCH PETIT, *El desistimiento…,* 29.

medio "impunidad" es el instrumento de estrategia político-criminal, cuyo fin es evitar esa concreta lesión a través de una acción u omisión de desistimiento. Para la consecución de dicho objetivo, las teorías premiales utilizan, como medio, la concesión de la "gracia" o recompensa de la impunidad[103].

Una concepción antiguamente defendida como teoría del perdón, cuya larga tradición alcanzaba hasta el Derecho general territorial prusiano, fue renovada en un revolucionario artículo de doctrina de 1955, que concitó gran adhesión en la literatura alemana. En dicho trabajo, se afirmaba una cierta compensación del reproche de culpabilidad a través de una acción meritoria del autor, motivo por cual resultaba conveniente eximirlo de la pena, es decir, "concederle el perdón". Para esta postura, el "premio" se justificaba por un acto de "gracia", por una renuncia del Estado a la pretensión penal ya nacida[104]. Esta concepción también ha encontrado eco en un sector de la literatura argentina[105].

Las consecuencias más importantes de la teoría del "premio" o de la "gracia" se reflejan en el ámbito de la voluntariedad del desistimiento. En esta línea, se argumenta que

[103] Cfr. POZUELO PÉREZ, *El desistimiento…*, 60.

[104] Cfr. BOCKELMANN, "Wann ist der Rücktritt…", 1421, y *Strafrechtliche...*, 182. Coincidiendo casi literalmente, JESCHECK/WEIGEND, *Tratado DP PG*, 579 y LOS MISMOS, *Strafrecht AT,* 539, se pronuncian a favor de esta teoría, afirmando: "Quien desiste voluntariamente y evita la consumación o se esfuerza seriamente en ello aun cuando de todos modos aquella tiene lugar, en la comunidad se compensa parcialmente la impresión jurídicamente perturbadora de su hecho y, a causa de ello, merece indulgencia. A ello se añade que el injusto de la tentativa es compensado hasta cierto grado por el contrapeso que supone su actuación meritoria". En igual sentido, WESSELS/BEULKE, *Strafrecht AT*, 233, sostienen que la teoría del premio o perdón es más próxima a la realidad, en tanto la ley premia con la impunidad el mérito de haber optado voluntariamente por el desistimiento. El retorno a la legalidad, que importa haber evitado la realización del resultado, compensa el desvalor de la tentativa y el efecto negativo que produjo el sujeto en la conciencia jurídica colectiva, de manera que se responde negativamente a la necesidad de pena. Aquellos autores, no obstante, también ven la teoría de los fines de la pena compatible con este punto de vista, tanto por cuestiones de prevención general como especial.

[105] Cfr. Esteban RIGHI, *Derecho Penal, Parte General*, 1° ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, 428; este autor descarta, por insuficiencia explicativa, a las teorías de la atenuación de la culpabilidad y de la disminución de la necesidad de reafirmación de la vigencia de la norma; y se pronuncia a favor de las teoría del premio, señalando: "Debe entenderse por ello, que es la conveniencia político-criminal de ofrecer al autor un estímulo adicional en interés de que el resultado no se produzca (*teoría del premio*), lo que otorga sentido a la previsión de esta excusa absolutoria sobreviniente.", cursivas en original.

únicamente la idea de "premio" determina el alcance del requisito voluntariedad; ello, porque solo se le puede conceder la impunidad a quien lo merezca[106].

En cuanto a la jurisprudencia española[107] y argentina[108], ambas registran algunos fallos en los que se recurrió expresamente a las teorías del premio, ya sea bajo el argumento del "premio", ya sea bajo el del "perdón".

4.2. Crítica a la teoría del "premio" o "gracia".

En general, los principales cuestionamientos contra esta teoría se reconducen a su pobreza explicativa y la consecuente incapacidad de fundamentación autónoma; a la falta de legitimidad de la institución "premio" como medio; y al peligro de confundir las fronteras entre Derecho y Moral.

---

[106] Cfr. MUÑOZ CONDE, *El desistimiento…*, 28-29; ROXIN, *Strafrecht AT II*, 485; EL MISMO, "Über die Ratio…"; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento…*, 51. Para JESCHECK/WEIGEND, *Tratado DP PG*, 579, LOS MISMOS, *Strafrecht AT,* 539, y con ellos la casi totalidad de los partidarios de esta teoría, el mérito radica en la voluntariedad del desistimiento; la ley se conforma con el mismo, sin exigir motivo ético especial alguno. Sin embargo, BOCKELMANN, *Strafrechtliche...*, 183, propicia una postura más radical. Parte de la voluntariedad del desistimiento como límite mínimo de la impunidad, porque solo puede ser meritorio aquello que sea hijo de la voluntad libre. Pero para alcanzar la impunidad es necesario además que el motivo del desistimiento sea éticamente valioso o, por lo menos, que no sea éticamente reprobable. La cualidad moral de los motivos, para aquel autor, es decisiva.

[107] La STS del 25 de junio de 1999 señala que la norma sobre el desistimiento responde a "una decisión de índole político-criminal que aconseja la no punición de quien voluntariamente desiste de la acción criminal emprendida, pues la aplicación de la pena en tal supuesto sería contraria a los principios de mínima intervención que inspiran el sistema de justicia penal". Asimismo, en la STS del 20 de marzo de 2003 se señala que "El desistimiento activo que el Código premia con la exención de la responsabilidad penal, sin perjuicio de la responsabilidad en que ya hubiera incurrido por los actos ejecutados, supone un "premio" del legislador penal correspondiente a una política criminal de promover comportamientos activos posteriores a un hecho delictivo que supongan un reconocimiento del ordenamiento jurídico previamente agredido por quien desiste", comillas en original.

[108] La Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional sostuvo, en la causa "Ríos, Diego Adrián y otro", c. 19.744, del 20 de agosto de 2002, que: "La nota esencial del desistimiento es la decisión del sujeto activo -sin intervención alguna de elementos externos a él- de no consumar la conducta dañosa que no se ha concluido, pero que es susceptible de conclusión. El fundamento de la despenalización de la tentativa desistida se halla en que tal conducta borra la mala impresión que su hecho causa en la comunidad y merece, por ello, el perdón".

El reparo más potente apunta a la falta de capacidad de fundamentación autónoma de esta teoría, que se limita al carácter meramente descriptivo de los conceptos de "premio" y de "gracia", sin explicar, en realidad, el fundamento propiamente dicho[109].

Desde esta visión crítica, algún sector de la doctrina limita esta carencia al concepto de "premio", sin extenderla a la idea de "gracia", que también objeta, pero desde otra perspectiva. Así, se sostiene que la noción del "premio" carece de un auténtico argumento material que justifique la recompensa, porque, sin brindar la explicación correspondiente, se coloca en un pié de igualdad tanto al sujeto que desistió como al que no dio comienzo de ejecución de tentativa alguna[110]. En cambio, aquel déficit explicativo no se observa en la teoría de la "gracia", porque su punto de partida es la necesidad de legitimación del castigo, pero no de la impunidad. Por ello, a diferencia del "premio", la crítica a la noción de "gracia" pasa por otro lado y apunta directamente a la base misma de esta teoría: que la exención de pena no requiera de mayor fundamentación. Desde esta posición de críticas diferenciadas, se entiende que el principio de igualdad reclama una justificación material del trato desigual que también implica prescindir del castigo. En este sentido, la teoría de la "gracia", se aduce, tampoco suministra una fundamentación[111].

Los partidarios de las teorías del "fin de la pena", si bien admiten que el desistimiento voluntario es premiado o recompensado con la impunidad, también advierten

---

[109] En este sentido, MUÑOZ CONDE, *El desistimiento…*, 29-31, entiende que esta teoría nada aporta, ya que no contesta la pregunta sobre por qué se concede el premio. STRATENWERTH, *Derecho Penal PG I*, 354, afirma que deja abierta la cuestión del por qué la ley garantiza una recompensa tan amplia precisamente en el caso de tentativa, y solo en él; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento…*, 50, expresa que esta teoría se limita a invocar el mérito, sin decir en qué consiste ni cuál es su fundamentación material. Günther JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2° ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, 902, y EL MISMO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Lehrbuch, 2° neubearbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1993, 744, entiende también que esta teoría se limita a formular un presupuesto de la impunidad, desde luego no evidente para él, en el sentido que "la tentativa antijurídica y el comportamiento conforme a deber del desistimiento deben valorarse conjuntamente. Pero esta teoría no contesta por qué esto ha de ser así".

[110] Cfr. BENLLOCH PETIT, *El desistimiento…,* 31, quien señala: "si realmente la teoría del premio quisiera atender a la doble vertiente premial y penal de la retribución, parecería más coherente que defendiera la mera atenuación por desistimiento pues, de este modo, se atendería al merecimiento del castigo por el injusto contenido en los actos de tentativa y al merecimiento del premio o recompensa por desistir".

[111] Cfr. *idem*, 33-34.

que ello solo se limita a la trascripción del texto legal, sin aportar los motivos de la concesión del beneficio. Dentro de este razonamiento, se afirma que:

> "si el concepto de 'perdón' debe expresar algo más que la simple recompensa legal por desistir voluntariamente, entonces dicho concepto es inexacto. Es que, fuera de especiales circunstancias históricas puntuales, no es de la competencia del legislador disponer, de antemano, indulgencias y amnistías sobre comportamientos en sí punibles"[112].

Desde este punto de vista, se entiende que las teorías premiales recurren, en mayor o menor medida, a elementos de la teoría del "fin de la pena". Así, por ejemplo, cuando se alude a la atenuación del reproche de culpabilidad y a la esperanza de que el autor no delinca en el futuro; también, cuando se argumenta que, a través del desistimiento, el autor suprime la "impresión jurídicamente perturbadora", o "regresa a la legalidad" y compensa "la influencia negativa sobre la conciencia jurídica de la colectividad". Por esta razón, se concluye que la teoría del perdón o del "premio" no es más que "una rudimentaria teoría del fin de la pena", sin pretensión de autonomía alguna. Incluso, se llega hasta afirmar que no se trata de una cuestión de indulgencia o perdón, sino de un tema específicamente jurídico-penal, a saber, la necesidad o la ausencia de necesidad de imponer una pena[113].

Por otro lado, se cuestiona la legitimidad de la institución "premio" o "gracia" como medio para alcanzar un fin. Así, cabe preguntarse, hasta qué punto es posible admitir la idea de un Derecho del premio junto a un Derecho sancionador, y hasta qué punto esta idea ha sido recogida por el Derecho positivo. La noción del "premio", como opuesta a la del castigo, tiene una raíz netamente retributiva. El concepto de retribución obliga a responder al mal con otro mal, *retributio in malam partem*, y al bien con otro bien, *retributio in bonam partem*; se basa en las ideas de castigo y recompensa como motores que impulsan la voluntad humana y que operan como sus dos respuestas jurídicas. Esta concepción plantea

[112] ROXIN, *Strafrecht AT II*, 485; también EL MISMO, "Über die Ratio…", comilla en original.

[113] Cfr. *ibidem*; en sentido similar, se expresan MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, *Derecho Penal PG*, 69: "si en el desistimiento el autor elimina el efecto conmovedor del derecho acuñado al intentar su delito, ya no es reconocible el fin que pudiera alcanzarse con la pena de la tentativa".

el problema de la existencia de un Derecho penal premial que, como teoría autónoma, no tuvo gran desarrollo. La recompensa, dentro de esta línea de pensamiento, constituye un instrumento de prevención general positiva para evitar la comisión de delitos. Contra esta visión, se señala que la misión del Derecho penal "es proteger bienes jurídicos y sancionar las conductas que lo ataquen, pero nunca premiar porque el delincuente haya evitado las consecuencias perjudiciales de su conducta". Como consecuencias de los comportamientos que regula, el Derecho penal prevé penas o, en todo caso, medidas de seguridad, pero nunca premios o recompensas[114].

En esta línea argumental, se afirma que idea del refuerzo positivo, inherente a la recompensa, es propia del paternalismo más que de un Derecho penal[115]. En otro sentido, se advierte que premiar a criminales está fuera de las funciones del Derecho penal, por lo que se rechaza la idea de "recompensar" la realización de un comportamiento exigido por el ordenamiento jurídico[116]. Por ello, se ha llegado a sostener que las teorías premiales importan una suerte de carta blanca para renuncias irracionales de pena[117].

En otro orden de ideas, también se critica que la admisión de la idea de merecimiento, sin establecer su fundamento y límites, conlleva el peligro de confundir las fronteras entre derecho y moral. Si el fin perseguido excede la realización de un desistimiento voluntario eficaz, en el sentido de evitar el resultado típico, se cae en la

[114] Cfr. MUÑOZ CONDE, *El desistimiento…*, 29-31.

[115] Cfr. POZUELO PÉREZ, *El desistimiento…*, 60-68, quien no concibe un Derecho penal de "recompensas" por las buenas conductas, donde se contrapone la noción de premio a la de castigo. No solo es inadmisible el traslado de esa idea al ámbito del desistimiento, sino a todo el Derecho penal, "el cual ha de limitarse a su función de regulador de las conductas peligrosas o lesivas".

[116] Cfr. Eberhard SCHIMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil: Studienbuch*, 2° ed., Tübingen, 1984, 365. En contra, POZUELO PÉREZ, *El desistimiento…*, 60, sostiene que esta afirmación no aborda el núcleo del problema. Se limita a descalificar a los delincuentes como sujetos susceptibles de premio, sin aportar una crítica jurídica a este instituto como respuesta penal. Entiende que la cuestión fundamental pasa por la legitimidad de la estructura premial dentro del Derecho penal, toda vez que está fuera de toda discusión que su finalidad no es premiar delincuentes.

[117] Cfr. MUÑOZ CONDE, *El desistimiento…*, 29-31, quien indica, asimismo, que la "gracia" no puede ser una decisión caprichosa de quien ostenta el poder ni un perdón particular gracioso; por otra parte, su papel en el Derecho penal moderno se reduce prácticamente a la amnistía y al indulto. Para POZUELO PÉREZ, *El desistimiento…*, 60-68, estas teorías, sin embargo, no parten de una concesión arbitraria, porque el premio, en concreto, depende de un merecimiento. Además, aprecia en dichas teorías una estructura político-criminal, en la medida que ofrecen un premio como medio para desistir. Desde su perspectiva, las dos cuestiones realmente importantes son: el riesgo de desembocar en una valoración del fuero interno del sujeto y la legitimidad misma del instituto "premio" como medio de política criminal.

valoración de la calidad del motivo del desistimiento. La exigencia de una determinada calidad ética, que defina su carácter meritorio, haría depender la punibilidad de motivos morales o inmorales, no de conductas lícitas o ilícitas. Ello, como se expuso, borraría los límites entre derecho y moral[118].

Esta falta de claridad ha llevado a los defensores de las teorías premiales a confundir la voluntariedad con el fundamento mismo del desistimiento, ya que, para ellos, el mérito reside en la voluntariedad misma. La clave para la concesión del "premio" pasa, sobre todo, por una decisión libre, sin coacción. No obstante, llama la atención que estos autores, al abordar el tema de la voluntariedad, lleguen a conclusiones contradictorias con aquella afirmación. Así, cuando procede de una motivación autónoma del sujeto, el desistimiento es voluntario, por ejemplo, en los supuestos de pérdida de valor, miedo a la pena, compasión con la víctima, etc. En cambio, es involuntario cuando proviene de una motivación no autónoma, como un cambio desventajoso de la situación o la desaparición de los factores que impulsaron la comisión del delito[119].

Las teorías premiales también son objeto de reproches sobre la base del ejemplo de la "tentativa calificada", donde el desistimiento no excluye el castigo de los actos ya realizados, en tanto constituyan un delito consumado. Aun cuando no sea lo que normalmente sucede, el problema se plantea cuando el delito en grado de tentativa, finalmente desistido, tenga una pena menor que el delito consumado, concebido como medio para alcanzar aquel. En este caso, no encaja la idea de "premio", porque al sujeto se le aplica una pena incluso más grave, aunque haya desistido del delito que representaba su verdadera finalidad[120].

---

[118] Cfr. POZUELO PÉREZ, *El desistimiento…*, 60-68.

[119] Cfr. *ibidem*. Como sostiene ROXIN, *Strafrecht AT II*, 485, la falta de justificación de la razón de la recompensa "impunidad" es lo que conduce a resultados tan diferentes en el juicio de voluntariedad; cfr. también EL MISMO, "Über die Ratio…".

[120] Cfr. MUÑOZ CONDE, *El desistimiento…*, 29-31, donde se pregunta: "¿Cómo puede decirse que en estos casos la impunidad concedida por el desistimiento del delito fin sea un premio, cuando a pesar de ello se aplica al delincuente una pena incluso más grave?". Para POZUELO PÉREZ, *El desistimiento…*, 61, es totalmente independiente de la cuestión que nos ocupa el hecho que, mediando desistimiento en relación con un delito, subsista otro delito consumado, que era medio para cometer aquel y que tenía una pena mayor. El matiz del "merecimiento" que introducen estas teorías es el que permite limitar la concesión de la impunidad al hecho concreto, del cual se ha desistido.

5. Teorías del "fin de la pena" (*Strafzwecktheorie*)

Actualmente considerada como la concepción dominante[121], su núcleo argumental se corresponde con la comprensión unitaria de tentativa y desistimiento, denominada "teoría de la consideración global". De conformidad con ella, la impunidad del desistimiento alcanza a los actos ejecutivos anteriores, de por sí punibles como tentativa, porque entraña un peligro concreto de lesión para un bien jurídico. El efecto específico del desistimiento consiste en hacer decaer las razones que justificaban la pena de la tentativa, la que, si fuese impuesta mediando desistimiento, dejaría de corresponder por innecesaria a sus legítimas finalidades.

La ausencia de las razones que fundamentan la punibilidad de la tentativa determina la desaparición de la necesidad de pena, sea desde una perspectiva de prevención general o especial, sea desde el punto de vista retributivo[122], aunque este, en su formulación absoluta, ya no encuentre demasiada acogida en la doctrina[123].

El aspecto de prevención general positiva se traduce en la restauración de la confianza en el ordenamiento jurídico perturbado por la tentativa; el relativo a la prevención general negativa, en lo superfluo del efecto intimidatorio. Contempla el aspecto de prevención especial la falta de necesidad de resocialización para alejar al sujeto de la comisión de futuros delitos. Por último, la desaparición del mal inhibe el efecto retributivo o expiatorio.

---

[121] Cfr. BENLLOCH PETIT, *El desistimiento…,* 35.

[122] Cfr. *idem,* 37; allí destaca la estrecha vinculación que existe entre la teoría del "fin de la pena" y la teoría de la consideración global. Asimismo, cfr. ROXIN, *Strafrecht AT II*, 538, uno de los más emblemáticos defensores de esta última concepción, el cual aprecia una unidad valorativa entre los actos ejecutivos y el desistimiento.

[123] Cfr. Raúl ZAFFARONI / Alejandro ALAGIA / Alejandro SLOKAR, *Derecho Penal, Parte General*, 2° ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, 71, donde se alude al denominado neo-retribucionismo, especialmente en la doctrina italiana.

El tratamiento doctrinal del tema exhibe un claro predominio de las posturas que combinan indistintamente los criterios preventivos de ambos signos, general y especial. El autor de tentativa que desiste voluntariamente regresa a la legalidad y no necesita resocialización, de modo que la imposición de una pena deviene innecesaria, en función de aquellas razones preventivo-generales y especiales. Algunos autores abordan la cuestión en forma separada, mientras que otros optan por una explicación de signo preventivo-general.

5.1. Las distintas formulaciones

La teoría del "fin de la pena" se compone, a su vez, de versiones diferentes, cuyas primeras formulaciones[124] son las siguientes: la teoría "de la impresión", "del regreso a la legalidad", "de la menor intensidad de la voluntad criminal" y "de la menor peligrosidad del sujeto". La mención de cada una de ellas se completa con un somero esbozo de la posterior evolución de la teoría del "fin de la pena", que abre paso a el desarrollo de las dos concepciones con mayor relevancia dogmática y académica.

La "teoría de la impresión" presenta un claro enfoque de prevención general, ya que toma en cuenta la influencia del desistimiento sobre el efecto que la tentativa causa en la sociedad. En este sentido, se afirma la ausencia de necesidad de pena, toda vez que el desistimiento elimina la "impresión de perturbación jurídica" o de "alarma social" ocasionada por la tentativa; anula o contrarresta su "efecto desestabilizador" o el "mal ejemplo" que había provocado; restaura el orden jurídico lesionado, así como la confianza de la sociedad en el sistema; suprime la ruptura de la "paz jurídica".

Por su parte, la "teoría del regreso a la legalidad" se manifiesta como retorno al camino del Derecho; conformidad con el contenido de la norma; reingreso a la comunidad jurídica; cumplimiento, aunque tardío, de la función motivadora de la norma. En particular, la invocación del regreso a la legalidad comprende ambos aspectos preventivos. La vuelta a

[124] Para un detalle más completo de los distintos autores y sus formulaciones, ver POZUELO PÉREZ, *El desistimiento…*, 69-79.

la senda de la ley, la reincorporación a la comunidad jurídica o la confirmación de la vigencia de la norma tienen carácter de prevención general. Este efecto, en la medida en que alcanza al sujeto, opera a modo de resocialización o reinserción, es decir, con carácter de prevención especial[125].

Con evidente acento sobre este último aspecto preventivo especial, la "teoría de la menor intensidad de la voluntad criminal" contempla la existencia de una voluntad delictiva de menor magnitud que la requerida para consumar el delito, lo que, a su vez, determina la falta de necesidad de pena[126]. La afirmación de la existencia de intención criminal distingue a esta teoría de las teorías jurídicas objetivas, que directamente la negaban por nulidad o anulación retroactiva.

Por último, según la teoría homónima, "la menor peligrosidad del sujeto" queda demostrada por el desistimiento de la tentativa que, a su vez, determina la falta de necesidad de resocialización de aquel.

En cuanto a su evolución, la teoría del "fin de la pena" se abrió paso en Alemania, a través de una sentencia del Tribunal Supremo del año 1956. A partir de este fallo, no solo se convirtió en una concepción independiente y autónoma, sino que también encontró rápidamente eco dentro de la literatura[127]. Junto con el abandonando expreso de la teoría del "puente de oro", la Cámara Penal 5° del BGH fundamentó la impunidad del

[125] Cfr. *idem*, 74, resulta un tanto equívoca, para POZUELO PÉREZ, la invocación conjunta de sendos aspectos preventivos. Atendiendo a los planteos de los autores que defienden esta teoría, la autora considera el aspecto preventivo especial más coherente con aquellos. Quien regresa al camino del Derecho, reconoce y acepta la norma, con lo cual experimenta una especie de resocialización o readaptación a los valores de la ley. Hans-Joachim RUDOLPHI, *SK-StGB. Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band I §§ 1 - 45 StGB, 8. Auflage, Heymanns, Köln, 2012, 39, sostiene que el regreso a la legalidad conlleva la innecesariedad de la pena para alejar al autor de la comisión de futuros actos delictivos.

[126] Cfr. POZUELO PÉREZ, *El desistimiento…*, 77, en especial nota 140. Por su parte, MARTÍNEZ ESCAMILLA, "Dos cuestiones…", 337, encuentra poco convincente esta posición, entre otras razones, porque no explica el requisito legal de evitar la consumación, a la que la ley condiciona la impunidad. Por otro lado, señala que la disminución de la voluntad criminal también se evidencia cuando el sujeto realiza esfuerzos para impedir el resultado, a pesar de lo cual no lo consigue.

[127] Así, por ejemplo, Reinhart MAURACH, *Tratado de Derecho Penal,* trad. de Juan Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1962, 201. Cfr. también WESSELS/BEULKE, *Strafrecht AT*, 233, quienes, si bien se pronuncian a favor de la teoría del premio, también encuentran compatible su línea argumental con la de la teoría del "fin de la pena", en cuanto a que, frente al desistimiento voluntario, no se impone la punición de la tentativa por razones de prevención general ni especial.

desistimiento en la menor intensidad de la voluntad criminal y menor peligrosidad, que se habían manifestado en la tentativa. Por primera vez, el BGH se expresó con claridad sobre el sentido de la norma del desistimiento, el § 46, apartado 1° del derogado Código Penal alemán, señalando:

> "Cuando el autor abandona voluntariamente la tentativa comenzada, demuestra que su voluntad delictiva no era lo suficientemente intensa como para ejecutar el hecho. Su peligrosidad, que al principio había expresado en la tentativa, posteriormente resultó ser sustancialmente menor. Por este motivo, la ley prescinde de castigar 'la tentativa como tal'; estima que la pena ya no es necesaria para impedir que el autor cometa otros delitos en el futuro, para intimidar y evitar que otros los cometan, o para restablecer el ordenamiento jurídico lesionado"[128].

Pues bien, a partir de este pronunciamiento, la teoría del "fin de la pena" experimentó un fuerte y sostenido desarrollo, en cuyo marco se destacan dos concepciones, que se expone a continuación: la denominada "comprensión totalizadora" de la doctrina española y la teoría del "fin de la pena modificada", propiciada por ROXIN.

5.2. La "comprensión totalizadora"

Esta perspectiva, generada en el seno de la doctrina española, sostiene que solo una "comprensión totalizadora", que abarque todas las dimensiones del fenómeno de la impunidad del desistimiento, puede arrojar luz sobre su fundamento. Una visión parcial es precisamente lo que constituye el defecto de las otras teorías que intentaron explicarlo,

[128] BGHSt 9, 48 (52), 5 StR 352/55, sentencia del 28 de febrero de 1956, traducción propia, comillas en original ("*Es wird daher der Wirklichkeit besser gerecht, den Sinn des § 46 Nr.1 StGB in folgendem zu sehen: Steht der Täter von dem begonnenen Versuch freiwillig ab, so zeigt sich darin, daß sein verbrecherischer Wille nicht so stark war, wie es zur Durchführung der Tat erforderlich gewesen wäre. Seine Gefährlichkeit, die im Versuch zunächst zum Ausdruck gekommen war, erweist sich nachträglich als wesentlich geringer. Aus diesem Grunde sieht das Gesetz davon ab, den "Versuch als solchen" zu ahnden. Denn eine Strafe erscheint ihm nicht mehr nötig, um den Täter für die Zukunft von Straftaten abzuhalten, um andere abzuschrecken und die verletzte Rechtsordnung wiederherzustellen*"). En el mismo sentido se pronunció la 4° Cámara Penal, BGHSt 14, (75), 4 StR 501/59, sentencia del 15 de enero de 1960.

porque colocaron el centro de gravedad de la impunidad en un aspecto parcial del desistimiento, omitiendo sencillamente los otros[129].

Para esta posición, la falta de necesidad de castigo deriva tanto de la naturaleza de la pena como de la tentativa misma:

> "…la impunidad del desistimiento voluntario, es decir, el juicio de que este no merece ser castigado, únicamente puede comprenderse si se le considera en todas sus dimensiones: Solo quien anula el fundamento de extensión de la pena a las formas imperfectas de ejecución, y se comporta, al mismo tiempo, conforme a las exigencias político-criminales que se derivan de la idea de prevención - general y especial-, merece la impunidad"[130].

Si bien se admite la idea de retribución como límite mínimo y máximo del poder punitivo estatal, se sostiene que la pena no se agota en dicho elemento irracional retributivo, sino que cumple, además, una función político-criminal de lucha contra el delito a través de la prevención general y especial. En el caso particular de desistimiento voluntario, este punto de vista preventivo determina la falta de necesidad de sanción penal. Por un lado, quien desiste elimina la conmoción jurídica y el mal ejemplo que la tentativa causa en la comunidad; por otro, el fin especial, cautelar y correctivo de la pena deja de estar justificado. Tampoco es necesaria la aplicación de una sanción, desde el punto de vista de la tentativa misma, considerada como forma imperfecta de ejecución y causa de extensión de la pena. El desistimiento voluntario anula, para el futuro, el fundamento de su punibilidad, a saber: "la *mala voluntad manifestada*, que, abstracta o concretamente, *pone en peligro los bienes jurídicos protegidos* en los tipos de la Parte Especial"[131].

---

[129] Cfr. MUÑOZ CONDE, *El desistimiento…,* 36-41.

[130] *Idem*, 40.

[131] *Idem,* 36-41, cursiva en original. Desde otra perspectiva, Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 7° ed., BdeF, Julio Cesar Faira Editor, Montevideo-Buenos Aires, 2005, 356 ss., acude también a una fundamentación relacionada con la falta de necesidad de pena. Según su postura, en el derecho positivo español, el concepto legal de tentativa requiere, como elemento, la ausencia de desistimiento voluntario. Su concurrencia, por el contrario, excluye "el tipo penal de la tentativa". No se niega el injusto anterior, sino solo su relevancia penal, precisamente por falta de necesidad de pena. Explica que el desistimiento anula la tentativa porque hace desaparecer las razones político-criminales de su punición; "el castigo de la tentativa no solo presupone la prohibición de la conducta por su peligrosidad *ex ante*, sino también la necesidad de pena a

5.3. La teoría del "fin de la pena modificada" de ROXIN

Se trata de un importante desarrollo de la fundamentación de la impunidad del desistimiento, producido en la doctrina alemana a partir de la teoría del "fin de la pena"[132]. Esta concepción parte sobre una base crítica del fallo del BGH de 1956 (9, 48), aduciendo que este minimiza en demasía la peligrosidad del sujeto, y que, de allí, deriva, sin más, la falta de necesidad de pena. Quien avanza hasta el estadio de actos ejecutivos de tentativa demuestra, por lo menos, cierta labilidad con relación a las exigencias del Derecho penal. Puede que todavía no haya vencido todas sus inhibiciones, pero que esté en camino de hacerlo y, por tanto, consume el delito la próxima vez que lo intente. Por ello, y en relación con aquel fallo del BGH, ciertos autores califican la suposición de falta de efecto preventivo especial como "un pronóstico criminológico extremadamente audaz"[133], mientras que otros aluden a un "optimismo político-criminal" que, en la mayoría de los casos, es una "mera ilusión y una especulación sin fundamento"[134].

Más allá de cierta exageración en dichas expresiones, ROXIN señala que las inclinaciones criminales del sujeto, en el sentido del BGH, no suministran una justificación para la intervención punitiva en un Derecho penal de acto. No se trata de responder la pregunta si el que desiste voluntariamente está curado, de una vez por todas, de dichas inclinaciones. Por el contrario, es en la situación del caso concreto donde debe encontrarse la respuesta sobre la supresión de las necesidades preventivas. Ello debe estar relacionado,

---

la vista del hecho resultante *ex post*. El desistimiento voluntario no puede excluir la peligrosidad *ex ante* ni, por tanto, la prohibición de la conducta (también *ex ante*), pero sí pone de manifiesto un hecho resultante *ex post* que no hace necesaria la pena", cursiva en original.

[132] Cfr. ROXIN, *Strafrecht AT II*, 478-481 ; EL MISMO, "Über die Ratio…".

[133] Cfr. Dietrich LANG-HINRICHSEN, "Bemerkungen zum Begriff der 'Tat' im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Strafzumessung, des Rücktritts und der tätigen Reue beim Versuch und der Teilnahme (Normativer Tatbegriff)", *Festschrift für Kart Engisch zum 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main, 1969, 353, 370.

[134] Cfr. Rolf Dietrich HERZBERG, "Zum Grundgedanken des § 24 StGB", *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, 1989, 49, 56. HERZBERG ejemplifica con supuestos de desistimiento, donde, a pesar de la impunidad, no se elimina la peligrosidad del sujeto ni su mal ejemplo ni se restablece el orden jurídico. Así, cita el caso del receptador que interrumpe una negociación de compra, a efectos de reservar su dinero para un negocio mejor; el adolescente que, por vergüenza, no lleva adelante sus primeras coacciones sexuales hasta la consumación, aunque aquella va decreciendo progresivamente con cada nuevo intento.

entonces, con una tentativa determinada que revela a un sujeto dispuesto a la comisión de un delito, el cual mantiene su resolución y al que solo ciertas circunstancias le hacen abandonar su plan. En este sentido, las necesidades preventivas de punición deben resultar de aquel suceso real, del hecho existente y concreto. Estas necesidades preventivas no se verifican, sin embargo, en el sujeto que desiste. Por un lado, ha regresado al ámbito de la legalidad con relación al específico hecho intentado y, por el otro, sus inclinaciones al delito, acaso todavía existentes, dan tan pocos motivos para el castigo como cualquier otra persona, considerada criminalmente peligrosa[135].

Sobre la base de estas consideraciones, esta comprensión aboga por lo que denomina teoría del "fin de la pena modificada[136]", basada sobre pautas normativas del Derecho penal de acto. La impunidad del desistimiento se fundamenta en la eliminación de las necesidades preventivas especiales y generales que, de concurrir, fundamentarían la punibilidad de la tentativa, pero siempre en función de un "hecho concreto". Esta concreción, esta referencia al suceso puntual, constituye la "modificación" que se propone con respecto a la tradicional teoría del "fin de la pena", gestada a partir del célebre caso del BGH de 1956.

En este sentido, ROXIN indica que:

> "Es que la puesta en peligro que representa la tentativa y que constituye el fundamento primario de su punición ha sido ya eliminada por el propio sujeto que desiste. Asimismo, la impresión de una perturbación jurídica, que todavía puede llevar consigo la punibilidad de tentativas carentes de peligro, es igualmente suprimida por la voluntariedad del desistimiento. El autor que desiste a tiempo espontáneamente no da un mal ejemplo a la colectividad, sino que, hasta cierto punto, confirma la vigencia del Derecho, el cual se ha terminado imponiendo en su comportamiento"[137].

---

[135] Cfr. ROXIN, *Strafrecht AT II*, 478-479; EL MISMO, "Über die Ratio…".

[136] Cfr. ROXIN, *Strafrecht AT II*, 479 nota 7, donde se refiere a la expresión de René BLOY, *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe*, Berlin, 1976, 158.

[137] ROXIN, *Strafrecht AT II*, 479.

En la misma línea, pero en expresa alusión al derecho positivo alemán, también agrega que:

> "Si en la tentativa acabada el autor no logra impedir el resultado, entonces existe una lesión del bien jurídico protegido, que exige ser castigada por motivos preventivos generales. La buena voluntad del autor dispuesto a dar marcha atrás no alcanza para suprimir la necesidad de pena, la cual, aquí, solo puede proceder de razones de prevención general. Por el contrario, un esfuerzo infructuoso del autor conduce a su impunidad, si el resultado se evita sin su intervención. Aquí la falta de consumación determina que la necesidad de prevención general sea sustancialmente menor, de modo que se pueda favorecer con la impunidad el 'retorno' del autor a la senda del derecho"[138].

Desde "la teoría de la pena modificada", se sostiene que su fuerza de convicción resulta de su capacidad de explicar, con claridad y sin forzar concepto alguno, la diversidad de supuestos comprendidos en la regulación del desistimiento. Se hace notar, en su favor, que los mismos puntos de vista, asociados al fin de la pena, sirven de fundamento tanto para excluir el castigo del desistimiento como para punir la tentativa. Por ello, los defensores de esta postura consideran que esta teoría "modificada" conforma el modelo interpretativo adecuado del fundamento de la impunidad del desistimiento voluntario, sin perjuicio de las diferentes perspectivas, según de la teoría de la pena defendida por cada autor[139].

---

[138] *Idem*, 479-480, comillas en original. Cfr. EL MISMO, *idem*, 335 ss., proclama una concepción dualista para la fundamentación de la punibilidad de la tentativa, a la que denomina "teoría de la unificación". El fundamento primario de la punición, que abarca la gran mayoría de supuestos, es la puesta en peligro cercana a la consumación típica. Junto con el mismo y para los excepcionales supuestos de "tentativa inidónea no peligrosa", contempla la impresión de perturbación jurídica producida por el quebrantamiento de la norma. Esta concepción dual permite, según ROXIN, explicar todos los supuestos contemplados en la ley penal. De esta forma, no es necesario discutir el derecho del legislador de consagrar, en principio, la punibilidad de tentativas no peligrosas, desde la perspectiva de la perturbación jurídica.

[139] Cfr. *idem*, 480-481; si bien no excluye la posibilidad que otras consideraciones, ajenas a la necesidad de pena, puedan erigirse en fundamento de la impunidad, las considera insatisfactorias por falta de autonomía.

5.4. Crítica a las teorías del "fin de la pena"

Dentro del elenco de objeciones formuladas contra la teoría del "fin de la pena", se destacan, principalmente, la imposibilidad de corroboración fáctica de lo que, desde el punto de vista preventivo, es necesario o innecesario; imprecisión y pobreza explicativa, especialmente frente a determinados supuestos reales; la afectación del principio de legalidad, al exigir requisitos no contemplados en la regulación positiva; la consagración de un Derecho penal de autor, al vincularse con la actitud interna del sujeto o la conducción de su vida. En lo que sigue, se exponen las distintas objeciones que, según el caso, afectan en mayor o menor medida a cada una de las variantes de aquella teoría.

En primer término, se señala que son de imposible constatación empírica tanto la impresión perturbadora de la tentativa como el regreso a la legalidad del desistimiento. Por un lado, se alega que el desistimiento involuntario punible puede eliminar perfectamente el efecto desestabilizador de la tentativa, mientras que, a la inversa, aquella impresión de perturbación podría persistir, a pesar de mediar un desistimiento voluntario no punible[140].

En una línea similar, se subraya que la existencia de supuestos de desistimiento impunes por imperativo legal, a pesar de que la pena pueda seguir cumpliendo una función, demuestra la incorrección de las distintas versiones de la teoría del "fin de la pena". A modo ilustrativo, se acude al ejemplo del sicario, mujeriego empedernido, que desiste al momento de disparar impresionado por la belleza de la víctima, a quien decide seducir en lugar de asesinar. La impunidad del desistimiento es incuestionable, a pesar de la inexistencia de retorno a la legalidad o de la ausencia de motivación en la norma. Si se castigase sobre la base de necesidades de prevención especial, entonces decidiría la peligrosidad del sujeto por su modo de vida, en lugar de su actuación en el caso concreto: ello conduciría a un Derecho penal de autor. Tampoco se aprecia neutralización alguna de la paz jurídica, alterada por los actos ejecutivos realizados por el asesino a sueldo, toda vez

[140] Cfr. Rolf Dietrich HERZBERG, "Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch. Von der Strafzwecklehre zur Schulderfüllungstheorie", *Festschrift für Karl Lanckner zum 70. Geburtstag*, W. Küper, Berlin, 1987, 325, 333.

que la lesión del bien jurídico "vida" fue impedida por la feliz concurrencia casual de dos circunstancias: la extraordinaria belleza de la víctima y la condición de mujeriego empedernido del sicario. También desde la óptica de la intimidación, el castigo podría servir para disuadir a la generalidad, en el sentido de no poner irrespetuosamente en peligro bienes jurídicos tan preciados, máxime cuando, frente a una tentativa acabada, dicho peligro puede resultar muy difícil de aventar[141].

La "concepción modificada de la pena", por su parte, se hace cargo de esta crítica y acepta que lo preventivamente necesario no pueda ser demostrado con seguridad empírica. Si bien justifica las objeciones contra los pronósticos preventivo-especiales de la doctrina del BGH (9, 48), rechaza el resto de los reproches a partir de los criterios normativos de un Derecho penal de acto, que asume. En este sentido, aun concediendo que los supuestos de prevención general son muy difíciles de comprobar efectivamente, se afirma que ello no es lo verdaderamente decisivo. La regulación legal se lleva a cabo sobre la base de supuestos generales, no de comprobaciones empíricas particulares, lo cual también resulta válido para el fundamento de la pena. Pueden existir dudas en el caso concreto, por ejemplo, si la conmoción del ordenamiento jurídico que produce una tentativa inidónea, requiera la imposición de una pena. Sin embargo, al intérprete le basta con que el legislador asuma dicha circunstancia y disponga su incriminación. Del mismo modo, también es suficiente el juicio del legislador, en el sentido que aquella conmoción perturbadora quede suprimida por el desistimiento voluntario. Las leyes son formulaciones de carácter general normativo, que solo se relacionan con el hecho concreto para su subsunción, pero que al mismo tiempo deben constituir lineamientos hermenéuticos. Ciertamente, el legislador no debe quedar comprometido con dudosos pronósticos criminológicos que no dependan de los fundamentos de un Derecho penal de acto; tampoco se le deben atribuir hipótesis empíricamente refutables, tal como sucede con la teoría del "puente de oro". Desde una perspectiva de razonabilidad y frente a supuestos de carácter preventivo general, los partidarios de la "teoría modificada de la pena" sostienen que tampoco cabe imponer

[141] Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, "Dos cuestiones…", 337; LA MISMA, *El desistimiento*…, 62, donde reitera que "existen supuestos en los que, a pesar de concurrir un desistimiento eficaz y voluntario, el castigo de los actos ejecutivos realizados podría considerarse fructífero, bien para reafirmar en la sociedad la prohibición de poner irrespetuosamente en peligro los bienes jurídicos ajenos, o como simple resocialización del autor, y sin embargo, por estricta aplicación de la ley, hay que renunciar al castigo".

mayores exigencias a la impunidad del desistimiento que aquellas que fundamentan la punibilidad de la tentativa[142].

Sin embargo, para otro sector de la doctrina, el problema no estriba en cuestiones de estricta certeza empírica, sino en la idea de la pena como respuesta ante la impresión de perturbación jurídica. Desde este razonamiento, se afirma que "el desistimiento precisamente impide que llegue a producirse tal impresión de perturbación; esta habría comenzado a producirse, pero no llega a afirmarse cuando el sujeto evita voluntariamente la producción del resultado típico"[143].

Desde otro ángulo, se critica a la teoría del "fin de la pena" por su déficit explicativo. Se la califica de "fórmula vacía", tras la cual se esconde una obviedad: la imposibilidad de castigar un comportamiento que, por razones preventivo-especiales y generales, no aparece merecedor o necesitado de pena[144]. En otros términos, se limita a afirmar "la trivialidad de que la imposición de la pena, en los casos en que la ley renuncia a ella, evidentemente deja de ser una necesidad forzosa"[145].

Para el funcionalismo-sistémico, la teoría del "fin de la pena", si bien ofrece una explicación dentro del Derecho penal, no lo hace de un modo interno a la tentativa; queda sin justificar por qué precisamente ese instituto, y no otro, contiene una regulación sobre el desistimiento. Se le reprocha falta de criterios para delimitar la conducta pasible de desistimiento, toda vez que no puede distinguir con suficiente nitidez entre la modificación del hecho, el desistimiento y la conducta posterior al mismo, punible aun cuando constituya una muy buena acción. En esta línea, si bien con referencia a la doctrina del fallo del BHG (9, 48), se le enrostra la afirmación de algo casi evidente:

---

[142] Cfr. ROXIN, *Strafrecht AT II*, 480; EL MISMO, "Über die Ratio…".

[143] POZUELO PÉREZ, *El desistimiento…*, 80.

[144] Cfr. ULSENHEIMER, *Grundfragen...*, 78-90.

[145] STRATENWERTH, *Derecho Penal PG I*, 354; cfr. también REAÑO PESCHIERA, "Sobre los fundamentos…", 355-356, quien extiende el reproche a las teorías premiales y del "puente de oro", ya que todas consideran al desistimiento como un trato regido por criterios de mercado, no por consideraciones de justicia.

"Una institución jurídica tan antigua como el desistimiento no podrá estar configurada en oposición a los fines de la pena. Sin embargo, las directrices para la decisión, según esta teoría, solo se pueden obtener tan imprecisamente como, a la inversa, a partir de consideraciones difusas sobre el fin de la pena solo cabe obtener una teoría de la imputación imprecisa"[146].

Desde esta misma línea argumental, se sostiene que detrás de la teoría de los fines de la pena se oculta la teoría del "puente de oro" con su impronta psicológica, que sigue determinando la configuración del desistimiento en forma considerable. Para demostrar este aserto, se ejemplifica con dos supuestos de hecho. En el primero, el sujeto resulta sancionado por la creación de un riesgo determinado, que se concretó en el resultado; en el segundo, el sujeto queda eximido de pena, a pesar de haber producido un riesgo superior, porque, a través de la acción de desistimiento, logró reducirlo hasta el nivel del riesgo de la primera hipótesis. La solución de impunidad en este último caso de disminución del riesgo global no podría tener fundamento en los fines de la pena, sino que responde únicamente a la lógica del estímulo. Si se castiga a quien, desde un principio, generó solo un riesgo que se equipara al riesgo reducido en el segundo supuesto, aquel que, al principio, creó un riesgo mayor, no puede estar en mejores condiciones desde los fines de la pena, "pues extraños fines de la pena serían los que favorecieran en caso de riesgos idénticos a aquel que en un primer momento persiguió un riesgo superior"[147].

Por otro lado, tal como sucede con el concepto preventivo del "buen ejemplo", también se señala imprecisión y vaguedad en las formulaciones de la teoría del "fin de la pena". Mientras no se las dote de un contenido específico, se corre el riesgo de valorar la actitud interna, en tanto se haga depender la impunidad del hecho que el sujeto deba constituir una especie de modelo a seguir. Ello abre el camino a los criterios de sentimiento jurídico, donde impera el mero subjetivismo[148].

---

[146] JAKOBS, *Derecho Penal PG*, 901, y *Strafrecht AT,* 743; también cfr. EL MISMO, "El desistimiento…", 331; SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva…*, 69.
[147] Cfr. JAKOBS, "La conducta…", 549, 555.
[148] Cfr. POZUELO PÉREZ, *El desistimiento…*, 81.

La crítica referida a la pobreza explicativa se manifiesta en la imposibilidad de solucionar satisfactoriamente ciertas constelaciones de casos, tales como, por ejemplo, el desistimiento por decepción, el desistimiento por temor a la sanción y el desistimiento definitivo.

El desistimiento por decepción comprende los supuestos de cambio desfavorable de las circunstancias para el autor de tentativa. Así, por ejemplo, el desistimiento de la tentativa de hurto por insignificancia del botín o por falta de correspondencia entre el objeto del delito y lo pretendido por el autor; o bien, el desistimiento de tentativa de violación por el rechazo que, la menstruación de la víctima, causa en el agresor sexual. Si bien es imposible hablar aquí de un "regreso a la legalidad" o de la eliminación de la "impresión de perturbación jurídica" en la sociedad, corresponde afirmar la impunidad por la concurrencia de los requisitos legales de voluntariedad y eficacia. Aquí, se vislumbra una cierta dosis de incoherencia en las teorías del "fin de la pena", ya que, si bien coinciden en la solución de impunidad, la fidelidad a sus postulados impondría restringir el alcance de la impunidad y rechazar su concurrencia con la consecuente lesión al principio de legalidad[149].

En los casos de desistimiento por temor a la sanción, aparecen circunstancias que dificultan la ejecución del delito y aumentan la posibilidad de ser descubierto. Tampoco cabe predicar aquí regreso a la legalidad alguno, porque el sujeto desatiende el llamado del Derecho y actúa en función de sus propios intereses; el abandono de su plan delictivo obedece a cuestiones meramente coyunturales. De nuevo, la fidelidad a las premisas de la teoría del "fin de la pena" conlleva el riesgo de atender a las "mejores" motivaciones del autor, lo que, por cierto, resulta ajeno a las exigencias del precepto legal. Por lo demás, se agrega, también representaría una fuerte desventaja para las personas temerosas frente a las que exhiben más valor y menor miedo a la sanción[150].

Los supuestos del denominado desistimiento definitivo, por su parte, son objeto de fuerte controversia. El ejemplo clásico es el del ladrón que desiste ante la posibilidad de

[149] Cfr. *idem*, 84-87.
[150] Cfr. *ibidem*.

obtener un mayor botín de otra persona más adinerada, que divisa a lo lejos. Los defensores de la teoría del regreso a la legalidad consideran que no desiste de un delito quien lo hace para cometer otro, máxime si se debe a un cambio favorable de las perspectivas. Un desistimiento "adecuado al delito" no puede considerarse voluntario; un desistimiento provocado por la modificación beneficiosa de la situación no puede dar lugar a la impunidad, pues estaría en contra de la *ratio* del precepto del desistimiento y resultaría político-criminalmente rechazable[151].

Para otros autores, la intención antijurídica en la renuncia no impide la afirmación de la voluntariedad y, por tanto, de la impunidad. Si la realización de nuevos planes resulta inmoral, ello no debe perjudicar al autor de los mismos. La comisión de un nuevo delito no obsta para afirmar el desistimiento del anterior. De lo contrario, se estaría valorando la conversión interna del sujeto y su desistimiento, no solamente con referencia a ese delito, sino también a otros futuros. Tal exigencia es incompatible con el tenor de la ley, que no requiere un regreso al camino del Derecho. Tal tipo de limitación, en la aplicación del desistimiento, llevaría al absurdo de negarle la impunidad, por ejemplo, al sujeto que desiste de su tentativa de homicidio, pero que, para desahogar su ira, decide romper de un puñetazo el farol de un automóvil[152].

Si se concibe al "buen ejemplo" como la conformidad con los valores socialmente imperantes, se afecta el principio de legalidad, porque se restringe *contra legem* el ámbito de aplicación del precepto del desistimiento. En este caso, no se estaría teniendo en cuenta solo la conducta de desistimiento eficaz y voluntario, sino se estaría valorando la actitud interna del sujeto como parámetro para la imposición o no de una sanción penal[153]. De este

[151] Cfr. Claus ROXIN, "Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch", *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag*, (Hrgb.) Lüttger, Walter de Gruyter, Berlin, 1972, 251, 261. También Enrique BACIGALUPO ZAPATER, *Lineamientos de la teoría del delito*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, 89, se muestra a favor de excluir la impunidad en estos casos. En contra MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento…*, 28 y STS del 21 de diciembre de 1983, 8 de octubre de 1991, 1° de octubre de 1992 y 2 de febrero de 1993.

[152] Cfr. POZUELO PÉREZ, *El desistimiento…*, 85, quien, por lo demás, coincide en este punto con la opinión de JAKOBS.

[153] Cfr. *idem*, 81, quien solo admite la idea del "buen ejemplo" dentro de los límites del Derecho penal de hecho. Ello, en la medida que el sujeto, con su conducta de desistimiento, comunique que aquello que había infringido es posteriormente reparado a través de la evitación del resultado típico. En otras palabras, cumple

modo, se pone en evidencia una contradicción con el tenor literal del precepto del desistimiento; la teoría del "fin de la pena", por un lado, restringe y, por otro, amplía incorrectamente la impunidad del desistimiento[154].

Tampoco se considera acertada la idea del regreso a la legalidad, porque, desde el punto de vista fáctico, no hay retorno alguno. El sujeto, con su comportamiento, opta por continuar el delito o por evitar su consumación. La conducta nunca retrocede[155].

Concebido en clave preventiva especial, la vuelta a la senda del Derecho se presenta como una especie de auto-resocialización a cargo del propio delincuente, sin que medie sanción penal alguna. Sin embargo, el efecto de resocialización no es un requisito legal del desistimiento. Ni siquiera se exige como presupuesto de la ejecución de la pena en un Estado democrático moderno, sino solo como una posibilidad que se debe ofrecer al sujeto sometido a una pena privativa de libertad. Además, el fin de la resocialización persigue que el sujeto no delinca en el futuro, comparta o no los valores sociales, siendo este, por lo demás, un tema que se plantea en la etapa de ejecución de la pena, es decir, tras la realización de un injusto culpable. Sin embargo, con independencia de las consideraciones precedentes, algunos autores advierten que la idea de resocialización ha caído en descrédito en el ámbito de los fines de la pena, entre otros factores, por su concepción de carácter absoluto[156].

---

con lo que la norma y la sociedad espera de todos los ciudadanos: la no realización de delitos; en este caso el que se había comenzado a realizar.

[154] Cfr. HERZBERG, "Grund und Grenzen…", 325, 340.

[155] Cfr. POZUELO PÉREZ, *El desistimiento…*, 86-87, donde introduce la distinción entre el regreso a la legalidad formal y el regreso a la legalidad material. El primero consiste en la evitación eficaz y voluntaria de la lesión del bien jurídico, a la que tendía la tentativa. El segundo importa la conversión interna del sujeto en un ciudadano que no cometerá más delitos. Solo el regreso a la legalidad formal no plantearía problema alguno, en virtud de su compatibilidad con el Derecho penal de acto.

[156] Cfr. Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, 29-33. No obstante, reconoce que este aspecto no va más allá de imposibilitar que la resocialización se erija como principio fundamental legitimador de la intervención penal. Pero, agrega "sin embargo, también es evidente que, en tanto en cuanto siga siendo necesaria la pena privativa de libertad -y esta, por razones de prevención general, habrá de seguir ocupando un papel importante en el sistema penal-, no podrá renunciarse a la resocialización".

Relacionado con la idea de la menor intensidad de la voluntad criminal y de la menor peligrosidad, se objeta una falta de correspondencia con la realidad. Es insatisfactorio el argumento de la teoría del "fin de la pena", porque aquel debilitamiento se puede verificar en muy pocos casos; a menudo, el desistimiento es motivado por circunstancias externas puramente azarosas, sin mengua alguna de la intensidad de la voluntad criminal o de la peligrosidad del autor. En este sentido, se considera que la afirmación

> "de una voluntad criminal menos intensa o una menor peligrosidad es falsa, porque si se refiere al momento de la realización de los actos ejecutivos, si *ab initio* falta la suficiente intensidad en la voluntad de llegar a la consumación de delito, no existe tentativa por ausencia del tipo subjetivo de esta que exige por lo menos el dolo eventual…Y si se refiere…al momento en que desiste, entonces se trata de una ficción, pues el desistimiento no se debe, las más de las veces, a una pérdida de la intensidad de la voluntad criminal, sino a las circunstancias, externas o internas, más diversas. La consecuencia tanto en uno como en otro caso es un Derecho penal de autor, en el que lo decisivo no sería, el hecho cometido, sino la personalidad del autor, su menor culpabilidad o peligrosidad, que se descubre con ese hecho"[157].

La disminución de la voluntad delictiva tampoco convence, ya que no puede explicar el requisito legal de evitar la consumación. En efecto, nadie puede negar que la energía criminal haya disminuido cuando el sujeto realiza esfuerzos denodados para evitar la producción del resultado, aunque no lo consiga. Sin embargo, al sujeto no se le concede la impunidad. En este sentido, dicho supuesto contrasta significativamente con la impunidad del sicario que desiste de matar a la víctima ante la contemplación de su belleza; aquí, hay desistimiento voluntario y eficaz, a pesar de que permanecen intactas la intención criminal y la peligrosidad del sujeto[158]. La impunidad del desistimiento depende fundamentalmente de la no producción del resultado. Por mayor esfuerzo que realice el delincuente, si aquel se produce por un infortunio, igualmente resultará castigado, a pesar

[157] MUÑOZ CONDE, *El desistimiento…*, 35, cursiva en original. En sentido similar, cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado DP PG*, 580 y LOS MISMOS, *Strafrecht AT,* 540.
[158] Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, "Dos cuestiones…", 337; LA MISMA, *El desistimiento…*, 53-54.

de que tuvo tan poca voluntad criminal o peligrosidad como aquel que ha evitado exitosamente la producción del resultado típico. En igual sentido, los actos preparatorios pueden exhibir suficiente peligrosidad y voluntad delictiva sin que, sin embargo, les alcance la pena.

En cuanto a la peligrosidad en particular, resulta absolutamente especulativo realizar pronósticos sobre la base del hecho intentado. Ello haría depender la impunidad de la siguiente presunción: quien ha iniciado una tentativa puede repetir ese mismo comportamiento en el futuro, a pesar de haber realizado una actuación voluntaria y eficaz. En un Derecho penal de doble vía, la peligrosidad subjetiva tiene relevancia en el ámbito de las medidas de seguridad. El juicio sobre el desistimiento se realiza sobre una conducta concreta, no en relación con una conducción de vida, característico de un Derecho penal de autor. Se afirma, en este sentido, que no siempre el desistimiento impune contendrá, en sí mismo, motivos para un pronóstico optimista sobre la peligrosidad del sujeto. Basta pensar en el abandono de una tentativa para cometer otra tentativa u otro delito. En un Derecho penal de acto, el cálculo de peligrosidad -sobre el que se basa la pena- debe ceñirse a lo concretamente manifestado en el hecho, no a la conducción de vida pasada ni a un pronóstico a futuro[159]. De lo contrario, la colisión con el principio de legalidad sería evidente, en tanto se estaría exigiendo un requisito no contemplado en el derecho positivo, ya sea que se trate de la menor intensidad de voluntad criminal o de la menor peligrosidad del sujeto.

En general, los distintos planteos críticos reconocen la necesaria vinculación del desistimiento con los fines de la pena, toda vez que la impunidad es la consecuencia jurídica de aquel. Sin embargo, no lo hacen en el sentido de los defensores de aquella teoría, quienes plantean exigencias adicionales ajenas al texto de la ley, traducidas en motivaciones específicas o en la satisfacción de otros objetivos. Ello se debe a que los criterios que, con inobjetable rigor, son invocados como fundamento de la pena, en su traslación al ámbito del desistimiento, son interpretados de un modo más laxo, introduciendo perspectivas y contenidos distintos que pueden provocar distorsiones. En el

[159] Cfr. BENLLOCH PETIT, *El desistimiento…,* 39-40.

caso del violador que desiste por la cicatriz en el abdomen de su víctima o por su estado menstrual, gran parte de la sociedad puede rechazar la impunidad, aduciendo razones de prevención general para imponer una pena. Pero de este modo, se estarían introduciendo contenidos ajenos a los criterios preventivos-generales. No se estaría aludiendo a la impresión de perturbación, ocasionada por el ataque a la libertad sexual, sino al hecho que el sujeto desiste por desprecio a la víctima, en lugar de hacerlo por respeto a su libertad sexual[160].

[160] Cfr. POZUELO PÉREZ, *El desistimiento…*, 93-95, quien insiste en "la idea de que el desistimiento no puede concebirse desvinculado de los fines de la pena, pero esta relación…reside en el hecho de que, en la medida en la que se produzca un desistimiento, eso excluirá la afirmación de la propia tentativa, lo que significa que no habrá llegado a afirmarse la necesidad de imponer una pena, y con ello, de los fines que la informan".

Capítulo II

LAS TEORÍAS "CONTEMPORÁNEAS" SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA IMPUNIDAD DEL DESISTIMIENTO

1. Introducción

El grupo de teorías de este segundo capítulo se corresponde con concepciones que receptan los nuevos desarrollos de la dogmática penal contemporánea; de allí la denominación escogida a fin de poderlas distinguir de las teorías "clásicas". Se caracterizan por el predominio de aspectos dogmáticos, aunque exhiban una gran heterogeneidad en sus planteos, producto de sus diferentes perspectivas que se reconducen, por ejemplo, a la teoría de la imputación objetiva, a la protección de la víctima, a la posición de garante por injerencia, a la fundamentación subjetiva del injusto, etc.

En cuanto al orden de presentación, no se sigue un parámetro determinado, aunque se ha tratado de mantener juntas a las concepciones que presentan cierta relación entre sí. De este modo, seguidamente, se exponen la teoría de la equidad, la teoría del interés de la víctima y la posición de garante por injerencia, la teoría del pago de la deuda, la teoría de la reversión del peligro, la concepción del desistimiento como modificación del hecho, la teoría del desistimiento voluntario como reverso del ilícito subjetivo, la tesis sobre el carácter disfuncional de plena impunidad del desistimiento, la teoría de la irrelevancia penal del injusto típico de la tentativa, la fundamentación diferenciada entre tentativa acabada e inacabada, la teoría de la máxima seguridad de salvación y, finalmente, la concepción que combina distintos fundamentos.

2. La teoría de la equidad de MARTÍNEZ ESCAMILLA

2.1. Exposición

Esta concepción encuentra el fundamento de la impunidad del desistimiento en razones de equidad, combinadas con el principio de *ultima ratio*, el principio de mínima intervención y con el valor asignado a la efectiva producción del resultado en la legislación penal[161].

Según MARTÍNEZ ESCAMILLA, esta posición se puede enmarcar dentro de las teorías político-criminales[162], pero acude a aquella combinación de razones en defensa del principio de legalidad y para evitar la inseguridad jurídica. Con este razonamiento, se admite la interpretación de la ley orientada a la obtención de resultados político-criminalmente satisfactorios, pero tan solo en la medida en que se trata de una interpretación, es decir, que se respete el tenor literal como su límite máximo. Todo análisis que lo supere cabe ser considerado como propuesta de *lege ferenda*[163].

En primer lugar, se sostiene que no es justo valorar de igual forma al sujeto que dolosamente pone en peligro a un bien jurídico, sin que se produzca efectivamente el resultado por causas ajenas a su voluntad (por ejemplo, debido a la intervención oportuna de la policía), que al sujeto que voluntariamente renuncia a la ejecución del hecho o evita la consumación. No se trata de concederle un "premio", sino tan solo distinguir lo que es sustancialmente diferente[164].

[161] Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, "Dos cuestiones…", 331-340.
[162] Cfr. FRIELE, *El desistimiento…*, 29, quien hace suya esta concepción por ser la que mejor se adapta a los parámetros que impone la ley.
[163] Cfr. MARTÍNEZ ESCAMILLA, "Dos cuestiones…", 338-340.
[164] Cfr. *idem*, 338.

Sin embargo, este único argumento no es suficiente, ya que, en su contra, puede invocarse otra injusticia comparativa: quien jamás infringió el ordenamiento jurídico es tratado de igual forma que aquel que emprendió actos ejecutivos que pusieron en peligro a un bien jurídico. De este modo, resultaría más justo responder al desistimiento voluntario con una atenuación obligatoria de la pena que hacerlo con la impunidad misma. No obstante la contundencia de esta objeción, la teoría de la equidad justifica la solución de la impunidad con el siguiente razonamiento: la idea de justicia conmutativa no implica forzosamente la necesidad de castigar todo lo que aparezca como no valioso[165].

Desde esta perspectiva, la prohibición de comportamientos peligrosos constituye el medio para la consecución del fin último del Derecho penal, a saber; evitar la lesión a bienes jurídicos. Por lo tanto, se llega a afirmar como conclusión:

> "Pero el que únicamente puedan prohibirse comportamientos *ex ante* peligrosos y no meras causaciones de resultados no ha de ensombrecer una idea: que es la evitación de dichos resultados la que inspira la prohibición de comportamientos peligrosos y que la efectiva lesión de los bienes jurídicos solo se produce con la consumación. Es por ello que, en nuestro actual ordenamiento penal, el castigo de actos ejecutivos, a pesar de no haber conllevado la lesión del bien jurídico, posee un carácter excepcional. Y es este carácter excepcional de la punición de las fases imperfectas de ejecución, unido a los principios de *ultima ratio* e *intervención mínima,* lo que hace comprensible e incluso plausible que se renuncie a la pena cuando el sujeto, a pesar de tener en sus manos la efectiva lesión del bien jurídico, renuncia voluntariamente a ella; cuando en último extremo, por voluntad del sujeto, no se ha frustrado la finalidad que motiva la prohibición de conductas peligrosas: la evitación de la lesión de bienes jurídicos"[166].

2.2. Crítica a la teoría de la equidad

[165] Cfr. *idem*, 338-339.
[166] *Idem*, 339.

La invocación de criterios de equidad o de justicia no está exenta de reparos. El problema con estos términos es que, si no se los dota de contenido ni se les fijan límites, resultan inútiles para comprender cualquier institución. En última instancia, se aduce, todas las leyes penales están inspiradas en aquellos criterios[167]. Por otro lado, la explicación de la equidad podría admitirse en casos sencillos de tentativa inacabada, pero no cuando está en juego la vida o la integridad física de una persona como resultado de un comportamiento sumamente desaprensivo del sujeto.

También se cuestiona el criterio de equidad como *ratio* principal, ya que la equidad es el resultado de una fundamentación justa. Eximir de pena a quien desiste y castigar a quien no lo hace será equitativo solo si ese tratamiento diferencial está fundamentado. Pero esta base debe buscarse lógicamente fuera de la idea de equidad, si no se quiere incurrir en un pensamiento circular. Por ello, se sostiene que la búsqueda de la equidad abre la reflexión sobre la *ratio* del desistimiento, y no cierra el debate[168].

3. La teoría del interés de la víctima de WEINHOLD (*Opferschutztheorie*)

3.1. Exposición

Esta concepción fundamenta la impunidad del desistimiento sobre dos pilares: por un lado, la protección del interés de la víctima y, por el otro, el cumplimiento del deber que se origina en la posición de garante por injerencia. En este sentido, constituye una ampliación del giro hacia el pensamiento de protección a la víctima, que se verifica en la doctrina contemporánea.

Para esta posición, no convencen las teorías que centran el problema en el autor del delito. Por el contrario, se postula la incorporación de la protección del interés de la víctima

[167] Cfr. POZUELO PÉREZ, *El desistimiento…,* 55.
[168] Cfr. BENLLOCH PETIT, *El desistimiento…,* 10 nota 4.

como parámetro para hacer depender la imposición de una pena. No obstante, se aclara, este no resulta el único fundamento de la impunidad, ya que, de serlo, resultaría incompatible con el principio de culpabilidad. El núcleo de la cuestión sigue siendo la protección de la víctima, pero limitado por la culpabilidad como medida de la pena. En suma, el desistimiento se basa parcialmente en el interés de la víctima, aunque esta perspectiva no baste totalmente para fundamentar su impunidad, de allí que se lo considere como un instituto bivalente[169].

Por esta razón, en el marco de la teoría de la imputación objetiva, se concibe al desistimiento como el cumplimiento de un deber, que deriva de la posición de garante por injerencia, la cual, a su vez, surge con la tentativa. Este deber consiste en evitar la producción del resultado hacia el que se encamina la tentativa objetivamente imputable al sujeto que la ha iniciado. Asimismo, se traduce en la realización de una conducta óptima de salvamento. En consecuencia, si fallare la imputación objetiva del curso causal peligroso con respecto al autor de la tentativa, faltaría aquel deber de desistir[170].

El criterio de la protección de la víctima asume como punto de partida que, para la determinación del fundamento de la impunidad del desistimiento, la valoración de la conducta del autor conduce a un callejón sin salida. A partir de tal conclusión, se indaga en la dirección casi opuesta -la de la víctima- en búsqueda de criterios idóneos para aquella fundamentación.

Desde esta perspectiva, las teorías de la prevención -defendidas mayoritariamente en la actualidad- no pueden brindar una solución adecuada. Su problema principal es que una única tentativa suministra una base fáctica demasiado pequeña para poder efectuar un pronóstico serio sobre la peligrosidad de la futura conducta del autor. A ello se agrega que la ley no requiere precisamente un retorno a la legalidad por parte del autor como reconocimiento al ordenamiento jurídico, sino, en forma altamente pragmática, exige la

[169] Cfr. Ina WEINHOLD, *Rettungsverhalten und Rettungsvorsatz beim Rücktritt vom Versuch,* Nomos Verlag, Baden-Baden, 1990, 31 ss.; en cierta forma, la autora, como discípula de PUPPE, profundiza la visión de protección a la víctima, propiciada por esta.
[170] Cfr. *idem*, 88.

evitación del resultado de modo voluntario y, sobre todo, exitoso. El esfuerzo del autor puede ser una fuerte expresión de su cambio interno, pero si no tiene éxito con su desistimiento, responderá por el delito consumado. En este sentido, vale el principio "está bien, lo que bien acaba" (*Ende gut, alles gut*). Por tanto, la teoría del fin de la pena adeuda un criterio racional que determine cómo debe estar configurada la acción de desistimiento. El problema es que quedan librados al sentimiento jurídico y a la intuición del intérprete cuándo, en el caso concreto, la disposición al seguimiento de la norma por parte del autor es suficiente o cuándo fue revocada la impresión de conmoción jurídica causada[171]. En conclusión, para la interpretación del instituto del desistimiento no corresponde colocar el juicio sobre el autor en el centro de la escena, sino que hay que buscar en la dirección contraria -la de la víctima- los criterios que puedan ayudar en la interpretación.

En cuanto a la fundamentación y configuración del "argumento de la víctima", WEINHOLD señala que, en primer término, corresponde aclarar qué se entiende por protección de la víctima. En última instancia, todo el Derecho penal se orienta a ella en el sentido de protección de los bienes jurídicos. Así, entiende que aquella protección se encuentra en los intereses y necesidades de la víctima concreta en el caso concreto. Para conjurar el peligro para el bien jurídico pueden ser varias las exigencias dirigidas al autor en la situación específica. Así, por ejemplo, deberá llamar a una ambulancia, practicar primeros auxilios, aclararle el error a la víctima de estafa o, simplemente, abandonar el hecho e irse a casa. Si el autor se comporta de conformidad con esas exigencias, entonces mantiene valor aquella máxima -"está bien, lo que bien acaba"- desde la perspectiva de la víctima correspondiente, porque se le sirve más con un desistimiento exitoso que con la posterior imposición de una pena. Como consecuencia de ello, resulta adecuado aplazar la pretensión punitiva en la medida en que se oponga al interés de la víctima[172].

La idea de construirle al autor un puente de oro representa una distorsión conceptual, porque lo importante no es el autor. Por tanto, el problema de la regulación del desistimiento -la supresión retroactiva de la pena de la tentativa ya merecida- no se puede

[171] Cfr. *idem*, 30.
[172] Cfr. *idem*, 31.

solucionar desde la perspectiva del autor: todos los intentos de abordar el tema desde allí terminan negándolo. No ocurre algo diferente cuando se reúne tentativa y desistimiento bajo el concepto normativo de la consideración global: esta no puede hacer desaparecer el hecho que el autor ya se había dispuesto a la inmediata realización del delito. El tipo de tentativa se ha cumplido y ello no puede pasar inadvertido. Sin embargo, en interés del bien jurídico, se puede liberar de la pena cuando su ejecución le causa más daño que utilidad a ese bien jurídico[173].

Desde este punto de vista, el argumento de la víctima tiene dos ventajas. En primer lugar, aclara este cuerpo extraño llamado "desistimiento"[174] en el sistema de las sanciones penales. La impunidad del autor que desiste constituye una excepción que se acepta conscientemente. En segundo lugar, promete aportar criterios idóneos para el caso concreto sobre los que se pueda medir la conducta de desistimiento. Esta debe conformarse de tal manera que asegure la conservación del bien jurídico atacado[175].

Sin embargo, WEINHOLD advierte que una concepción del desistimiento puramente orientada a la protección de la víctima puede acarrear consecuencias insatisfactorias. Una de ellas es la renuncia a la pena por motivos de oportunidad o conveniencia. Una norma que tiene por finalidad hacer desistir al autor mediante la eliminación de obstáculos psicológicos -cuando no a través de un estímulo- hace depender la pena exclusivamente de consideraciones de oportunidad o conveniencia. Se le debería aclarar al autor que su impunidad dependerá de que su hecho se lo pueda utilizar para la protección de la víctima. En caso negativo, habrá tenido mala suerte; en caso positivo, si por casualidad fuese necesario, entonces se le ofrecen al autor todas las ventajas. Utilizar al autor de esta forma significa considerarlo como un mero objeto de la pena estatal, lo cual está prohibido a la ley penal[176].

---

[173] Cfr. *idem*, 32.

[174] El término "cuerpo extraño" con el que se denomina al desistimiento proviene de Ingebord PUPPE, "Der halbherzige Rücktritt - Zugleich eine Besprechung von BGHSt 31, 46", *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, 1984, 488, 491, donde afirma que "las reglas del desistimiento, con su pragmática orientación al abandono del hecho y a la evitación del resultado, son un cuerpo extraño en el sistema y se encuentran transversalmente con relación a la punibilidad de la tentativa…"

[175] Cfr. WEINHOLD, *Rettungsverhalten...*, 32.

[176] Cfr. *idem*, 34.

La otra consecuencia insatisfactoria se relaciona con el principio de culpabilidad. Una norma de desistimiento, que solo se viese comprometida con el casual interés de la víctima en el caso concreto, no sería conciliable con principio de culpabilidad; sería lisa y llanamente injusta. Si en la situación puntual, la víctima necesita la ayuda del autor, ello es totalmente independiente de cómo se deba valorar la conducta anterior de este. Si se es consecuente hasta el final con la idea de la protección a la víctima, se debería terminar perdonándole al autor cada conducta anterior cuando, en algún momento, realice la conducta de salvación debida -posterior al hecho-. Por tanto, de esta manera la protección de la víctima no podría definir ningún límite para el instituto del desistimiento.

Sin embargo, es imprescindible una delimitación: el carácter de cuerpo extraño del desistimiento se hace cada vez más notorio cuanto mayor sea el injusto y la culpabilidad que se le perdonen retroactivamente al autor. De lo contrario, por causa de individuales intereses de la víctima, se pasaría por encima a todo el sistema de penas adecuadas a la culpabilidad. Y es por ello que el legislador ha establecido el límite de la consumación formal del delito, aun cuando sea inevitable cierto grado de injusticia en los delitos en los que se ha adelantado el momento de la consumación. Según esta concepción, si se interpreta al § 24 StGB como una norma para la protección de la víctima, dentro del cuerpo extraño "desistimiento", se tropieza a su vez con otros dos cuerpos extraños: primero, la limitación del instituto "desistimiento" a los hechos tentados; segundo, la ampliación del § 24 I 2 StGB a tentativas fracasadas no conocidas por el autor. Y ambas desviaciones de una regla de desistimiento estrictamente referida a la víctima resultan incompatibles con el principio de culpabilidad.

Si se entiende a la culpabilidad como la deficiente formación de voluntad del autor, al que se le reprocha no haberse motivado en la norma -a pesar que podría haberlo hecho-, entonces la conducta culpable es la decisión actuada para el injusto y el desistimiento es el retorno a la legalidad puesto en práctica por el autor. A la decisión consciente en contra del Derecho le corresponde otra decisión consciente esta vez en su favor, y en ambos casos con referencia al mismo bien jurídico. Desde esta concepción, no es viable el intento de explicar

las consecuencias jurídicas del § 24 StGB mediante la mera contraposición de conducta culpable y desistimiento. La vuelta a la legalidad sola no puede ser el motivo de la renuncia legal a la pena. La disposición al seguimiento de la norma por parte del autor no es una prestación especial y extraordinaria, sino el caso normal presupuesto por la ley. Con su conducta no genera *bonus* alguno frente al *status quo ante* que lo pudiese beneficiar compensando su hecho culpable[177].

En consecuencia, de lo expuesto anteriormente surgen dos consideraciones fundamentales para esta concepción. Primero: la consecuencia jurídica del § 24 StGB -la impunidad del autor de tentativa- está basada en la reflexión del legislador de no cerrarle el camino de regreso -a quien tiene la voluntad de retornar- a través de la amenaza de pena. Aquella disposición legal sirve para la protección de la víctima. Sin embargo, una perspectiva puramente orientada a ello se encuentra en contradicción con el principio de culpabilidad. Segundo: se corresponden recíprocamente la realización culpable del tipo de tentativa y la disposición al seguimiento de la norma -puesta en práctica por el autor- a través de la renuncia a consumar el ataque al bien jurídico. El desistimiento se le puede oponer a la tentativa, dado el caso, contrafácticamente[178].

De este modo, se arriba a la tesis principal de WEINHOLD: el desistimiento consiste en una norma bivalente. El criterio de la protección de la víctima constituye el punto de partida, ya que sustenta la renuncia a la pena de la tentativa, ya merecida luego de que el autor se dispusiese inmediatamente a la ejecución del delito. Pero este requerimiento de la renuncia de la pena por parte del desistimiento resulta contrario al sistema. Por tanto, para poder trabajar con el § 24 StGB en el derecho vigente, el legislador debió incorporar y el operador jurídico debe tratar de incorporar ese cuerpo extraño dentro de su entorno.

En este sentido, se afirma que la acción de desistimiento -cuando es voluntaria- revela aquella correspondencia con la conducta culpable. Mediante su comportamiento posterior, el autor que desiste demuestra una especie de "anticulpabilidad", razón por la

[177] Cfr. *idem*, 37.
[178] Cfr. *idem*, 38.

cual parece justo tratarlo mejor que en la forma prevista en el § 23 StGB. La corrección consciente del que desiste hace tolerable la ruptura del sistema en interés de la víctima. No obstante, la argumentación de la disposición del autor al seguimiento de la norma tiene algunos efectos secundarios no deseables. Hay autores que abandonan su tentativa mediante desistimiento, pero sin que ello sea en interés de la víctima. Por ejemplo, si el autor no conoce el fracaso de la tentativa o acuden terceros como auxilio, ya no existe más la necesidad de apoyar los esfuerzos salvadores del autor. Ahora bien, si se le negase el privilegio del desistimiento, la casualidad decidiría sobre la renuncia a la pena. Por tanto, para que no sea injusto, la norma de desistimiento debe ser extendida[179].

Y puesto que el desistimiento como equivalente del injusto culpable no alcanza para compensarlo totalmente, hay que encontrar un límite a la protección de la víctima. No cabe ser indulgente ilimitadamente con el autor, sino que se debe definir un punto en el que la pena ya merecida prevalezca por sobre el interés de la víctima. Cuanto mayor sea la culpabilidad que se le reprocha al autor, con mucha mayor claridad se releva el desistimiento como un cuerpo extraño. A través de la consumación formal, el legislador coloca una barrera a aquella protección. Si el autor llega tan lejos, entonces ya es tarde para retornar. El instituto del desistimiento como derecho de protección de la víctima se encuentra limitado por el principio de culpabilidad[180].

El carácter bivalente caracteriza al desistimiento. En su interpretación, el operador jurídico navega, por así decirlo, entre dos aguas. Por un lado, no debe quitarle a la víctima la chance de salvación -a través de la amenaza de pena al autor-; por el otro, no puede dejar impune discrecionalmente a cualquier autor y, así, contradecir al principio de culpabilidad. El desistimiento es un instituto jurídico que se encuentra anclado en forma bivalente entre los dos polos:"autor" y "víctima". Cuando entran en contradicción, entonces se dificulta la interpretación jurídica y se ingresa en una disputa que, en buena parte, es de naturaleza político-jurídica. Cuando un instituto jurídico presenta un sentido doble, su interpretación

[179] Cfr. *idem*, 39.
[180] Cfr. *idem*, 40.

no puede generar resultados unívocos[181]. Las cuestiones concretas en la interpretación deben ser abordadas con el argumento del autor -por un lado- y con el de la víctima -por el otro-. Si con ambos se arriba al mismo resultado, se puede definir una regla unívoca. Si se contradicen, entonces habrá que establecer un orden de prioridad, el cual no pocas veces será una decisión valorativa que permita distintas soluciones. De esta forma, los argumentos del autor y de la víctima podrían ayudar a diferenciar las cuestiones políticas de las dogmáticas y, así, ordenar la discusión[182].

En suma: el instituto jurídico del desistimiento permite, en interés de la víctima, la renuncia a la pena de la tentativa ya merecida. La remisión retroactiva de una pena constituye un cuerpo extraño en el sistema penal, que solo puede ser tolerado cuando el autor contrapone a su tentativa culpable la salvación de la víctima. El está obligado a ello porque, a través de su tentativa, se convirtió en garante por injerencia, situación que le exige, además, la realización de la acción óptima de salvamento.

3.2. Crítica a la teoría del interés de la víctima

El reproche principal se refiere a la especial relación del autor para con la víctima, que parece presentarse, en definitiva, como el motivo del desistimiento. El riesgo de esta concepción es terminar erigiendo aquella vinculación en requisito adicional del desistimiento, además del respeto a la integridad de los bienes jurídicos. Pero más allá de la reivindicación del rol de la víctima, que ha ganado relevancia en los últimos tiempos, la regulación positiva no exige que el autor muestre una actitud especial de respeto o consideración hacia ella; solo requiere un desistimiento voluntario y eficaz en términos de evitar el resultado lesivo típico, aun cuando este redunde indirectamente a favor del interés del sujeto pasivo del delito. De otro modo, se limitaría *contra legem* la aplicación de la normativa legal, con la consecuente lesión del principio de legalidad.

[181] Cfr. *idem*, 40.
[182] Cfr. *idem*, 41.

En otras palabras, cabe señalar que la invocación de la víctima tampoco aporta demasiado al fundamento de la impunidad, salvo que, en ocasiones, el desistimiento venga a favorecerla, satisfaciendo, además, los objetivos de la política criminal moderna. Por otro lado, en la medida en que el centro de gravedad pase al interés de la víctima, la reparación del daño adquiriría más relevancia que el desistimiento mismo[183].

El inicio de un curso peligroso para un bien jurídico genera, sin duda, el deber de evitar el resultado lesivo. Sin embargo, se señala que la tentativa no crea un deber específico de garante, tal y como se entiende en la estructura de los delitos de comisión por omisión. El fundamento de la impunidad es el cumplimiento del deber de evitar la producción del delito concreto, que no se origina con el inicio de la tentativa, sino que ya existía con anterioridad, en tanto se relaciona con el deber contenido en cada uno de los tipos penales. En suma, no se trata de un deber específico nacido con la tentativa, sino previo a esta[184].

4. Teoría del pago de la deuda de HERZBERG (*Schulderfüllungstheorie*)

4.1. Exposición

Para HERZBERG, el dilema general consiste en que todas las teorías sobre la razón de la impunidad del desistimiento se enfrentan a la misma dificultad. Deben explicar algo como coincidente, cuando en el Derecho penal es algo discrepante: quien ha cometido un delito tentado queda impune por no cometer todavía un delito más grave, por no agregar al delito tentado el delito consumado. Se trata de una regla problemática porque, tras una violación del Derecho, se presupone como una obligación que el sujeto deba detenerse y evitar continuaciones del hecho. Lo conforme con dicha obligación significa que no sobrevenga otro injusto, pero entonces cabe preguntarse ¿cómo debe ello transformar lo

[183] Cfr. POZUELO PÉREZ, *El desistimiento…*, 109-111.
[184] Cfr. *idem*, 119.

punible en impune?[185] Tanto los intentos de justificación estrictamente penales como aquellos de política criminal no ofrecen resultados satisfactorios.

De allí que esta situación justifique la búsqueda de un criterio fuera del Derecho penal, aunque dentro del ordenamiento jurídico. La *ratio* extrapenal de la impunidad del desistimiento se desarrolla en el marco de la denominada "teoría del cumplimiento de la deuda" ("*Schulderfüllungstheorie*").

Los casos en los que el mismo autor desactiva su conducta punible y la repara ponen al Derecho penal frente al conflicto entre utilizar la coerción penal -dirigida a la prevención- y aplicar el principio general del Derecho, según el cual la amenaza de coerción caduca con la compensación de la conducta que la motivaba[186]. Es evidente que el "principio del cumplimiento" se impone tanto más fuertemente, cuanto menor sea el efecto que haya tenido la conducta punible y que hiciera redundantes los esfuerzos para su supresión por parte del sujeto. Desde esta visión, la tentativa interrumpida por el desistimiento es un caso extremo. El autor no suprime las consecuencias dañosas de su obrar -como, por ejemplo, cuando devuelve una cosa robada- ni indemniza por los objetos destruidos. Por el contrario, en el desistimiento el sujeto evita que se llegue al resultado desaprobado. Y tal supresión en el origen es la forma completa de reparación de un injusto cometido. Solo deja lo que nadie puede hacer desaparecer: la comisión de una tentativa.

Es así que la ley ha regulado el caso extremo en forma extrema. La amenaza de pena para la tentativa se suprime obligatoria y totalmente cuando la evitación del resultado se debe a un desistimiento voluntario. Ello se puede explicar únicamente de la siguiente manera: en el conflicto de principios, el legislador se ha decidido por el "principio de cumplimiento". Por tanto, el fundamento de la impunidad es la observancia del principio general del Derecho, en el sentido que cesa la amenaza de coerción -aquí, amenaza de

[185] Cfr. HERZBERG, "Grund und Grenzen... ", 325, 343.
[186] Cfr. *idem*, 325, 349.

pena-, cuando el autor cumple con su obligación de terminar y reparar su conducta injusta a través de una prestación que le sea imputable[187].

La teoría del cumplimiento de la deuda implica que quien desiste voluntariamente se libera de la amenaza de coerción estatal, ya que cumple con aquella deuda mediante la realización de una prestación imputable. Desde esta concepción, el abordaje del § 24 StGB solo se refiere a su parte positiva -la liberación de la pena-, porque ello es lo problemático de explicar. Que dicha norma permita que el cumplimiento de la deuda opere con ese efecto liberador constituye la coincidencia determinante. El reconocimiento de la limitación del efecto cancelatorio es harina de otro costal y se entiende por sí mismo, ya que el origen de esta concepción supone que el § 24 StGB ha sido el producto de la colisión de dos principios. No ha quedado sin consecuencias el principio específicamente de Derecho penal, en el sentido que ni siquiera la reparación que realiza el sujeto y, muchos menos, otros acontecimientos posteriores al hecho deben afectar la amenaza de coerción. A esto cabe remitir todas las limitaciones del efecto cancelatorio, alrededor de lo cual el § 24 StGB se muestra mucho más estricto. Cumple con su obligación de respetar la propiedad ajena el ladrón que es descubierto por el dueño de casa y que, por ello, deja caer su botín. No obstante, solo arregla el asunto desde la perspectiva civil; en los casos de tentativa frustrada y de desistimiento involuntario, al igual que en los supuestos de indemnización tras un delito consumado, el Derecho penal hace prevalecer su principio específico y preventivo[188].

Dentro de la lógica del mencionado antagonismo de principios surge que, para el caso extremo del desistimiento de la tentativa, el Derecho penal también puede tomar este principio general del Derecho -el "principio de cancelación" (*Erledigungsprinzip*)- en forma amplia, pero no ilimitada. Y en la relación de tensión con el contra principio específicamente penal se torna más estrecho, en el sentido que el pago de una deuda solo tiene efectos cancelatorios en tanto sea voluntario e imputable.

[187] Cfr. *idem*, 325, 349.
[188] Cfr. *idem*, 325, 351.

En suma, la teoría del pago de la deuda busca el fundamento de la impunidad del desistimiento en una especial cualidad del Derecho. Cuando la norma libera de pena al que desiste, demuestra sin excepción que el sujeto, a través de una conducta imputable, ha pagado la deuda jurídica surgida de su tentativa y que, de este modo, se ha liberado de la misma. De allí que tenga poco sentido tratar de demostrar una falta de peligrosidad futura o falta de energía criminal. La premisa de esta concepción es fácilmente reconocible si se considera al Derecho penal por lo que realmente es: una parte de todo el ordenamiento jurídico.

Este intento de hacer productivo al Derecho civil -sobre todo para asuntos de naturaleza penal- puede chocar contra la objeción que subraya las importantes diferencias que existen. No obstante, desde esta perspectiva se replica que son precisamente las coincidencias las que los tornan comparables[189].

La teoría del pago de la deuda ("*Schulderfüllungstheorie*")[190] parte de un criterio de carácter extrapenal, presente tanto en el Derecho civil como en el Derecho público. Se trata del "principio de liquidación o de cumplimiento" ("*Erledigungdsprinzip*"), que es elevado al rango de principio general del Derecho, en el sentido que "la amenaza de coerción cesa con la compensación de la conducta que la motiva". Sobre esta base, el fundamento de la impunidad del desistimiento reside en la observancia de ese principio general, que ha de llevarse a cabo a través de una acción imputable al sujeto que ponga fin y repare la conducta injusta, aquella que había motivado la amenaza de pena. De este modo, quien desiste voluntariamente se libera de la amenaza de coerción estatal, que cesa, "se liquida", "se salda" ("*erledigen*")[191].

El inicio de la tentativa origina, para su autor, una suerte de "deuda u obligación jurídica" de evitar la producción del resultado. La forma de cumplirla es a través del

[189] Cfr. *idem*, 325, 365.

[190] Tal como fuera denominada por el propio HERZBERG, al presentarla en 1987. También puede ser traducida como "teoría de la satisfacción o del cumplimiento de la obligación".

[191] Cfr. *idem*, 325-366. También cfr. ROXIN, *Strafrecht AT II*, 486; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht AT*, 233; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado DP PG*, 579 y LOS MISMOS, *Strafrecht AT,* 539; BENLLOCH PETIT, *El desistimiento…*, 12.

desistimiento voluntario y eficaz, que, a su vez, trae aparejado el cese de aquella amenaza penal. Basta con que el sujeto escoja la que, desde su perspectiva, sea la mejor opción disponible, sin importar si era la más segura[192]. De este modo, cuando para el "pago" de la deuda baste con evitar la consumación, para otorgar la impunidad ha alcanzarle al Derecho penal con que el autor realice esa prestación voluntariamente.

4.2. Crítica a la teoría del pago de la deuda

Se le objeta que el "principio de liquidación o cumplimiento" no es trasladable, sin más, al Derecho penal. En otras ramas del Derecho, cuando se realiza una determinada conducta, por ejemplo se paga una deuda, el tema queda "liquidado" y, por tanto, desaparece. No ocurre lo mismo en materia penal, donde una reparación o indemnización posterior al hecho no extingue la punibilidad ya generada. Esta concepción no explica por qué el legislador renuncia totalmente a la pena, limitándose a manifestar que, en este caso, se ha decidido por el "principio de liquidación o cumplimiento", parafraseando así el texto legal[193].

En este sentido, se pone de relieve que la prestación debida, el deber, la deuda civil es de naturaleza muy distinta al deber o prestación penal. El Derecho civil no pretende prevenir conductas futuras, solo se limita a regular conductas entre particulares. Así, por ejemplo, la obligación de pagar intereses moratorios no persigue que, en el futuro, se pague en término, simplemente pretende satisfacer la pretensión de compensación patrimonial del acreedor por el retraso, el restablecimiento del equilibrio en la relación sinalagmática. Por el contrario, la lógica del Derecho penal es muy distinta, ya que, a través de la amenaza de pena, se intenta influenciar conductas futuras para posibilitar la pacífica convivencia social[194].

---

[192] Cfr. REAÑO PESCHIERA, "Sobre los fundamentos…", 341, 354.

[193] Cfr. ROXIN, *Strafrecht AT II*, 486; este autor señala que aunque el § 46a, incorporado al StGB en 1994, permita prescindir, facultativamente y excepcionalmente, de la pena para delitos leves, el § 24 StGB prevé la total impunidad en caso de desistimiento voluntario.

[194] Cfr. BENLLOCH PETIT, *El desistimiento…*, 13-14.

Por otro lado, los supuestos de tentativa fracasada, de desistimiento involuntario y de reparación post delictiva del daño, si bien ponen fin o reparan el delito, no dejan de ser plenamente punibles. Desde la teoría del pago de la deuda, se argumenta que, en estos casos, el Derecho penal ha mantenido el principio preventivo de aplicar una pena. Se explica la regulación de desistimiento a través de la relación de tensión entre el "principio de liquidación" y las necesidades preventivas. Estos argumentos, sin embargo, no se consideran satisfactorios, porque, para fundamentar la impunidad del desistimiento, no se termina recurriendo al "cumplimiento", sino, en su caso, a la ausencia de necesidades preventivas. Por esta razón, los partidarios de la teoría del "fin de la pena" aprecian aquí una vuelta a esta concepción, a la que tanto se había combatido[195].

Asimismo, para solucionar los supuestos de involuntariedad y de tentativa fracasada, la teoría del pago de la deuda debe recurrir a la aplicación de principios propios del Derecho penal, abandonando así el ámbito extra penal. Además, se señala, el requisito de "desistimiento propio e imputable" no se concilia con la plena eficacia del pago realizado por un tercero, reconocida por el Derecho civil[196].

La idea del cumplimiento tampoco encaja bien con muchas manifestaciones del desistimiento. Por ejemplo, en la tentativa inidónea, donde no hay amenaza de peligro alguno, no hay nada que liquidar o reparar y, a pesar de ello, es posible el desistimiento voluntario. También se verifica incompatibilidad con la regulación contenida en el § 24 I 2 StGB, según la cual una actividad "voluntaria y seria", pero infructuosa y carente de cualquier efecto de cumplimiento o subsanación, también conduce a la impunidad[197].

De igual forma, esta teoría pasa por alto la circunstancia de que, en el fondo, se trate de deudas distintas. El desistimiento no salda la deuda originaria de omitir la tentativa, sino que lo hace con la deuda que nace de la tentativa misma: evitar la producción del resultado típico. La sanción prevista por el incumplimiento de un deber no puede decaer por la infracción a un deber distinto, aun cuando ambos apunten, mediata o inmediatamente, a la

[195] Cfr. ROXIN, *Strafrecht AT II*, 487.
[196] Cfr. BENLLOCH PETIT, *El desistimiento…,* 14.
[197] Cfr. ROXIN, *Strafrecht AT II*, 487.

no realización del mismo resultado. La teoría del pago de la deuda no explica la cuestión central, la razón por la cual el desistimiento permite "pagar" la deuda contraída con la tentativa[198].

Sobre la base de esta idea, es evidente que

> "si se intenta formular como el 'simple deber de abstenerse de producir el resultado típico', entonces nos encontramos con que en la mera tentativa punible todavía no se ha incumplido ese deber. Si se formula como 'el deber de no iniciar conductas inmediatamente dirigidas a la producción del resultado', tenemos que ese deber ya se ha incumplido con el inicio de la ejecución, por lo que no se ve como en el desistimiento podría producirse el cumplimiento de un deber ya incumplido"[199].

5. La teoría de la reversión del peligro de JÄGER (*Theorie der Gefährdungsumkehr*)

5.1. Exposición

Afirma que la esencia del desistimiento como conducta penalmente relevante se encuentra en la reversión de una puesta en peligro (*Gefährdungsumkehr*). Se trata, ante todo, de encontrarle una respuesta a la simple pregunta sobre qué es el desistimiento. Para esta concepción, ninguna doctrina ofrece criterios adecuados, ya que se limitan a meros intentos de explicación del motivo de su impunidad, de su ubicación sistemática dentro del sistema del delito y de sus requisitos. Sin embargo, la esencia del desistimiento permanece

[198] Cfr. Hans Joachim RUDOLPHI,"Rücktritt vom beendeten Versuch durch erfolgreiches, wenngleich nicht optimales Rettungsverhalten", *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, 1989, 508, 511. En el mismo sentido, REAÑO PESCHIERA, "Sobre los fundamentos…", 355.

[199] BENLLOCH PETIT, *El desistimiento…*, 16, comillas en original; quien, en cuanto a la crítica del déficit explicativo sobre la identidad de deberes, señala que no significa renunciar a la posibilidad de encontrar un deber único en los dos momentos, sino simplemente que ello no es evidente y que debe ser fundamentado. Lo cierto es que HERZBERG va más allá, al dar por supuesto que el desistimiento borra completamente el deber incumplido con la tentativa, fundamento de su punición. Se trata de un mismo y único deber, que podría resumirse en no producir la consumación del delito.

en la oscuridad, de modo tal que el manejo del tema se asemeja al tratamiento de las consecuencias sin un diagnóstico previo. Cuando se afirma que el desistimiento es el "pago de una deuda", por ejemplo, no se advierte que se trata de meras descripciones de actividades vacías de contenido, ya que sigue sin repuesta aquella simple pregunta: cuál es el criterio detrás del desistimiento como principio de resultado positivo que merece la impunidad[200].

Como punto de partida se afirma que no cabe limitarse a una consideración aislada de desistimiento y tentativa. Esta comprensión correcta ya había sido difundida por las teorías jurídicas, aunque, según esta perspectiva, extrayendo las conclusiones incorrectas. Así, según el texto legal -§ 22 StGB-, la tentativa comienza cuando el autor, según su representación, se dispone inmediatamente a la realización del tipo penal. Más allá de la controversia en torno al comienzo mismo de la tentativa sobre la base de la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos, al menos existe consenso en que aquel comienzo debe contener una objetiva o, al menos, subjetiva puesta en peligro del bien jurídico. Esta, a su vez, está sujeta a una continua intensificación cuantitativa, comenzando por los actos preparatorios hasta llegar a la consumación.

El § 24 I 1 StGB determina que es posible el desistimiento impune cuando el autor abandona la ulterior ejecución del hecho o impide su consumación. En otras palabras: desistir significa que el sujeto deja esa puesta en peligro o se ocupa de que no se transforme en una lesión real. Visto de este modo, el desistimiento es una reversión de la puesta en peligro del bien jurídico, lo cual le confiere a cada una de las alternativas de desistimiento un carácter común. Mediante el desistimiento no se anula retroactivamente la tentativa -tal como postularon las teorías jurídicas-, sino que se elimina la puesta en peligro creada a través de la tentativa. Conforme con ello, el mérito del autor consiste en haber removido esa puesta en peligro y, así, en haberle quitado su efecto a la tentativa[201].

[200] Cfr. JÄGER, *Der Rücktritt...*, 62.
[201] Cfr. *idem*, 63.

Cuanto más avanzada se encuentre esa puesta en peligro, mucho mayores deberán ser las tareas de reversión. Si la medida de la puesta en peligro no alcanza, de por sí, para que se transforme en una lesión, bastará pues con el abandono del hecho. Por el contrario, será necesaria la evitación de la consumación cuando aquella sea capaz por sí misma de ocasionar la lesión si el curso del suceso continúa libremente su desenvolvimiento.

Si se acepta favorablemente el criterio de la reversión de la puesta en peligro, se extrae del § 24 I 2 StGB una conclusión tan lógica como sorprendente. Según dicha disposición, el autor se libera de la pena cuando, sin contribución del que desiste, el hecho no se llega a consumar y siempre que aquel se haya esforzado seria y voluntariamente en impedir la consumación. Para JÄGER, lo que aquí describe la ley no es otra cosa que una "tentativa de reversión de una puesta en peligro", honrada por el legislador y sujeta a determinados requisitos. Ello demuestra que la sucinta disposición sobre el desistimiento contiene un tipo de resultado y un tipo de tentativa, y, por consiguiente, está apoyado sobre elementos suficientemente conocidos en la teoría de la autoría[202].

Para JÄGER resulta relevante el rol que desempeña la imputación para el desistimiento. Afirma que el § 24 StGB está dominado por el principio de la realización positiva del resultado "reversión de la puesta en peligro". De allí que se le deba imputar ese resultado al autor, ya que, para la conducta liberadora de la pena, no puede regir algo distinto de la conducta punible. Del mismo modo como la responsabilidad por un resultado punible solo se transmite a la persona del autor por medio de la imputación, también la exención de la responsabilidad por un resultado liberador de pena debe tener lugar mediante el mismo mecanismo. Por este motivo, la idea de la aplicación de los criterios de imputación a la teoría del desistimiento se ha impuesto cada vez más en la moderna ciencia penal, aunque sin una sistematización completa y considerando solo aspectos parciales[203].

---

[202] Cfr. *idem*, 64.

[203] Cfr. *idem*, 64, donde sostiene que el esfuerzo más amplio para la aplicación de los criterios de la imputación en el tratamiento de las cuestiones del desistimiento fue ralizado por René BLOY, "Zurechnungsstrukturen des Rücktritts vom beendeten Versuch und Mitwirkung Dritter an der Verhinderung der Tatvollendung", *Juristische Schulung JuS 1987*, 528-535, aunque, en su investigación, se limitó a la evitación de la consumación en la tentativa acabada.

Frente a ello, la concepción de JÄGER pretende comprender la esencia del desistimiento en forma uniforme como "reversión -o tentativa de reversión- de la puesta en peligro imputable" y, a partir de allí, ofrecer la solución a los distintos problemas que plantea el instituto del desistimiento.

En cuanto a las consecuencias materiales de la disposición sobre el desistimiento, se trata de analizar desde los estadios de la tentativa a las fases de la puesta en peligro. Para esta concepción, a pesar de su plasticidad, la distinción entre tentativa acabada a inacabada resulta inútil porque es limitada. Esta diferenciación tradicional pierde de vista que la conducta de desistimiento exigida al autor no se guía primariamente por la fase de la tentativa, sino de la puesta en peligro de la víctima. Afirmación esta que se verifica con la simple constatación del texto legal. Según el § 24 I 1.2 StGB, el autor debe evitar el resultado, mientras que según el § 24 I 2 StGB, solo se debe esforzar seriamente en esa evitación cuando el hecho tampoco se consuma sin intervención de aquel. De acuerdo con la doctrina mayoritaria, la fase de la tentativa es la misma en cada una de ambas alternativas: la tentativa acabada. Con ello, lo único que comprueba es que la ley vincula consecuencias jurídicas distintas a la figura de la tentativa acabada. Por el contrario, si se pregunta por la puesta en peligro de la víctima, entonces se pueden encontrar las soluciones directamente.

Si sigue existiendo la puesta en peligro de la víctima, el autor la debe revertir a través de la evitación del resultado; si ya no existe más, solo debe llevar a cabo una tentativa de reversión de puesta en peligro mediante un esfuerzo serio de evitación. Esto demuestra que cada sistematización debe partir de la esencia del desistimiento como "reversión de una puesta en peligro". Visto de esta manera, el § 24 StGB ofrece dos grandes posibilidades de desistimiento: la reversión tentada de una puesta en peligro y la reversión consumada. Desde este punto de vista, solo cabe excluir al desistimiento cuando ya no sea posible una reversión tentada ni una consumada[204].

[204] Cfr. JÄGER, *Der Rücktritt...*, 65.

La reversión tentada de una puesta en peligro alcanza para afirmar el desistimiento cuando objetivamente, tras la última acción ejecutiva, el bien jurídico atacado ya no está más en peligro, pero el autor subjetivamente todavía asume la existencia de una puesta en peligro. Se aprecia que la situación es el reflejo inverso de la tentativa de un delito. Así como esta se caracteriza mediante un completo desvalor de acción y una ausencia de desvalor de resultado, una reversión tentada de una puesta en peligro revela un valor de acción y una falta de valor de resultado. De esta forma, parece que el legislador ha pensado en el § 24 StGB solo para la variante de la evitación, es decir, ha considerado la tentativa de una reversión de puesta en peligro a través de esfuerzos serios de evitación -§ 24 I 2 StGB-. Sin embargo, sería apresurado adjudicarle tal falta al legislador; en el caso del requisito de abandono (*Aufgeben*) no debió crear expresamente ninguna "regla de tentativa" adicional, puesto que dicho elemento, en sí mismo, reúne tanto la reversión consumada de una puesta en peligro como la tentada, tal como cabe apreciar en los siguientes casos[205].

En el primer caso, el autor coloca una bomba en una tienda de compras, que va a estallar a las 12 horas si no media ningún impedimento. En el ejemplo, para revertir la puesta en peligro, deberá desactivar el aparato explosivo y, de esta manera, evitar la consumación. Por el contrario, si el autor cree que la bomba va a estallar, aunque esto no pueda suceder realmente porque tiene un defecto técnico, entonces el legislador exige como mínimo que lleve a cabo una tentativa de reversión de la puesta en peligro por medio de esfuerzos serios de evitación -de aquello que ya no es más susceptible de evitación-. Por ejemplo, que guíe a la policía hacia la bomba. Aquí, el autor no puede consumar la reversión de la puesta en peligro, sencillamente porque no existe una situación de peligro que se pueda revertir. En el segundo caso, el sujeto apunta contra la víctima una pistola cargada, de manera que, para revertir la puesta en peligro, deberá dejar caer el arma y abandonar el hecho. Si el arma no estuviese cargada y el sujeto lo ignorase, entonces el legislador, como mínimo, requiere de este una tentativa de reversión: de nuevo, que deje caer el arma y que abandone el hecho. En este ejemplo, al igual que en el primero, el sujeto no puede llevar a cabo una reversión de la puesta en peligro por falta de una situación de peligro.

[205] Cfr. *ibidem.*

Así, estos ejemplos demuestran que el legislador ha hecho bien en no crear una regulación de tentativa adicional en el ámbito del "abandono", ya que este puede importar tanto una reversión consumada como tentada. En cambio, solo se puede evitar un resultado real y amenazante. El sujeto no puede evitar aquello respecto de lo cual no existe amenaza. En síntesis, cabría afirmar que la ley contempla la tentativa de reversión de una puesta en peligro en la forma de un "abandono" y en la forma de "esfuerzos serios de evitación". Para determinar cuál de ambas prestaciones de tentativa se debería llevar a cabo, habrá que tener en cuenta la representación del autor. Si cree que el peligro creado se transformará en daño, entonces serán necesarios los esfuerzos serios de evitación. Si, por el contrario, asume que la lesión no se producirá con el solo transcurso de los hechos, entonces solo será necesario el "abandono"[206].

La reversión consumada tiene como presupuesto la existencia de una puesta en peligro objetiva. Cuando el bien jurídico se encuentra objetivamente en peligro por causa de la acción del autor, entonces la reversión consumada no solo es posible, sino también necesaria. En este caso, el sujeto debe revertir realmente el peligro existente a través del abandono o de la evitación del resultado. El tipo de conducta de desistimiento dependerá si el peligro creado es objetivamente idóneo o no para producir por sí mismo la lesión del bien jurídico. Cuando existe una puesta en peligro objetiva semejante, la conducta de reversión requerida solo podrá consistir en su eliminación, sin consideración alguna respecto a los conocimientos del autor. Frente a una reversión de puesta en peligro objetiva así entendida, los motivos del autor son, en principio, indiferentes; en todo caso, pueden cumplir algún rol en la cuestión de la voluntariedad[207].

La concepción de JÄGER importa un apartamiento de la jurisprudencia y literatura dominantes. Los requisitos para un desistimiento se deben regir de acuerdo con la medida de la puesta en peligro del bien jurídico, producida o supuesta por el autor a través de la tentativa. Si este cree que el bien jurídico se encuentra en peligro, cuando realmente no es

[206] Cfr. *idem*, 66.
[207] Cfr. *idem*, 67.

así, entonces, para alcanzar la impunidad, alcanza con una tentativa de reversión de la puesta en peligro. Dentro de esta tentativa de reversión, a su vez, cabe distinguir si el autor cree que su conducta precedente alcanza o no para que se produzca el resultado sin más. En el primer caso, deberá realizar esfuerzos serios de evitación, mientras que, en el segundo, solo bastará con el abandono del hecho, es decir, con la no continuación de la tentativa. Por el contrario, cuando el bien jurídico realmente se encuentra en peligro, será necesaria una reversión consumada. Aquí también cabe distinguir si la lesión es lo suficientemente probable con el mero transcurso del suceso o si, para ello, son todavía necesarias ulteriores acciones por parte del autor. En la primera hipótesis, el sujeto deberá impedir realmente el resultado, mientras que, en la segunda, bastará con que abandone el hecho[208]. No será posible desistir únicamente en el caso en que resulte excluida una reversión tentada o consumada, es decir, cuando el autor ya no crea que exista la situación de peligro o cuando la misma no exista realmente. Esta concepción parte de la premisa que el § 24 I 1.2 StGB, en caso de una puesta en peligro objetiva, exige -sin consideración alguna de los conocimientos del autor- la efectiva reversión de ese peligro en la forma de evitación del resultado.

A partir de la línea argumental anteriormente expuesta, JÄGER se ocupa de la *ratio* de la impunidad del desistimiento y de su ubicación sistemática. En este sentido, afirma que la esencia del desistimiento determina la razón de su impunidad. Por tanto, no hay que buscarla fuera del § 24 StGB en consideraciones de política criminal, sino que se encuentra en la reversión del peligro consumada o, al menos, intentada. Solo dicha reversión es la que justifica la impunidad; y no un eventual retorno a la legalidad o una reducción de la peligrosidad del autor. Con frecuencia, el desistimiento es expresión de motivos egoístas y no de un cambio de actitud a favor del Derecho. Vista de este modo, la teoría del fin de la pena requiere ser completada, puesto que sigue sin respuesta la pregunta decisiva sobre el "por qué" de la impunidad. Ella se alcanza únicamente a través del criterio de la reversión de la puesta en peligro en el momento del hecho, ya que el § 24 StGB no le exige al autor

[208] Cfr. *ibidem*.

que se muestre eficaz para el futuro, sino en el presente, revirtiendo el peligro concreto existente o, en la medida en que no exista realmente, intentando seriamente revertirlo[209].

Desde este punto de vista, también aparecen nuevos aspectos sobre la ubicación sistemática del desistimiento. Como el § 24 StGB se sustenta sobre el criterio de la reversión del peligro imputable y, de este modo, reúne todos los elementos de la imputación, se trata entonces de un "tipo de impunidad independiente" ("*eigenständiger Strafbefreiungstatbestand*"), que debe ser realizado por todo aquel que pretenda beneficiarse con la impunidad. En consecuencia, el § 24 StGB nada tiene que ver con el injusto y la culpabilidad de la tentativa antecedente, sino que debe ser analizado como un tipo de impunidad propio y a continuación de la tentativa. El injusto y la culpabilidad de la tentativa anterior no pueden ser eliminados ni afectados; una conducta posterior al hecho no los puede hacer desaparecer. Todas las causas de exclusión del injusto -como, por ejemplo, la legítima defensa- y todas las causas que excluyen la culpabilidad y la responsabilidad penal -inimputabilidad, estado de necesidad disculpante, error de prohibición invencible- presentan algo en común: tienen lugar durante la conducta del hecho. Visto de esta forma, el § 24 StGB en modo alguno encaja dentro de la culpabilidad, puesto que en el desistimiento no se trata de una circunstancia secundaria en la ejecución del hecho, sino de una conducta positiva posterior, en el sentido de una reversión imputable de la puesta en peligro[210].

De este modo, el desistimiento se revela como un tipo de impunidad independiente que el autor debe realizar en forma imputable. Así, como el legislador puede crear tipos penales, también puede crear tipos de impunidad como el caso del § 24 StGB. Desde esta perspectiva, la concepción mayoritaria del desistimiento como causa personal de supresión de la pena resulta un reduccionismo contrario al sistema, porque esconde el hecho que aquella disposición sea un tipo independiente con consecuencias liberadoras de la sanción penal. Como causa de supresión de pena solo pueden entrar en consideración circunstancias independientes de la conducta del sujeto, como, por ejemplo, la amnistía, el indulto o la

[209] Cfr. *idem*, 126.
[210] Cfr. *idem*, 127.

prescripción. Valores de conducta del autor nunca pueden agotarse en una simple causa de supresión de la pena. Es más, solo la aceptación de un tipo de impunidad es capaz de comprender totalmente todas las estructuras de imputación dentro del § 24 StGB. La consecuencia liberatoria está inserta en la función del Derecho penal, el cual, en tanto esté destinado a la protección de bienes jurídicos, le debe conceder la impunidad al autor que desiste, es decir, a quien protege al bien jurídico a través de la reversión del peligro, incluso cuando el mismo sea quien lo haya creado[211].

En síntesis: cuestiones dogmáticas, en particular, la teoría de la imputación objetiva, y no consideraciones de política criminal, constituyen el punto de partida de esta concepción. Sobre esta base, se concibe al fundamento de la impunidad del desistimiento como la "reversión imputable de la puesta en peligro" ("*Gefährdungsumkehr*") creada por la tentativa o, al menos, como su intento a través de un esfuerzo serio y voluntario. Desde este punto de vista, esta postura constituye una extensión del desarrollo de la teoría de la imputación objetiva, bajo la premisa de una "relación simétrica" entre el tipo de injusto y el desistimiento. En la tentativa, la creación del riesgo jurídicamente desaprobado ha de serle imputable objetivamente al autor. Del mismo modo, en el desistimiento, la inversión de aquel peligro también debe serle atribuible normativamente. Siguiendo este hilo argumental, se arriba a la siguiente conclusión: mientras que el peligro generado para el bien jurídico constituye la base del injusto de la tentativa, simétricamente, la reversión de aquel peligro fundamenta la impunidad del desistimiento. Se consagra, entonces, la impunidad del desistimiento voluntario, porque, al constituir este la reversión del peligro generado por la tentativa, contribuye a la consecución misma de la función del Derecho penal: la protección de los bienes jurídicos. Sistemáticamente, se ubica al desistimiento dentro de la estructura de la imputación, como "un tipo autónomo de impunidad" ("*eigenständiger Strafbefreiungstatbestand*"), que nada tiene que ver con el injusto ni con la culpabilidad de la tentativa precedente.

Para ROXIN, defensor de la "teoría modificada de la pena", el criterio de la reversión del peligro aporta una caracterización útil del desistimiento en cuanto a su contenido.

[211] Cfr. *ibidem.*

Cuando se abandona la ulterior ejecución del hecho o se impide su consumación, el peligro creado con la acción de tentativa es revertido, anulado, suprimido. Dentro de este razonamiento, señala que, según el § 24 I 2 y II 2 StGB, el intento de revertir el peligro -a través de un esfuerzo serio y voluntario para impedir la consumación- alcanza para el desistimiento, cuando el resultado, ya de antemano, no podía realizarse -tentativa inidónea-, o, si no, en el caso de pluralidad de intervinientes, cuando el hecho no llega a consumarse, sin intervención del que desiste, o se consuma, pero con independencia de su aporte anterior al hecho. Esta conclusión se corresponde, además, con la regulación de la pena de la tentativa y con el fundamento de su punición.

En efecto, así como para castigar una tentativa inidónea, alcanza solo con una puesta en peligro representada por el sujeto, para un desistimiento de una tentativa -inidónea- es suficiente una reversión de dicha puesta en peligro, considerada subjetivamente como posible o necesaria por parte del sujeto. De allí que ROXIN define el desistimiento como "una reversión consumada de la puesta en peligro, cuando el autor todavía podía realizar el resultado, o, si no, como una tentativa de reversión"[212], a través de un esfuerzo serio y voluntario, y siempre que el resultado no se haya producido. Por tanto, ante la consumación misma del delito, es unánime la exclusión de la posibilidad de un desistimiento, a pesar del abandono de la tentativa. Que esta es presupuesto de aquel se deduce, sin mayor dificultad, del propio tenor literal del § 24 I 1 StGB, cuando establece que "no será castigado por tentativa". Desde esta perspectiva, es evidente que, en los supuestos de no producción del resultado típico, la reversión de la puesta en peligro debe ser tratada según parámetros objetivos.

5.2. Crítica a la teoría de la reversión del peligro

[212] ROXIN, *Strafrecht AT II*, 490. La definición del autor se basa sobre el siguiente razonamiento: así como la tentativa presupone el disponerse inmediatamente a la realización del tipo, según la representación del autor, también la acción de reversión de la puesta en peligro -exigible para la concurrencia del desistimiento- debe estar vinculada con la representación del sujeto. Ello deriva del propio tenor literal del § 22 StGB, según el cual "comete tentativa de un hecho punible quien, según su representación del hecho, se dispone inmediatamente a la realización del tipo".

ROXIN señala que la teoría de la reversión del peligro termina recurriendo a los postulados de la teoría del "fin de la pena", en tanto se afirma la ausencia de necesidad de pena cuando el sujeto acredita su eficacia salvadora en el presente, ya sea revirtiendo la concreta puesta en peligro, ya sea intentando la reversión si no existe un peligro real, como en el caso de tentativa inidónea[213].

Para otro sector de la doctrina, vincular el desistimiento con la teoría de imputación objetiva no supone una explicación total del fundamento de su impunidad: que la evitación del resultado lesivo al que tendía la tentativa sea imputable a la conducta de desistimiento no explica *por qué* el autor de la tentativa, y no otra persona, es quien debe desistir. En este sentido, para alcanzar coherencia sistemática, se postula concebir al desistimiento como el cumplimiento de un deber para quien inició los actos ejecutivos de tentativa[214].

Desde otro punto de vista, ofrece reparos la forma en que la teoría de la reversión del peligro concreta el requisito objetivo de eficacia, para cuya concurrencia solamente exige la creación de una chance -adecuada, no óptima- de salvación del bien jurídico y que esta, a su vez, se realice en el "resultado evitación de la consumación". Ciertamente, ello responde a la lógica de su premisa básica: la relación simétrica entre tipo de injusto y desistimiento, concebido este como la "inversión" de aquel. De allí que para la evitación de aquel resultado -consumación- deban regir los mismos principios de imputación que para su producción y consecuente afirmación del tipo objetivo. De este modo, como no se requiere la prestación más segura de salvación, conformándose con cualquier aporte "adecuado" para la evitación, se permite una reversión solo parcial del peligro generado con la tentativa y se deja un riesgo residual a merced del puro azar. Pero, esta circunstancia se traduce en soluciones insatisfactorias, desde que la actuación del sujeto ya no podrá interpretarse como la revocación del mensaje de quebrantamiento normativo -expresado con la tentativa-. Por

[213] Cfr. *idem*, 486, quien, sin embargo, ubica la postura de JÄGER dentro de las teorías premiales, por considerar este la "reversión de la puesta en peligro" como un acto meritorio; EL MISMO, "Über die Ratio…".asimismo, REAÑO PESCHIERA, "Sobre los fundamentos…", 353.
[214] Cfr. POZUELO PÉREZ, *El desistimiento…*, 119.

lo tanto, al carecer del efecto comunicativo de restauración de la vigencia de la norma, ya no será suficiente para afirmar la falta de necesidad de pena de la tentativa[215].

Desde la teoría analítica-teleológica, la crítica apunta a la base misma de la concepción de JÄGER, a saber, la imputación objetiva misma, a la que se considera disfuncional y superflua. Como señala KINDHÄUSER, la posibilidad inmanente de un efecto disfuncional existe siempre que, a la imputación subjetiva de la capacidad de acción (*Handlungsfähigkeit*), se le intercale una imputación objetiva de la capacidad de acción de un destinatario ficticio. En la dogmática penal, los filtros solo pueden operar en forma funcional, cuando el segundo filtro resulta más estrecho que el primero. Por el contrario, si este detiene algo que puede y debe pasar a través del segundo filtro, entonces la disposición de los filtros puede falsear el resultado correcto. Por cierto, también resultaría disfuncional cuando no se pueda imputar objetivamente algo que pueda y deba ser imputado al sujeto individual de acuerdo con los fines de la pena. Esta disfuncionalidad se presenta, en particular, cuando el sujeto, en virtud de su capacidad de acción, hubiese podido evitar una realización típica que objetivamente se considere como no evitable, es decir, cuando se presentan capacidades especiales en el autor. En la medida en que el sujeto concreto no posee la capacidad de acción, resulta inútil y, por tanto superfluo el juicio que afirma una evitabilidad objetiva. A su vez, cuando el sujeto está en condiciones -con eficacia para la acción- de evitar el resultado sin más, resulta sencillamente absurdo afirmar una inevitabilidad objetiva -sub especie: protección de bienes jurídicos-. De lo expuesto, KINDHÄUSER deduce, con acierto, que si el filtro de la imputación objetiva es más amplio que el de la imputación subjetiva, resulta superfluo e inútil. Por el contrario, si resulta más estrecho de lo que requiere la imputación subjetiva de acuerdo a los fines de la pena, entonces no se podrán excluir resultados insatisfactorios. Es evidente que la tensión entre la inutilidad y la disfuncionalidad de la imputación objetiva solo se puede eliminar a través de un inconsistente ajuste de los filtros -abierto u oculto- o mediante la supresión de la imputación objetiva, camino este que resulta el más simple[216].

---

[215] Cfr. ALCÁCER GUIRAO, *Estudios...*, 277-287.

[216] Cfr. Urs KINDHÄUSER,"Der subjektive Tatbestand im Verbrechensaufbau. Zugleich eine Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung", *Goltdammer's Archiv für Strafrecht GA 2007*, 90.

6. El desistimiento como modificación del hecho de JAKOBS

6.1. Exposición

Esta comprensión, propiciada por el funcionalismo-sistémico, parte sobre la base de las siguientes premisas: el fundamento del desistimiento debe ser interno al instituto de la tentativa; esta constituye un quebrantamiento pleno de la norma; el desistimiento consiste en la modificación del hecho en todos los escalones del delito, en la medida en que todavía se considere la tentativa como un hecho actual, comunicativamente abierto, y el sujeto se haya reservado el dominio de todos los riesgos no permitidos generados por su conducta[217].

La concepción del desistimiento, como un sub-instituto de la tentativa, constituye el punto de partida. Desde esta perspectiva metodológica, el fundamento debe buscarse de un modo interno a la tentativa, explicando por qué tan solo ella contiene una regulación sobre el desistimiento. Esta orientación configura la clave para solucionar los distintos problemas que plantea el tema en cuestión[218].

De esta forma, JAKOBS se aparta de los criterios sustentados por las otras teorías; bien porque se ubican fuera del Derecho penal, como la teoría del "puente de oro", bien porque lo hacen dentro, pero sin referirse específicamente a la tentativa, como el caso de las teorías del "fin de la pena". Solo la óptica "interna" advierte que la tentativa fue anulada o modificada, las otras dos perspectivas "se conforman con su ocultación", al plantear la discusión sobre un terreno completamente inadecuado[219].

---

[217] Cfr. JAKOBS, "El desistimiento…", 325-345; EL MISMO, *Derecho Penal PG*, 899 ss., y *Strafrecht AT,* 741 ss.

[218] Cfr. JAKOBS, "El desistimiento…", 325.

[219] Cfr. *idem*, 327; donde señala, además, en alusión a los fallos BGHSt. 22, 330; 31, 170; 33, 295 y 35, 90, que la jurisprudencia del BGH procede con absoluta falta de criterio.

El fundamento del desistimiento requiere establecer previamente la razón del castigo de la tentativa[220]. Más allá de la teoría que se defienda sobre el fundamento de su punibilidad, sea la objetiva puesta en peligro del bien jurídico, sea la manifestación del dolo en el hecho, lo cierto es que, con la tentativa, algo ya ha quedado consumado: el quebrantamiento completo de la norma. No se alude aquí a cualesquiera movimientos corporales, sino al significado comunicativo de contrariedad normativa de la conducta del autor por medio de la cual declara: "esta norma no rige para mí en esta situación"[221]. Para la concepción funcionalista-sistémica, el Derecho penal tiene por finalidad el mantenimiento de la vigencia de la norma y de las expectativas de conducta que conforman la identidad normativa de la sociedad. Por ello, lo que define al injusto jurídico penal es precisamente aquel quebrantamiento pleno de la norma, y no la lesión de bienes jurídicos. En palabras del propio JAKOBS:

> "Los bienes sucumben de un modo masivo por doquier y esto carece casi siempre de interés para el Derecho penal. A lo que el Derecho penal se vincula es a la conducta que excede del riesgo permitido, ya que las normas prohíben un comportamiento semejante. Pero también la tentativa supera el riesgo permitido y, por ello, lo específicamente contrario al Derecho penal reside homogéneamente, tanto en el caso de la consumación como en el de la tentativa, en el quebrantamiento de la norma que en ambas se produce de un modo completo. Aunque tal quebrantamiento de la norma se objetivase más intensamente en la consumación que en la tentativa, en esta el quebrantamiento es ya pleno en el sentido de que la norma fue realmente infringida y no se limitó el sujeto, por ejemplo, a proyectar simplemente su infracción"[222].

---

[220] REAÑO PESCHIERA, "Sobre los fundamentos…", 341, 364, señala que esta postura resulta cada vez más extendida entre los monografistas sobre el desistimiento. Además de gozar de cierto predicamento en la doctrina alemana y española, se considera un acierto relacionar el fundamento de la impunidad del desistimiento voluntario con el fundamento del castigo de la tentativa, "pues todo intento de explicar las razones por las que se prescinde de pena en los casos en que el autor abandona voluntariamente la ejecución ya iniciada o evita el resultado no es más que el intento de explicar por qué en dichos supuestos decae la razón por la que se castiga la tentativa".

[221] Cfr. JAKOBS, "El desistimiento…", 325, 328. Con respecto a la necesidad de un esquema social de interpretación a través de un proceso de comunicación, cfr. EL MISMO, "El concepto jurídico-penal de acción", *Moderna Dogmática Penal. Estudios compilados*, Editorial Porrúa, México, 2006, 59-62.

[222] *Idem,* 326.

Ello significa que la diferencia entre tentativa y consumación es simplemente cuantitativa; no media, pues, una distinción cualitativa que vaya del peligro a la lesión del bien jurídico. Expresado de otro modo, tentativa y consumación exhiben una identidad cualitativa, representada por la ruptura completa de la vigencia de la norma: en la primera, es de carácter provisional, en la segunda, definitiva[223]. La lesión del bien jurídico implica una mayor objetivación del quebrantamiento normativo, porque es socialmente más "visible" que un mero intento de lesión sin resultado. Lo penalmente relevante es, por tanto, el significado comunicativo de la conducta para la vigencia de la norma, y no la causación evitable de la lesión de un bien jurídico, la diferencia entre el peligro y la lesión. Aquel quebrantamiento de la norma es el único resultado que interesa al Derecho penal, el cual se produce tanto en la consumación como en la tentativa.

En este sentido, el desistimiento no representa merecimiento especial alguno, sino más bien el cumplimiento de un deber; la impunidad tiene lugar aun cuando quede un resto de injusto. Desde este razonamiento, se arriba a uno de los puntos centrales de esta teoría, que se formula de la siguiente manera:

> "la minimización del quebrantamiento de la norma tiene lugar en todos los escalones del delito: se da fin a la realización del tipo (el dar comienzo directamente) y la culpabilidad (la deslealtad a la norma). El desistimiento es, pues una modificación del hecho en todos los escalones del delito. La caracterización usual como causa de exclusión de la pena es enteramente neutra, sin color"[224].

A diferencia de lo que ocurre entre la tentativa y la consumación, el traspaso del umbral de lo jurídicamente intolerable, el tránsito de los actos preparatorios a los actos ejecutivos de tentativa, es de carácter cualitativo. Mientras la fase de preparación corresponde al ámbito de libertad jurídicamente garantizada, la tentativa supone un comportamiento objetivamente imputable.

---

[223] *Ibidem*.
[224] JAKOBS, *Derecho Penal PG*, 900; EL MISMO, *Strafrecht AT*, 742.

Para esta concepción, la determinación del inicio de ejecución se realiza por medio de la teoría de la imputación objetiva del comportamiento, que opera como esquema de interpretación de conductas comunicativamente relevantes. La complejidad de la actual configuración social, los contactos altamente anónimos y estandarizados, más el principio rector de auto-responsabilidad, en el sentido que "no todo atañe a todos", determinan la necesidad de estructurar aquella teoría sobre la noción del "rol social". Este sistema de competencias o posiciones, definidas de modo normativo, funciona como límite de la responsabilidad penal. Quien se mantiene dentro de su rol no responde por un curso lesivo, aun cuando perfectamente pudiera evitarlo. La imputación objetiva a un comportamiento, su relevancia penal, es determinada por alguno de los cuatro institutos dogmáticos desarrollados dentro de esta concepción, a saber; el riesgo permitido, el principio de confianza, la prohibición de regreso y la competencia de la víctima[225].

Sobre la base de las anteriores consideraciones y como corolario de este planteo dogmático, se concibe el desistimiento como modificación del hecho, entendido como revocación objetivada del significado de contrariedad con la norma expresado con la realización de actos ejecutivos. En este sentido, constituye el contrapunto del comienzo de la ejecución de la tentativa, la finalización imputable de la misma. Es que "lo especial en el desistimiento no es que tenga lugar tras el comienzo de la tentativa, sino que puede aun modificar el comportamiento de la misma"; no revoca el pasado haciéndola desaparecer, sino que le quita su univocidad para el futuro. Aquella objetivación debe serle imputable al autor voluntariamente, en el sentido que no pueda aparecer como un suceso del que pueda ser distanciado; de lo contrario, constituiría un comportamiento posterior al hecho, no susceptible de desistimiento[226].

---

[225] Cfr. Günther JAKOBS, *La imputación objetiva en derecho penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá, reimpresión, Civitas, Madrid, 1999, 89-115; EL MISMO, "La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión", en *Estudios de Derecho Penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1997, 241, 266.

[226] Cfr. JAKOBS, *Derecho Penal PG*, 899; EL MISMO, *Strafrecht AT*, 741-722 "el desistimiento no puede hacer como que no ha ocurrido la mácula de que la tentativa existió en algún momento". Al respecto, señala ROXIN, *Strafrecht AT II*, 490 nota 66: cuando JAKOBS caracteriza al desistimiento como "la finalización imputable de la tentativa", permanece abierta y sin respuesta la decisiva pregunta respecto de cuándo es imputable una finalización de tentativa.

Dentro de esta línea argumental, a efectos de poder determinar la posibilidad de desistimiento, se arriba, así, a la decisiva la distinción entre modificación del hecho y comportamiento posterior a este, cuyas pautas de delimitación solo pueden ser ofrecidas por una fundamentación interna al instituto de la tentativa.

El hecho no debe ser entendido como un mero suceso histórico, sino como un acontecimiento portador de sentido. Para la validez de la norma, la significación definitiva del aquel solo puede ser determinada a partir del momento en que el autor se separa o es separado de su conducta. Mientras esto no ocurra, el hecho es susceptible de revocación en el presente por parte del propio autor, porque permanece comunicativamente abierto. Pero cuando el sujeto es separado de su conducta, en el sentido que "pierda aunque solo sea una posibilidad de influir sobre el mundo futuro", la contradicción con la norma se convierte en una comunicación cerrada en sí misma, definitiva y perteneciente al pasado. Aquella manifestación ya no es susceptible de modificación a través de desistimiento, porque "se le ha ido de las manos". Quizá, el sujeto pueda todavía manifestar cuál es su posición actual y futura con respecto a la realización del tipo, pero cualquier revocación, en una situación semejante, constituye un nuevo comportamiento posterior al hecho. El quebrantamiento inicial de la vigencia de la norma, provisional aunque cualitativamente completo, se considera como ruptura definitiva y excluye la posibilidad de desistir[227].

En la decisiva contraposición "hecho *versus* conducta posterior al hecho", el concepto de "hecho" termina allí donde ya no se lo controla totalmente. Por ello, cuando el sujeto admite la existencia de una posibilidad de consumación, no susceptible de reversión, todo comportamiento posterior a dicha admisión constituye una "conducta posterior al hecho", pero no una modificación. Un desistimiento impune es posible solo si la conformación de una única conducta, que comenzó en el pasado, todavía puede ser corregida en el presente[228].

[227] Cfr. JAKOBS, "El desistimiento…", 325, 328.En el mismo sentido, Percy GARCÍA CAVERO, *Derecho Penal Económico, Parte General*, Tomo I, 2° edición, Grijley, Lima, 2007, 809.
[228] Cfr. *idem*, 331.

Por su parte, la separación entre autor y conducta, la pérdida de influencia sobre esta y el consecuente cierre comunicativo pueden ocurrir de dos modos. En primer lugar, por pérdida o renuncia consciente a las posibilidades de modificación del hecho. Aquí se alude principalmente a la tentativa acabada, en la que el autor no se reserva ninguna posibilidad de reversión; por ejemplo, efectúa un disparo a una vidriera con dolo de producir unos daños. La originaria expresión de sentido contra la validez de la norma se completa con la declaración: "se acepta la imposibilidad de variar aun esta concreta expresión de sentido". En segundo lugar, el autor puede ser separado objetivamente de su conducta por una circunstancia externa, independiente de su decisión. Esta alternativa comprende, a su vez, dos supuestos. Primero, los casos de tentativa fracasada, en los que el autor reconoce que la falta de idoneidad de la tentativa; por ejemplo, el objeto que pretendía arrojar contra una vidriera se le cae de la mano en el momento de impulsarlo, sin que pueda volver a tomarlo. Segundo, los supuestos de consumación anticipada o "desistimiento malogrado", en los que el autor advierte, contrariamente a lo planificado, la realización prematura del resultado lesivo, lo que descarta cualquier posibilidad de reversión; por ejemplo, la víctima ingiere la bebida envenenada que se le ofrece, sin esperar el brindis, lo cual toma al autor por sorpresa, ya que planeaba advertirle antes de dicho momento[229].

En cualquiera de las dos modalidades, renuncia consciente a las posibilidades de modificación del hecho o sustracción objetiva de las mismas, aunque el autor recupere el control de los riesgos creados, su revocación debe interpretarse como una toma de postura actual y futura, mas no como una reinterpretación de su hecho anterior, que irremisiblemente pertenece al pasado. Desde esta perspectiva, solo es posible un desistimiento impune, cuando el sentido comunicativo de una determinada conducta puede ser corregido en el presente. Para ello, desde el principio, el comportamiento se debe encontrar bajo la reserva de continuar hasta el presente y, luego, se debe cumplir efectivamente con el contenido de dicha reserva[230].

Como producto de lo todo lo expuesto anteriormente, surge como corolario:

[229] Cfr *idem*, 328-330.
[230] Cfr. *idem,* 328.

"Nadie revoca el pasado. Una protesta contra una conducta propia situada en el pasado constituye un genérico comportamiento posterior al hecho. Solo en la medida en que el autor domine todavía con seguridad, de acuerdo con su plan, todos los riesgos generados por encima del nivel permitido puede quedar completamente exento de pena modificando -voluntariamente- la orientación de su conducta"[231].

6.2. Crítica a la tesis del desistimiento como modificación del hecho

Para los partidarios de una fundamentación subjetiva del ilícito, no es acertado considerar como un tema meramente cuantitativo al déficit volitivo de la tentativa inacabada, que, en relación con la tentativa acabada, reconoce la teoría de la modificación del hecho. Ello importa la anomalía de llamar quebrantamiento perfecto de la norma principal a algo que, respecto de la misma norma principal, es deficitario. En este sentido se sostiene que "lo perfecto no admite menoscabos, ni cualitativos, ni cuantitativos. Aquello a lo que le falta una parte significativa, aquello que solo constituye un 'rudimento', no es algo perfecto"[232].

De allí que, en la concepción del "desistimiento como modificación del hecho", se aprecie un giro subjetivista, toda vez que adopta la "teoría estricta del acto individual", la solución más hostil al desistimiento por las exigencias que plantea para admitir su impunidad. En este sentido, SANCINETTI sostiene que si el autor asume una arrogación definitiva, posiblemente ya no más controlable, quedan solo dos posibilidades: o bien esta tentativa acabada produce el resultado y hay consumación; o bien, no lo produce y entonces hay un fracaso. Cualquiera de estas dos variantes excluye la posibilidad de desistimiento[233].

Pero, dado que la teoría de la modificación del hecho acepta un margen, si bien drásticamente reducido, para el desistimiento de la tentativa acabada, SANCINETTI no lo

[231] *Idem,* 345.
[232] SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva*…, 63-64, comillas en original.
[233] Cfr. *idem,* 109.

interpreta como una "drástica reducción", sino directamente como una absoluta eliminación, porque ya no queda ningún lugar para la impunidad de la *auténtica* tentativa acabada. Se entiende que la única tentativa "acabada" susceptible de desistimiento es la tentativa con posibilidad segura de revocación, que no constituye una auténtica tentativa acabada. Esta clase de tentativas, se sostiene, únicamente tiene en común con la tentativa acabada lo siguiente: el autor ya hecho todo lo necesario para que, en algún momento, se produzca la consumación sin una ulterior intervención suya. Según la fundamentación subjetiva, aquí se alude a lo que denomina tentativa inacabada omisiva; "mientras la posibilidad de revocación sea segura, el grado de tentativa acabada solo podrá ser alcanzado por omisión, si el autor permanece inactivo hasta el momento en que la posibilidad de revocación deja de ser segura"[234].

Para SANCINETTI, las categorías de tentativa acabada e inacabada no surgen del texto legal, sino que tienen su origen en la interpretación doctrinal de la doble alternativa legal de "abandonar el hecho" e "impedir su consumación" del § 24 I StGB. Sin embargo, desde su perspectiva, afirma que el empleo de una posibilidad segura de revocación, prevista y reservada por el autor, cumpliría con la proposición legal que el autor "impida la consumación del hecho"[235].

[234] Cfr. *idem,* 72-73; para el autor, posiblemente JAKOBS mantenga la denominación de "tentativa acabada" para aquellos casos, porque de este modo podría parecer algo más aceptable de *lege lata,* y menos expuesta al riesgo de un rechazo *in limine,* una interpretación que reduce tan fuertemente las posibilidades de desistimiento, que no queda ya ningún lugar para la impunidad de la *auténtica* tentativa acabada.

[235] Cfr. *idem*, 74; más allá que estén en lo cierto quienes sostienen que "siempre que se *abandona* el hecho, también se *impide* la consumación, y, a la inversa, siempre que se *impide* la consumación, también se *abandona* el hecho". Para este autor aquellas dos alternativas del § 24 StGB deben ser interpretadas como las modalidades de las tentativas inacabadas, comisivas y omisivas. Asimismo, cfr. *idem*, 97, donde, según SANCINETTI, la concepción funcionalista debería conducir a rechazar el desvalor del resultado. En tal sentido, argumenta: "Ahora, la vinculación entre desistimiento y teoría de la imputación, que JAKOBS hace explícita, tendría que conducirlo a la revocación de la carta de ciudadanía concedida desde siempre al resultado en el concepto de ilícito, y revalidada por él como medio de la mayor 'externalización del ilícito'. Porque, ¿cómo habría que trasladar a la teoría del ilícito una tal despedida a la máxima burda "final bueno, todo bueno"? Naturalmente, borrando toda diferencia entre tentativa (acabada) y consumación. Esta pretensión es realizable, pero no sin dificultades de derecho positivo, dado que el StGB, como otros derechos nacionales conserva soluciones orientadas, al menos en parte, al resultado"; comillas en original.

7. La teoría del desistimiento como reverso del ilícito subjetivo de SANCINETTI

7.1. Exposición

Para esta concepción, el desistimiento es el reverso del ilícito subjetivo. Esta conclusión se asienta sobre las siguientes bases, a saber: el desvalor de la acción es el único elemento integrante del ilícito subjetivo; junto a las normas principales, existen normas flanqueantes para garantizar su vigencia; es de carácter estructural la diferencia entre las tentativas acabada e inacabada; el desistimiento solo es posible en esta última, como arrogación no definitiva que infringe una norma flanqueante. En lo que sigue, se desarrollan estos lineamientos principales del razonamiento de SANCINETTI.

A modo de premisa subyace la consideración del desvalor de la acción como único elemento que integra el ilícito subjetivo. El autor quebranta la norma, en la medida en que se motiva de modo distinto, siendo esta decisión de voluntad lo único que conforma el concepto de ilícito penal. En el momento de desautorizar la norma, el sujeto no puede asegurar el resultado exterior, solo puede tender al mismo, por lo que dicho resultado va más allá de su "defecto volitivo" y, por tanto, no tiene cabida dentro del concepto de ilícito[236]. Un sistema basado en la desautorización de la norma como defecto de la voluntad no puede convertir lo externo en la clave del ilícito. El agravamiento de la pena por la producción del resultado, aun ante la igualdad de defecto volitivo, es el tributo al pensamiento mítico del desvalor del resultado, como concepción de base animista que rinde el Derecho penal de culpabilidad[237]. En este sentido, SANCINETTI expresa que:

> "Una teoría del ilícito fundada en la legitimación del castigo estatal como medio para ratificar la vigencia de la norma no tiene cómo darle cabida a una consecuencia posterior al quebrantamiento de la norma. El resultado aparece como hijo adoptado precisamente a la teoría que entiende a la antijuridicidad como lesión de

[236] Cfr. SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva…*, 3-122.
[237] Cfr. *idem*, 25.

un objeto de bien jurídico"; así, "un análisis de la teoría de la tentativa, como clave para la comprensión del ilícito doloso, requerirá igualmente un análisis del desistimiento de la tentativa"[238].

Otro de los pilares de la fundamentación subjetiva está conformado por la distinción entre normas principales y normas flanqueantes, que se corresponde con los conceptos de arrogación definitiva y no definitiva del círculo de organización ajena respectivamente. Las denominadas "flanqueantes" son normas que, al prohibir arrogaciones no definitivas, tienen la función de garantizar las condiciones de vigencia de las normas principales. Puede no verificarse todavía un quebrantamiento de la norma principal, pero sí una lesión de una norma flanqueante, en tanto el sujeto deja reconocer, al menos si sus planes tienen éxito, que próximamente se producirá una perturbación externa y, con ella, la afectación de la norma principal[239].

La legitimidad de la norma flanqueante es de carácter precario, porque no encuentra suficiente base en la "parte actual" de la arrogación y porque necesita una referencia al elemento interno de la acción, que solo habrá de ser realizado por el autor en el futuro. Razones de prevención justifican esta anticipación hacia la "relación de planeamiento" o momento anterior a la arrogación definitiva. Así, con la prohibición del comportamiento precedente a través de la norma flanqueante, se intenta impedir el comportamiento posterior, es decir, aquel al que el Derecho teme verdaderamente y que prohíbe a través de una norma principal. Esta "impaciencia del legislador" se justifica solamente si el sujeto tiene la posibilidad de sustraerse a la sanción penal, realizando una conducta voluntaria que, de haberla tenido desde el principio, no habría originado infracción alguna por falta del necesario elemento subjetivo a realizarse en el futuro[240].

Sobre la base de aquella distinción, difiriendo con la perspectiva funcionalista-sistémica, para la cual tentativa y consumación constituyen un quebrantamiento perfecto de la misma norma principal, aquí se afirma que no siempre se trata de agresiones a la misma

[238] *Idem*, 31.
[239] Cfr. *idem*, 38.
[240] Cfr. *idem*, 80.

norma; aquella identidad solo se alcanza en la tentativa acabada[241]. En efecto, solo en esta cabe el concepto de "arrogación actual del círculo de organización ajeno", resultando indiferente que la tentativa resulte, a su vez, fracasada o exitosa, y sin que esto implique necesariamente la lesión efectiva de un bien jurídico[242].

A esta altura, como postulado fundamental de la concepción analizada, aparece la inexistencia de un dolo único para todas las fases del delito. Se afirma que la perturbación exterior no queda retrasada respecto de lo interno únicamente en el delito consumado. Por el contrario, en la tentativa siempre queda rezagada con relación al dolo del autor; este exhibe un dolo más comprensivo de lo que sucede objetivamente. Entonces, ese dato interno será justamente lo que configure el ilícito de la tentativa. Pero si esto es así, también tiene que serlo en el caso del hecho consumado. El excedente subjetivo tendría que cumplir necesariamente una función de fundamento de lo ilícito, porque en la parte excedente no tiene un correlato externo. De allí y como corolario, se formula la siguiente proposición: el ilícito debe ser interpretado subjetivamente; el juicio del ilícito depende de lo interno[243].

Por ello, se entiende que tras la idea de identidad estructural entre tentativa y consumación se oculta la suposición que el dolo, según su naturaleza, es el mismo en todos los niveles del hecho: preparación, ejecución y consumación. Para la comprensión subjetiva del ilícito, se debería hablar de dolo, solo y estrictamente, con referencia a la decisión actuada, ya prohibida por la norma, es decir, a una arrogación actual. En consecuencia, es únicamente con respecto a esa parte de la ejecución, realizada actualmente, que cabe hablar de la existencia de dolo; el resto -la parte no actual- es un simple elemento subjetivo del injusto distinto del dolo, que se verifica en todo ilícito de varios actos. Así, en la tentativa inacabada, el dolo se desarrolla progresivamente en desmedro del elemento subjetivo futuro y hasta alcanzar el tipo subjetivo de la tentativa acabada (dolo completo)[244].

[241] Cfr. *idem*, 53 nota 3.
[242] Cfr. *idem*, 32.
[243] Cfr. *idem*, 41.
[244] Cfr. *idem*, 55 y 80 nota 45.

Para que se pueda admitir la expresión de sentido de un ilícito, en el cual el autor tiene un control seguro, hay que reconocer la existencia de una norma flanqueante que permita a esa acción, anterior a la definitiva, contradecir actualmente a dicha norma anticipada[245]. Desde el punto de vista de esta concepción, la tentativa recién termina cuando el autor asume, durante el momento omisivo, la primera posibilidad que, a partir de allí, su intervención pueda resultar tardía o infructuosa. Por ello, se considera inexacta la denominación "tentativa acabada con posibilidad de revocación", toda vez que la posibilidad segura de reversión es incompatible con el carácter acabado de la tentativa: o lo uno o lo otro[246].

Para SANCINETTI, las tentativas inacabada y acabada son ilícitos estructuralmente diferentes, porque infringen normas distintas. Supuesto el comienzo de ejecución, la tentativa inacabada representa una "arrogación no definitiva", ya que aun no se verifica un acto u omisión del autor que, en el momento de su realización, le permita asumir, al menos, una posibilidad de perder totalmente el dominio sobre la evitación de la consumación. Ello ofrece la posibilidad de desistir, porque, al tratarse de una arrogación anticipada, la tentativa inacabada constituye una infracción a una norma de menor relevancia que la principal, es decir, una norma flanqueante[247]. La tentativa acabada, en cambio, representa una "arrogación definitiva", ya que el autor ha perdido el completo control sobre la consumación antes existente[248]; "la posibilidad de *reversión segura* es incompatible con el concepto de *arrogación definitiva* (tentativa acabada)"[249]. En consecuencia, no hay posibilidad de desistimiento, ya que solo se puede desistir de aquella tentativa que reúna dos condiciones: ser inacabada y no ser fracasada[250].

---

[245] Cfr. *idem*, 58.

[246] Cfr. *idem*, 59.

[247] Cfr. *idem*, 63-67.

[248] Cfr. *idem*, 68 nota 3; según SANCINETTI en ello se fundaba la solución de buena parte de los Códigos particulares de los estados alemanes, cuando reconocían la impunidad solo para el desistimiento de una tentativa inacabada, y únicamente la atenuación de pena para el arrepentimiento activo posterior a una tentativa acabada; art. 34, párr. 3 del Código Penal del Reino de Hannover (1840), § 118 del Código Penal del Ducado de Baden (J 845), art. 26, párr. 2, del Código Penal de Thüringen (1849), art. 42 del Código Penal del Reino de Sachsen (J 855). Asimismo, cfr. ULSENHEIMER, *Grundfragen...*, 27, especialmente las referencias a la doctrina de entonces.

[249] Cfr. SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva...*, 73, cursiva y paréntesis en original.

[250] Cfr. *idem*, 72 y 81, donde afirma: "El análisis del fundamento de la exención de pena producida por el desistimiento, conduce a reafirmar… que el ilícito de la tentativa inacabada no significa lo mismo que el

Para la concepción subjetiva del ilícito, la limitación del desistimiento a los casos de tentativa inacabada es una fundamentación ciertamente interna a la institución de la tentativa. Sin embargo, la explicación sobre cómo se podría anular una infracción ya existente surge del hecho de que la tentativa inacabada, como arrogación no definitiva, infringe una norma flanqueante y no la norma principal[251]. Desde esta perspectiva, el desistimiento debe ser ubicado sistemáticamente como una "excusa absolutoria", por estar directamente vinculado con el carácter precario del ilícito de la tentativa inacabada, como arrogación no definitiva y como desautorización de una norma flanqueante[252].

Como corolario, SANCINETTI sostiene que el desistimiento es el reverso de un ilícito subjetivo. Por un lado, una vez que el autor queda desligado de su conducta, ya no existe posibilidad de desistir, lo que sucede siempre que se pierda una posibilidad de influir en el mundo futuro, aunque solo se trate de una posibilidad entre varias. Por otro lado, a partir de ese momento, solo es posible una conducta posterior al hecho. En este sentido, se afirma que "no es el resultado efectivo, 'naturalistamente' considerado, el que integra el concepto de acción -y de ilícito-, sino solamente *la posibilidad,* reconocida por el autor, de que él se produzca"[253]. Porque si el autor evita el resultado, luego de haber asumido que se habría podido producir, su comportamiento es posterior al hecho. Entonces, se concluye, "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* (!)"[254]. Como se puede apreciar, esta teoría concibe a la tentativa acabada como "hecho" en sentido normativo; de allí que no haya diferencia alguna entre tentativa acabada y consumación[255].

---

ilícito de la tentativa acabada. Se trata de la infracción a normas distintas, del mismo modo que siempre son categorialmente distintas la arrogación que refiere parte de su sentido al futuro, y aquella respecto de la cual el autor pierde ya todo control: la arrogación definitiva".

[251] Cfr. *idem*, 77.

[252] Cfr. *idem*, 79.

[253] *Idem*, 83, cursiva, entrecomillado y paréntesis en original.

[254] *Idem*, 83, cursiva y paréntesis en original.

[255] Cfr. *idem*, 81-85.

Finalmente, se señala que el éxito del desistimiento no es necesario ni suficiente[256]. Así, como la conducta posterior al hecho influye sobre la medición de la pena, el resultado podría cumplir también una función como condición de punibilidad o de la medición de la pena, en el sentido de externalizar en mayor medida el ilícito[257]. De igual forma, el éxito del desistimiento no es necesario, ya que "el efecto eximente del desistimiento supone la ejecución de una tentativa de salvamento tenida *ex ante* como *segura,* es decir, que no le dejara al autor ninguna duda de que por esa vía quedaría neutralizado el riesgo no permitido"[258]. Sin embargo, para la concepción subjetiva del ilícito, el desistimiento fracasado no excluye la posibilidad de exención de pena, ya que la consumación anticipada no puede ser imputada a título de dolo; "toda producción del resultado ocurrida a pesar de esto, sería un caso de consumación anticipada, imputable solo bajo las condiciones del delito imprudente"[259].

En otros términos, para el subjetivismo, el resultado no cumple ninguna función. Si se produce anticipadamente, no puede ser imputado a título de dolo, y mientras el autor no conozca la falta de alternativa, mantiene la capacidad de redefinición. Si se lo evita conscientemente, pero después de haber sido asumida al menos la posibilidad de su producción, debe serle imputado como consumación. La única función la cumple la redefinición del hecho que todavía se puede dominar[260].

7.2. Crítica a la tesis del desistimiento como reverso del ilícito subjetivo

[256] Cfr. *idem,* 97, donde aprecia como saldo a la siguiente comprobación: el adiós al momento casual del desistimiento, que se manifiesta tanto en que el éxito del comportamiento tendiente a la evitación no sea suficiente ni tampoco necesario.

[257] Cfr. *idem*, 84.

[258] Cfr. *idem*, 85-86, donde SANCINETTI agrega que "La opinión corriente, en cambio, sigue una solución signada por el azar: acepta en principio que la chance de salvamento pueda dársele al autor también *por casualidad,* que esta chance *no sea necesariamente segura,* y, además de ello, *que ni siquiera sea utilizada en todo su alcance;* solo haría falta que resulte *exitosa.* Ella es, así, el reverso de una teoría de la imputación resultatista: así como la consumación representa el modelo ideal de ilícito para una teoría de la imputación orientada al resultado, así también el éxito del salvamento representaría, para el mismo criterio, el modelo del desistimiento liberador de pena", cursiva en original.

[259] *Idem*, 89.

[260] Cfr. *idem*, 104-105.

El principal reproche apunta contra dos de sus pilares fundamentales: la fundamentación del ilícito penal únicamente a través del desvalor de la acción y la consecuente identidad estructural entre tentativa acabada y consumación.

Por un lado, un amplio sector de la doctrina sostiene que la eliminación del desvalor de resultado - en la fundamentación del injusto- colisiona con los elementales principios de la imputación penal, al tiempo que contradice el sentimiento jurídico tradicional. Se afirma que solo se puede hablar de desvalor de acción y de resultado exclusivamente con referencia a un tipo determinado, porque no hay ilícito jurídico-penal sin tipo. Por esta razón, pueden presentarse casos donde únicamente el desvalor de acción sea constitutivo del ilícito, por ejemplo, en los delitos de mera actividad o de peligro abstracto. Pero si el tipo exige la producción de un determinado resultado, de lesión o de peligro concreto, entonces el desvalor de resultado es tan constitutivo del injusto como lo es el desvalor de acción. Por ello, la exclusión del desvalor de resultado no puede trasladarse de un tipo al otro. En otras palabras, dada la exigencia típica de un resultado, el ilícito estará fundamentado en su totalidad, recién cuando concurran el desvalor de acción y el de resultado; así, en los delitos dolosos, el desvalor de acción total residirá en la tentativa acabada, mientras que el desvalor de resultado en la diferencia con la consumación[261]. En este sentido, se señala que la "acción típica, en cuanto unidad de factores internos y externos (incluyendo el resultado), es el objeto de la norma de determinación y de valoración en la que se basa el injusto"[262].

---

[261] Cfr. Günter STRATENWERTH, *Acción y resultado en Derecho Penal*, trad. de Marcelo A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, 63-98. Desde esta perspectiva crítica, cfr. *idem*, 39, surge la siguiente pregunta: si, tal como afirma la concepción subjetiva del ilícito, el resultado fuese siempre un producto de la casualidad, ¿cómo es posible, entonces, que solo la producción exactamente del resultado, abarcado por el dolo del autor, ponga de manifiesto el ilícito cometido? Este cuestionamiento se evidencia, aun más, en los delitos imprudentes, donde se castiga justamente solo en la medida del resultado producido. Por ello, se sostiene que la identidad exterior del resultado no implica aun identidad en la valoración jurídica; "sería solo una especie de daltonismo ético-social si se quisiera sostener que la muerte natural o incluso la causada por las fuerzas de la naturaleza tiene el mismo carácter de disvalor que el asesinato". Sin duda, para quien ha quedado hemipléjico, víctima de un accidente de tránsito por imprudencia, sería incomprensible que este horrible resultado no agrave el ilícito. Así son el pensamiento tradicional y la conformación social, en cuyo marco estamos inmersos e interactuamos; recién cuando se verifica un resultado, valorado negativamente, cabe la pregunta sobre la imputación del mismo. En conclusión, según postula esta concepción crítica, el sentimiento jurídico exige inequívocamente la consideración del resultado; no es necesario demostrar exhaustivamente que la legislación positiva también lo ve así.

[262] Claus ROXIN, *Derecho Penal - Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Tomo I, trad. de la 2° ed. por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente

Desde la misma perspectiva crítica, se hace notar que la significación práctica del resultado -en la fundamentación del ilícito- radica en la diferencia entre tentativa y consumación. Si, tal como postula la concepción del ilícito subjetivo, hubiere identidad entre tentativa acabada y consumación, entonces, además de reservar la atenuación de la pena para la tentativa inacabada, habría que castigar con la misma pena el asesinato consumado y la tentativa de asesinato fracasada por casualidad o por inidoneidad del medio -la dosis de veneno era demasiada pequeña-. Esta consecuencia no es defendida ni siquiera por los mismos partidarios de la fundamentación subjetiva[263]. Como conclusión, se afirma que un sistema de Derecho penal, únicamente basado sobre el desvalor de acción, tendría que ser esencialmente distinto al derecho positivo vigente[264].

Igualmente, se considera incorrecto que el injusto se base en la intención o aspecto subjetivo, porque el azar juega un papel fundamental en la producción del resultado.

Remesal, Civitas, Madrid, 2003, 324, paréntesis en original; EL MISMO, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Band II, 4. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2006, 325.

[263] Cfr. STRATENWERTH, *Acción…*, 84-90, donde el autor rechaza la solución, propiciada desde la concepción subjetiva del injusto, de atribuir la significación de la producción del resultado a diferencias de necesidad de pena. Así, se sostiene que, a diferencia del merecimiento de pena, la necesidad de pena no admite gradaciones.

[264] Cfr. *idem*, 98; allí, con referencia al fin del Derecho penal, en el sentido de combatir los peligros que amenazan al hombre en la sociedad actual, STRATENWERTH señala que "sería sin embargo una conclusión equivocada, pensar que eso se podría lograr sin un ilícito *objetivo:* se puede renunciar al 'resultado' en la forma de una lesión del bien jurídico o incluso de la de una puesta en peligro concreto; pero no se puede erigir a la tentativa inidónea en prototipo del hecho punible, y desde luego que no, según la medida de la representación del autor sobre la situación *supuestamente* contraria al cuidado. Los requisitos objetivos del ilícito son, en otras palabras, imprescindibles, aun cuando, por ejemplo, solo se trate de que el autor tenga que infringir las prescripciones de seguridad generales en las cuales se anticipa la protección penal. Quien cree encontrar los fundamentos para la punición de la mera puesta en peligro o de la imprudencia sin consecuencias, en una teoría del ilícito puramente subjetiva, confunde el resultado exterior separable de la acción típica (en el sentido de la contraposición entre delitos de actividad y de resultado) con el resultado en el sentido de la teoría del ilícito que no representa más que la contrapartida objetiva del disvalor de acción. De aquel se puede prescindir, en gran parte, en el Derecho penal; de este, en cambio -como aquí fue demostrado-, decididamente no"; comillas y cursiva en original. Cfr. también, *idem*, 46-49, donde STRATENWERTH rechaza la identidad, en cuanto a su objeto, entre norma de determinación y norma de valoración, postulada por Armin KAUFMANN, en *Teoría de las normas, Fundamentos de la dogmática penal moderna*, trad. de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Depalma, Buenos Aires, 1977, 47 y ss. En tal sentido, STRATENWERTH afirma que el concepto de desvalor de acción se refiere a la norma de determinación, entendida como directrices que surgen del carácter ilícito de la conducta y que presupone lógicamente a las normas de valoración; su extensión completa se realiza recién con la tentativa acabada. Por su parte, la norma de valoración describe objetivamente al ilícito y comprende la conducta en la totalidad de sus elementos, objetivos y subjetivos. En este sentido, el desvalor de resultado reside en aquel elemento del ilícito, que comprende la norma de valoración por encima de la norma de determinación; el desvalor de resultado sería, en consecuencia, la contrapartida objetiva del desvalor de acción.

Precisamente, a través de la teoría de la imputación objetiva solo se atribuyen resultados en los que la concreta lesión del bien jurídico se presenta como la obra del autor; en otras palabras, se excluyen los resultados que no pertenecen a la acción del agente: los producidos por casualidad. Por ello, el resultado es un elemento fundamental y necesario del injusto, en absoluto casual, toda vez que en él, siendo imputable, se manifiesta con todo su sentido el desvalor de la acción[265].

8. La tesis del carácter disfuncional de la plena impunidad de REAÑO PESCHIERA

Dentro de la concepción funcionalista-sistémica, se presenta un punto de vista que resalta el carácter disfuncional de la impunidad del desistimiento[266]. Se parte sobre la base de considerar acertada la perspectiva metodológica de vincular el fundamento de la impunidad del desistimiento voluntario con las razones del castigo de la tentativa. En este sentido, se destaca que todo intento por fundamentar la impunidad del desistimiento no es más que el intento de explicar por qué, en dichos supuestos, no se castiga la tentativa[267].

Desde esta perspectiva, se defiende una comprensión normativa del sujeto, según la cual, si bien le es inherente la fidelidad al Derecho, se lo concibe con la carga de asegurársela por sí mismo: las expectativas normativas no son auto-resistentes frente a su defraudación. Si bien el sujeto no necesita de incentivos para adecuar su conducta al Derecho, el restablecimiento de la vigencia de la norma quebrantada requiere la imposición de una pena o de su equivalente funcional. En consecuencia, se desecha totalmente la comprensión naturalista del Derecho como instrumento para prevenir la destrucción de bienes, cuyo paradigma es el hombre racional que busca, a través del cálculo de costos y

[265] Cfr. ROXIN, *DP PG*, 325; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado DP PG,* 257; LOS MISMOS, *Strafrecht AT*, 240.
[266] Cfr. REAÑO PESCHIERA, "Sobre los fundamentos…", 341-381.
[267] Cfr. *idem*, 364.

beneficios, la maximización de su satisfacción sobre la base de expectativas puramente cognitivas[268].

No obstante aquella afiliación funcionalista-sistémica, REAÑO PESCHIERA advierte que la impunidad del desistimiento voluntario carece de fundamento plausible. Por tanto, representa una consecuencia disfuncional en un sistema de Derecho penal orientado a garantizar la separación de esferas organizativas y el respeto a la autonomía individual ajena. En consecuencia, se propone de *lege ferenda* la supresión de la plena impunidad del desistimiento y su reemplazo por la previsión de una pena -o su equivalente funcional-, más benigno que la correspondiente a la tentativa no desistida. La regulación vigente, señala, premia a quien cumple con su deber[269], conclusión que se apoya sobre el siguiente razonamiento:

> "luego del inicio de la tentativa y antes de que el sujeto renuncie o pierda la posibilidad de revocar de modo seguro el riesgo creado, el denominado *desistimiento voluntario* es una exigencia derivada de un deber de aseguramiento fundamentado en una competencia organizativa (injerencia), cuyo cumplimiento impide al Juez imponer la pena máxima prevista para la tentativa; y, luego de que el sujeto renuncia o pierde dicha posibilidad de revocación y antes de que acaezca el resultado naturalista del delito, el denominado *desistimiento voluntario* no es más que una exigencia derivada de un deber de salvamento fundamentado en consideraciones de solidaridad intersubjetiva (competencia institucional), cuya observancia impide al Juez imponer la pena máxima prevista para la consumación"[270].

En otras palabras, desde del inicio de la tentativa hasta su acabamiento o conclusión, el sujeto sigue siendo destinatario de expectativas negativas, consistentes en "no terminar de dañar" -deber de aseguramiento-. Sin embargo, una vez concluida la tentativa por imposibilidad de control sobre el hecho, el sujeto es destinatario de expectativas positivas, en el sentido de "evitar la consumación" -deber de salvamento-. Conforme con esta

[268] Cfr. *idem*, 373.
[269] Cfr. *idem*, 349 y 374.
[270] *Idem*, 346, cursiva y paréntesis en original.

perspectiva, una vez atravesado el umbral de la intolerabilidad penal con el inicio de la tentativa, tal quebrantamiento puede ser susceptible de mayor o menos intensificación, pero nunca reducido a niveles de tolerabilidad. Al desistir de la continuación de la tentativa, el sujeto cumple, dado el caso, un deber de aseguramiento o un deber de salvamento, por lo que el "desistimiento voluntario es un acto debido, no un acto superrogatorio que merezca ser premiado"[271].

La concepción expuesta presenta una reelaboración normativa de los conceptos de tentativa inacabada y acabada, sobre la base de la distinción cuantitativa del *iter criminis*, que divide en las siguientes etapas: "inicio de la ejecución del delito", "consumación jurídico-penal" y "consumación físico-natural"[272].

El inicio de la ejecución se determina mediante la teoría de la imputación objetiva del comportamiento. La atribución del carácter imputable a una conducta determinada afirma el inicio de la ejecución del delito. Es de orden cualitativo este tránsito de la fase de preparación, propia del ámbito de libertad garantizada no punible, a la fase de la tentativa jurídico-penal punible. A partir del segundo momento, se configura la existencia de un injusto típico, al afirmarse el quebrantamiento completo o perfecto de la norma, ya sea provisional o definitivo[273].

---

[271] Cfr. *idem*, 375 y 378. En sentido similar, aunque desde otra perspectiva, Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, "La regulación del *iter criminis", El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales,* Bosch, Barcelona, 1997, 121, 141-142, también cuestiona, de alguna manera, los efectos beneficiosos, que la legislación le otorga al desistimiento voluntario. En esa dirección, sostiene que: "Resulta discutible que el modelo de regulación por el que se ha optado sea el más adecuado. En efecto, para plantear coherentemente la solución de cualquier problema en relación con la figura del desistimiento de la tentativa lo primero que habría que poner de relieve es que el desistimiento es, por encima de otra consideración, casi siempre un 'acto debido' (un curso salvador generalmente obligatorio). El desistimiento pasivo está, a tales efectos, regido por la norma que proscribe la tentativa ya iniciada; el desistimiento activo, en cambio, por una norma de mandato cuya infracción hace al sujeto responsable de un delito de omisión. Tratándose de un acto debido, cuya no realización conlleva ulteriores infracciones normativas, está claro que la atribución de consecuencias beneficiosas adicionales al sujeto que desiste es discutible. Por ello, nada habría que objetar si tales consecuencias beneficiosas quedaran reducidas a una amplia atenuación de responsabilidad o, en todo caso, se adoptaran soluciones distintivas"; comillas y paréntesis en original.

[272] Cfr. REAÑO PESCHIERA, "Sobre los fundamentos…", 341, 366-373.

[273] Cfr. *ibidem.*

La consumación jurídico-penal, que supone el inicio de la ejecución del delito, se produce cuando el sujeto pierde la posibilidad segura de revocación del riesgo creado. Aquel quebrantamiento perfecto deja de ser provisional, es decir, susceptible de revocación parcial de su sentido, y se consolida como una ruptura definitiva, como un cierre comunicativo irrevocable. Pero con referencia al inicio de la tentativa, la consumación jurídico-penal muestra solo diferencias cuantitativas en virtud de los distintos grados de intensificación, de los que puede ser objeto aquel quebrantamiento inicial perfecto[274].

Dentro del marco de esta concepción puramente normativa de la consumación, el límite entre tentativa inacabada y acabada es trazado por la referida posibilidad de revocación segura del riesgo creado para el bien jurídico de que se trate. Mientras este sea dominado completamente por el sujeto, la tentativa será inacabada. Con la pérdida de aquella posibilidad, se transformará en tentativa acabada, la que, a su vez, se considerará como terminada, cuando el comportamiento alcance el grado máximo de lesión de expectativas penalmente aseguradas. Este momento puede coincidir o no con la producción del resultado en sentido naturalista. En consecuencia, para esta postura, la pena conminada en los tipos de la Parte Especial corresponde a la tentativa acabada o consumación jurídico-penal, mientras que la atenuación obligatoria prevista está referida a los supuestos de tentativa inacabada, donde la necesidad de volver a estabilizar es menos intensa que en aquellos casos en que el riesgo ya no es dominado por el autor[275].

En caso de tentativa inacabada, la diferencia cuantitativa de pena reside en que el hecho del sujeto no puede ser interpretado como negación definitiva de las expectativas normativas, sino provisional; aquel le ha impreso un cambio inequívoco de sentido, al abandonar la ejecución o al evitar la consumación jurídico-penal. Por ello, el desistimiento voluntario "no debe concebirse como equivalente funcional a la pena, pues no se trata de una reacción contrafáctica que restablezca la vigencia de la expectativa anteriormente

[274] Cfr. *ibidem*.
[275] Cfr. *ibidem*.

quebrantada, sino que más bien debe concebirse como *causa que impide la configuración definitiva del injusto típico*"[276],

Por su parte, la consumación físico-natural se corresponde con la producción efectiva del resultado típico e inicia la fase de agotamiento o de terminación del delito; por tanto, no resulta decisiva para el acabamiento de la tentativa. Puede acaecer en un momento más o menos próximo a la consumación jurídico-penal, o bien puede no llegar a materializarse. Por ello, desde esta perspectiva, es perfectamente posible la imposición de la escala penal máxima en supuestos, en los que no se ha producido el efectivo resultado (consumación físico-natural), pero sí la consumación jurídico-penal. Es evidente, pues, la ruptura con la distinción tradicional que conlleva esta concepción y su reelaboración normativa[277].

Con referencia al funcionalismo-sistémico, esta concepción advierte que uno de los temas pendientes de desarrollo es justamente la determinación del contenido de los deberes que se dirigen al autor con posterioridad al hecho y los efectos jurídico-penales de su incumplimiento[278]. Por último, según esta postura, su propuesta de *lege ferenda* de suprimir la exención de pena para el desistimiento voluntario permitiría que la valoración jurídico-penal del suceso fuera coincidente con el esquema de interpretación social imperante.

---

[276] *Idem*, 380, cursiva en original.

[277] Cfr. *idem* 366-373. Desde una óptica más psicológica-subjetiva, la doctrina tradicional distingue los supuestos de tentativa inacabada y acabada a través de la forma pasiva o activa, en que se cumple la reversión del riesgo creado o la evitación del resultado respectivamente; en este sentido, cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado DP PG*, 581 y LOS MISMOS, *Strafrecht AT,* 541.

[278] Cfr. REAÑO PESCHIERA, "Sobre los fundamentos…", 341, 375. En sentido coincidente con esta visión, otra parte de la doctrina señala que el esquema funcionalista necesita de un desarrollo más profundo, con referencia a los distintos niveles de objetivación del quebrantamiento de la norma, como aumento cuantitativo del injusto, desde su primera objetivación hasta la consumación, incluido el resultado en sentido naturalista. En el mismo sentido, se considera que la determinación del *quantum* de la pena constituye una de sus principales debilidades[278]. Cfr., al respecto, Luis Carlos REY SANFIZ, "La tentativa jurídico-penal. Acercamiento al tratamiento doctrinal del fundamento de los criterios de imputación entre naturalismo y normativismo", *Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa"*, N° 13, Dykinson, Madrid, 2001, 94-104; Ramón RAGUÉS I VALLÉS, "Tres grandes dilemas de la dogmática penal del siglo XXI", *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal (RPDJP)*, N°2 (2001), 523-547.

9. La teoría de la irrelevancia penal del injusto de la tentativa de POZUELO PÉREZ

Esta concepción concibe a la tentativa y al desistimiento como una unidad de sentido valorativo. Para ello, desecha la comprensión naturalista de la tentativa como una suma o sucesión de movimientos externos. En consecuencia, la existencia de actos ejecutivos no implica necesariamente su conversión en actos típicos, no se trata de conceptos idénticos y, por tanto, no se verifica entre ellos una equivalencia automática. Para que haya tentativa, es necesaria la verificación de actos de ejecución, pero es posible que estos existan, sin que finalmente sean valorados como una tentativa[279]. Para esta posición, el concepto de tentativa "puede definirse como el *fracaso* de una consumación y quien revoca -quien desiste- *no fracasa*"[280].

El desistimiento impide la afirmación de la tentativa, es decir, priva de relevancia penal a todos los actos ejecutivos anteriores, en la medida, desde ya, en que no constituyan otro delito. "No se trata de borrar acto alguno del mundo, pues los hechos *efectivamente* han existido, sino de que esos actos no reciben, valorativamente, el calificativo de tentativa si ha mediado desistimiento, pues con este se ha cumplido el mismo deber que estaba en la base de aquella"[281].

Sistemáticamente, el desistimiento es ubicado dentro de la tipicidad, ya que constituye una causa de exclusión del tipo de tentativa. Esta visión, por lo demás, resulta aplicable tanto a la tentativa inacabada como a la tentativa acabada, así como a los actos preparatorios. Una vez que el sujeto, tras haber iniciado los actos ejecutivos, revoca voluntariamente los riesgos creados, ya no habrá tipicidad. Ello significa que aun traspasando la frontera del inicio de la tentativa, el sujeto puede todavía revocar voluntariamente los riesgos creados; si lo hace, entonces su conducta será penalmente

[279] Cfr. POZUELO PÉREZ, *El desistimiento…*, 239-245.

[280] *Idem*, 242, cursiva en original. La autora considera que el equívoco sobre la comprensión separada de tentativa y desistimiento puede residir en la similitud fáctica entre la tentativa fracasada y la tentativa desistida, ya que, desde un punto de vista externo, comparten la primera fase de su existencia. Según ella, se trata de cuestiones distintas: la tentativa cierra el hecho como un acto lesivo fracasado, el desistimiento como acto no lesivo.

[281] *Idem*, 245, cursiva en original

irrelevante, pero si continúa hasta la consumación o pierde el control de aquellos, infringirá irrevocablemente el deber contenido en el tipo; ello, a su vez, tendrá como consecuencia la punibilidad por delito consumado o por delito tentado respectivamente[282].

Esta comprensión se sustenta a través de su visión sobre la función de las normas penales. A través de ellas y bajo amenaza de coerción, el Estado comunica a los ciudadanos determinados deberes, en el sentido de qué conductas están prohibidas y cuáles prescriptas, a efectos que puedan ejercer su libertad para la auto-organización. Desde esta óptica, la conducta de desistimiento implica el cumplimiento de un deber, que "es *el mismo deber* de no realizar el contenido de los tipos penales, siquiera en grado de tentativa, esto es, en uno y otro caso se trataría de la *misma norma*"[283]. Siguiendo con esta línea de razonamiento, se señala que "si el delito en sí, y por tanto, también la tentativa, constituye la infracción a un deber, este puede ser cumplido no iniciando acto ejecutivo alguno como a través de la realización de la conducta de desistimiento…en ambos supuestos se trata de un deber idéntico; lo único que varía es el modo de cumplimiento del mismo"[284]. Por ejemplo, el deber de no matar se cumple no iniciando acto ejecutivo alguno que ponga en juego la vida de una persona, pero también se satisface salvándola, cuando ya se ha creado tal peligro.

Esta concepción comparte la aplicación del principio de injerencia para el caso de inicio de la tentativa, en el sentido de generar una posición de garante en el autor que le imponga el deber de evitar el resultado típico. Se entiende que no se origina un segundo deber de evitar la efectiva lesión del bien jurídico, ya que "la infracción de un deber de desistir supuestamente generado en forma específica por la realización de los actos ejecutivos conduce al mismo resultado que la infracción del deber contenido en cada tipo penal", a saber, la sanción correspondiente al delito que se intenta cometer[285].

[282] Cfr. *ibidem.*
[283] Cfr. *idem*, 241.
[284] *Idem*, 244.
[285] Cfr. *idem*, 241.

En suma, el desistimiento excluye la afirmación de una tentativa, en tanto implica el cumplimiento de un deber consistente en no realizar el contenido de los tipos penales; en este caso, en grado de tentativa.

10. La fundamentación diferenciada entre tentativa acabada e inacabada de BENLLOCH PETIT

Según esta tesis, el fundamento de la impunidad del desistimiento de la tentativa inacabada radica en razones de estricta justicia, y es de carácter obligatorio, toda vez que constituye una causa de eliminación del injusto. Por su parte, en el caso del desistimiento de la tentativa acabada, aquel fundamento estriba en cuestiones de política criminal, vinculadas con la ausencia de necesidades de pacificación social y de reafirmación normativa, debiéndose ubicar, por tanto, en el nivel de la punibilidad.

La concepción desarrollada por esta doctrina parte sobre las siguientes premisas. Por un lado, considera el fundamento de la tentativa como presupuesto para la correcta fundamentación de la impunidad del desistimiento[286]. Por otro lado, aprecia en el injusto de la tentativa dos contenidos diferentes, dos grandes peligros que se intentan conjurar con su castigo. En primer término, la creación imputable de un peligro real de consumación por la producción del resultado, la lesión del bien jurídico protegido por el tipo. En segundo lugar, la creación de un peligro potencial o de tendencia, producto de un juicio realizado sobre una situación provisional ante una acción con sentido y significado incompletos, comunicativamente abierta. La primera fuente se corresponde con la tentativa perfecta, mientras que la segunda con la tentativa inacabada[287].

Sin perjuicio de esta distinción, se sostiene que el criterio primario que fundamenta el injusto de la tentativa es la puesta en peligro real, dada la ordenación lógica de la tentativa inacabada a la acabada. Por ello, mediante la punición de la tentativa inacabada se

[286] Cfr. BENLLOCH PETIT, *El desistimiento…*, 47.
[287] Cfr. *idem*, 48-51.

intenta prevenir inmediatamente el acabamiento de la tentativa misma y, a su vez, pero en forma mediata, la producción del resultado típico. De esta manera, el Derecho penal, en una ponderación de intereses, opta por adelantar la intervención y ampliar la esfera de protección de los bienes jurídicos. Sin renunciar a la tentativa acabada como modelo del injusto de la tentativa, razones prácticas de eficacia preventiva motivan una renuncia parcial de aquel paradigma[288].

Dos consecuencias fundamentales resultan de las consideraciones anteriores. La primera afirma la primacía del criterio de peligro real en el injusto de la tentativa. Donde se haya producido un riesgo imputable real y actual de consumación, el injusto de la tentativa se habrá afirmado de modo completo e imborrable. En consecuencia, si se decide no castigar, se hará desde una perspectiva externa al injusto que, como tal, queda intacto. La segunda consecuencia consiste en la eliminación radical de todo injusto a través del desistimiento producido antes de la aparición del peligro real, es decir, aquel realizado bajo control de riesgos. De allí que, desde el punto de vista sistemático, al desistimiento de la tentativa inacabada deba concedérsele obligatoriamente eficacia eximente de pena, porque elimina completamente todo resto de injusto de la tentativa. Este tipo de desistimiento constituye una verdadera causa de eliminación del injusto, y su obligatoria impunidad encuentra fundamento, entonces, en un imperativo de justicia[289].

Como consecuencia de esta concepción dual, la tentativa perfecta se configura con la puesta en peligro objetiva, es decir, con la pérdida del control sobre el riesgo de producción del resultado[290]. Por esta razón, cabe admitir al desistimiento de la tentativa acabada como figura de la punibilidad, ya que su fundamento obedece a razones de política-criminal: la ausencia de necesidad de pacificación social y de reafirmación comunicativa de la validez de la norma. El razonamiento, que sirve de base a esta conclusión, gira en torno al rol del resultado dentro de la estructura del delito, así como a la relevancia punitiva que el Derecho penal otorga a su producción.

---

[288] Cfr. *idem*, 53-58.

[289] Cfr. *idem,* 59-62; El autor sostiene que el injusto de la tentativa inacabada no es un injusto propio y primario, sino relativo y secundario: con el desistimiento desaparece el fundamento para el juicio hipotético de peligro, fundamento del castigo de la tentativa inacabada.

[290] Cfr. *idem*, 123.

Queda claro, por un lado, que Derecho penal se ha ido depurando de "lastres objetivizantes", para darle mayor relevancia al principio de culpabilidad en la imputación, haciendo depender la pena y su medida de lo que el autor supo y controló. Es evidente que, en este modelo crecientemente culpabilista, la relevancia que se le da al resultado es, en cierta manera, disfuncional, ya que conduce a desigualdades de tratamiento por efecto del acaso o de la casualidad. Pero ello, según BENLLOCH PETIT no resulta concluyente, toda vez que incurrir en alguna desigualdad al castigar no es ajeno al Derecho penal. Lo verdaderamente decisivo es si la desigualdad responde a una causa justa, si es razonable. En este sentido, se entiende legítima la desigualdad generada por la relevancia punitiva del resultado. Sin embargo, ello no se debe a que haya algo parecido al desvalor de resultado dentro del injusto personal, sino porque existen intereses y fines que, pese a ser externos al merecimiento de pena y al nivel de injusto personal, legitiman cierta desigualdad, sea por su importancia o por su carácter proporcionado. En este caso, se atiende no solo a los distintos niveles de lesión o riesgo objetivos, sino también a los distintos modos de percepción de dichos niveles por la sociedad: si el resultado se ha producido o no, si es susceptible de reparación o de reversión, etc. Estas diferencias determinan, a su vez, un cierto carácter relativo de las necesidades de pacificación social y de reforzamiento de la validez de la norma[291].

En virtud de lo expuesto, se ubica sistemáticamente al desistimiento de la tentativa perfecta dentro del ámbito de la punibilidad, mientras que su impunidad se basa en una decisión de política-criminal, que toma en cuenta el efecto que la renuncia a la lesión del bien jurídico causa sobre las necesidades comunicativas de pacificación social[292]. Al otorgar relevancia punitiva a la realización del resultado y, con ello, producir desigualdades desde el punto de vista del desvalor de acción, el Derecho penal no puede, sin caer en una inconsistencia lógica, rechazar la posibilidad de un desistimiento impune de la tentativa acabada sobre la base de argumentos sistemáticos.

[291] Cfr. *idem*, 178-179, donde señala que es aquí donde se aprecia la importancia de la teoría de la consideración global del hecho, en tanto hace aparecer al suceso, en su conjunto, con nuevas luces y produce, por tanto, una sustancial relativización de la necesidad social de la pena.
[292] Cfr. *idem*, 180.

Desde un buen realismo jurídico, la valoración social del hecho cambia con la producción del resultado; aquella es completamente diferente si este no se realiza. Por ello, según la concepción dual expuesta, cabe tratar desigualmente a dos sujetos por la sola intervención de la casualidad. Por más criticable que aquella valoración sea, se la debe tener en cuenta necesariamente, asumiendo su propia incoherencia, ya que es la misma sociedad -el sujeto pasivo de la pacificación-, la que así valora[293].

No obstante, queda claro que, a diferencia del caso de desistimiento de la tentativa inacabada, no son elementos internos a la tentativa derivados de su naturaleza o menor gravedad, sino externos, los que explican ese trato desigual en términos de impunidad del desistimiento de la tentativa acabada. Dentro de esta concepción, subyace el criterio de que los verbos empleados en las normas penales, en este caso en los preceptos del desistimiento, deben ser interpretados en clave normativa, valorativa y de imputación. Ello permite esta comprensión escalonada, en razón del sentido comunicativo o necesidad de castigo[294].

11. La teoría de la máxima seguridad de salvación de ALCÁCER GUIRAO

La distinción entre merecimiento y necesidad de la pena constituye la base de la argumentación de esta concepción. En este sentido, se sostiene que el peligro para el bien jurídico constituye el presupuesto de la sanción, y se inserta dentro del ámbito del

[293] Cfr. *idem*, 181-182. Advierte el autor que es inútil reprocharle a la sociedad no ser del todo racional en su escala de necesidad de pena. No se trata de "una sociedad de juristas ni de finos teólogos morales o filósofos de la acción, por lo que no se les puede pedir el más duro rigor en sus sentimientos o intuiciones". Lo que resulta inadmisible, en cualquier caso, es pretender construir, a espaldas de la sociedad, una necesidad de pena como limitadora del estricto merecimiento de pena. No oculta las dificultades que, desde las percepciones sociales, entraña esta ponderación entre concreto mecimiento y concreta necesidad de pena, así como la determinación exacta de los casos en que el desistimiento de la tentativa perfecta hace innecesaria la pena, aun con peligro objetivo, y aquellos en que no. Casi por intuición, según sus propias palabras, aprecia la obligatoriedad o conveniencia de la impunidad en supuestos de delitos formales, sin lesión material del bien jurídico, o con bienes jurídicos perfectamente reparables y daños absolutamente reversibles.

[294] Cfr. *idem*, 183. En cuanto al sentido de los verbos utilizados por la normativa legal, cfr. SILVA SÁNCHEZ, "La regulación de la 'comisión por omisión' ", 51, 60-62.

merecimiento de pena, como juicio orientado al pasado. Por otro lado, se considera que el fundamento último de la sanción es el quebrantamiento de la vigencia de la norma, propia del ámbito de la necesidad de pena, como juicio orientado al futuro y desde una perspectiva preventiva. Por ello, se concibe el desistimiento como causa personal de exclusión de la pena, que incide sobre el fundamento de la punición de la tentativa y no sobre su presupuesto; los actos de salvación, posteriores a su inicio, dejan intacto el injusto y solo afectan la punibilidad[295].

El corolario de esta perspectiva es la comprensión del desistimiento como un subrogado de la pena, lo cual, a su vez, determina que el castigo de la tentativa devenga innecesario. Se trata de un equivalente funcional de la sanción penal, que opera luego de la perfección definitiva del injusto y que, solo a través de una acción óptima del salvación, vuelve a estabilizar la validez de la norma ya quebrantada con la tentativa. En este sentido, se afirma que

> "Lo que caracteriza al desistimiento es precisamente que opera *de igual modo que lo haría la pena:* con la acción de revocación y la salvación *segura* del bien jurídico, el autor manifiesta que la norma sigue siendo una pauta correcta y obligatoria de conducta, y devuelve a Alter la confianza en que la norma será respetada, dado que con su acción expresa el agente que la norma ha ejercido su autoridad sobre él, al retomar, como suele afirmarse, la senda del Derecho. Así, no es precisa la imposición de una pena para reafirmar la validez de la norma negada por el ilícito realizado, por cuanto es el mismo agente quien, con su acción de desistimiento, 'niega la negación' anterior, reafirmando él mismo la validez del ordenamiento. El desistimiento, entonces, puede entenderse como un subrogado de la pena: hace innecesaria la pena porque cumple su misma función"[296].

Como tesis de partida, esta concepción señala que el desistimiento eficaz requiere que la evitación del resultado pueda serle imputada al autor a través de los criterios de

[295] Cfr. ALCÁCER GUIRAO, *¿Está bien lo que bien acaba?...,* 28 ss.; EL MISMO, *Estudios*…, 262-302.
[296] ALCÁCER GUIRAO, *¿Está bien…,* 53-4, cursiva en el original; EL MISMO, *Estudios*…, 280, cursiva en el original.

atribución normativos de la teoría de la imputación objetiva, y no en virtud de la mera causalidad. Se resalta que esta cuestión solo tiene relevancia con respecto a la tentativa acabada, donde el curso causal lesivo ya está fuera del dominio del sujeto y, para la evitación del resultado, es necesario iniciar otro curso causal salvador que detenga a aquel. En la tentativa inacabada, en cambio, el no continuar con la acción delictiva - desistimiento pasivo- ya implica la opción más segura para evitar el resultado[297].

Según esta visión, la norma de conducta infringida con la tentativa sigue rigiendo para el sujeto, pero bajo la forma de un mandato de salvación cualificado, toda vez que no cabe equiparar a quien ya ha infringido aquella norma con aquel que no lo ha hecho. Para que opere el efecto eximente de pena del desistimiento, el sujeto se debe esforzar por anular completamente el riesgo generado con su tentativa, es decir, debe satisfacer la exigencia cualificada de realizar todo lo que esté a su alcance para la salvación del bien jurídico. Cuando actúe solo, deberá llevar a cabo la aportación de salvación más segura de que disponía; si intervienen otras personas, deberá ostentar el dominio de la salvación, de modo que se le pueda atribuir la evitación del resultado en calidad de autor[298].

Para ALCÁCER GUIRAO, el fundamento de la impunidad del desistimiento se deriva del principio de protección de la vigencia del ordenamiento jurídico, sobre la base del cual se justifica la exención de pena, porque el sujeto, con su acción de salvación, reafirma la vigencia de la norma vulnerada por su anterior acción de tentativa. A diferencia de la perspectiva de la protección al bien jurídico, esta visión otorga proporcionalmente mayor importancia al "valor de la acción" que al "valor de resultado". De allí, se afirma que, en el desistimiento, el acento debe ponerse en la calidad de la acción, y no en el mero hecho de la evitación del resultado[299]. De esta manera, se sostiene que:

---

[297] Cfr. *idem*, 262-263.

[298] Cfr. *idem*, 277-287.

[299] Cfr. *ibidem*; no obstante, según el autor, ello no implica abandonar el fin de protección de bienes jurídicos como cometido esencial del Derecho penal ni renunciar a una configuración del injusto de la tentativa basado en el peligro para el bien jurídico. Pero establece una clara distinción entre los presupuestos para la sanción de la tentativa (el peligro para el bien jurídico) y el fundamento de dicha sanción (reinstaurar la vigencia de la norma vulnerada por la acción lesiva del bien jurídico), el que, por cierto, es el mismo que determina la necesidad de pena para cualquier otra acción delictiva.

"Por lo que respecta al desistimiento de la tentativa acabada, como *conducta* posterior al hecho punible, no podrá ser relevante para efectos de merecimiento de pena, puesto que no afecta a la valoración de la conducta ya realizada; sino que su fundamento se basará exclusivamente, como ya hemos anticipado, en la necesidad de pena, siendo la cuestión relevante de si, a pesar del injusto realizado, es necesaria la pena o puede prescindirse, por razones pragmáticas de prevención, y no de justicia, de esta"[300].

En resumen, el merecimiento de pena opera como presupuesto de la imposición de una sanción, pero la necesidad de pena es el fundamento último de toda punición, porque su ausencia determina que la afirmación de merecimiento de pena carezca completamente de sentido: "no se castiga para atribuir responsabilidad; se atribuye responsabilidad para castigar"[301].

Sobre la base de este razonamiento, el requisito de la "evitación del resultado" del art. 16.2 del Código Penal español, de *lege lata* debe interpretarse del siguiente modo: para alcanzar la impunidad por desistimiento, el sujeto debe realizar una prestación extraordinaria y cualificada, a saber: la acción de salvación del bien jurídico más segura dentro de las que aquel disponía. En ella se concreta, pues, el principio de la máxima seguridad de salvación como reconocimiento personal del Derecho. Por consiguiente, la mera evitación del resultado, por puro azar o, incluso, a través de una acción *ex ante* adecuada para ello, no lleva a la impunidad del desistimiento, porque no expresa el reconocimiento del Derecho por parte del sujeto[302].

A modo de conclusión, se afirma que el sujeto se expresa socialmente con su acción, y no con los efectos de su acción. Por esta razón, se desecha el burdo criterio "bien está lo que bien acaba" ("*Ende gut, alles gut*"), que subyace en la doctrina mayoritaria, en

[300] *Idem*, 282, cursiva en original.
[301] *Idem*, 283, aunque el autor aclara lo siguiente: "ello en absoluto quiere decir que los *presupuestos* del castigo tengan que venir determinados exclusivamente por el *fundamento* de este, por la necesidad de pena. El sistema del delito en un Estado democrático no es solo teleológico, sino también deontológico: sometido a principios", cursiva en original.
[302] Cfr. *idem*, 284.

tanto se limita a exigir que la acción salvadora sea solamente causal para la evitación del resultado. Por ello,

> "no está bien lo que bien acaba: no es así en la fundamentación del injusto, en el que, aunque no se produzca el resultado lesivo -aunque no haya un *desvalor* de resultado-, se castiga por la propia acción en cuanto proyecto objetivo de este -tentativa-. Ni tampoco ha de serlo en el desistimiento, en el que, aunque no llegue a concurrir un *desvalor* de resultado, solo cabrá la exención cuando pueda afirmarse un valor (cualificado) de acción"[303].

12. Teoría de la combinación de fundamentos

En la doctrina actual aumentan las posturas que asumen la imposibilidad de fundamentar la razón de la impunidad del desistimiento a partir de un único criterio. En este sentido, se afirma que las soluciones unilaterales no se corresponden con la complejidad del concepto de desistimiento ni con su contenido y tampoco con su carácter excepcional. Ello lleva a predicar la necesidad de combinar diversos criterios para explicar el privilegio del desistimiento[304].

Por un lado, como el trasfondo que hace posible el desistimiento es una tentativa culpable, solo una consideración unitaria de ambos elementos puede proporcionar una respuesta satisfactoria. En la tentativa existe un desvalor de acción, pero falta el desvalor de resultado, de manera que se corresponde con el interés de la comunidad jurídica tener en cuenta lo siguiente: el cambio del autor que representa su conducta de desistimiento. Pero el foco no puede estar únicamente puesto en el autor, sino que también se debe reparar en

[303] *Idem*, 302, cursiva y paréntesis en original.

[304] En este sentido, cfr. Hans LILIE / Dietlinde ALBRECHT, *Leipziger Kommentar zum StGB, Einleitung*, §§ 1-31, Band I, 12. Auglage, Walter de Gruyter, Berlin, 2007, Rn. 42-44, 1673-74; Günter STRATENWERTH / Lothar KUHLEN, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat*, 6., neu bearbeitete Auflage, Vahlen, München, 2011, Rn. 71, 210.

los fines de la pena, en el interés de la víctima y también, aunque más generalmente, en la protección amplia de los bienes jurídicos. Todo ello es válido con relación al interés general de protección ante los hechos punibles, dentro de los cuales se encuentran los hechos tentados. Desde esta perspectiva, se afirma que una consideración equilibrada de todos los criterios antagónicos servirá para definir los presupuestos del desistimiento y los límites con relación a la tentativa.

Por otro lado, cabe considerar que los fines de prevención general y especial, y la compensación retributiva de la culpabilidad -con efectos diferenciados según el caso concreto- reducen la pretensión punitiva estatal luego de llevarse a cabo la conducta de desistimiento. Y si bien esta no elimina el contenido de injusto y de culpabilidad del hecho, lo reduce sustancialmente. En forma simultánea, desde una perspectiva preventiva, se constata una disminución relevante de necesidad de pena de la tentativa. A diferencia de los casos de arrepentimiento activo, el legislador ha privilegiado aquí el efecto general de impunidad del desistimiento con relación a las reglas de medición de la pena que puso en manos de los jueces. Se podrá objetar que así no se llega a tratar los casos similares de manera uniforme, pero el punto de vista de la protección de la víctima justifica esa decisión. Al fin y al cabo, la protección de la víctima significa una finalidad parcial de la posibilidad de desistimiento como protección de los bienes jurídicos puestos en peligro a través del comienzo de ejecución.

Este punto de vista comprensivo de varios criterios condiciona, entre otras cosas, los presupuestos del desistimiento de la tentativa inacabada y acabada, la exclusión de la posibilidad de desistir en caso de tentativa fracasada, las particularidades de los hechos en los cuales intervienen varios sujetos, al igual que la necesidad de que la acción sea voluntaria.

Capítulo III

NATURALEZA JURÍDICA Y UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL DESISTIMIENTO

1. Introducción

Es evidente que la impunidad del desistimiento, prevista en la gran mayoría de la legislación comparada, supone una decisión político-criminal del legislador. Sin embargo, es necesario emprender el ejercicio dogmático para determinar su naturaleza jurídica y ubicación sistemática. Por eso, luego del desarrollo de las distintas teorías sobre el fundamento de la impunidad del desistimiento, corresponde presentar las diferentes posiciones sobre aquellas dos cuestiones.

Se trata de un tema eminentemente teórico, aunque no exento de consecuencias prácticas, en especial, la relativa al efecto del desistimiento del autor con respecto a los partícipes. Sobre la base del mayoritariamente aceptado principio de accesoriedad limitada, que supone, al menos, la existencia de un hecho típico y antijurídico, para muchos autores la impunidad se extiende a los partícipes, siempre que se considere al desistimiento como causa de exclusión del tipo o de la antijuridicidad; por el contrario, no se comunica a aquellos, en tanto se lo conciba como causa de exclusión o supresión de la pena, es decir, se lo ubique dentro de la categoría "punibilidad"[305].

[305] Cfr. MUÑOZ CONDE, *El desistimiento…*, 43.

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe adelantar que el desarrollo teórico sobre la ubicación sistemática del desistimiento resulta necesariamente limitado, porque es consecuencia directa de la posición que se adopte sobre el fundamento de la impunidad, tal como reconoce toda la doctrina.

Por tanto, este capítulo comprenderá, en primer término, un análisis de la evolución histórica de las disposiciones sobre el desistimiento en el marco de la legislación alemana, lo que permitirá comprender el trasfondo de la discusión hasta la actualidad. En segundo lugar, se realizará un somero esbozo de las principales teorías sobre la naturaleza jurídica del desistimiento, aunque corresponda considerarlas complementarias de las diferentes posiciones sobre la *ratio* de su impunidad.

Luego de la reseña historia legislativa se presentará, en primer lugar, aquellas concepciones que ubican el desistimiento dentro del "injusto culpable", por suprimir alguno de sus elementos, ya sea la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad y el mismo injusto penal. Este grupo también incluye la posición que concibe al desistimiento como un instituto interno de la tentativa. En segundo término, se expone las teorías que colocan al desistimiento dentro de ámbito de la punibilidad o de la responsabilidad penal.

2. Evolución histórica de la regulación legislativa de la tentativa y del desistimiento en Alemania

La primera parte de este capítulo aborda el desarrollo legislativo en Alemania de las regulaciones de tentativa y desistimiento, lo que permitirá comprender el contexto dentro del cual se gestaron y las razones de su establecimiento. La perspectiva histórica comienza con la codificación del Derecho general territorial prusiano y se extiende hasta la fecha. Sin embargo, el foco principal lo constituyen los cambios legislativos operados durante el siglo XIX y la doctrina que los interpretó. De cualquier forma, se intentará ilustrar los distintos fundamentos de los dos puntos de vista divergentes -el jurídico y el político criminal- que

condicionan ampliamente la actual controversia en torno a los institutos de la tentativa y del desistimiento.

2.1. El punto de partida: el Derecho general territorial prusiano (*Das preußische Allgemeine Landsrecht*)

Con fundamento en el Derecho natural, la codificación del Derecho general territorial prusiano pretendió abarcar toda la vida a través el Derecho. Sobre la base de una escala penal diferenciada e intentando reproducir la realidad penal, las disposiciones del ALR describían los distintos estadios de la tentativa hasta la consumación. El desistimiento, que contaba con un capítulo propio, no conducía todavía a la impunidad de la tentativa, sino que únicamente concedía un derecho al perdón o indulto. Sin embargo, este instituto no solo estaba regulado en una norma sobre la medición de la pena, sino que también estaba contenido en las diferentes disposiciones sobre la tentativa. En este marco, la pena de la tentativa solo alcanzaba al autor cuando la falta de consumación se debía a una "mera casualidad" (*bloßer Zufall*). De esta forma, el ALR describía el desistimiento en dos niveles: implícitamente en la regulación de la tentativa y expresamente en una disposición sobre la consecuencia jurídica de aquella[306].

En la parte II del ALR, título 20, los parágrafos 39 a 44 regulaban esta cuestión en los siguientes términos:

§ 39: "La pena regular de un delito doloso le corresponde al que realmente lo consumó"

§ 40: "Si, de su parte, el autor ha realizado todo para consumar el delito, pero una mera casualidad le impide la producción de este resultado, entonces le corresponde la pena que sigue a la regular".

[306] Cfr. Antje SCHUMANN, *Zum Standort des Rücktritts vom Versuch im Verbrechensaufbau. Eine Untersuchung anhand der Dogmatik zum System von Versuch und Rücktritt seit dem 19. Jahrhundert*, Duncker & Humblot, Berlin, 2006, 12 ss., donde resalta que, de este modo, el ALR vinculaba aquellas perspectivas del sistema de tentativa y desistimiento que, como la disputa "teorías jurídicas" versus "política criminal", caracterizan hasta hoy la dogmática de la tentativa y la del desistimiento[306].

§ 41: “La próxima pena le corresponde a aquel, a quien, a través de una mera casualidad, se le impidió la última acción necesaria para la ejecución del delito”.

§ 42: “Si tal casualidad ha impedido los primeros preparativos para una acción punible, entonces la mala intención es castigada en relación con el avance de lo realmente ejecutado”.

§ 43: “Quien por su decisión renuncia a la ejecución de un delito y toma las medidas en tal sentido, del mismo modo que quien, a través del oportuno descubrimiento de sus cómplices y de su plan, frustra su ejecución, puede reclamar indulto”.

§ 44: “También son punibles las meras amenazas de querer cometer un delito; y el Estado está obligado a aplicar medidas a través de las cuales se proteja al amenazado”.

A pesar que la codificación prusiana tenía por base al principio general del Derecho romano “*cogitationis poenam nemo patitur*” ("nadie debe ser castigado por sus pensamientos"), las disposiciones penales del ALR sancionaban la “voluntad maliciosa” (“*böser Willen*”) hecha pública como mero anuncio o amenaza de cometer un delito y la consideraban como *initium e fundamentum criminis*[307]. Esta intención criminal ya se evidenciaba con la sanción de la etapa preparatoria. La manifestada evitación del *dolus malus*, que revelaba la renuncia voluntaria a la ulterior ejecución del hecho, le abría al autor la posibilidad de la impunidad a través del indulto o perdón. Por consiguiente, la acción de tentativa -remanente en el mundo exterior después del desistimiento- era considerada menos merecedora de pena que aquella realización de los primeros preparativos mucho más alejada de la consumación (“*die vorläufigen Anstalten*”). De este modo, quedaba como fundamento de la punibilidad, ante todo, la “voluntad maliciosa”, a cuyo castigo el autor podía escapar todavía en el estadio de tentativa -a diferencia de los actos preparativos- mediante el desistimiento.

[307] Es evidente que detrás de ello está el ímpetu moralizador del Iluminismo

2.2. Los proyectos del § 31 del Código Penal prusiano de 1851

Con el trasfondo de la normativa del ALR y en vista de la preparación del Código Penal prusiano de 1851, se discutió si el establecimiento del principio de la pena como *ultima ratio* perseguía una desmoralización del Derecho[308]. Asociado con ello, aparecía la exigencia de una limitación de la criminalización a través del Estado, que fue cumplida con la exclusión legislativa de la etapa preparatoria del control sancionatorio del Derecho penal. Por lo demás, se reemplazó la amplia casuística del ALR -que debía conducir a un recorte del poder de apreciación judicial y a una mayor seguridad jurídica- por un esquema simplificado de la realidad necesitada de pena.

La nueva regulación de la tentativa y del desistimiento fue objeto de un profundo debate en los más de 20 años de esfuerzos de codificación, que terminaron en el Código Penal de 1851. Un punto esencial fue la expresión lingüística de tentativa y desistimiento en la ley con referencia al procedimiento judicial con jurados. La decisión sobre la pregunta de la culpabilidad a través de jurados presuponía normas que posibilitasen preguntas claras que se pudieran responder con un "si" o un "no". La historia de los proyectos sobre el § 31 del Pr.StGB de 1851 revela que la regulación positiva de la tentativa y del desistimiento, sea en una misma norma o en disposiciones distintas, no se fundamentó en una modificación de la concepción material de ambos institutos, sino en las particularidades de aquel juicio por jurados[309].

2.3. El Código Penal prusiano de 1851 y la regulación de la tentativa dependiente del desistimiento

En su § 31, el Código Penal prusiano disponía: [tentativa punible] "La tentativa solo es entonces punible cuando la misma se manifiesta a través de acciones que importen

[308] Ya no más el Derecho como enseñanza de la sociedad.
[309] Cfr. SCHUMANN, *Zum Standort...*, 15.

principio de ejecución y haya sido impedida solo a través de circunstancias externas independientes de la voluntad del autor y haya quedado sin el resultado"[310].

La equívoca fórmula -"la tentativa solo es entonces punible cuando la misma…haya sido impedida" -fue duramente criticada por la doctrina del siglo XIX y corregida en el siguiente sentido: aquello que se debía impedir era la consumación y no la tentativa[311].

El desistimiento del § 31 Pr.StGB fue interpretado por la judicatura de su tiempo como una condición negativa de punibilidad de la tentativa. Esta interpretación incluía los motivos por la "no consumación" del hecho en la consideración de la tentativa, cuya punibilidad, por consiguiente, presuponía la negación o no afirmación del desistimiento. La propia ley vinculaba aquí tentativa y desistimiento a la pregunta sobre la punibilidad. Sin embargo, ello no explicaba todavía por qué la punibilidad de la tentativa dependía de la inexistencia de un desistimiento[312]. La dogmática del siglo XIX no realizó una clara división de los criterios de la punibilidad del resto de los elementos de la tentativa. Tal diferenciación entre los presupuestos de punibilidad y los niveles tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad se desarrollará recién en el transcurso del siglo XX. Esa ausencia de una gradación de los elementos del delito -que se corresponda con su moderna estructura - debe ser tenido en cuenta al momento de considerar las concepciones sobre el § 31 Pr.StGB. La delimitación del concepto "tentativa" de su "consecuencia jurídica" punibilidad o impunidad ilustra sobre la necesidad de la distinción entre dos niveles de argumentación. Uno indaga la problemática de la tentativa y del desistimiento a tenor de la estructura del delito de un hecho que no se ha consumado. El otro nivel se concentra en la consecuencia del desistimiento para la punibilidad de la tentativa y, con ello, en la ubicación sistemática en el sistema de Derecho penal[313].

---

[310] Traducción propia: § 31 Pr.StGB: "*[Strafbarer Versuch] Der Versuch ist nur dann strafbar, wenn derselbe durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung enthalten, an den Tag gelegt und nur durch äußere, von dem Willen des Thäters unabhängige Umstände gehindert worden oder ohne Erfolg geblieben ist*"

[311] Cfr. HÄLSCHNER, *System des Preußischen Strafrechtes…*, 199.

[312] Cfr. SCHUMANN, *Zum Standort...*, 20, quien señala que esa discusión caracteriza la dogmática de la tentativa y del desistimiento, y se proyecta hasta la actualidad en el debate sobre el fundamento de la impunidad del desistimiento y su ubicación sistemática.

[313] Cfr. Ernst BELING, *Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung. Zugleich ein Beitrag zur Würdigung des Strafgesetzbuchentwurfs von 1919*, Rothschild, Berlin, 1922, 35.

2.4. La irrupción de las teorías jurídicas como síntesis de tentativa y desistimiento

Es en el marco de esta evolución legislativa donde cabe analizar el desenvolvimiento de las denominadas "teorías jurídicas" durante el Siglo XIX. Así, para la dogmática actual, la denominación del desistimiento como causa de supresión de pena ("*Strafaufhebungsgrund*") por parte de ZACHARIÄ puede parecer contradictoria con su "teoría de la anulación". Sin embargo, dicha caracterización se torna comprensible desde la distinción propia de aquella época entre las dos categorías de tentativa, a saber, la tentativa punible -tentativa sin desistimiento- y la tentativa impune -tentativa con desistimiento-.

Para la teoría del delito de aquellos tiempos no era posible una especificación de la tentativa típica, antijurídica y culpable -propia del moderno sistema del delito- separada del nivel de punibilidad. En virtud de esa extendida consideración de la tentativa como "tentativa punible", según ZACHARIÄ, el desistimiento anulaba su punibilidad. A la parte de tentativa restante tras el desistimiento como "algo ya sucedido" le correspondía, por tanto, el significado de tentativa "impune". Para KÖSTLIN[314], la acción exterior incompleta restante conservaba el carácter de tentativa solo a través de la intención -dirigida a todo el tipo penal-, pero perdía tal carácter tan pronto el autor abandonaba su intención. Este abandono de la intención en KÖSTLIN equivalía al cambio de voluntad en ZACHARIÄ; mientras este definía al desistimiento como causa de supresión de la pena, aquel lo hacía en sentido inverso como condición de la punibilidad de la tentativa.

En suma, cabe comprobar que la denominación del desistimiento como causa de supresión de la pena -o sea, condición de la punibilidad de la tentativa-, según las teorías jurídicas, no se corresponde con los términos técnicos de la dogmática penal moderna. La caracterización del desistimiento como condición negativa de punibilidad de la tentativa -en función del § 31 Pr.StGB- tuvo lugar, más bien, a la luz de las categorías generales de tentativa punible y tentativa no punible. Con ello, las teorías jurídicas descubrieron la

[314] Christian Reinhold KÖSTLIN, *System des deutschen Strafrechts. Erste Abtheilung. Allgemeiner Theil*, Tübingen, 1855, 231 ss.

función del desistimiento de la tentativa a través de una síntesis de carácter estructural de ambos institutos. Esta "consideración global" estuvo basada en un concepto de tentativa que, junto a la ya manifestada acción de tentativa, también incluía a aquella porción excedente del hecho que había quedado como "mera representación": la inmediata ejecución de la consumación o la acción de consumación. Esta perspectiva de la tentativa se puso de manifiesto en la crítica al tenor literal del § 31 Pr.StGB por partidarios de las teorías jurídicas[315], cuando afirmaban que aquello que se impedía no era la tentativa, sino la consumación.

En consecuencia, este punto de vista de las teorías jurídicas puede ser formulado en el sentido que el autor no desiste de la tentativa, sino que desiste de consumación que se tenía en mira. Este tomar distancia de la consumación era definido por ZACHARIÄ como "anulación de la voluntad maliciosa", mientras que, para KÖSTLIN[316] y HÄLSCHNER, el desistimiento le quitaba al hecho el carácter de tentativa, el cual comprendía el elemento de la "punibilidad" de la tentativa, de modo que el desistimiento no anulaba el tipo de tentativa en el sentido actual, sino el tipo "punible" de la tentativa. La acción de tentativa, que quedaba en el mundo exterior tras el desistimiento, era clasificada como tentativa "impune o no punible" por la dogmática jurídica del siglo XIX[317].

2.5. La regulación del § 31 Pr.StGB de 1851 y el procedimiento penal

De acuerdo a esta norma, la tentativa solo era punible cuando no existía un desistimiento. El significado del desistimiento como condición negativa de punibilidad de la tentativa incluía la cuestión procesal de la carga de la prueba. Las circunstancias que fundamentaban la exclusión de este elemento negativo debían ser probadas por la parte acusadora. Una distribución de la carga probatoria inversa solo era posible mediante la separación de tentativa y desistimiento en dos normas independientes. Con relación al § 31 Pr.StGB, por tanto, la acusación por tentativa también debía aclarar si el hecho -léase: la

[315] Cfr. HÄLSCHNER, *System...,* 200.
[316] Cfr. KÖSTLIN, *System...,* 231; HÄLSCHNER, *System...,* 200
[317] Cfr. SCHUMANN, *Zum Standort...*, 22 ss.

consumación- había sido impedido por circunstancias externas independientes de la voluntad del autor. Las inseguridades en la valoración de este elemento negativo "voluntario" le correspondía, por ende, a la parte acusadora.

La plausibilidad en la argumentación sobre la prueba era de gran importancia en el procedimiento por jurados. Ello se manifestó en el célebre caso comentado por GOLTDAMMER[318], en el cual el autor, que le había disparado a su mujer, erró el tiro. Aquí, a la afirmación del dolo de homicidio, los jurados añadieron lo siguiente: "no se ha probado, sin embargo, que el hecho solo haya sido impedido por circunstancias externas", afirmación que motivó la absolución del acusado. Estas discrepancias de carácter procesal en la aplicación del § 31 Pr.StGB fueron los motivos determinantes para la separación de tentativa y desistimiento en los proyectos del Código Penal para la Confederación del Norte de Alemania, que luego se transformó en el Código Penal del Reich de 1871[319].

2.6. El Código Penal del Reich RStGB de 1871 y su consideración individual

El Código Penal del Reich de 1871 reguló tentativa y desistimiento en disposiciones separadas, a saber en los § 43 y § 46 respectivamente.

El § 43 RStGB disponía:

"Quien ha tomado la decisión de cometer un delito o falta a través de acciones que importan un comienzo de la ejecución de ese delito o falta, debe ser penado por tentativa cuando el delito o falta propuestos no llegan a consumarse.

La tentativa de una falta, sin embargo, solo será penada en los casos en los cuales la ley expresamente lo establezca"[320].

---

[318] Cfr. Theodor GOLTDAMMER, "Zur Lehre vom Versuche; Ein Rechtsfall", en *Archiv für Preußisches Strafrecht* , Berlin, 1860, Band VIII, 618 ss

[319] Cfr. SCHUMANN, *Zum Standort...*, 26.

[320] Traducción propia: § 43 RStGB "*Wer den Entschluß, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens enthalten, bethätigt hat, ist, wenn das beabsichtigte Verbrechen oder Vergehen nicht zur Vollendung gekommen ist, wegen Versuches zu bestrafen.*

Der Versuch eines Vergehens wird jedoch nur in den Fällen bestraft, in welchen das Gesetz dies ausdrücklich bestimmt".

Por su parte, el § 46 RStGB establecía que

"La tentativa como tal será impune, cuando el autor,

1) abandone la ejecución de la acción, sin que haya sido impedido de seguir adelante por circunstancias independientes de su voluntad, o

2) al momento en que su acción todavía no haya sido descubierta y a través de su propia actividad, evite la producción del resultado correspondiente a la consumación del delito o falta"[321].

El RStGB de 1871 tuvo como antecedentes inmediatos a los proyectos de Código Penal para la Confederación del Norte de Alemania (*Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund*). Sin embargo, recién en el marco del segundo proyecto -que se convirtió luego en el RStGB de 1871- se llevó a cabo la separación entre tentativa y desistimiento, puesto que el primero todavía mantenía la estructura del Pr.StGB. En especial, el célebre caso comentado por GOLTDAMMER del "disparo errado" y la crítica por las insatisfactorias consecuencias del § 31 Pr.StGB debieron ser argumentos utilizados en las deliberaciones para justificar el cambio.

Ante todo, eran consideraciones prácticas las que pretendían fundamentar el tratamiento diferenciado en la legislación positiva. Para el procedimiento penal con jurados era preferible un concepto de tentativa separado de la regulación del desistimiento. Para una condena por tentativa debía alcanzar -como presupuesto- con la prueba del comienzo de la ejecución del delito conforme al § 43 RStGB por parte del autor. Según la interpretación del § 46 RStGB, la prueba del desistimiento le correspondía al imputado, quien, por tanto, debía enfrentar las dificultades vinculadas con hacer creíble ante los jurados una renuncia voluntaria a la consumación.

[321] Traducción propia: § 46 RStGB *"Der Versuch als solcher bleibt straflos, wenn der Thäter*

1) die Ausführung der beabsichtigten Handlung aufgegeben hat, ohne daß er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren, oder

2) zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war, den Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens gehörigen Erfolges durch eigene Thätigkeit abgewendet hat".

Pero, en la historia legislativa de los §§ 43 y 46 RStGB, a aquellos motivos de carácter procesal penal se les sumó la cuestión sobre la punibilidad de los partícipes ante el desistimiento del autor. De acuerdo con la interpretación mayoritaria del § 31 Pr.StGB, el desistimiento del autor implicaba la impunidad de los partícipes. Objeto de duras críticas, ello motivó la recomendación de una regulación independiente del desistimiento como causa de exclusión de la pena (*Strafausschließungsgrund*). La recepción positiva de esta propuesta en el § 46 RStGB, por tanto, debió dejar en claro que solo a quien desistía cabía privilegiar con la impunidad, concepción jurídica que encontró su fundamentación dogmática en la caracterización del desistimiento como una "causa personal de exclusión de la pena" (*persönlicher Strafausschließungsgrund*), que dejaba intacto el carácter delictivo de la tentativa[322]. Sin embargo, aquellos motivos de carácter procesal y aquellos vinculados con la punibilidad de los partícipes estuvieron ausentes en los protocolos oficiales referidos a los §§ 43 y 46 del Código Penal de la Confederación del Norte de Alemania -luego RStGB de 1871-. En esos protocolos solo se señaló que la definición del desistimiento como causa de exclusión de la pena era una decisión de política criminal del legislador, sin mayor explicación sobre el trasfondo y los motivos de aquella determinación.

A la separación de la tentativa y del desistimiento en el RStGB de 1871 le siguió una consideración individual por parte de la dogmática de fines del siglo XIX y la de principios del siglo XX. El punto de partida fue la expresión de VON LISZT[323] de 1888:

"En el momento en que se traspasa la línea divisoria entre los actos preparativos impunes y la tentativa punible, en el mismo instante ya se merece la pena prevista para la tentativa. Este hecho ya no puede ser cambiado, no puede ser anulado retroactivamente, no se puede hacer desaparecer. Sin embargo, por motivos de política criminal, la legislación puede tenderle al autor que ya incurrió en un delito un 'puente de oro' para su retirada. Así lo hizo al establecer el desistimiento como causa de supresión de la pena"[324] .

[322] Cfr. SCHUMANN, *Zum Standort...*, 30 ss.

[323] Franz VON LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 3. Auflage, Guttentag, Berlin/Leipzig, 1888, 202.

[324] Traducción propia: "In dem Augenblicke, in welchem die Grenzlinie zwischen den straflosen Vorbereitungshandlungen und dem strafbaren Versuche überschritten wird, in demselben Augenblicke ist die

Sobre la base de una "consideración individual" de los institutos tentativa y desistimiento, que dejaba incólume el carácter delictivo de la primera, esta tesis de política criminal se impuso como opinión dominante hasta mediados del siglo XX. La perspectiva de la tentativa inherente a dicha concepción quedó prácticamente desconocida. Según la definición de VON LISZT, la solución del problema de la participación motivó una determinación del comienzo de la tentativa como "tentativa punible". Como la dogmática penal de fines del siglo XIX y comienzos del XX no podía recurrir todavía a una estructura del delito lo suficientemente escalonada, el desistimiento debió ser separado del hecho de la tentativa a fin de poder distinguir entre el "carácter de hecho principal" de la tentativa y el desistimiento. De este modo, la ubicación sistemática del desistimiento -de tinte político criminal- como causa de exclusión o supresión de la pena debía garantizar la punibilidad de los partícipes en caso de desistimiento del autor[325]. Por el contrario, la teoría de la tentativa continuaba defendiendo un concepto de desistimiento relacionado con la consumación, el que también incluía la acción ejecutiva que seguía al comienzo de la tentativa. A partir de allí, sin embargo, tentativa y desistimiento fueron considerados como dos actos individuales e independientes y, como consecuencia de dicha separación, las diferencias en la caracterización del concepto de tentativa quedaron sin ser tratadas.

Desde esta perspectiva con predominio político criminal, una consideración más detallada de la teoría del desistimiento revela la necesidad de distinguir entre dos definiciones distintas de la "tentativa punible". Para el desistimiento, se sostiene un concepto de tentativa reducido al comienzo de la misma, donde el requisito legal "comienzo de ejecución" ya se cumple con el comienzo de la acción de tentativa. A diferencia de ello, la dogmática de la tentativa conceptúa a la misma como "el nivel de realización anterior a la consumación". Según esta descripción, el concepto de tentativa

---

auf den Versuch gesetzte Strafe verwirkt. Diese Thatsache kann nicht mehr geändert, nicht nach 'rückwärts annulliert', nicht aus der Welt geschafft werden. Wohl aber kann die Gesetzgebung aus kriminalpolitischen Gründen dem beretis straffällig gewordenen Täter eine 'goldene Brücke' zum Rückzuge bauen. Sie hat es getan, indem sie den freiwilligen Rücktritt zum Strafaufhebungsgrunde machte".

[325] Cfr. SCHUMANN, *Zum Standort...*, 72.

comprendía también a las acciones ulteriores, es decir que se extendía desde el comienzo de la tentativa hasta la consumación[326].

2.7. El Código Penal alemán de 1975

El Código Penal de 1975 mantuvo la regulación separada de los §§ 43 y 46 del RStGB. En el § 22, bajo el título "determinación del concepto", el StGB estableció:

"Comete tentativa de un hecho punible, quien, según su representación del hecho, se dispone inmediatamente a la realización del tipo"[327].

Por su parte, con relación al desistimiento, el § 24 StGB dispuso:

"1. No será castigado por tentativa, quien voluntariamente abandona la ulterior ejecución del hecho o impide su consumación. Cuando, sin contribución del que desiste, el hecho no llega a consumarse, este quedará impune si, de manera seria y voluntaria, se hubiere esforzado en impedir su consumación.

2. Cuando varios intervienen en el hecho, no será castigado por tentativa el que impida voluntariamente su consumación. Sin embargo, para su impunidad, será suficiente su esfuerzo voluntario y serio para impedir la consumación del hecho, cuando este no se consuma sin su intervención o cuando se cometa con independencia de su aporte anterior al hecho"[328].

---

[326] Cfr. *ibidem*.

[327] Traducción propia: § 22 StGB "*Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt"*

[328] Traducción propia: § 24 StGB ("1. *Wegen Versuchs wird nicht bestraft, wer freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgibt oder deren Vollendung verhindert. Wird die Tat ohne Zutun des Zurücktretenden nicht vollendet, so wird er straflos, wenn er sich freiwillig und ernsthaft bemüht, die Vollendung zu verhindern. 2. Sind an der Tat mehrere beteiligt, so wird wegen Versuchs nicht bestraft, wer freiwillig die Vollendung verhindert. Jedoch genügt zu seiner Straflosigkeit sein freiwilliges und ernsthaftes Bemühen, die Vollendung der Tat zu verhindern, wenn sie ohne sein Zutun nicht vollendet oder unabhängig von seinem früheren Tatbeitrag begangen wird*").

Tal como se puede apreciar, las disposiciones sobre tentativa y desistimiento del StGB de 1975 constituyen principalmente una abstracción lingüística de aquellos §§ 43 y 46 del RStGB de 1871. Tampoco aquí el legislador aclaró la concepción metodológica para la comprensión de ambos institutos, de modo que, aunque bajo otros ropajes, continuó la controversia "política criminal" versus "teoría jurídica". Las consideraciones que constituyen el trasfondo de la regulación legal de los §§ 22 y 24 StGB no permiten una afirmación definitiva sobre la relación estructural entre tentativa y desistimiento. Es más, en la historia legislativa de los §§ 22 y 24 StGB, la discusión se concentró principalmente en la delimitación de comienzo de la tentativa y en la cuestión de la tentativa inidónea.

A diferencia de su título "determinación del concepto", el § 22 StGB no definió la tentativa en toda su extensión: se limitó a describir su comienzo y a delimitarlo del acto preparatorio impune. Las distintas concepciones dogmáticas sobre el umbral de la tentativa punible habían ocupado gran parte de la discusión durante el siglo XX, imponiéndose la denominada "*Ansatzformel*" (la inmediata disposición) que reemplazó a la fórmula del § 43 RStGB (comienzo de la ejecución), que tantas dificultades interpretativas había presentado para la judicatura. En suma, el Código Penal de 1975 no aportó nada nuevo con relación a la evolución dogmática desde el RStGB de 1871, de modo que la perspectiva del modelo de separación pudo ser mantenida: el desistimiento del autor dejaba intacto el anterior injusto de tentativa susceptible de participación[329].

2.8. Síntesis de la retrospectiva histórica

En el siglo XIX, los institutos jurídicos de la tentativa y el desistimiento formaban parte de un continuo (*Kontinuum*) de acción uniforme. Hasta la codificación del RStGB de 1871, el término tentativa describía el tránsito desde la preparación hasta la desembocadura en la consumación de un delito y comprendía el suceso del desistimiento como una desviación o variante del curso de la tentativa. Por tanto, presupuesto constitutivo de la tentativa punible era la exclusión del desistimiento. Ello podía ser entendido como la

[329] Cfr. SCHUMANN, *Zum Standort…*, 139. Por el contrario, para el tipo de culpabilidad valía otro criterio diferente.

expresión dogmática del principio de *ultima ratio* del Derecho penal: la acción de tentativa recién se consideraba punible cuando no se daba un desistimiento.

La regulación jurídica de la tentativa punible del art. 178 de la *Carolina Criminalis Constitutio*, de los §§ 40-42, II, Tit. 20 ALR así como del § 31 Pr.StGB de 1851 seguían una consideración global, que encontró eco en las denominadas "teorías jurídicas". Con una formulación negativa, el art. 178 de la *Carolina Criminalis Constitutio* y el § 31 Pr.StGB de 1851incluían el desistimiento dentro de las condiciones de punibilidad de la tentativa. No toda acción de tentativa importaba una "tentativa punible", sino solo aquella consumación impedida independientemente de la voluntad del autor. El Derecho Territorial Prusiano ALR reguló el desistimiento como "renuncia a la ejecución" en un parágrafo individual (§ 43, II, Tit. 20), lo que, a primera vista, podría ser entendido como contrario a la perspectiva de la consideración global y a favor de la separación de tentativa y desistimiento[330]. El esquema normativo del ALR tenía solo un carácter meramente descriptivo: el curso de la tentativa dirigido a la consumación -dentro del cual está el desistimiento- debió ser reproducido por la ley en forma amplia. Ante todo, dichas disposiciones delimitaban la correspondiente medida de la pena y, por tanto, debían ser entendidas -desde la perspectiva actual- como regulaciones sobre la medición de la pena. Por el contrario, la estructura del desistimiento debía ser tomada de cada uno de los estadios de tentativa, que habían encontrados recepción positiva en la ley. La concreta medida de la pena le alcanzaba al autor solo cuando la consumación había sido impedida por una "mera casualidad"[331].

Dicho de otra manera: no surgía la punibilidad de la tentativa, establecida en los §§ 40-42, II, Tit. 20 ALR, cuando no era una mera casualidad la había impedido la consumación. Esa "no casualidad" constituía, al mismo tiempo, la afirmación del desistimiento, de manera que las reglas sobre la tentativa del ALR también tenían como base una consideración global de ambos institutos. En lugar de dejar impune a la no

[330] Así, entre otros, Dietrich LANG-HINRICHSEN, "Bemerkungen zum Begriff der Tat im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Strafzumessung, des Rücktritts und der tätigen Reue beim Versuch und der Teilnahme (Normativer Tatbegriff)", *Festschrift für Karl Engisch*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1969, 353, 367.

[331] Cfr. SCHUMANN, *Zum Standort...*, 73.

consumación por mediar un desistimiento -como lo hacía el § 31 Pr.StGB de 1851-, el § 43, II, Tit. 20 ALR establecía una dispensa de pena vía un derecho a indulto. La interpretación del § 43, II, Tit. 20 ALR, defendida hasta en la actual teoría del delito como una regulación individual del desistimiento, actuaba como una mera medida de pena subsidiaria para la acción de tentativa remanente en el mundo exterior tras un desistimiento. Tal regulación autónoma sobre la punición de la constelación "tentativa con desistimiento" ya no fue necesaria ante la decisión legal de establecer la impunidad para el autor que desiste. Por tanto, en contra de la primera apariencia, no existían diferencias de contenido entre las regulaciones de la tentativa del ALR y aquellas del Pr.StGB de 1851.

De acuerdo con SCHUMANN, el Derecho territorial prusiano ALR regulaba el desistimiento en dos niveles. Por un lado, en las disposiciones sobre la tentativa de los §§ 40-42, II, Tit. 20 ALR, donde el desistimiento -como "no casualidad"- ya impedía el surgimiento de la concreta punibilidad de la tentativa. Se trataba del nivel primario que describía la relación entre tentativa y desistimiento desde un punto de vista estructural-delictivo, lo que permite afirmar que el ALR regulaba tentativa y desistimiento bajo una "consideración global". Por otro lado, en el § 43, II, Tit. 20 ALR, donde su consecuencia jurídica sobrevenía cuando la consumación había sido evitada por una "no casualidad", es decir, por un desistimiento. En lugar de una impunidad general, esta norma de mensuración de pena otorgaba un derecho al indulto. Se trataba del nivel secundario que se refería a la pregunta sobre la consecuencia jurídica "punible", "punible con atenuante", "impune" o -como en este caso- "posibilidad de indulto". La acción de tentativa remanente tras el desistimiento era declarada indirectamente como punible por la formulación legal, aunque, al mismo tiempo, posibilitaba al autor sustraerse a la imposición de la pena mediante un pedido de indulto[332].

Este establecimiento de una específica medida de pena para el tramo de tentativa remanente -que podía ser perdonada por un una valoración político criminal del juez- ponía de manifiesto aquella "separación" de tentativa y desistimiento, que luego prosiguió en la clasificación del desistimiento como causa de exclusión o de supresión de la pena. La

[332] Cfr. *idem*, 74.

especificidad de la consecuencia jurídica prevista en el § 43, II, Tit. 20 ALR se deduce de su propio texto: cuando solo existe un derecho a indulto, es porque entonces se parte de una punibilidad básica, la que, sin embargo, no se correspondía con la punibilidad de los §§ 40-42, II, Tit. 20 ALR, ya que esto solo se referían a la consumación evitada por "casualidad".

Con la decisión legal del § 31 Pr.StGB de 1851, que establecía la impunidad de una tentativa mediando desistimiento, ya no era necesaria la consecuencia jurídica del § 43, II, Tit. 20 ALR, aunque no debían suprimirse las disposiciones de la tentativa que integraban el desistimiento de los §§ 40-42, II, Tit. 20 ALR. Los estadios de la tentativa, legalmente diferenciados en el ALR, solo fueron reunidos en la formulación "comienzo de la tentativa" del § 31 Pr.StGB de 1851. En este parágrafo, la determinación del concepto de desistimiento -como causa de exclusión de la punibilidad de la tentativa- no debería ser entendida en el sentido de la dogmática moderna. En aquella época, no existía todavía la necesaria distinción entre los actuales niveles de la estructura del delito, de modo que la discusión en torno de la tentativa quedaba limitada a la pregunta sobre la punibilidad o impunidad de la acción del hecho. La tentativa punible y la tentativa no punible eran las únicas categorías presentes en este debate. Siguiendo esta distinción, las teorías jurídicas caracterizaron al desistimiento como causa de supresión de la pena o como condición de impunidad de la tentativa, a pesar de que, desde el punto de vista de su contenido, seguían estructuralmente una "consideración global" de ambos institutos[333].

Como se puede apreciar, las teorías jurídicas del siglo XIX tenían como base un concepto de tentativa relacionado con la consumación. Contiguo al límite de los actos preparatorios -impunes a partir del § 31 Pr.StGB de 1851-, la acción de tentativa también comprendía la ejecución que conducía inmediatamente a la consumación. El desistimiento no anulaba a posteriori el ya manifestado tipo de tentativa, sino que anulaba la acción de consumación que había quedado como una mera representación. Dado que también esta fase era definida como elemento de la tentativa, en caso de desistimiento del autor, le faltaba un momento constitutivo a la tentativa punible. Por tanto, según los criterios de las teorías jurídicas, un componente del inicio y uno de la finalización de la tentativa

[333] Cfr. *idem*, 41.

constituían los presupuestos indispensables de su punibilidad. El comienzo de la tentativa significaba el traspaso del umbral de lo punible, mientras que el final de la misma respondía -mediante la cuestión del desistimiento- la pregunta sobre su punibilidad definitiva o su impunidad[334]. Cabe tener presente, sin embargo, que todavía no era posible una clasificación de dicha opción de desistimiento -inmanente a la finalización de la tentativa-, que se corresponda con las actuales categorías del sistema del delito[335]. En este sentido, cabe afirmar que una perspectiva "global" de la tentativa y del desistimiento se encontraba en la base del § 31 Pr.StGB de 1851 y siguió siendo defendida tras la separación de aquellos institutos en los §§ 43 y 46 del RStGB de 1871[336].

Dentro de esta perspectiva histórica, la actualización de una "consideración global", independiente de la separación de tentativa y desistimiento, encuentra su explicación en los motivos que condujeron a la regulación autónoma en el RStGB de 1871. Tal como se expuso, la concepción de la tentativa independiente del desistimiento en el § 43 RStGB fue, ante todo, el resultado de consideraciones prácticas en el proceso penal. Por un lado, debía evitar la confusión jurídica que, en el procedimiento con jurados, provocaba la regulación de la tentativa dependiente del desistimiento del § 31 Pr.StGB; por el otro, debía aclarar la distribución de la carga de la prueba entre acusador y acusado.

Ahora bien, en la historia legislativa de los §§ 43 y 46 del RStGB de 1871, se sumó una nueva problemática, que caracterizó el debate siguiente durante el siglo XX y que se vinculaba con la punibilidad de los partícipes ante el desistimiento del autor. La ausencia de una delimitación teórica entre los niveles culpabilidad y punibilidad de la tentativa generó la incompatibilidad de la "consideración global" con la concepción jurídica dominante sobre el destinatario del privilegio del desistimiento: la impunidad solo vale para el que desiste. La inclusión del desistimiento en la consideración de la tentativa suprimía el carácter principal del hecho del autor, necesario para la punibilidad de la participación. Para

[334] Cfr. *idem*, 41.

[335] Por eso, ZACHARIÄ, *Die Lehre...,* 230, se preguntaba qué influencia tenía el desistimiento sobre la punibilidad de la tentativa, y para él, el comienzo de la tentativa -que quedaba en el mundo exterior luego del desistimiento- aparecía como tentativa no punible.

[336] Como apunta SCHUMANN, *Zum Standort...*, 42, según la teoría del "horizonte del desistimiento" (*"Rücktrittshorizont"*) del BGH, ella sería la "finalización de la última acción ejecutiva"

evitar este insatisfactorio resultado, la dogmática penal del siglo XIX separó el desistimiento de la "tentativa" para poder discutir la punibilidad de la participación con independencia de un desistimiento del autor. La tesis "el desistimiento dejaba intacto al carácter delictivo de la tentativa" constituía la base de esta separación. De allí que este desdoblamiento estructural se erija en el argumento central de la fundamentación político-criminal del privilegio del desistimiento y de su ubicación sistemática como causa de exclusión o causa de supresión de la pena en el sistema del delito del siglo XX[337].

En la exposición oficial de motivos del RStGB de 1871 no se mencionó esta discusión sobre las circunstancias que justificaban un tratamiento separado. Fue desatendida la historia legislativa de sus antecedentes y todo se redujo a determinar si, con el desistimiento como causa de exclusión o de supresión de pena, el legislador quiso abrirle al autor la opción de impunidad de la tentativa por consideraciones de política criminal. La razón de la posibilidad de desistir siguió sin ser abordada[338]. A la opinión, en el sentido que con la regulación independiente el legislador también habría querido aclarar aquella discusión, se oponen la historia de los proyectos de los §§ 43 y 46 RStGB y también el debate teórico en torno al art. 178 de la *Constitutio Criminalis Carolina*, que regulaba tentativa y desistimiento en una misma disposición. Los criterios de origen "político criminal" o de "teorías jurídicas" señalan aquí los puntos cardinales del controvertido discurso de aquella época con relación el efecto del desistimiento sobre la tentativa punible.

Mientras que la interpretación desde las "teorías jurídicas" arribaba a una reducción de pena o a la impunidad, la perspectiva "político criminal" negaba la interdependencia entre tentativa y desistimiento, al tiempo que afirmaba que la tentativa como tal seguía siendo punible. El establecimiento legislativo de la impunidad de la tentativa en caso de desistimiento, a partir del segundo proyecto de 1843 con relación al § 31 Pr.StGB de 1851, constituyó el criterio político criminal[339]. Que haya sido defendido por la dogmática penal

[337] Cfr. *idem*, 42.

[338] Por tanto, concluye SCHUMANN, *Zum Standort...*, 43, que la conformación autónoma de la tentativa y del desistimiento en los §§ 43 y 46 del RStGB de 1871 respectivamente no puede ser vista como una decisión sobre la controversia de "teorías jurídicas" versus "política criminal", o "consideración global" versus "separación".

[339] Criterio que, según SCHUMANN, *Zum Standort...*, 44 debe ser considerado obsoleto.

del siglo XIX y por la posterior del siglo XX se debe a otro contexto. La separación entre tentativa y desistimiento, posible gracias a la concepción político criminal del desistimiento en el siglo XIX, conformó el presupuesto para la configuración del hecho delictivo en niveles o categorías independientes. Tal delimitación fue capaz de resolver problemas periféricos: por un lado, la aplicación del derecho material en el proceso penal; por el otro, la cuestión de la punibilidad de los partícipes en caso de desistimiento del autor.

La separación de la tentativa y del desistimiento por parte de la dogmática del siglo XIX fue la solución al problema de la participación. La delimitación del delito en las categorías tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad caracterizó a la dogmática de fines del siglo XIX y la de comienzos del siglo XX, y experimentó una concreción más avanzada con la "teoría final de la acción" [340]. La evolución de esta teoría a partir de los años 30 del siglo XX, tuvo como consecuencia el traslado del dolo natural desde la culpabilidad al tipo penal[341]. Uno de los resultados de este cambio, la así denominada teoría limitada de la accesoriedad de la participación, encontró recepción legislativa en 1943 en el §§ 49-49 y especialmente 50.1 del StGB[342]. De este modo cayó el último motivo originario, esgrimido para la separación legal entre tentativa y desistimiento[343].

Sin embargo y a pesar de ello, no se verificó el necesario debate en cuanto a si debían mantenerse la comprensión separada de ambos institutos y si debía considerarse al desistimiento como una causa de exclusión o supresión de la pena. Hasta la mitad de los años 50, se siguió recurriendo a esa caracterización del desistimiento propia de la opinión dominante para resolver la problemática -ya obsoleta- de la participación criminal[344]. La

[340] Cfr. Hans WELZEL, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*, Walter de Gruyter, Berlin, 1940, 22 ss. y 35 ss.; EL MISMO, "Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre", *Juristische Schulung JuS* 1966, 421 ss.

[341] De acuerdo con la concepción dominante hasta entonces el dolo era considerado una "forma de culpabilidad".

[342] El § 50.1. del StGB de 1943 establecía que "En caso que varios participen en un hecho, cada uno será penado según su propia culpabilidad sin tener en cuenta la culpabilidad de los demás". Se interpretaba que este parágrafo normaba el principio de la accesoriedad limitada, según el cual la participación es punible cuando el hecho principal doloso es típico y antijurídico.

[343] En 1924 se habían abolido los tribunales por jurados, al tiempo que se aclaró la cuestión sobre la carga probatoria. Cfr., en este sentido, VON HIPPEL, *Untersuchungen…*, 33 ss.

[344] Cfr. SCHUMANN, *Zum Standort...*, 75 ss.

separación de la tentativa y del desistimiento en actos independientes -todavía indispensable para la teoría del siglo XIX- perdió su urgencia original y su justificación con la estructura del delito desarrollada en el siglo XX, en especial, con la introducción de la llamada accesoriedad limitada de la participación. Desde entonces, la tradición de una "consideración global" de ambos institutos permanece fuertemente controvertida, aun frente al diferente panorama dogmático del siglo XX.

3. El desistimiento como causa de exclusión de la tipicidad

3.1. El desistimiento como "elemento negativo" de la tentativa punible en la doctrina alemana

A mediados de los años 50 y, especialmente, durante los 60, se sumaron concepciones críticas al criterio dominante de tinte político criminal -el desistimiento como una causa de supresión de la pena- con base en la separación de tentativa y desistimiento, lo cual produjo una especie de resurgimiento de la denominada consideración global. En este contexto, se abandonó la teoría "del puente de oro" de la misma forma en que se acogió. Para renunciar a esa tesis político criminal tanto tiempo defendida por la judicatura y la doctrina bastó el argumento general de que el fundamento de esa teoría resultaba ajeno a la realidad y que no podía fundamentar el § 46 RStGB. La principal crítica a la concepción individual de tentativa y desistimiento fue realizada por VON HIPPEL con su construcción del desistimiento como elemento negativo del tipo. A él le siguieron, con otros matices, las posturas de LANG-HINRICHSEN y VON SCHEURL, todas las cuales serán objeto de desarrollo seguidamente.

3.1.1. La concepción de Reinhard VON HIPPEL

Para comprender la concepción de VON HIPPEL resulta conveniente, en primer lugar, exponer brevemente la posición de RADBRUCH[345] que le sirvió de base. Para este último la palabra "sistema" se puede utilizar con cinco significados distintos. Primero, la lógica formal conoce una sistemática doble: la deducción sistemática, que progresa a través de nuevas conclusiones, fruto de las premisas mayor, menor y conclusión propiamente dicha, y la clasificación sistemática que, desde conceptos de género, desciende a conceptos específicos al añadir distintos elementos o características. Pero no existe solo una lógica del pensamiento, que conforma los sistemas lógico-formales, sino también existe una lógica de la cosa misma, que configura una sistemática lógica-material (*sachlogische Systematik*) y que divide a la cosa en forma y sustancia, en categoría y materia, y que, por ello, se la denomina sistemática categorial. Junto a tales sistemas lógicos -formal y material-, se evidencia una sistemática teleológica, una ordenación según fines y medios.

Finalmente y a los fines expositivos, cabe señalar que cada uno de estos sistemas experimenta determinadas variantes: frente aquella sistemática científica, la sistemática didáctica se presente con la misión de hacer comprensible el sistema. Mientras que el sistema didáctico solo significa una forma de representar, los sistemas científicos poseen valor de conocimiento[346].

Para RADBRUCH, la sistemática del Derecho penal tiene una doble fundamentación: la teoría del fin de la pena como teleológica y la teoría de las normas como fundamentación categorial. En consecuencia, la estructura de la teoría del delito puede exhibir una perspectiva categorial o teleológica. Se construye desde un punto de vista clasificatorio-categorial cuando el concepto uniforme de injusto de la teoría del Derecho general se reduce al concepto de injusto punible -injusto del delito- a través de prescripciones más específicas. Por el contrario, se llega a una teoría del delito deductiva-teleológica cuando, sin ir por la vía del concepto de injusto general, el concepto de injusto punible se deduce inmediatamente del fin de la pena. La sistemática categorial del delito parte del supra concepto de todo injusto delictivo: el concepto de acción. A diferencia de ello, la

[345] Cfr. Gustav RADBRUCH, "Zur Systematik der Verbrechenslehre", *Festgabe für Reinhard v. Frank zum 70. Geburtstag*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1930, Band I, 158-173, 158 ss.
[346] Cfr. *idem*, 158-9.

sistemática teleológica elige el elemento especial del injusto punible como punto de partida para la definición del delito: el tipo. Y tampoco deduce el concepto de delito del concepto general del injusto delictivo, sino que, de entrada, lo separa o aísla del mismo[347].

Retomando ahora la argumentación de VON HIPPEL, cabe señalar que, con relación al § 46 StGB de 1871, el alcance y el contenido del concepto de tentativa dependía, en primer lugar, de la forma en que se contemplaba al desistimiento: como un elemento negativo del tipo -como lo hacían las teorías jurídicas- o como una excepción fuera del concepto de delito -tal como predicaba la opinión dominante de su época que lo considera una causa de supresión de la pena-. Sobre esta base, VON HIPPEL señaló que la pregunta primaria para un sistema teleológico debía referirse a qué parte de la conducta del autor era objeto del concepto de tentativa. Cuál era realmente el hecho que, sobre la base del correspondiente concepto de tentativa, debía ser analizado de acuerdo a su carácter socialmente insoportable[348].

En este sentido, VON HIPPEL indicó que de la expresión literal del § 46 RStGB "*la tentativa como tal queda impune…*", se deducen dos conceptos diferentes de tentativa. El primero se corresponde con una sistemática categorial, que parte del supra concepto de acción y designa a acciones que pueden subsumirse en el § 43 I RStGB. Sin embargo, para que un sistema categorial no degenere en un instrumento rígido, necesita al menos correcciones teleológicas de carácter político criminal, es decir, fuera de la dogmática penal[349]. El segundo concepto surge a través de eliminar casos de desistimiento de la amenaza penal frente al concepto categorial más estrecho, configurado desde una perspectiva teleológica, donde, para la determinación de la tentativa, el punto de partida lo constituye justamente el elemento especial del injusto punible[350].

Siguiendo a RADBRUCH, VON HIPPEL trató el concepto de tentativa categorial a la luz del criterio de su teoría jurídica y señaló que

[347] Cfr. *idem*, 160.
[348] Cfr. VON HIPPEL, *Untersuchungen…*, 30-31.
[349] Cfr. *Idem*, 31.
[350] Cfr. *Idem*, 32. Aquí cita expresamente a RADBRUCH, "Zur Systematik…", 158, 160.

"si se quiere deducir el concepto de tentativa categorial del concepto general del injusto, este, al parecer, ya se alcanzó irrevocablemente con el comienzo de la ejecución (§ 43 I). En consecuencia, otras circunstancias de hecho que aparezcan, si bien pueden modificar el injusto, no pueden suprimirlo. Dado el carácter fragmentario del Derecho penal no puede entenderse desde una perspectiva categorial; cada ausencia de punibilidad detrás del injusto categorialmente determinado aparece como contraria al Derecho. Por tanto, el desistimiento de la tentativa no puede ser clasificado en el sistema. Así se presenta como una causa personal de exclusión o de supresión de la pena, sin que se explique suficientemente qué debe entenderse jurídicamente bajo tales denominaciones. En virtud de que el sistema no permite otra cosa, el desistimiento se presenta, sin mayor investigación de la realidad, como una nueva acción, cuyo 'premio jurídico' solo se puede justificar político-criminalmente, es decir, desde una perspectiva teleológica. De este modo, para las teorías categoriales de la tentativa, la pregunta sobre el punto de partida del problema del desistimiento ya se encuentra prejuzgada con la elección del sistema categorial"[351].

Frente a ello, consideró que teleológicamente se debía partir de un concepto de "tentativa punible", aunque con ello no se determinase todavía cuál era la importancia del desistimiento en la construcción del concepto de tentativa. La elección del sistema solo implicaba que el desistimiento debía encontrar su explicación y justificación dentro del concepto de tentativa, ya que, en un sistema teleológico, no podían existir causas de exclusión o de supresión de pena[352]. Sería posible, incluso, que la teoría categorial y la teoría teleológica de la tentativa coincidiesen en los resultados prácticos, si el § 46 se mostrase como una causa de supresión de la culpabilidad[353].

El concepto categorial de tentativa de VON HIPPEL describía el así llamado "comienzo de la tentativa". Si este solo tramo de acción comprende el elemento de la

[351] VON HIPPEL, *Untersuchungen…*, 32-33.
[352] Según RADBRUCH, "Zur Systematik…", 158, 170, cada causa de exclusión o de supresión de la pena tiene que ser detenidamente estudiada para clasificarla en el concepto del delito o en los presupuestos procesales.
[353] Cfr. VON HIPPEL, *Untersuchungen…*, 33.

tentativa "comienzo de ejecución", entonces el traspaso del límite entre acción preparatoria y comienzo de tentativa punible cumple con todos los requisitos del concepto "tentativa punible". La acción ejecutiva que le sigue -y que aparece como desistimiento- debería ser valorada dogmáticamente como un nuevo hecho autónomo. Sin embargo, tal comprensión puntual de la tentativa no es capaz de explicar el efecto de impunidad del desistimiento desde una perspectiva estructural del delito -propia del criterio de las denominadas teorías jurídicas-, sino que solo ofrece consideraciones por fuera del sistema del delito -aquí, la disposición legal del § 46 RStGB que obedece a un criterio político criminal-. En consecuencia, para este autor, un concepto categorial de tentativa condiciona al desistimiento necesariamente como *exceptio* de la estructura general del delito. A diferencia de ello, una perspectiva teleológica de la tentativa solo indica que el desistimiento debería encontrar su explicación y justificación dentro del concepto de tentativa, como ya se expuso.

Desde esta perspectiva, VON HIPPEL llega a concebir al desistimiento como "elemento negativo del tipo" de tentativa mediante una comprensión de toda la secuencia de conducta entre la acción preparatoria y la "no consumación"[354]. De este modo, también se incluyen bajo tal "tentativa" a las acciones que el autor realiza tras el comienzo de aquella. Consecuentemente, la "tentativa punible" comienza con el traspaso entre acto preparatorio y comienzo de la ejecución, pero recién termina con la última acción ejecutiva antes de la definitiva "no consumación".

Aquí ya se incluye este tipo del delito no consumado dentro del primer nivel de la tipicidad. Por tanto, cuando el sujeto desiste, falta un elemento constitutivo de la "tentativa punible". Esta ubicación del desistimiento en el tipo lleva a que, en caso de desistimiento del autor, también queden impunes los partícipes, porque falta el carácter de hecho

[354] Cfr. *idem*, 63, donde señala que si la regulación de la tentativa se limitase a los §§ 43-45 RStGB, entonces aquella terminaría con la producción de la concreta puesta en peligro del bien jurídico y sin que se tenga en cuenta la finalización de la acción. Todas las acciones que continuasen ya no serían relevantes para el tipo penal, sino solo para la medición de la pena. Por el contrario, en el derecho vigente, las posibles acciones que van más allá de la concreta puesta en peligro no pueden ser excluidas como irrelevantes para el tipo de la tentativa, ya que el § 46 hace depender su punibilidad -en una fórmula negativa- justamente del desistimiento. Sería inaceptable concluir, de la secuencia lógica de los §§ 43-46 RStGB, que se trata de acciones reales temporalmente distintas.

principal de la tentativa[355]. Para VON HIPPEL, sin embargo, este resultado no representa algo insatisfactorio que obligue a clasificar al desistimiento dentro de otra categoría de la estructura del delito. Por el contrario, para él es la consecuencia que surge de la consideración de la "teoría general de la tentativa". El restante merecimiento de pena del partícipe que no desistió solo se puede fundar en la peligrosidad de la propia acción del partícipe[356]. Esta, sin embargo, no se encuentra en una relación determinada con la conducta del autor. Por tanto, la crítica a la impunidad del partícipe -como consecuencia del desistimiento del autor- se debería dirigir principalmente contra la accesoriedad de la participación. Por lo demás, para una mejor protección de bienes jurídicos específicos contra determinados ataques existe la posibilidad de romper con la accesoriedad mediante la transformación de los tipos en tipos de emprendimiento. Visto desde la teoría general de la tentativa, por tanto, las acciones de los partícipes, en caso de desistimiento del autor, tampoco necesitan pena[357].

Con la determinación del desistimiento como un elemento negativo del tipo del primer nivel del delito, VON HIPPEL incluía ya en el tipo consideraciones sobre merecimiento y necesidad de pena, y, consecuentemente, las confrontaba con la cuestión del desistimiento antes de las categorías "antijuridicidad" y "culpabilidad"[358].

---

[355] Para VON HIPPEL, *Untersuchungen…*, 71, las acciones de los partícipes -en caso de desistimiento del autor- son "participación o inducción tentada impune". Con ese desistimiento, el partícipe es estafado en cuanto al resultado. Distinto es el caso de impunidad del autor por incapacidad de culpabilidad o por algún privilegio de la Parte Especial con referencia a una relación personal. Por ello, en estos casos, la accesoriedad es limitada.

[356] Cfr. *idem*, 72.

[357] Cfr. *idem*, 72-73. Con relación a las objeciones formuladas por JÄGER, *Der Rücktritt...,* 4, en el sentido que la concepción de VON HIPPEL entra en conflicto con los principios de la accesoriedad en la participación, SCHUMANN, *Zum Standort…*, 81, sostiene que aquella crítica no se entiende ni se puede seguir. Un análisis más profundo revela que la concepción de VON HIPPEL estaba estrictamente orientada a criterios de accesoriedad, porque él refiere el desistimiento -como un "elemento negativo del tipo"- a la tentativa como hecho principal y porque también reconoce el resultado que se debe a dicha concepción. La interpretación de VON HIPPEL no transita por los caminos muchas veces desandados en la historia de la dogmática penal, que alojan al desistimiento en otro nivel sistemático de la estructura del delito solo por causa de la cuestión de la participación. Consecuente con ello, concluye la autora, VON HIPPEL toma más bien una fundamentación autónoma para la punibilidad del partícipe que no desiste.

[358] SCHUMANN, *Zum Standort…*, 82, objeta a la concepción de VON HIPPEL que, con la negación del tipo, también niega en su conjunto a la acción manifestada en el comienzo de la tentativa y la considera jurídicamente irrelevante. La aceptación de tal efecto posterior de anulación -que le atribuye al desistimiento- sobre una tentativa punible desconoce, sin embargo, que el tramo objetivado de tentativa como "algo ya sucedido" no puede ser negado y que, por ello, también debe tener una consideración dogmática.

3.1.2. La teoría unitaria del hecho ampliado de LANG-HINRICHSEN

El punto de partida de la tesis de LANG-HINRICHSEN[359] es una crítica a la "teoría del fin de la pena" o "teoría del indicio", que el BGH adoptó en 9,48 (52)[360] a través del abandono expreso de la "teoría del puente de oro". Señala que peligro y peligrosidad son conceptos que suponen un pronóstico *ex ante*: cuando se afirma su concurrencia, no existe posibilidad de que acontecimientos posteriores los desvirtúen. No existe principio empírico alguno que permita afirmar que la decisión de abandonar voluntariamente no haya sido firme desde el principio. Por cierto, pueden haber aparecido diferentes circunstancias que hayan conducido al abandono de la decisión. No obstante, afirmar que esta decisión haya tenido una intensidad reducida desde el comienzo no se corresponde con la realidad de la mayoría de los casos. Por ejemplo, cuando alguien realiza primero malos actos y luego buenos, no puede afirmarse con carácter general que los buenos actos conviertan a los malos en menos malos o que la originaria voluntad delictiva haya sido menos delictiva. Para LANG-HINRICHSEN, a menudo la "teoría del fin de la pena" termina en una ficción o en una presunción irrefutable. La decisión criminal debe tener siempre una intensidad considerable y dirigida a la total ejecución del delito, ya que, de lo contrario, no se presentarían los elementos de la tentativa. La voluntad criminal puede presentarse muy fuerte y dirigirse a un delito muy grave, pero, incluso así, el privilegio del desistimiento siempre entrará en juego cuando concurran todos sus requisitos. Con relación a otro argumento de la "teoría del indicio" -la pena ya no aparece necesaria para impedir que el actor cometa otros delitos en el futuro-, afirmaba que solo podía ser definido como un "pronóstico político-criminal extremadamente audaz".

Según su concepción, lo incorrecto de estas teorías estriba en considerar la tentativa y la posterior conducta de desistimiento en forma separada: primero debe surgir la pretensión punitiva en virtud de una tentativa, para luego ser nuevamente suprimida por el desistimiento. Al igual que en todo el Derecho, corresponde adoptar aquí una consideración global: ello no significa incluir el desistimiento en el tipo penal, porque conduciría a la

[359] Ver LANG-HINRICHSEN, "Bemerkungen…", 353-379.
[360] BGHSt 9, 48 (52), del 28 de febrero de 1956 – 5 StR 352/55

inmerecida impunidad de los partícipes ante el desistimiento del autor[361]. Para esta perspectiva, la consideración global debe conducir a una extensión del "concepto de hecho" (*Tatbegriff*) desde una perspectiva teleológica, al igual que en la medición de la pena (*Strafzumessung*).

Este "concepto de hecho" debe ser concebido de tal forma que se incluyan en él todas las circunstancias que, desde puntos de vista axiológicos, permitan una valoración total de la conducta. Dentro de esta valoración, la que corresponde a la tentativa de quien desiste solo constituye un fragmento para la valoración total. Para completar este fragmento de conducta hay que adicionarle otro: el desistimiento. También aquí cabe ampliar el hecho mediante la inclusión de la posterior conducta de desistimiento -más allá de la acción típica de tentativa-. El proceso dinámico de la transformación de una voluntad orientada a la lesión de un bien jurídico en una voluntad fiel al Derecho dirigida a evitar esa lesión constituye la situación completa a valorar. El conjunto de ese suceso configura una nueva base axiológica común, una estructura valorativa unitaria de nuevo rango (*ein einheitliches Wertgefüge neuen Ranges*), que produce un nuevo juicio sobre el merecimiento de pena[362].

Contra dicha unidad no se opone el hecho que la nueva voluntad fiel al Derecho se haya formado posteriormente. Si en esto se pretendiese apreciar una cesura que impida aquella unidad, ello obedecería a un punto de vista psicológico-naturalista, inconciliable con la concepción normativa del "concepto de hecho". Para este concepto, que pretende captar el contenido completo de valor y sentido, el suceso -que representa la transformación de la voluntad- también puede revelarse como una unidad de sentido y generar, por tanto, una nueva base valorativa unitaria. Aquello que está separado psicológicamente también puede constituir una unidad desde el punto de vista axiológico. No se trata de que una conducta posterior compense la anterior o de que la haga aparecer luego bajo otra óptica. La primera conducta conserva el carácter de lo negativo; a través de la ulterior irrupción de lo positivo resulta un nuevo aspecto para la totalidad de la conducta como objeto de valoración. Ambos modos de conducta aparecen, por así decirlo, como puntos negativos y

[361] Cfr. LANG-HINRICHSEN, "Bemerkungen…", 353, 370.
[362] Cfr. *idem*, 353, 371.

positivos de un balance que, bajo una consideración global, conduce a otro resultado con relación al merecimiento de pena[363].

En cualquier caso, para LANG-HINRICHSEN la impunidad prevista en el derecho vigente no es obligatoria, como buscaron demostrar las teorías jurídicas del siglo XIX. Todo depende de la valoración del legislador con relación al merecimiento y la necesidad de pena del hecho total. Como no se puede establecer con precisión cuándo una acción merece o necesita pena, el legislador ha creado aquí un margen de apreciación judicial, lo que no requiere ninguna explicación complicada, ya que se trata de una nueva base de valoración. En efecto, cuando alguien hace algo malo y luego voluntariamente hace algo bueno, el resultado es una nueva plataforma axiológica producto de la consideración global. De este modo, todo aquel arsenal de ideas -tales como anulación, presunción, deficiente intensidad, puente de oro, premio, gracia, indicio, etc.- habría sido innecesario, si se hubiese acogido una consideración global que contemplase a todo el suceso como un "hecho". Solo cuando se propicia la separación de tentativa y desistimiento, y se parte de una pretensión punitiva ya existente, son necesarias operaciones mentales tortuosas o de imposible ejecución. Lo demuestra la historia de la dogmática penal, donde aquella separación amargó la vida de generaciones de juristas[364].

Como objeción se podría señalar que no se puede negar el surgimiento de aquella pretensión punitiva, ya que la primera parte de la conducta satisfizo los demás elementos típicos de la tentativa. Pero esta línea argumental se sustentaría en una perspectiva atomizada, que valora ambos hechos en forma separada con el siguiente resultado: el primer tramo del hecho representa una conducta que cae en el tipo de tentativa. Su consecuencia es atribuirle importancia al segundo tramo de conducta solo en la medida en que ejerza efectos retroactivos sobre el primero, el cual, desde el enfoque unitario, es un componente independiente de un complejo axiológico unitario y, por tanto, no susceptible de una valoración jurídica independiente. Para LANG-HINRICHSEN existe un "hecho": aquí radica la diferencia entre la "teoría unitaria" (*Einheitstheorie*) y la de la "separación". El

[363] Cfr. *idem*, 353, 372
[364] Cfr. *idem*, 353, 373

examen valorativo debe ser realizado frente a la conducta total concluida, es decir, *ex post*. De ello resulta que la pretensión punitiva todavía no se ha originado. La solución del problema no se encuentra en los niveles de la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad o en el de la pretensión punitiva, sino en el merecimiento de pena del "hecho" -el "hecho ampliado" (*der erweiterte Tatbegriff*)-, en el sentido de un hecho total producto de una consideración global[365].

Esta misma perspectiva le sirve de base para justificar la punibilidad de los partícipes que no desisten. Que deben ser punibles se concluye tanto del tenor literal de la ley como también del sentido de la regulación de la tentativa. La concepción valorativa de "un hecho" global y la afirmación de que la pretensión punitiva no se originó para el autor que desiste podrían traer dificultades para fundamentar la punición de los partícipes. Se le podría objetar inconsecuencia con el argumento que no existe una acción punible en absoluto y, así, que se lesiona el principio de la accesoriedad[366]. El concepto teleológico del hecho no está preestablecido en el Derecho, sino que es un típico producto jurídico artificial. De ello surge la posibilidad, desde un prisma teleológico-normativo, que el hecho del autor proyectado sobre el mismo pueda ser un hecho distinto del mismo hecho proyectado sobre los partícipes sin que se afecte el principio de accesoriedad. En suma, el mismo hecho del autor puede resultarle distinto del que les resultaría a los partícipes[367].

Ello se explica de la siguiente manera: un tipo de conducta del autor -aquí: tentativa- se encuentra en una relación material inseparable con otro tipo de conducta del mismo autor -aquí: desistimiento-, con la consecuencia que ambos comportamientos conforman una unidad y que no existe un comportamiento punible. Sin embargo, para los partícipes no existe esta relación entre tentativa y desistimiento. De allí que, para el partícipe, se debe valorar el hecho del autor sin aquella relación. Entonces, si el primer tramo del hecho del autor se proyecta en forma independiente sobre el partícipe, para este resulta una valoración jurídica propia como "tentativa punible". Ello demuestra la relatividad del concepto de hecho en el Derecho penal: el hecho del autor puede ser un

[365] Cfr. *idem*, 353, 374.
[366] Cfr. *idem*, 353, 375.
[367] Cfr. *idem*, 353, 376.

hecho para este y otro distinto para los partícipes. Esta conclusión solo puede encontrar rechazo en quienes aplican categorías naturalistas en el campo del Derecho. Se trata de un supuesto de doble valoración, que se corresponde con la distinta forma de abordaje de los temas por parte de las ciencias del espíritu en relación con las ciencias naturales. Por ejemplo, en estas últimas, la causalidad física solo puede tener un único curso para un determinado resultado. Por el contrario, el Derecho, como ciencia del espíritu, explora e indaga según valores; no busca fenómenos corporales en las relaciones de las personas con respecto al tipo penal, sino que se orienta a la determinación de las consecuencias jurídicas. En suma, se trata del criterio de la doble valoración del hecho principal[368].

En suma, de acuerdo con la concepción de LANG-HINRICHSEN, en la teoría de la tentativa, lo decisivo para el autor es la relación de la conducta de tentativa con la conducta de desistimiento. Ello conduce a una valoración unitaria del hecho total, dentro del cual la conducta de tentativa pierde su significado independiente. Pero, teniendo en cuenta que aquella relación no tiene lugar con respecto a los partícipes, el hecho del autor se independiza para estos como una conducta que se subsume en la disposición de la tentativa y que determina su punición por participar en ella[369].

A diferencia de VON HIPPEL, LANG-HINRICHSEN evitó clasificar al desistimiento como elemento negativo del tipo de tentativa por la cuestión de la participación. Consideró que se trata de un "concepto de hecho" que se extiende más allá del nivel de la culpabilidad y que se debe determinar teleológicamente dentro del marco de una consideración global. Para esta concepción, el desistimiento no corresponde a los niveles de tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad, sino a un nivel que ubica entre la culpabilidad y la punibilidad, ya que a través del desistimiento la pretensión punitiva no llega a originarse.

De este modo, según una parte de la doctrina[370], LANG-HINRICHSEN, aunque sin señalarlo expresamente, contempla un concepto de "tentativa" y otro de "tentativa punible", el último de los cuales aparece en la descripción general "concepto de hecho" (*Tatbegriff*) e

[368] Cfr. *ibidem*.
[369] Cfr. *idem*, 353, 379.
[370] Cfr. SCHUMANN, *Zum Standort…*, 83.

implica el elemento "merecimiento de pena" de la tentativa en caso de un "no desistimiento". Así, el desistimiento debería ser caracterizado como un elemento del "tipo de punición" de la tentativa (*Bestrafungstatbestand*) -es decir, la "tentativa punible"- y no como un elemento del tipo de tentativa. Así, para este enfoque, la tentativa surge con el traspaso del límite entre actos preparatorios y el comienzo de ejecución, donde este último ya satisface los niveles de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. En cambio, la "tentativa punible" -designada por LANG-HINRICHSEN como "concepto de hecho"- comprendía, además, toda la secuencia de la acción del hecho que se extiende hasta la "no consumación". Ello determina que considerase al desistimiento como un elemento -negativo- del "merecimiento de pena" de la tentativa. Así, mientras que para VON HIPPEL, la "tentativa punible" se desarrollaba sucesivamente con el comienzo de la tentativa, LANG-HINRICHSEN separó el criterio de "punibilidad" del criterio de tentativa. Con relación a este último criterio, primero surgía una "tentativa" típica, antijurídica y culpable, y, recién a continuación, aparecía la pregunta sobre el merecimiento de pena y también sobre el desistimiento. Si no había desistimiento, con la verificación del elemento "merecimiento de pena" se daba también una "tentativa punible"[371].

3.1.3. La concepción de VON SCHEURL

Si bien VON SCHEURL[372] se dedicó a continuar el concepto de desistimiento desarrollado por VON HIPPEL -como elemento negativo del tipo-, cuando abordó la cuestión de la participación, su argumentación desatendió los límites de las perspectivas de tentativa y desistimiento, cuyos contornos estaban bien definidos. A diferencia de VON HIPPEL, quien

[371] Según cierta doctrina, a ese manejo diferenciado de los conceptos de tentativa y tentativa punible habrá que adjudicarle algunas malas interpretaciones en la actual dogmática de la tentativa y desistimiento. Además, también habría contribuido a la errónea interpretación de las teorías jurídicas del siglo XIX. Cfr. SCHUMANN, *Zum Standort…*, 83, donde, agrega, que de lo que cabe dejar constancia es que LANG-HINRICHSEN también basó su concepción de la tentativa y del desistimiento sobre toda la secuencia de acción que se extiende entre el umbral de la tentativa hasta la "no consumación". A diferencia de VON HIPPEL, no es el nivel sistemático de la tipicidad, sino un "concepto de hecho" (*Tatbegriff*) -que, a su vez, comprende el "tipo de punición" (*Bestrafungstatbestand*) de la tentativa-, el que contiene el fundamento valorativo para la determinación de la "tentativa punible". Mientras que VON HIPPEL extiende el "tipo" con el elemento "desistimiento" para la ubicación sistemática del desistimiento, LANG-HINRICHSEN intercala un nivel normativo adicional "merecimiento de pena" entre los niveles culpabilidad y punibilidad.

[372] Guntram VON SCHEURL, *Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer*, Duncker & Humblot, Berlin, 1972, 20-41.

reconoció la impunidad de los partícipes ante el desistimiento del autor, esta concepción no mantuvo tal estrictez. Es más, redujo la pregunta sobre la relación estructural entre tentativa y desistimiento a la solución del problema de la participación. A fin de mantener el carácter de hecho principal de la tentativa -tras un desistimiento del autor-, complementó el concepto de tipo ampliado de VON HIPPEL con un elemento personal referido al autor. Según este enfoque, como elemento negativo del tipo, se le debía atribuir al desistimiento solo un efecto personal.

Desde esta perspectiva y para su mejor comprensión, conviene partir primero de las objeciones críticas de VON SCHEURL a la teoría político-criminal y a la del fin de la pena. Con relación a la primera, señaló que la impunidad -o, al menos, la atenuación de la pena- en caso de desistimiento de la tentativa fue reconocida, a más tardar, por los pos glosadores -ya se encontraba, por ejemplo, en el art. 178 de la Carolina-. El legislador de 1871 no introdujo un instituto nuevo en el RStGB con el fin de evitar lesiones a bienes jurídicos, sino acogió un instituto largamente reconocido y le añadió la exégesis correspondiente al espíritu de la época. Si ello se aprecia desde tal prisma, no cabía adjudicarles a aquellas teorías una importancia especial[373].

Además, si la teoría del fin de la pena se piensa hasta el final, de su contenido resulta que solo es merecedora de pena la voluntad suficientemente firme de ejecutar el hecho. Tan pronto se demuestre que no lo es, la tentativa dejará de ser punible. Ahora bien, el desistimiento puede depender de varias casualidades. El autor puede encontrar la posibilidad de desistir en un momento temprano y, en este caso, nadie puede saber si tenía una energía criminal firme. Por tanto, según la teoría del fin de la pena, una voluntad criminal firme y tenaz es necesaria para la punibilidad de la tentativa; en tanto no sea desvirtuada, se supone su existencia. Ello esconde criterios que habían sido receptados por la teoría jurídica de la presunción y que se consideran superados desde hacía tiempo. Sin embargo, el Derecho penal no conoce una punición por un presunto injusto y por una presunta culpabilidad. Esta comprobación le permite concluir a VON SCHEURL que la teoría del fin de la pena se basa no solo en un pronóstico político-criminal audaz, sino en uno

[373] Cfr. *idem*, 23.

inadmisible. El fundamento de la impunidad del desistimiento no puede radicar en la debilidad de la voluntad del autor y, por tanto, se debe encontrar en otro lugar[374].

Luego de plantear las objeciones a aquellas dos teorías, el autor formula su propia perspectiva en los siguientes términos. La consecuencia del desistimiento es la impunidad, porque la tentativa solo afecta en forma duradera a la paz jurídica cuando ya no hay vuelta atrás para el autor, pero no cuando este se distancia claramente de la ejecución ulterior del delito. La paz jurídica es justamente el punto de vista capaz de reunir en el tipo penal tanto el desvalor de acción como el de resultado. De allí que el desistimiento deba ser apreciado como un elemento negativo del tipo[375].

Para esta concepción, la opinión dominante presenta una contradicción interna cuando, a las categorías valorativas "tipicidad", "antijuridicidad" y "culpabilidad", le adiciona una puramente formal denominada "causas de supresión de la pena". La perspectiva, según la cual el comienzo de la acción ejecutiva determina automáticamente la punibilidad de la tentativa -que luego puede ser nuevamente eliminada a través del desistimiento-, se basa en un criterio cuasi naturalista sin fundamento alguno. La tentativa no es punible -en caso de desistimiento-, porque, a raíz del claro distanciamiento del hecho por parte del autor, no afectó la paz jurídica en forma persistente. Ello solo sucede cuando el hecho se le va de las manos al autor. Y, como ya se expuso, el criterio de la afectación de la paz jurídica es el único con idoneidad suficiente para reunir el desvalor de acción y el de resultado en el tipo penal de la concepción tradicional. Es por ello que el desistimiento debe ser alojado en el tipo como un elemento negativo y, consecuentemente, lo mismo debe suceder con otros presupuestos de punibilidad. Se arriba, así, a un concepto de hecho ampliado que se denomina tipo de injusto. La doctrina dominante, por el contrario, le asigna al tipo distintas funciones, razón por la cual este se encuentra limitado en su extensión[376]. Como conclusión, VON SCHEURL afirma que el desistimiento es un elemento personal negativo del tipo. La consecuencia personal "impunidad "se deduce del tenor

[374] Cfr. *idem*, 24. Según este autor, el rechazo a la teoría del indicio o fin de la pena es lo que piensa SCHRÖDER cuando afirma que el desistimiento no es un indicio, sino un motivo real de impunidad; ver Horst SCHRÖDER, "Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch", *Juristische Schulung JuS* 1962, 81.
[375] Cfr. VON SCHEURL, *Rücktritt…*, 28.
[376] Cfr. *idem*, 34-35.

literal del § 24 II StGB y también de la sistemática externa de las disposiciones sobre participación; el principio de la accesoriedad no se le opone.

La participación punible requiere un hecho antijurídico y doloso -§§ 26, 27 StGB-, mientras que no son considerados -§ 28 StGB- los especiales elementos personales que excluyen la pena en el caso de juzgamiento de un partícipe en cuya persona no se verifiquen. Por lo demás, el requisito de la voluntariedad también confirma que se trata de un elemento personal[377]. Según la concepción dominante, solo existe participación con respecto a un hecho doloso y antijurídico. Si se aplica este principio al resultado al que arriba VON SCHEURL -ausencia de injusto en caso de desistimiento-, entonces sería obligatoria la conclusión de VON HIPPEL que extiende la impunidad a los partícipes. Sin embargo, ello esconde una confusión de conceptos. El concepto de tentativa de la teoría dominante tiene un significado más estrecho que el de VON SCHEURL, para quien existe la posibilidad de que solo una parte de los elementos que conforman el concepto de injusto constituyan presupuestos indispensables de la punibilidad de la tentativa.

En concreto: para la cuestión de la punición de la participación solo es decisivo el comienzo de la ejecución a través del autor -§ 22 StGB- y no la razón por la cual la tentativa no se consumó -frustración o desistimiento-[378]. En el caso del partícipe, su propio desvalor de acción constituye la base de valoración. Aquello que, con relación al autor, se juzga como referido a la acción se transforma en desvalor de resultado para el partícipe. A través de la combinación y conversión de los factores, en la consideración global se debe desplazar necesariamente su peso. Si, con relación al autor, el desistimiento era capaz de debilitar el juicio sobre el injusto, ese resto débil -transformado en desvalor de resultado- puede alcanzar para completar el desvalor de acción del partícipe. La dependencia del injusto del partícipe del injusto del hecho principal tampoco es del todo rígida para la teoría dominante. La accesoriedad es relajada mediante el § 28 II StGB. Elementos personales que agravan o atenúan la pena solo valen para aquel en cuya persona se verifican. Varios de dichos elementos se refieren al contenido del injusto del hecho. Una punición del partícipe,

[377] Cfr. *idem*, 41.
[378] Cfr. *idem*, 37.

a pesar del desistimiento del autor, no debe entrar en contradicción con el principio de accesoriedad dominante[379].

3.2. El desistimiento como causa de exclusión de la tipicidad en la doctrina de habla hispana

Esta postura se desarrolló en la doctrina española al amparo del Código Penal de 1973, que no contenía reglas específicas para el desistimiento, que se encontraba incluido en la propia definición de tentativa y frustración del art. 3°. Ello explica por qué la antigua doctrina española, sobre la base de una interpretación gramatical, consideraba el desistimiento como "un elemento negativo" del concepto de tentativa[380]. Se llegaba a esta conclusión por comparación con la legislación alemana, que regulaba desistimiento y tentativa en parágrafos distintos[381], y cuya doctrina, por tanto, concebía al desistimiento como causa personal de supresión de la pena.

En cuanto al Código Penal español de 1995, un sector de la doctrina contemporánea considera que la situación no ha variado con referencia al Código anterior. Aun cuando los apartados 2° y 3° del art. 16 contienen referencias específicas sobre el desistimiento, en el

---

[379] Cfr. *idem*, 40.

[380] El principal exponente de esta concepción es RODRÍGUEZ MUÑOZ, a cuya opinión ha adherido la totalidad de la antigua doctrina española, así como la jurisprudencia. Sobre los partidarios de esta posición, cfr. las menciones de MUÑOZ CONDE, *El desistimiento…*, 44-45, así como POZUELO PÉREZ, *El desistimiento…,* 217-218 y MIR PUIG, *Derecho Penal PG*, 356-356. Dentro de la literatura argentina, Carlos FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho Penal (Parte General)*, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, II, § 48-2, con referencia a la postura de RODRÍGUEZ MUÑOZ, señala que sus argumentos "ofrecen sumo interés… para sostener que, tal como está regulado en la ley española, el desistimiento voluntario hace desaparecer el delito: Si el sujeto desiste, ¿qué es lo que se produce jurídico-penalmente? que falta la tentativa. Por tanto, dice, no estamos ante una causa personal de exclusión de la pena, sino ante una ausencia de antijuricidad tipificada, pues no olvidemos que la tentativa es una causa de extensión de la pena".

[381] El § 43 del antiguo StGB definía así a la tentativa:"(1) Será castigado por tentativa quien manifiesta la decisión de cometer un crimen o delito por acciones que contienen un comienzo de ejecución de este crimen o delito, si el delito o crimen intentado no llegase a la consumación. (2) La tentativa de un delito solo será castigada en los casos en que la ley lo determina expresamente". En otro parágrafo, el § 46, se refería al desistimiento en los siguientes términos: "La tentativa como tal permanece impune, si el autor: 1° ha abandonado la ejecución de la acción intentada, sin haber sido impedido en esta ejecución por circunstancias independientes de su voluntad o, 2° ha evitado, por propia actividad, la producción del resultado que constituye la consumación del crimen o delito, en un momento en que todavía no haya sido descubierta su acción".

apartado 1° se supedita la sanción de la tentativa a la no producción del resultado "por causas independientes de la voluntad del autor". Esta opción legislativa, que regula la impunidad del desistimiento implícitamente en la definición de tentativa, "mezclando la perspectiva *ex ante* con la *ex post"*, habilitaría a seguir considerando la ausencia de desistimiento voluntario como requisito de la de tentativa. En otras palabras, la falta de producción del resultado -por causas dependientes de la voluntad del autor- determina la supresión de la tentativa[382]. Dentro de esta línea de pensamiento, se destacan dos propuestas que, con matices diferentes, intentan fundamentar la tesis del desistimiento como causa de exclusión del tipo.

Desde una de estas posturas, se califica al desistimiento como causa de exclusión del "tipo de injusto penal de la tentativa". En las palabras de su principal defensor:

> "si en nuestro Derecho el desistimiento anula la tentativa, supondrá, en efecto, la desaparición de las razones político-criminales de la punición de la misma. El castigo de la tentativa no solo presupone la prohibición de la conducta por su peligrosidad *ex ante*, sino también la necesidad de pena a la vista del hecho resultante *ex post*. El desistimiento voluntario no puede excluir la peligrosidad *ex ante* ni, por tanto, la prohibición de la conducta (también *ex ante*), pero sí pone de manifiesto un hecho resultante *ex post* que no hace necesaria la pena. Lo que resulta es, en efecto, un intento que se ha demostrado (*ex post*) incapaz de determinar la consumación por una insuficiente capacidad de realización del delito inherente al motor interno de la acción, esto es, a la voluntad del agente. Ello no puede impedir que antes del desistimiento se hubiera producido un hecho antijurídico que no cabe ya borrar. Mas si se concibe -como aquí- el tipo como tipo de injusto penal (y no solo como tipo de injusto), cabe entender que el desistimiento voluntario excluye el tipo (penal) de la tentativa sin que niegue el injusto anterior, sino solo su relevancia penal, por falta de necesidad de pena"[383].

[382] Cfr. MIR PUIG, *Derecho Penal PG*, 356-357; REAÑO PESCHIERA, "Sobre los fundamentos…", 346-7

[383] MIR PUIG, *Derecho Penal PG*, 357-358, cursiva y paréntesis en original; asimismo, cfr. 150-152, donde se encuentra el núcleo de su argumentación. Allí hace referencia a lo que denomina "injusto penal típico", a través del cual se realiza la selección de los hechos penalmente relevantes. Para ello, se toma en cuenta no

Una segunda posición reputa al desistimiento directamente como causa que excluye el tipo de injusto, y, por tanto, lo ubica sistemáticamente en el ámbito de la tipicidad. Aquí subyace la idea de considerar al desistimiento como el cumplimiento del deber de la norma en concreto que hace innecesaria la imposición de una pena. Se arriba a esta conclusión a través de la interpretación *contrario sensu* del apartado 1° del art. 16 del Código Penal español, que niega "la propia existencia de la tentativa como estadio punible del delito cuando media desistimiento", es decir, cuando el resultado, que debería haberse producido, no se realiza por causas dependientes de la voluntad del autor[384].

En tanto, como fundamento de la participación, se mantenga rígidamente el mayoritario principio de accesoriedad limitada[385], esta última concepción debería conducir inevitablemente a la insatisfactoria consecuencia de la impunidad del partícipe que no ha desistido, toda vez que el desistimiento excluye la tipicidad. Para salvar dicho problema, se propicia una interpretación más flexible de aquel principio, sobre la base de dos premisas básicas. En primer término, el partícipe, al igual que el autor, realiza su propio injusto, ya que nadie puede ser responsabilizado por el hecho de otro. En segundo lugar, se debe aplicar el principio de accesoriedad limitada en sentido cuantitativo y no cualitativo. Como corolario, para la punición del partícipe, no se requiere que el autor realice un hecho típico y antijurídico, sino que basta con que dé inicio a actos ejecutivos, aunque estos todavía no sean típicos. El castigo de la conducta del partícipe dependerá solamente de que este realice un injusto culpable, ya que, conforme con la primera premisa, se asume que el partícipe realiza su propio injusto[386].

---

solo la gravedad y peligrosidad del hecho antijurídico, o el grado de injusto, sino también se atiende a consideraciones de cuño político-criminal, tales como la oportunidad y necesidad de la pena. Si bien estas no se relacionan directamente con el contenido de antijuridicidad material del injusto, no por ello dejan de condicionar su antijuridicidad penal. En consecuencia, se incluye dentro del tipo a todos estos elementos que condicionan la punibilidad objetiva de un hecho. Por ello, no concibe al tipo como un "tipo de injusto", sino como un "tipo de injusto penal", que comprende entonces "no solo los presupuestos específicos de la infracción a la norma primaria, sino también presupuestos de aplicación de la norma secundaria, que se refieren a la objetiva relevancia penal del hecho". Por esta razón, "la exclusión del injusto penal también puede deberse al decaimiento de la suficiente necesidad de pena".

[384] Cfr. POZUELO PÉREZ, *El desistimiento*…, 268.

[385] Para que la punibilidad del hecho del autor alcance al partícipe, el principio de accesoriedad limitada, al que adhiere la mayoría de la doctrina, requiere una conducta típica y antijurídica por parte del autor.

[386] Cfr. POZUELO PÉREZ, *El desistimiento*…, 271-181.

La jurisprudencia española registra fallos, donde se adhiere expresamente al desistimiento como causa de exclusión de la tipicidad. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo ha indicado que:

> "ese desistimiento es una causa de exclusión de la tipicidad en la tentativa, consistente en la interrupción realizada por el sujeto activo, consecuencia de su propia, voluntaria, personal y espontánea conciencia. Además ha de ser, si se quiere que produzca efectos de exención criminal, ajeno a cualquier motivación externa"[387].

En una posición contraria, otros autores españoles consideran que la nueva regulación descarta definitivamente la antigua posición sobre el desistimiento como elemento negativo de la tentativa. La regulación autónoma del mismo, que se realiza en el apartado 2° del art. 16, sirve de base para fundamentar aquel aserto. Es evidente que el legislador ha tomado en cuenta consideraciones político-criminales de falta de necesidad de pena, lo cual deja intacto el injusto de la tentativa y solo afecta su punibilidad[388].

Un amplio sector de la doctrina argentina también se pronuncia por el carácter excluyente de la tipicidad. De este modo, se sostiene que la pena llega hasta el "tipo ampliado" de la tentativa, por lo que la tentativa desistida cae fuera de dichos límites. La ley, que es soberana en la delimitación de las figuras penales, ha definido el tipo genérico de la tentativa: objetivamente, como comienzo de ejecución de un delito determinado y, subjetivamente, como propósito de cometer un delito no desistido voluntariamente. Por ello, el desistimiento no es una excusa absolutoria, porque no se aplica una pena ya merecida. Este merecimiento, en su caso, se da cuando, en la ejecución se llega hasta el punto en que circunstancias ajenas a la voluntad del autor impiden consumar el delito. Desde esta perspectiva, no se toma la expresión "autor" del art. 43 del Código Penal

[387] STS, sentencia del 19 de octubre de 1996.

[388] Cfr. Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, "La regulación…", 51, 140; ello, sin perjuicio de su crítica a la plena exención penal, a la que ya se hizo referencia; EL MISMO, *Aproximación…*, 420.

argentino en sentido estricto, sino ampliado a todos los que participan. Por tanto, la exención de la pena alcanza también a los partícipes del hecho[389].

En similar dirección, se señala con referencia al mencionado art. 43 del Código Penal argentino que:

> "Aunque la fórmula parece indicar que no se trata de un problema de atipicidad -pues la ley expresa que *carece de pena* el *autor de tentativa*-, el desistimiento que opera sobre una tipicidad en curso la revoca, pues modifica la configuración del hecho: el desistimiento cancela el peligro de lesión y por ende, se trata de una etapa posterior atípica. El desarrollo dialéctico del *iter criminis* -que hace que la consumación niegue la tentativa y se presente frente a ella como hecho diferente-, también hace que el desistimiento voluntario, como hecho posterior al comienzo de ejecución, aparezca como negación de la tipicidad precedente"[390].

Por efecto de la relación dialéctica que vincula todas las etapas del delito el desistimiento cancela los actos anteriores, de modo que revoca el peligro de lesión, es decir, el plan delictivo en curso. A diferencia de lo que podría ocurrir entre consumación y tentativa, aquella oposición dialéctica es extrema en el desistimiento. Por tanto, si se lo concibe fuera de la teoría del delito -a saber, dentro de la punibilidad-, la consecuencia más grave es la imposibilidad de beneficiar a los partícipes de un hecho desistido por el autor. Resultarían castigados por su aporte a un curso de acción, cuyo peligro fue cancelado por el desistimiento del autor. De este modo, se lleva el ejercicio punitivo a un ámbito prohibido, conculcando el principio constitucional de reserva desde la perspectiva del principio de lesividad, "pues la única razón para la pena del partícipe sería su decisión de quebrantar la norma, pauta insuficiente para el Derecho argentino"[391].

---

[389] Cfr. FONTÁN BALESTRA, *Tratado DP PG,* II, § 48-2, quien arriba a dicha conclusión, luego de haber replanteado su postura originaria de concebir al desistimiento como una excusa absolutoria.
[390] ZAFFARONI / ALAGIA / SLOKAR, *DP PG*, 838, cursiva en original.
[391] Cfr. *idem*, 839.

En cuanto a las posturas críticas a la concepción del desistimiento como causa de exclusión del tipo, su principal reproche pasa por la colisión con el principio de accesoriedad limitada. La consideración del desistimiento como causa de exclusión de la tipicidad conduce a fricciones dogmáticas insalvables en materia de participación, especialmente, si se tiene en cuenta las regulaciones positivas que consagran la punibilidad del partícipe[392].

La posición mayoritaria de la doctrina española es criticada por la excesiva importancia que le concede a la forma de redacción utilizada por el legislador. Con respecto a ello, se señala que la interpretación gramatical no es el único método hermenéutico ni el más decisivo. Por otro lado, tampoco se compadece con el concepto dogmático del tipo como tipo de injusto. En él, se argumenta, deben incluirse aquellos elementos que fundamentan el contenido del injusto de un delito, la materia de prohibición misma, aquello que fundamenta el desvalor. Sin embargo, no pertenecen al tipo aquellos elementos que lo anulan y, por tanto, excluyen el hecho punible, aun cuando estén descriptos en la norma; "el tipo solo comprende las circunstancias que fundamentan el desvalor y no las que lo excluyen". Tampoco se concilia con la función político-criminal de motivación del tipo, ya que la impunidad, que se concede al desistimiento, no es un estímulo para al autor, como sí lo son la materia de prohibición misma y la amenaza penal[393].

Una interpretación literal es incompatible con la regulación prevista por el propio Código Penal español en casos de pluralidad de intervinientes. En efecto, conforme con el apartado 3° del art. 16, los efectos eximentes del desistimiento son personales, no alcanzan a aquellos que no desistan. Es preferible tratar la perspectiva *ex ante* en la definición de la tentativa y regular el desistimiento en otro precepto con el fin de evitar que se mezclen la perspectiva de la definición legal y el contenido de injusto[394]. La renuncia a la accesoriedad también resulta incompatible con el Derecho positivo alemán, donde se castiga al tercero

[392] Cfr., entre otros, STRATENWERTH, *Derecho Penal PG I*, 355.
[393] Cfr. MUÑOZ CONDE, *El desistimiento…*, 45-52.
[394] Cfr. REAÑO PESCHIERA, "Sobre los fundamentos…", 347-348.

por su participación en la tentativa del autor, impune en virtud de desistimiento. Por ello, no se puede afirmar, al mismo tiempo, que no exista nada en lo que se pueda participar[395].

Por otro lado, se indica que la impunidad de una conducta no permite afirmar la ausencia de adecuación típica, ya que esta no es el único presupuesto de la punibilidad. Se aprecia una confusión del tipo de tentativa como presupuesto para su punibilidad y la adecuación típica del comienzo de ejecución. Más allá de que no se realice el tipo de tentativa, el comienzo de ejecución de delito permanece inalterado y es típicamente un comienzo de ejecución[396].

4. El desistimiento como causa de exclusión de la antijuridicidad

Tal como se expuso al abordar el fundamento de las teorías jurídicas objetivas, el comportamiento antijurídico, en una visión claramente causalista, constituye un todo que abarca desde la causa hasta el resultado. Dentro de esta comprensión, el desistimiento opera como condición resolutoria que excluye la antijuridicidad, al anular las condiciones que podrían producir el resultado. La actividad del autor, considerada en su totalidad, "carece del carácter de causación del resultado, que es lo que fundamenta el castigo de las fases imperfectas de ejecución. El delito, en su conjunto, es anulado por el posterior comportamiento"[397].

Se le objeta a esta posición no poder explicar el requisito legal de voluntariedad, ya que también el desistimiento involuntario "anula las condiciones que deberían producir el resultado" y, sin embargo, resulta punible. Se le critica el carácter contradictorio de su explicación, en tanto fundamenta el desistimiento voluntario con un argumento ontológico, pero, frente al desistimiento involuntario, recurre a un argumento positivo y formal: la voluntad de la ley. El desistimiento no puede excluir la antijuridicidad, sencillamente

[395] Cfr. ROXIN, *Strafrecht AT II*, 482.
[396] Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, *Derecho Penal PG*, 477, quien se pronuncia críticamente frente a la posición de LATAGLIATA, objeción que extiende a RODRÍGUEZ MOURULLO y MIR PUIG.
[397] Cfr. BINDING, *Das bedingte...*, 23.

porque esta no es un juicio condicionado. En el momento en que se incumple con el imperativo legal, en el sentido de no colocar las condiciones que podrían desembocar en el resultado perjudicial, la conducta del sujeto ya es antijurídica, salvo que concurra una causa de justificación. En la determinación de este juicio, el comportamiento posterior -el desistimiento- es intrascendente, ya que aquel se refiere, en el caso de la tentativa, al momento en que comienza la ejecución, es decir, cuando la voluntad mala se exterioriza poniendo en peligro al bien jurídico[398]. Si se entiende que la tentativa constituye un injusto ya afirmado, el desistimiento no puede neutralizar lo injusto de la tentativa, ya que, de lo contrario, operaría como "una causa de justificación retroactiva"[399].

5. Ubicación sistemática del desistimiento en el nivel de la culpabilidad

5.1. El desistimiento como causa de exclusión o de supresión de la culpabilidad

En la primera parte del siglo XX, ya DAHLMANN le asignó al desistimiento efectos excluyentes de la culpabilidad, porque demostraba la anormalidad de las circunstancias que llevaron al sujeto a realizar el hecho, de forma que este no podía imputarse a su culpabilidad[400]. También KEMSIES sostuvo que, al desistir, el sujeto pasaba de un comportamiento socialmente lesivo a uno socialmente útil, que modificaba y levantaba el juicio de reproche, hasta el punto de excluir la culpabilidad[401]. Más recientemente, otros

[398] Cfr. MUÑOZ CONDE, *El desistimiento…*, 53-54, para quien BINDING, evidentemente, no quiere aceptar la impunidad del desistimiento involuntario como consecuencia necesaria de su concepción puramente causalista.

[399] Cfr. POZUELO PÉREZ, *El desistimiento…*, 221; Octavio GARCÍA PÉREZ, *La punibilidad en el Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona 1997, 168-69, quien señala la diferencia que existe entre el desistimiento y las causas de justificación; en el caso de estas últimas, la conducta típica que infringe la norma está simultáneamente cubierta por una norma permisiva, mientras que dicha simultaneidad no se da en el desistimiento. Aquí a lo no valioso de la tentativa sucede lo valioso, es decir, la evitación del resultado o la renuncia a seguir ejecutando el hecho. Con ello concluye que el desistimiento no afecta al injusto, ni, por ende, tampoco a la culpabilidad.

[400] Cfr. DAHLMANN, *Der Freiwillige…*,103.

[401] Cfr. Herbert KEMSIES, *Die tätige Reue als Strafaufhebungsgrung*, Strafrechtliche Abhandlungen Heft 259, Breslau, 1929, 24 ss.; asimismo, cfr. Wilhelm SAUER, *Derecho Penal*, trad. a cargo de Cerezo y del Rosal, Bosch, Barcelona, 1956, 184.

autores dentro de la doctrina alemana mantienen la consideración del desistimiento como causa de exclusión o de supresión de la culpabilidad, con algunos matices[402].

5.2. El desistimiento como causa de disculpa ("*Entschuldigungsgrund*")

ULSENHEIMER[403] es quien ha desarrollado con mayor extensión este punto de vista. El punto de partida de su tesis es el siguiente: del concepto formal "causa de exclusión o de supresión de la pena" no se puede extraer consecuencias materiales para la fundamentación del privilegio del desistimiento. Distinto es el caso cuando el fundamento se busca en el ámbito del injusto o de la culpabilidad, donde sí se vinculan criterios materiales. Ello, a su vez, determina que no quepa tratar en forma separada la pregunta sobre el motivo de la impunidad del desistimiento y su ubicación sistemática, sino que ambos aspectos deban ser considerados como una unidad[404].

Sobre esta base, postula que el desistimiento voluntario es cualitativamente una causa de disculpa ("*Entschuldigungsgrund*"), lo que también define su ubicación sistemática, sin perjuicio de la existencia de una estructura objetiva que se manifiesta cuando se lo compara con el término "causa de exclusión de la culpabilidad". Si bien ambos términos tienen la misma significación desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas -la impunidad del autor-, exhiben diferencias con relación a su contenido. Dentro de esta línea argumental, solo cabe hablar estrictamente de "exclusión de la culpabilidad" cuando faltan los elementos de reprochabilidad: capacidad de culpabilidad y conciencia de la antijuridicidad. En otras palabras, causas de exclusión de la culpabilidad son únicamente los casos de inimputabilidad y de error de prohibición invencible. Si no se verifican sus presupuestos o, expresado en forma positiva, si un sujeto imputable actúa con la conciencia de la antijuridicidad de su hecho, entonces necesariamente cabrá afirmar siempre una

---

[402] Cfr. Michael KÖHLER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin, 1997, 468 ss.; Franz STRENG, "Schuld ohne Freiheit?, Der funktionale Schuldbegriff auf dem Prüfstand", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 101 (1989), 273, 310; causa de eliminación de la culpabilidad (*Schuldtilgungsgrund*), cfr. SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch…*, 435; causa de supresión de la culpabilidad (*Schuldaufhebungsgrung*), cfr. Rainer ZACZYK, en Urs KINDHÄUSER / Ulfrid NEUMANN / Hans-Ullrich PAEFFGEN, *Strafgesetzbuch Großkommentar*, 4. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2013, Band I, 1001.

[403] Cfr. ULSENHEIMER, *Grundfragen…, passim.*

[404] Cfr. *idem*, 90.

conducta culpable. La culpabilidad, sin embargo, es un concepto sujeto a grados, razón por la cual su contenido puede ser mayor o menor. De esta forma, sobre esta escala de más o de menos se puede alcanzar un punto en el cual, por determinados motivos, ya no se le formule al autor el reproche de la culpabilidad existente. Ahora bien, dado que en estos casos se encuentran reunidos los presupuestos del juicio de reproche, no se trataría estrictamente de una "disculpa" sino de una "disminución" de la culpabilidad[405].

Desde esta concepción, se aprecia una similitud estructural entre el desistimiento y al estado de necesidad disculpante del § 35 StGB: los elementos estructurales de la causa de disculpa se encuentran representados en el caso del estado de necesidad disculpante. Tanto este como el desistimiento representan un problema de la "cuantificación del reproche de culpabilidad" y, a pesar de la totalmente diferente situación objetiva, la fundamentación de la impunidad en ambos casos presenta determinados paralelos estructurales. En primer lugar, cabe analizar el contenido material del § 35 StGB, es decir, la razón por la cual queda impune quien actúa en estado de necesidad disculpante -bajo las condiciones expuestas en aquella norma-. Esta consecuencia jurídica "impunidad" se sustenta sobre dos condiciones. Primero: reducción de la culpabilidad por causa de una especial situación de motivación; la acción del autor resulta menos reprochable como efecto de la situación de coacción

[405] Cfr. *idem*, 91. De allí deduce este autor que, según Armin KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Verlag Otto Schwartz, Göttingen, 1954, 201, se debería hablar más precisamente de una mera causa de disculpa fáctica; el ordenamiento jurídico prescinde del reproche de culpabilidad a pesar de la existencia de culpabilidad y le concede al autor la indulgencia. Para KAUFMANN, la reprochabilidad como propiedad del desvalor se verifica con la presencia de sus elementos constitutivos. Si estos no se presentan, tampoco existe entonces una relación de valor. Por tanto, la reprochabilidad existe o no existe, sin que sea posible una tercera posibilidad. Solo puede ser cuantificado el reproche que esté fundamentado en aquella y en la gradación de un reproche leve hasta el más grave. Y, en el caso concreto, puede pesar tan poco que no sea formulado fácticamente. No existe una disculpa en sentido estricto. Cuando están dados los elementos de la reprochabilidad, siempre hay culpabilidad. No puede ser excluida, al menos que no estén presentes algunos de sus presupuestos. De esta manera, bajo los conceptos "causa de disculpa" y "causa de exclusión de la culpabilidad" solo se puede comprender dos cosas distintas. Por un lado, la ausencia de un requisito o presupuesto de la culpabilidad, frente al cual el concepto no viene al caso. Por el otro, se puede entender como "disculpa", donde, si bien está dada la reprochabilidad por la verificación de todos sus presupuestos, no se le formula el reproche al autor por la culpabilidad existente. En estos casos es indudable que se le puede formular el juicio de reproche, pero las instancias jurídicas competentes -legislador, juez- no lo hacen, de manera que se les podría denominar "causas de reproche de culpabilidad no formulado". Ello expresaría que la relación existencial del autor con la norma y, por tanto, con la reprochabilidad no se encuentra afectada a través de la supresión de la pena. Desde el resultado -ausencia de pena- se puede designar tranquilamente a estos casos como "causas de disculpa", aunque para una mejor denominación de la relación se le debe agregar el adjetivo "fáctico". En consecuencia, "causas fácticas de disculpa" es la denominación de la no formulación del reproche de culpabilidad.

psíquica. Segundo: reducción de la culpabilidad por causa de un reducido desvalor de acción y de resultado[406].

En este sentido, la situación del § 35 StGB produce una disminución del injusto personal que, a su vez, reduce forzosamente la intensidad del reproche de culpabilidad. Dado que el autor en estado de necesidad disculpante conserva uno de los dos bienes jurídicos en peligro, el desvalor de resultado manifestado en la lesión de uno de ellos se encuentra más o menos compensado por el valor de resultado, producto de la salvación del otro bien jurídico. Por lo demás, puesto que el estado de necesidad -como acto de conservación- no solo está dirigido a la lesión de un bien jurídico ajeno, sino que, al mismo tiempo, persigue una finalidad de salvación de otro, el desvalor de acción también se encuentra debilitado a través de la persecución de una meta positiva. En suma, la disminución del desvalor de acción y de resultado, así como la extraordinaria presión motivacional -independiente de aquellos- sobre el autor en caso de estado de necesidad conducen a una doble disminución de la culpabilidad. Ello, a su vez, se traduce en un escaso contenido de culpabilidad del hecho y motiva que el ordenamiento jurídico renuncie a efectuar el reproche de culpabilidad. Y ello, a pesar que ni el injusto ni la culpabilidad hayan sido excluidos.

En esta línea de razonamiento, se observa un juego conjunto de la disminución del injusto y la culpabilidad en el desistimiento. La referencia al contenido material del § 35 StGB fue necesaria para mostrar los elementos estructurales de una típica causa de disculpa, sobre los cuales también está basado el desistimiento -aunque naturalmente con otro contenido-. Por tanto, su impunidad se explica desde injusto, tal como se expone a continuación[407].

Por un lado, se verifica una disminución de la culpabilidad por causa de la ausencia de resultado cuando un hecho -por las causas que fueren- se queda en la fase de tentativa. Aquí, en el ámbito del injusto, desaparece la función del resultado como fundamentación de

[406] Cfr. ULSENHEIMER, *Gundfragen…*, 93.
[407] Cfr. *idem*, 94.

la pena. El Derecho penal configura tipos penales para proteger a los bienes jurídicos de lesiones o puestas en peligro y, por eso, la regla es que el desvalor de acción y el desvalor de resultado constituyen el injusto necesario para la imposición de una pena. Por tanto, cuando el tipo objetivo no se encuentra completo, falta el desvalor de resultado como una parte del injusto del hecho consumado. Pero el injusto es fundamento del reproche de culpabilidad, por lo cual ese déficit de cada tentativa en el nivel de la antijuridicidad también significa, en igual dimensión, una disminución de la culpabilidad en comparación con el delito consumado[408].

Por otro lado, se comprueba una disminución de la culpabilidad por causa de un desvalor de acción reducido. La acción de desistimiento siempre está sostenida por la voluntad de conservar o salvar el bien jurídico previamente atacado; el sujeto, luego de abandonar su finalidad negativa, persigue una positiva. En consecuencia, desde un punto de vista normativo, en la conducta total del autor también se manifiesta al mismo tiempo un reducido desvalor de acción. Y en el marco de una valoración conjunta de tentativa y desistimiento, el valor de resultado de este último genera un contrapeso frente al injusto manifestado en la acción ejecutiva típica[409].

Finalmente, se observa una disminución de la culpabilidad por causa del cambio de actitud interna y consecuente abandono de la postura contraria al Derecho. Sin embargo, la disminución de la culpabilidad basada sobre un injusto reducido no alcanza a explicar suficientemente la impunidad del desistimiento. Se le debe agregar una segunda causa independiente de disculpa que tiene sus raíces en el requisito de voluntariedad del desistimiento. En el juicio de culpabilidad hay que basarse en el hecho antijurídico con referencia a la actitud interna desaprobada jurídicamente y actualizada en aquel acontecimiento. Y dicha actitud falta desde el momento en que el autor abandona el hecho y evita la producción del resultado. Desde la perspectiva normativa de todo sucedo -que se extiende entre tentativa y desistimiento- el efecto de cambio de actitud interna, en el marco del juicio de culpabilidad, motiva que la reprochabilidad del "hecho total" deba ser

[408] Cfr. *idem*, 95.
[409] Cfr. *idem*, 102.

valorada como más baja. No se trata de una causa de exclusión ni de supresión de la pena, sino solamente de una reducción del grado y dimensión de la responsabilidad. Por tanto, si se lo combina con la anterior causa de disculpa se llega como resultado a un nivel tan bajo de culpabilidad que el legislador renuncia totalmente a la formulación del reproche y libera de pena al autor[410].

En síntesis, según la concepción de ULSENHEIMER, el desistimiento voluntario de la tentativa presenta la estructura típica de una causa de disculpa. El reducido desvalor de acción y la ausencia de desvalor de resultado, así como el cambio de actitud interna que se manifiesta en el retorno a la legalidad producen una reducción doble de la culpabilidad, de la que solo queda un resto escaso y, por tanto, susceptible de disculpa. A través de este razonamiento se arriba a la explicación material y la ubicación sistemática del § 24 StGB sobre la base de la valoración de la cantidad de injusto y de culpabilidad del hecho total -comprensible tanto de la tentativa como del desistimiento-[411].

También bajo remisión a los fines de la pena, RUDOLPHI califica el desistimiento como causa de disculpa (*Entschuldigungsgrund*) y señala que, aun cuando el desistimiento atenúe el injusto y la culpabilidad, la necesidad de sanción decae precisamente por razones de prevención especial y general; ello, a su vez, determina la ausencia una culpabilidad penalmente relevante[412].

5.3. El desistimiento como "elemento negativo" de la culpabilidad de la tentativa

La concepción de SCHUMANN[413] asume el siguiente punto de partida: el comienzo y el final de la tentativa como un *continuum* de acción. El ALR prusiano describía en detalle el *iter criminis* desde el comienzo hasta la consumación como una escala de medición de pena. Esa minuciosa reproducción legal del curso fáctico fue reemplazada por un esquema abstracto a partir del Pr.StGB de 1851. Además, la decisión del legislador de 1975 -a saber,

[410] Cfr. *idem*, 103.
[411] Y ello se logra sin tener en cuenta qué teoría de la tentativa se toma por base.
[412] Cfr. RUDOLPHI, *SK-StGB*, 40.
[413] Cfr. SCHUMANN, *Zum Standort…*, 133-166, donde desarrolla en profundidad su punto de vista.

definir separadamente el comienzo de la tentativa del desistimiento- impide su clasificación en el nivel del tipo de injusto.

Ahora bien, si la consumación no se produce por el desistimiento del autor, entonces determinar si al sujeto le corresponde el reproche de culpabilidad dependerá de la elección del concepto de hecho o tentativa según el criterio de la separación o el de la consideración global. De conformidad con el primero, el desistimiento no tiene importancia para responder la pregunta sobre la culpabilidad. Con el traspaso del límite entre acto preparatorio y acto ejecutivo ya se presenta una tentativa punible. El reproche de culpabilidad se referirá solo a la formación de la voluntad defectuosa en la acción que constituye el comienzo de la tentativa. Es la causa por la cual la culpabilidad ya originada no puede ser suprimida o eliminada posteriormente. A lo sumo, la conducta de desistimiento solo podría negar la necesidad de pena. En cambio, de acuerdo con la consideración global, la tentativa constituye un curso continuo de acción, que se extiende desde su comienzo -comienzo de la tentativa- hasta su final -el último acto ejecutivo-. Desde el punto de vista jurídico se valora como una unidad de acción relevante para la culpabilidad[414].

La posibilidad de desistir solo es explicable si se comprende a la tentativa como parte integrante de la pretendida consumación. Esta referencia a la consumación -horizonte de consumación- en la tentativa permite entender el desistimiento como renuncia a la consumación, que si bien el sujeto se había representado, no llegó a realizar en los hechos. En este sentido, SCHUMANN afirma que, si se lo entiende en forma prospectiva -hacia el futuro- como desistimiento de la consumación, el autor de tentativa que desiste no comienza una nueva acción, sino que hace uso de su capacidad de dirección de conducta en forma oportuna, tal como le exige el Derecho. Si todo el curso de la tentativa representa una unidad valorativa soportada por el propósito de consumación, entonces el reproche no se puede referir solo puntualmente al comienzo de la tentativa. El juicio de culpabilidad debe abarcar todo el *continuum* de la acción hasta el final de la tentativa como unidad valorativa.

[414] Cfr. *idem*, 141.

Recién tras la finalización de la última acción ejecutiva, que en la tentativa acabada consiste en la espera de la producción del resultado -horizonte de consumación-, cabe analizar si corresponde formular el reproche de culpabilidad al autor. Si este desiste conforme al § 24 I StGB, renuncia al proyecto de consumación: aquello que guiaba su comportamiento. Por consiguiente, al final de la tentativa le falta aquel elemento designado tradicionalmente como dolo de consumación y que constituye lo deficiente en la dirección de conducta. Dado que ya estaba presente en el comienzo de la tentativa y que el autor ya había realizado un injusto mediante su inmediata disposición a cometer el delito, el tipo de injusto deviene irrevocable con la existencia de la tentativa típica y antijurídica[415].

Para SCHUMANN, lo característico del desistimiento no es la evitación de la consumación, sino solo el cambio de dirección de conducta a través del abandono del propósito de consumación. Lo encuentra con claridad en la variante del desistimiento a través de un esfuerzo voluntario de impedir la consumación del § 24 I 2 StGB, que también se privilegia con la impunidad. A esta conclusión no se le opone el requisito -aparentemente adicional- del esfuerzo serio de impedir la consumación. En este caso, la renuncia voluntaria del proyecto de consumación no se pone de manifiesto en la "no consumación" -sea en forma de abandono de la ulterior ejecución o en forma de evitación de la producción del resultado-. Por ello, la ley le requiere al autor como presupuesto equivalente que documente -en el mundo exterior- su voluntad de desistir a través de la seriedad de su accionar y del agotamiento de las posibilidades de evitación que le sean conocidas[416]. Desde esta perspectiva, entonces, el desistimiento se presenta como un constitutivo negativo de la culpabilidad de la tentativa: una causa de exclusión de la culpabilidad.

En este sentido, la división del concepto de tentativa en un "tipo de injusto", con foco en el comienzo de esta, y en un "tipo de culpabilidad", que se extiende hasta el final de la tentativa, representa la rehabilitación parcial de la concepción de las teorías jurídicas del siglo XIX. La falta de una estructura del delito como la actual impidió la inserción de sus

[415] Cfr. *idem*, 143.
[416] Cfr. *idem*, 143-144.

postulados en el esquema dogmático actual. Ahora, la moderna teoría del delito proporciona la estructura para aquella adaptación, a saber, el modelo de la consideración global, que describe a las teorías jurídicas del siglo XIX desde la perspectiva de la actual dogmática de la tentativa y del desistimiento. El desistimiento, pues, es un elemento negativo del tipo de culpabilidad de la tentativa y no un elemento negativo del tipo[417].

Como se puede apreciar, el sustrato de la concepción de SCHUMANN está conformado por el modelo de la consideración global, al que adhiere en vista de la evolución histórica de la regulación de tentativa y desistimiento. Los §§ 22 y 24 StGB regulan los institutos de la tentativa y del desistimiento en forma independiente, separación que se impuso legislativamente recién con el RStGB de 1871. Con anterioridad a este, se había seguido un modelo de regulación conjunto, tal como sucedió con el art. 178 Constitutio Criminalis Carolina, §§ 40-42 ALR y § 31 Pr.StGB de 1851. Dado que el RStGB de 1871 se basó en el Pr.StGB de 1851 y que, en lo esencial, siguió su modelo, cabe preguntarse la razón por la cual se apartó de su regulación conjunta de tentativa y desistimiento. En este sentido, los proyectos de Código Penal para la Confederación del Norte de Alemania - que luego se convirtieron en el RStGB de 1871- revelan que fueron preponderantemente motivos de orden procesal, los que determinaron la regulación separada, más allá de la necesidad de aclarar la cuestión de la punibilidad de los partícipes ante el desistimiento del autor. En suma, las razones de la separación fueron el procedimiento por jurados, la atribución de la carga de la prueba en caso de desistimiento y la problemática de la participación. Sin embargo, ninguna de estas razones es constatable en la exposición oficial de motivos del RStGB de 1871 y fueron olvidadas hasta el mismo final del siglo XIX.

Por tanto, un análisis más detenido del tema demuestra que la regulación separada de tentativa y desistimiento en los §§ 43 y 46 del RStGB de 1871 no presenta indicios de que el legislador haya querido aclarar la controversia sobre la relación estructural de aquellos institutos. Tras la introducción del RStGB, esta circunstancia fue suficientemente reflejada en el hecho que, con relación a las regulaciones independientes de los §§ 43 y 46,

[417] Cfr. *idem*, 146.

se seguían propiciando conceptos que concebían tentativa y desistimiento en el marco de una consideración global. Sin embargo, hacia principios del siglo XX se consolidó el criterio -no mayormente indagado- que el legislador de 1871 había querido también legitimar una separación jurídicamente material y la clasificación político-criminal del desistimiento como causa de exclusión o causa de supresión de la pena[418].

Hasta los años 50, esta tesis representó el punto de partida de la valoración de la tentativa y del desistimiento como actos individuales. Pero la subyacente concepción de carácter político-criminal del desistimiento -que solo obedecía a la cuestión de la participación- fue reemplazada por el renacimiento de una valoración conjunta de tentativa y desistimiento. Los conceptos creados en esta nueva etapa recuerdan a las concepciones desarrolladas en el siglo XIX por las teorías jurídicas, que buscaban responder a la pregunta sobre la razón de la impunidad de la tentativa tras un desistimiento voluntario del autor. Un deficiente análisis de los puntos de vista de aquellas teorías decimonónicas - a la luz de los estándares de la teoría del delito vigente en aquella época- ha generado hasta la actualidad su calificación como obsoletos, de modo que las coincidencias ya mencionadas fueron ignoradas y, sobre todo, quedaron sin ser utilizadas en todo su potencial dogmático[419].

Un análisis de la historia dogmática debe incluir necesariamente el contexto en el que se desarrollaron las teorías jurídicas y explicar el origen de las dos concepciones fundamentales sobre el desistimiento, opuestas entre sí. Así, el enfoque político-criminal -el desistimiento como causa de liberación de la pena- reduce el curso del delito tentado a dos actos individuales: el comienzo de la tentativa y el desistimiento. En consecuencia, el efecto de impunidad del desistimiento sobre la tentativa no puede ser indagado desde un punto de vista dogmático o de la estructura del delito. Aparece exclusivamente como una disposición del legislador. Por el contrario, los criterios de las teorías jurídicas no se limitan a la pregunta por el "si" de una opción de desistimiento liberadora de pena. Dado que también contemplan jurídicamente al tramo de acción entre preparación y consumación del

[418] Cfr. *idem*, 163.
[419] Cfr. *idem*, 164.

delito como una fase de la tentativa, no se les cierra el camino de entrada a respuestas jurídicas sobre el "por qué" de la posibilidad del desistimiento dispuesta en la ley.

Por tanto, en el discurso sobre el desistimiento subyacen dos visiones divergentes sobre la tentativa, las que, en su momento, VON HIPPEL describió como "categorial" y "teleológica".

La consideración global del comienzo de la tentativa y del siguiente curso de acción -que no llega a la consumación- integra al desistimiento como una variante del suceso "tentativa". Una clasificación específica de aquel dentro de la sistemática de esta tiene lugar sobre la base de una diferenciación entre el "tipo de injusto" -la tentativa típica y antijurídica- y un "tipo de culpabilidad" de la tentativa. Así, mientras que el tipo de injusto implica a los elementos del comienzo de la tentativa y, por tanto, la delimitación entre actos preparatorios y actos ejecutivos, el tipo de culpabilidad comprende al suceso que se extiende más allá de dicha demarcación hasta el final de la tentativa. Este último se encuentra representado por la conclusión de la última acción ejecutiva que, en la tentativa acabada, también comprende la omisión de medidas para impedir la consumación, y que conduce inmediatamente a la cuestión del desistimiento.

Según el modelo de la consideración global -propiciado por SCHUMANN-, se logra así la síntesis de tentativa y desistimiento por vía del elemento subjetivo de la tentativa -el dolo de consumación- en el marco de la culpabilidad. Con el desistimiento, el autor renuncia a su proyecto de consumar el delito en el momento del final de la tentativa. El autor, en última instancia, ha dirigido su conducta en la forma en que el Derecho espera de él y, por tanto, no cabe formularle el reproche de culpabilidad. De allí que se deba considerar al desistimiento como causa de exclusión de la culpabilidad. Esta caracterización del desistimiento como constituyente negativo de la culpabilidad de la tentativa punible deja intacto el tipo de injusto y, con ello, el carácter de hecho principal de la tentativa[420].

[420] Cfr. *idem*, 165-166. Un detallado análisis de la cuestión revela que la misma ley nombra la causa de liberación de pena del desistimiento, cuando en § 24 I 1,2 y II 2 StGB no castiga por tentativa a quien impide voluntariamente la consumación o se esfuerza seriamente por ello. Sin embargo, esa evitación de la consumación o ese esfuerzo serio presuponen que el autor, como máximo al momento del final de la tentativa,

5.4. Crítica al desistimiento como causa de exclusión o supresión de culpabilidad

Los reproches contra la concepción del desistimiento como excluyente de la culpabilidad se reconducen a las siguientes consideraciones: si la responsabilidad del autor en el momento del hecho está en juego en el nivel valorativo de la culpabilidad, entonces el desistimiento no puede eliminarla retroactivamente[421], sino tan solo posteriormente, compensándola hasta cierto punto, razón por la cual el esfuerzo del autor es recompensado con la impunidad. A través de la aceptación de una causa de exculpación ("*Schuldausschließungsgrund"*), que sistemáticamente se equipararía al estado de necesidad disculpante, se valoraría en exceso este punto de vista[422]. Por otro lado, se critica a estas teorías un déficit de fundamentación, ya que recurren a argumentos de carácter meramente genérico, que también serían válidos para negar cualquier categoría de delito[423].

Desde otra perspectiva, se censura la ubicación del desistimiento en el ámbito de la culpabilidad, porque colisiona con el principio de culpabilidad por el hecho individual. En las formas imperfectas de ejecución, tal como el caso de la tentativa, el juicio de valor se refiere al momento en que comienza la ejecución de aquella, y es allí donde deben estar presentes todos los elementos que fundamentan aquel reproche. Las circunstancias posteriores no pueden fundamentarlo ni excluirlo, sino únicamente atenuarlo o agravarlo[424].

---

abandone su propósito original de consumar el hecho. Entonces, la anulación del proyecto de consumación como hecho interno y no perceptible inmediatamente recién se le reconoce al autor cuando, conforme con el § 24 StGB, se manifiesta objetivamente como "abandono del hecho", "evitación de la consumación" o "esfuerzo serio" en tal sentido.

[421] Cfr. STRATENWERTH, *Derecho Penal PG I*, 354.

[422] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado DP PG*, 580 y LOS MISMOS, *Strafrecht AT,* 540.

[423] Cfr. POZUELO PÉREZ, *El desistimiento…,* 223-224.

[424] Cfr. MUÑOZ CONDE, *El desistimiento…*, 59.

6. La ubicación del desistimiento dentro del nivel del injusto penal

Cierta doctrina coloca al desistimiento dentro de las causas de atenuación del injusto penal. Así, se sostiene que, desde el punto de vista del merecimiento de pena, se impone un juicio de valor atenuado de la conducta global del autor, toda vez que el regreso a la legalidad -manifestado a través del desistimiento- reduce decisivamente la necesidad de pena del propio hecho. Con respecto al significado del merecimiento y la necesidad de pena para la definición del delito, se aprecia una excesiva valoración del criterio de la necesidad de la pena. En este sentido, se señala que "muchos hechos abordados actualmente con el *topos* de la necesidad de pena son, en realidad, casos de ausencia de merecimiento de pena. Producto de esta ausencia de merecimiento de pena tampoco existe necesidad de pena". Por ello, se concluye que "aquello que determina esencialmente la materia del delito aun hoy son las consideraciones de merecimiento de pena…Cuando se ha afirmado el merecimiento de pena, el significado de la necesidad de pena se agota en ser un correctivo muy limitado"; en realidad, "también en la mayoría de las excepciones penales está ya relevantemente reducido el merecimiento de pena" [425].

7. El desistimiento como instituto interno de la tentativa

La perspectiva funcionalista-sistémica propone buscar el fundamento del desistimiento dentro del instituto de la tentativa, porque es la única que contiene una regulación sobre aquel. Considera sistemáticamente inadecuada su ubicación fuera del Derecho penal, o bien dentro del mismo, pero fuera de la tentativa. Solo la óptica "interna" toma en consideración que la tentativa fue anulada o modificada; las otras dos perspectivas "se conforman con su ocultación". En este sentido, el desistimiento revoca objetivamente, sin que desaparezca del pasado, el significado de contrariedad con la norma expresado en el ingreso a la zona de lo prohibido. Por tanto, la finalización imputable de la tentativa

[425] Wolfgang FRISCH, "Delito y sistema del delito", trad. de Ricardo Robles Planas, en Jürgen WOLTER / Georg FREUND, *El sistema integral del Derecho Penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Marcial Pons, Barcelona, 2004, 193, 278, cursiva en original.

constituye el contrapunto del comienzo de la ejecución de la misma. Ello permite concluir, en lo que a su naturaleza respecta, que el desistimiento es una modificación del hecho en todos los escalones del delito, ya que pone fin a la realización del tipo y también a la culpabilidad. De allí que se sostenga que "la caracterización usual como causa de exclusión de la pena es enteramente neutra, sin color"[426].

Desde la teoría del "fin de la pena", se considera acertado colocar la minimización del quebrantamiento normativo en todos los niveles de la estructura del delito, como consecuencia del injusto efectivamente disminuido. Sin embargo, se objeta la ausencia de vinculación con los fines de la pena, ya que de ella se deriva la impunidad del resto de injusto y culpabilidad subsistentes[427].

8. El desistimiento como causa de exclusión de la responsabilidad penal

Dentro de la teoría de los fines de la pena, una importante posición reputa al desistimiento como una causa de exclusión de la responsabilidad penal[428]. Como punto de partida se considera que, tras la antijuridicidad y como tercera categoría, sucede un juicio de valoración denominado "responsabilidad penal", que depende de dos elementos: la culpabilidad del sujeto y la necesidad preventiva de sanción penal que debe deducirse de la ley. Solo a través de estos presupuestos de igual rango puede la dogmática penal establecer la vinculación con los fines de la pena. Por ello, toda vez que la sanción penal presupone siempre la culpabilidad del sujeto, la necesidad de prevención actúa como presupuesto adicional de la punibilidad. De este modo, además del principio de culpabilidad, el castigo de una conducta exige restrictivamente la necesidad preventiva de la sanción[429].

---

[426] Cfr. JAKOBS, *Derecho Penal PG*, 898-900; EL MISMO, *Strafrecht AT*, 741-742.

[427] Cfr. ROXIN, *Strafrecht AT II*, 488.

[428] Cfr. *idem*, 487-488.

[429] Cfr. ROXIN, *Derecho Penal PG I*, 791-794 y EL MISMO, *Strafrecht AT I*, 851-855. El autor aclara que "tradicionalmente se denomina solo 'culpabilidad' a la categoría del delito que sigue al injusto, pero ello importa una desatención científica de su autonomía y una reducción del problema, cuando el legislador, aun existiendo culpabilidad, renuncia a la pena allí donde la misma no le parece preventivamente indispensable", comillas en original.

Dos pilares principales sostienen esta concepción. Por un lado, la fundamentación de la impunidad del desistimiento a través de los fines de la pena, abordado ya en el capítulo correspondiente[430]. Por otro lado, la consideración global de tentativa y desistimiento. En este sentido, se afirma que así como el resultado pertenece al hecho, el esfuerzo o la actividad para su evitación también deben tomarse en cuenta en la valuación jurídica del suceso. En la tentativa, subyace una acción típica, antijurídica y culpable, cuya culpabilidad, si bien atenuada por el desistimiento, no llega a ser eliminada totalmente. No obstante, la ausencia de necesidad punitiva, desde la prevención especial y general, determina que pueda excluirse la responsabilidad penal[431].

Aun cuando algunos autores tratan a esta concepción dentro de las causas de exclusión de la culpabilidad, en rigor, se relaciona tanto con esta como con los fines de la pena. De modo que, hecha esta advertencia metodológica, es recomendable vincular esta comprensión del desistimiento -como causa de exclusión de la responsabilidad- tanto con la culpabilidad como con la necesidad de pena.

En este sentido, más allá de lo acertado o no de la distinción conceptual entre merecimiento y necesidad de pena dentro de la categoría "responsabilidad", esta postura asume la siguiente diferenciación. Existe "merecimiento de pena" cuando una conducta sea típica, antijurídica y culpable, aunque debería hablarse de la concurrencia de una "posibilidad de punición"; pero una conducta "merecedora de pena" solo estará "necesitada

[430] Cfr., en especial, ROXIN, *Derecho Penal PG I*, 103 y EL MISMO, *Strafrecht AT I*, 95; de conformidad con la teoría del "fin de la pena", que dicho autor propicia, la sanción penal sirve a los fines de prevención especial y general. Se limita en su magnitud por la medida de la culpabilidad, pero puede quedar por debajo de este límite, en tanto lo hagan necesario exigencias preventivo-especiales y a ello no se opongan las exigencias mínimas preventivo-generales.

[431] Cfr. ROXIN, *Strafrecht AT II*, 487-488. El autor aclara que "esta clasificación se corresponde con la de los § § 33, 35 (en referencia al exceso en la legítima defensa y al estado de necesidad disculpante respectivamente) y de casos similares, en los que también sigue existiendo una culpabilidad disminuida, pero en los que la responsabilidad penal decae por falta de necesidad de pena. La interpretación del desistimiento voluntario como una causa de exclusión de la responsabilidad penal se encaja sin dificultad alguna en la concepción de la teoría del delito aquí desarrollada", paréntesis en original. Para ROXIN esta comprensión es ampliamente compatible con la concepción de RUDOLPHI y de ULSENHEIMER, quienes consideran al desistimiento voluntario como un causa de disculpa -motivo disculpante-. El desistimiento disminuye el injusto -por falta de resultado- y también la culpabilidad en forma tan considerable que se puede prescindir de la pena.

de pena", si se añade una necesidad preventiva de punición. Por ello, el concepto de necesidad de pena tampoco afecta a las condiciones objetivas de punibilidad ni a las causas de exclusión de la punibilidad, sino que abarca solo aquellos casos en los que una conducta culpable queda impune, porque no es necesaria una sanción a efectos de prevención general ni especial. De allí, ROXIN afirma que estos supuestos pertenecen a la categoría de la responsabilidad, a pesar que se incluyan, a veces equivocadamente, en la cuarta categoría del delito[432].

Esta concepción no está exenta de dificultades; se le objeta no dar cuenta por qué el desistimiento modifica el juicio de necesidades preventivas que genera la tentativa. Ello sería posible, se argumenta, solamente asumiendo dos postulados. En primer lugar, que ambas conductas fueran comprendidas como una sola, objeto de un único juicio sobre las necesidades preventivas, lo cual no habría sido abordado por esta posición. En segundo término, que el punto clave de las necesidades preventivas no fuera la conducta del autor, sino el autor mismo, lo que resultaría incompatible con los postulados de un Derecho penal de hecho[433].

9. Ubicación sistemática del desistimiento dentro de la punibilidad

Por cierto, la discusión sobre la punibilidad como categoría del delito excede el marco del presente trabajo y, en vista de su complejidad, merece ser objeto de una investigación autónoma. No obstante, la mayoría de la doctrina, en especial la alemana, afirma la existencia de elementos más allá del injusto y de la culpabilidad, que, por afectar a la cuestión de la punibilidad, pertenecen al Derecho penal material[434].

---

[432] Cfr. ROXIN, *Derecho Penal PG I*, 791-794 y EL MISMO, *Strafrecht AT I*, 851-855.

[433] Cfr. POZUELO PÉREZ, *El desistimiento…,* 224. Para la autora, ROXIN no aborda la cuestión. Sin embargo, no parece ser así, ya que, en el segundo tomo de su tratado, ROXIN se pronuncia a favor de la comprensión unitaria de tentativa y desistimiento, habla de "unidad valorativa". Cfr. al respecto, ROXIN, *Strafrecht AT II*, 487.

[434] Entre ellos, se mencionan las causas de exclusión y de supresión de la pena, y a las condiciones objetivas de punibilidad. En este sentido, cfr. ROXIN, *DP PG,* 970 ss., y EL MISMO, *Strafrecht AT I*, 1036 ss., quien, sin embargo, rechaza la existencia de un cuarto nivel en la estructura del delito, y critica la gran extensión que ha alcanzado en la doctrina dominante. Como argumento, destaca que "solo si se prescinde de los elementos,

El alojamiento sistemático dentro de la punibilidad presenta algunas variantes, según la comprensión que se tenga de cada una de ellas. Así, se le atribuye al desistimiento la naturaleza de excusa absolutoria, de causa de exclusión o de causa de supresión de la pena. Pero, aun cuando se las suela utilizar en forma indistinta, a efectos del presente trabajo interesa distinguir dos conceptos principales. Por un lado, las causas personales de exclusión de la pena ("*Strafausschließungsgrund"*) son determinadas circunstancias que existen en el momento de la comisión del hecho y excluyen su punibilidad; por ejemplo, la impunidad de las expresiones parlamentarias, citada por la doctrina alemana. Por otro lado, las causas personales de supresión de la pena ("*Strafaufhebungsgrund"*) se verifican luego del surgimiento de la punibilidad y, por tanto, la eliminan retroactivamente. Se aprecia que, en las primeras, la exigencia de pena nunca llega a originarse; en las segundas, si bien se produce, es suprimida con posterioridad y con carácter retroactivo[435].

La utilización del adjetivo "personales" indica claramente que la exclusión o supresión beneficia únicamente al sujeto que desiste; de esta manera, se salva el problema del desistimiento y de la participación criminal. Sin perjuicio de lo expuesto, pareciera que la razón de colocar sistemáticamente al desistimiento en el nivel de la punibilidad obedece, en parte, a la dificultad de alojarlo dentro de las tradicionales categorías del delito. De allí que, en cierto modo, se lo ubique "residualmente" en el ámbito de la punibilidad[436].

La consideración del desistimiento como causa personal de supresión de la pena se corresponde con la concepción dominante en la doctrina, en especial la alemana[437]. Por

---

relativamente numerosos, que equivocadamente se ubican entre las condiciones objetivas de punibilidad o entre las causas de exclusión o de supresión de la punibilidad, resalta con claridad lo característico de la cuarta categoría del delito: se trata de casos en los que, en una ponderación, las finalidades extra penales tienen prioridad frente a las necesidades de la pena". Concluye afirmando que "son necesidades extra penales las que constituyen el principio de las condiciones objetivas de punibilidad y de las causas de exclusión de la punibilidad, estas no tienen nada que ver con el merecimiento de pena".

[435] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado DP PG*, 593 ss., y LOS MISMOS, *Strafrecht AT,* 551 ss.; ROXIN, *DP PG I*, 970 ss. y EL MISMO, *Strafrecht AT I*, 1036 ss.

[436] Cfr. POZUELO PÉREZ, *El desistimiento…,* 224-225.

[437] Adhieren a la misma, entre otros, Edmund MEZGER, *Derecho Penal. Libro de Estudio. Parte General*, trad. del Dr. Conrado A. Finzi de la 6° ed. alemana, Librería El Foro, I, 1963, 291; STRATENWERTH, *Derecho Penal PG I*, 354, aunque admite que de este modo se expresa poco de la sustancia del desistimiento; Karl LACKNER / Kristian KÜHL, *Strafgesetzbuch : StGB. Kommentar*, 27., neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck,

presentarse recién tras la comisión del hecho, se las señala como circunstancias que dejan intactos el injusto y la culpabilidad. Por este motivo, esta concepción es la que mejor se concilia con la fundamentación político-criminal de la impunidad del desistimiento, toda vez que este privilegio nada tiene que ver con el hecho mismo, cuya incolumidad queda fuera de toda discusión[438]. Asimismo, es adoptada por los partidarios de las teorías premiales, toda vez que la culpabilidad no resulta eliminada, sino tan solo compensada por el desistimiento. También representa la posición dominante en la doctrina[439] y jurisprudencia[440] argentinas, donde al desistimiento se lo denomina también "excusa absolutoria".

Por su parte, la comprensión del desistimiento, como causa de exclusión de la pena, es defendida por un sector importante de la doctrina española, en especial, a partir de la

---

München, 2011, 181; Kristian KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil.* 7., neu bearbeitete Auflage, Vahlen, München, 2012. 533; JESCHECK/WEIGEND, *Tratado DP PG*, 580 y LOS MISMOS, *Strafrecht AT,* 540; Hermann BLEI, , *Strafrecht. Allgemeiner Teil.* Studienbuch, 18., neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck, München, 1983, 235; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht AT*, 233, donde expresan: "El desistimiento voluntario levanta la punibilidad de la tentativa, ya afirmada, sin poder anular, sin embargo, el reproche de culpabilidad totalmente. No tiene efecto disculpante alguno, tal como acepta una opinión minoritaria, sino que configura una causa personal de supresión de la pena". En la doctrina italiana, se inscribe en esta línea Fernando MANTOVANI, *Diritto Penale, Parte Generale*. *Il Reato*, 4° ed., Cedam, Padua, 2001, 472, donde alude al desistimiento como "*causa di estinzione o causa sopravvenuta di non punibilita del tentativo*".

[438] Por ejemplo, VON LISZT, *Tratado DP*, 20, en su referencia al "puente de oro", que el legislador construía para la retirada del sujeto y que convertía, por tanto, al desistimiento en causa de extinción de la pena. Así, del carácter delictuoso del acto de tentativa resultaban dos consecuencias fundamentales: la no exención de pena del coautor y partícipes, y la punibilidad de otro delito consumado en el marco del *iter criminis*.

[439] En la literatura, cabe mencionar, entre otros, Sebastián SOLER, *Derecho Penal Argentino*, reimpresión total, Tea, Buenos Aires, 1978, II, 236, quien denomina a esta causa de exención de pena como "excusa absolutoria", si bien precaviendo sobre una excesiva teorización general de esta categoría de fisonomía muy variada; Ricardo NÚÑEZ, *Tratado de Derecho Penal*, Lerner, Córdoba, 1978, II, 334; Ricardo GIL LAVEDRA, "El desistimiento voluntario de la tentativa", *Doctrina Penal*, 1977, año 1, n° 0.; Carlos CREUS, *Derecho Penal. Parte General*, 3° ed. ampliada y actualizada, Astrea, Buenos Aires, 1992, 440; RIGHI, *Derecho Penal PG*, 428; FRIELE, *El desistimiento…*, 67. SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva…*, 79, también asigna al desistimiento naturaleza jurídica de excusa absolutoria, "cuyo funcionamiento está vinculado, sin embargo, a la *precariedad* del ilícito de la tentativa no acabada: el hecho de que la norma infringida se refiera a una arrogación *no* definitiva", cursiva en original.

[440] La jurisprudencia también ha adherido a esta concepción, en especial la justicia nacional; al respecto, ver fallos citados por FRIELE, El desistimiento…, 70-71, como, por ejemplo, CSJN, "Cinepa S.A.", del 29-3-88; CNCP Sala IV, "Andruchow, Juan", c. 744, del 17-2-98; CNCrim. y Corr. Fed. Sala II, "Figueroa, Oscar", c. 10.729, del 26-9-95, y Sala I, "Akel, C.", c. 23.810, del 30-10-92; CNCrim. y Corr. Sala II, "Mamondez, Pedro", c. 28.289, del 8-3-84, Sala VI, "Rojas, Jesús", c. 26.923, del 12-10-95, entre otras.

nueva regulación del Código Penal de 1995, donde el desistimiento del autor no determina la impunidad de los demás intervinientes que no desisten[441].

Críticamente, se entiende que esta ubicación sistemática resulta, de alguna manera, forzada. Por un lado, dada la diferente naturaleza, resulta inadecuado equiparar el desistimiento con instituciones tales como el indulto, la amnistía o la inmunidad de las declaraciones parlamentarias. Además, no deja de ser una vía de escape, fuera de la sistemática de la teoría del delito y, por tanto, sin sede propia[442]. Desde la teoría de los fines de la pena, se la considera sistemáticamente incorrecta, porque es poco lo que expresa con respecto a la ausencia de necesidad punitiva en el sujeto que desiste[443]. Por otro lado, se objeta el concepto mismo de causa de anulación de la pena, por ser de naturaleza puramente formal, ya que, a través del mismo, solo se afirmaría la exclusión de la pena, pero no la razón, el por qué de tal exclusión[444].

Por otro lado, si bien asumiendo la corrección de considerar, en términos generales, el desistimiento como causa de supresión de la pena, FREUND precisa que se trata más bien de una causa de eliminación de una necesidad ya existente. En este sentido, se orienta a las condiciones de legitimación de la intervención estatal: específicamente, la reacción penal por la contradicción a la norma con la finalidad de suprimir el riesgo de una lesión a esa norma. El desistimiento suprime precisamente la necesidad de dicha reacción penal para restaurar la paz jurídica[445]. En palabras del autor:

> "como se deduce de las correspondientes normas, en semejantes casos no existe necesidad alguna de reacción penal y, por este motivo, la 'constatación' de un injusto merecedor (en sí mismo) de pena no tiene un fin que la legitime y, en

[441] En este sentido se expresa, entre otros, José CEREZO MIR, "Actos preparatorios y tentativa", en ASÚA BATARRITA, Adela, en *Jornadas sobre* el *nuevo* Código Penal de 1995, Universidad de Deusto, Bilbao, 1997, 45; así como Francisco MUÑOZ CONDE / Mercedes GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 6°ed. revisada, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 425 ss.

[442] Cfr. POZUELO PÉREZ, *El desistimiento…,* 229, quien asimismo, considera problemática e imprecisa la traslación de los criterios de prevención general y especial al ámbito del desistimiento.

[443] Cfr. ROXIN, *Strafrecht AT II*, 488.

[444] Cfr. MUÑOZ CONDE, *El desistimiento…*, 62.

[445] Cfr. Georg FREUND, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, Springer, Berlin, 1998, 295-296.

consecuencia, carece de función. En Derecho penal (como sucede con toda injerencia estatal en los derechos de los ciudadanos) rige una *equivalencia* - una equiparación - de las condiciones que legitiman las respuestas penales: si falta una sola de estas condiciones de la necesidad de pena resulta inaplicable en conjunto la concreta consecuencia penal y esta no resulta justificada ni tan solo parcialmente (afirmándose, por ejemplo, la existencia de merecimiento de pena)" [446].

10. El desistimiento como un aspecto de la medición de la pena

Esta concepción propicia diferenciar el concepto de culpabilidad, según sirva para la imputación o para la mensuración de la pena. Toda vez que el desistimiento consiste en la negación o afirmación de la necesidad de sanción penal para el caso concreto, es aconsejable ubicarlo dentro de las pautas de medición de la pena, que es donde se dirimen estas cuestiones preventivas sobre la base de un pronóstico a futuro. Por ello, se lo aloja entre aquellas, pero desvinculado de la culpabilidad por el hecho concreto, ya que este juicio de reproche supone un enfoque retrospectivo[447]. En este sentido, BURKHARDT parte de una separación entre la determinación del hecho punible y la mensuración de la pena, a las que considera como regulaciones independientes con ámbitos funcionales distintos. Solo así cabe referirse a "disposiciones autónomas de medición de la pena" (*Strafzumessungsvorschriften*) o de "determinaciones de consecuencias jurídicas" (*Rechtsfolgebestimmungen*), conceptos que describen la naturaleza jurídica del desistimiento[448].

[446] Cfr. Georg FREUND, "Sobre la función legitimadora de la idea del fin en el sistema integral del Derecho penal", trad. de Ramón Ragués I Vallés, en Jürgen WOLTER / Georg FREUND, *El sistema integral del Derecho Penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Marcial Pons, Barcelona, 2004, 91, 103; cursiva y entrecomillado en original.

[447] Cfr. Björn BURKHARDT, *Der Rücktritt als Rechtsfolgebestimmung: eine Untersuchung anhand des Abgrenzungsproblems von beendetem und unbeendetem Versuch*, Duncker & Humblot, Berlin, 1975, 116 ss.

[448] *Idem*, 119. En sentido similar, cfr. Rolf Dietrich HERZBERG / Klaus HOFFMANN-HOLLAND, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 1 §§ 1-37 StGB, 2. Auflage, C.H. Beck, München, 2011, 1061 ss.

Desde una perspectiva cercana, BOTTKE considera que el desistimiento es una causa de exclusión de la responsabilidad cercana a la mensuración de la pena (*strafzumessungsnaher Verantwortlichkeitsausschluß*). Para ello parte sobre los siguientes presupuestos: sigue un análisis de los valores específicos de los *topoi* preventivos, concibe a la culpabilidad como el "poder actuar de otro modo", acoge a la responsabilidad como una categoría del delito -lo que indica desde una perspectiva político criminal la decisión legislativa sobre el merecimiento de pena de una conducta-, y defiende un sistema del delito estructurado teleológicamente a partir de los fines de la pena, desde donde se postula que la razón de una exclusión de pena se debe reflejar en el juicio relacionado al sistema de delito[449].

Sobre estas pautas, BOTTKE afirma que, para explicar el privilegio del desistimiento, se debe escoger algo que aclare mejor su sentido el oscuro concepto de la culpabilidad. El que desiste ya actúa en forma culpable al comienzo de la tentativa, de modo que ya no puede argumentar que hubiese podido omitir de entrada el hecho. Desde esta perspectiva, se propone no dejarse sacudir por el vendaval que produce el término "culpabilidad" y caracterizar al § 24 StGB como una "causa de exclusión de responsabilidad cercana a la medición de la pena". De este modo, el elemento "responsabilidad" ordena al privilegio del desistimiento en el tercer nivel de un sistema de delito relevante para la fundamentación de la pena. Este juicio refleja la *ratio* del § 24 StGB, tal como lo describe la teoría global del fin de la pena, al tiempo que señala la preponderancia de aspectos de prevención general cuando se intenta responder a la pregunta -como sucede con el desistimiento- si *de lege lata* la conducta es merecedora de pena. Además, remite con fuerza al valor interpretativo de los tópicos de prevención general, cuando se trata de resolver problemas tales como si el desistimiento debe ser exitoso o si un motivo social y éticamente valioso merece siempre el predicado de voluntario. Por su parte el apelativo "próximo a la medición de la pena" se refiere a elementos que también son importantes desde la óptica de la prevención especial como, por ejemplo, la disminuida peligrosidad del autor o el regreso a la legalidad[450].

[449] Cfr. BOTTKE, *Strafrechtswissenschaftliche Methodik…*, 603.
[450] Cfr. *ibidem*.

11. El desistimiento como causa de exclusión de la penalidad

Dentro de la doctrina española, quienes defienden una comprensión totalizadora de la tentativa y del desistimiento, advierten que ella no es posible dentro de la tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad, tal como postula la dogmática penal tradicional. Por ello, se ve el desistimiento como un elemento de la punibilidad misma, si bien se lo incluye en otra categoría delictiva. Injusto y culpabilidad deben estar siempre presentes a la hora de fundamentar la punibilidad; sin embargo, en ciertas ocasiones, puede requerirse algo más. La punibilidad excede al injusto y a la culpabilidad, ya que no está referida solamente a una conducta delimitada temporalmente, el comienzo de ejecución, sino también al suceso total que incluye al desistimiento y que se ubica en la penalidad[451].

Aquel plus está constituido por características que, al tener una función dogmática y político-criminal distinta, no pueden ser situadas en el injusto ni en la culpabilidad, y que se reconducen a un fundamento político-criminal común: la utilidad. En este sentido, se prefiere denominar "penalidad" a la categoría que agrupa a aquellos elementos. Aunque se admita que no siempre deba existir, el legislador, por razones utilitarias, puede exigirla para fundamentar o excluir la punibilidad de un hecho. Como corolario, se afirma que las formas imperfectas de ejecución, como la tentativa, no son merecedoras de pena y, por tanto, deben permanecer impunes; "esta impunidad se deriva de otros principios dogmáticos y político-criminales distintos que el injusto y la culpabilidad, por lo que debe incluirse en otro elemento del delito, la penalidad, y ciertamente como *causa de exclusión de la penalidad*"[452].

[451] Cfr. MUÑOZ CONDE, *El desistimiento…*, 63-65.

[452] Cfr. *idem*, 65, cursiva y paréntesis en original. Aun cuando reconoce que la importancia de esta categoría impone su tratamiento en un estudio más amplio y detenido, no en el marco de una monografía destinada al desistimiento voluntario.

12. El desistimiento como tipo autónomo de liberación de la pena

Cierto sector de la doctrina alemana interpreta el desistimiento como un "tipo propio y autónomo de liberación de la pena o de la punibilidad" ("*eigenständiger Strafbefreiungstatbestand*"), que no tiene relación alguna con el injusto ni la culpabilidad de la tentativa precedente. Estos últimos, se advierte, ya existen cuando se produce el desistimiento y, por tanto, no son susceptibles de anulación por un comportamiento posterior. Según esta comprensión, la relevancia del desistimiento es determinada por las reglas de la imputación objetiva. Ello importa vincular, por un lado, la no producción del resultado típico y, por el otro, la omisión o la acción del autor, ya sea abandonando el hecho o evitando activamente la lesión respectivamente. De conformidad con este argumento, la sede sistemática del desistimiento se encuentra dentro de la estructura de la imputación[453].

Hay autores que discrepan con el carácter autónomo del desistimiento al lado del acto tentado; se argumenta que, al eliminar la punibilidad de la tentativa, aquel debe ser ubicado sistemáticamente dentro y no independiente de la misma[454]. La referencia a la tentativa deviene inevitable, ya que, dentro del Código Penal, no existen tipos autónomos de impunidad, por lo cual cabe concluir que la concepción criticada no aporta una respuesta definitiva al problema[455].

[453] Cfr. JÄGER, *Der Rücktritt*…, 63-127.

[454] Cfr. ROXIN, *Strafrecht AT II*, 489. En sentido similar, Jürgen BAUMANN / Wolfgang MITSCH / Ulrich WEBER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 11., neu bearbeitete Auflage, Gieseking, Bielefeld, 2003, 625, afirman que se trata de una causa especial de liberación de la pena (*besondere Strafbefreiungsgrung*) cuyo ámbito de validez se limita a la tentativa.

[455] Cfr. POZUELO PÉREZ, *El desistimiento…,* 116; esta autora señala que, en el ordenamiento penal, existen "como mucho, tipos penales que, en función de una potencial punibilidad de la infracción cometida, posibiliten, una vez realizada determinada conducta, que esa punibilidad no llegue a afirmarse", aludiendo a la retractación en el delito de falso testimonio previsto en el art. 458 del Código Penal español.

Capítulo IV

EL DESISTIMIENTO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA TEORÍA ANALÍTICA-TELEOLÓGICA

1. Introducción

Este cuarto y último capítulo intenta presentar los trazos fundamentales de la teoría analítica-teleológica y, sobre dicha base, fundamentar la *ratio* de la impunidad del desistimiento y su ubicación sistemática. Adicionalmente, se hará referencia a ciertas repercusiones prácticas que la toma de posición conlleva, en especial, con relación al requisito objetivo de la conducta de desistimiento. Por tanto, la primera parte se dedicará al desarrollo de la concepción del hecho punible y la segunda tratará específicamente los temas objeto de esta tesis.

En el ámbito de habla hispana, especialmente en la doctrina y en la judicatura argentina, ha sido muy extendida la influencia del finalismo y su concepción sobre la teoría de las normas. Esta investigación se aparta de esta tradición y afirma la corrección dogmática del modelo analítico-teleológico del hecho punible, que se le opone estructuralmente. Como punto de partida se toman las investigaciones de KINDHÄUSER, en especial su trabajo sobre la dogmática de los delitos de peligro[456], donde elabora un programa analítico que refuta categóricamente a la concepción finalista y libera a la dogmática penal del error categorial que esto le impregnó: la confusión del contenido y la función de la norma de comportamiento. Su superación posibilita la reconstrucción del hecho punible en términos de un modelo analítico que, asumiendo la necesidad de complementar el punto de vista de la teoría de las normas con la perspectiva de una auténtica teoría de la imputación, simplifica y esclarece las categorías dogmáticas tradicionales.

[456] Urs KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, 1. Auflage, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1989.

2. El hecho punible: norma e imputación como categorías de su estructura

Desde una perspectiva analítica-teleológica, el hecho punible es un constructo interpretativo constituido por reglas prescriptivas y adscriptivas, cuyo valor declarativo específico es su contradicción con una norma de comportamiento (*Normwidespruch*)[457]. Sin embargo, el análisis lógico de la legitimidad de estos tipos de reglas no alcanza para explicar el hecho punible en forma adecuada. Las reglas están vinculadas con una finalidad y, por tanto, su comprensión requiere una interpretación teleológica. Por ello, la teoría desarrollada en el presente capítulo, que sirve de base de la tesis de este trabajo, se denomina analítica-teleológica[458].

La finalidad de la constitución de un hecho punible no consiste en la reconstrucción de la real génesis de una acción, sino en el procesamiento de la defraudación de la esperada pero ausente manifestación de disposiciones volitivas, cognitivas y físicas en el marco de un modelo de imputación, donde distintos niveles del fallo personal operan como criterios de adscripción. Desde esta perspectiva, el hecho punible se presenta como una construcción teleológica de datos seleccionados, cuyo ordenamiento se corresponde con la lógica argumentativa de la imputación. La sistemática penal no se ocupa de la descripción ni de la explicación de comprobaciones empíricas, sino de la constitución de un hecho convencional[459]. La facticidad empírica solo aparece tras las expectativas contrafácticas[460].

---

[457] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 24; Juan Pablo MAÑALICH "Norma e imputación como categorías del hecho punible", *Revista de Estudios de la Justicia* N°12, año 2010, 169, 171; Joachim VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, 35.

[458] Esta concepción cuestiona enfáticamente el postulado finalista, en el sentido que el hecho punible sea una acción final. Por el contrario, el punto de vista analítico-teleológico lo concibe como el resultado de una imputación escalonada de responsabilidad. El reproche, que constituye su objeto, consiste en no haber tenido la intención de evitar la realización del tipo para el seguimiento de la norma. Como cabe apreciar, esta postura requiere una interpretación del injusto, del dolo y de la imprudencia totalmente distinta de la de la teoría final de la acción.

[459] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 44. Con relación al concepto de hechos convencionales o institucionales, cfr. EL MISMO, "Rohe Tatsachen und normative Tatbestandsmerkmale", *Juristische Ausbildung JA* 1984, 465, 672; Gertrude Elizabeth Margaret ANSCOMBE, "On Brute facts", *Analysis* Vol. 18 N°3, Oxford University Press, Oxford, 1958, 69–72.

En esta línea, la reconstrucción del hecho punible a partir de la teoría analítica-teleológica de las normas parte de la siguiente premisa fundamental: no es posible el seguimiento privado de las normas.

> "Por ello, 'seguir la regla' es una práctica. Y creer seguir la regla no es: seguir la regla. Y por ello la regla no se puede seguir 'privadamente', porque, de lo contrario, creer seguir la regla sería lo mismo que seguir la regla"[461].

Sobre la base de lo expuesto, KINDHÄUSER define al hecho punible como "la desautorización de una norma que es criterio de comportamiento jurídicamente correcto" (*die Desavouierung einer Norm, die Kriterium rechtlich richtigen Verhaltens ist*)[462].

La fundamentación de las reglas prescriptivas y de las adscriptivas conduce a la adopción de una teoría de las normas orientada al principio de las ventajas distributivas[463]. Según esta teoría, como el fin general del Derecho es posibilitar el desenvolvimiento personal de cada uno a través de una coordinación justa y segura de las respectivas esferas de libertad, es necesario contar con los medios necesarios para la consecución de aquella finalidad. Esos medios se denominan bienes y gozan de la protección del Derecho penal contra su menoscabo en dos sentidos. Tanto el interés en su integridad sustancial como el interés en su segura disponibilidad pueden ser objeto de garantías normativas. Los delitos de lesión sirven para la protección en el primer sentido, mientras que los delitos de peligro

---

[460] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 44 nota 9, para quien, en tanto la constitución del hecho punible se lleve a cabo desde la perspectiva teleológica, cabe considerar que el fin de la norma de sanción no es idéntico con el de la norma de comportamiento. Por ello, una concepción teleológica monista no satisface los intereses del Derecho penal.

[461] Ludwig WITTGENSTEIN, *Investigaciones filosóficas*, trad. Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, Altaya, Barcelona, 1999, § 202.

[462] KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 13; cfr. también VOGEL, *Norm und Pflicht…*, 28.

[463] Tal como afirma KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 26 nota 18, ello significa una legitimación de las reglas en tres niveles. En el primero, se trata de la racionalidad en cuanto a fines; en el segundo, de su utilidad en términos del utilitarismo. En el tercero, por último, cabe preguntarse si la ventaja general beneficia a cada uno. Esta legitimación del tercer nivel es necesaria cuando la regla se impone coactivamente. Si la desventaja de una restricción de libertad mediante coacción no es compensada en más por la ganancia de la posibilidad de desenvolvimiento, entonces la aplicación de la norma es pura violencia y, por tanto, ilegítima.

concreto y de peligro abstracto sirven, con diferentes acentos, para la protección en el segundo sentido.

Norma e imputación constituyen las categorías del hecho punible. Por tanto, primero resulta necesario conceptualizarlas y ubicarlas en el contexto metodológico de esta investigación, sin perjuicio de que su desarrollo específico constituya el núcleo del presente capítulo.

Los tipos penales se presentan como proposiciones jurídicas que, en formulación contradictoria, expresan normas de comportamiento. Ahora bien, la norma misma no establece en qué medida su destinatario está vinculado a ella. Tampoco determina las condiciones bajo las cuales este debe responder penalmente por un déficit de reconocimiento de aquella como razón eficaz para la acción. Ello significa que la norma de comportamiento no puede ser criterio de imputación, porque la imputación tiene por objeto la comprobación de la responsabilidad por el apartamiento de la norma[464]. En otras palabras, los criterios de vinculación del destinatario a la norma y los criterios de la responsabilidad por su falta de seguimiento no se pueden definir a través de la misma norma. Ello determina que la consecuencia jurídica sea lo decisivo. En este sentido, cabe afirmar -en forma general- que un sujeto es penalmente responsable cuando sea legítima su sanción como reacción a su conducta. Ello impone una estricta diferenciación entre las normas de conducta y las reglas de imputación, tanto por su naturaleza como por los fines que las legitiman[465].

Formalmente, la norma de comportamiento se legitima a través del procedimiento legislativo; materialmente, mediante su utilidad social[466] y su ventaja distributiva. La norma de comportamiento define las condiciones bajo las cuales determinados intereses de protección elementales tienen preferencia frente a intereses de acción ubicuos. La norma de sanción sirve para el aseguramiento de la validez de la norma de comportamiento, en tanto

[464] Sobre la distinción entre el lenguaje de atribución adscriptivo y el lenguaje de dirección prescriptivo, cfr. Urs KINDHÄUSER, *Intentionale Handlung. Sprachphilosophische Untersuchungen zum Verständnis vonHandlung im Strafrecht*, Dunckner & Humblot, Berlin, 1980, 164 ss

[465] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 29.

[466] Que resulta presupuesta intra-sistemáticamente.

impone su reconocimiento como pauta de orientación para la acción. El Derecho penal no es un derecho de planificación. Se limita a declarar como incorrectas a aquellas conductas, en cuya no ejecución cabe confiar a fin de posibilitar una convivencia ordenada según preferencias jurídicas[467]. Cuando la norma de comportamiento no es reconocida con eficacia para la acción, disminuye su valor como criterio de orientación y, así, la confianza de los cosujetos en el reconocimiento recíproco de la norma resulta defraudada[468]. A su vez, ello determina que, como criterios de imputación, solo se pueda considerar a aquellas propiedades que hacen capaz a una persona para el reconocimiento de la norma, lo cual, por su parte, debe ser reforzado mediante la conminación penal.

Para una perspectiva de prevención general, que se refleja en el elemental factor estabilizador del Derecho entre sujetos que se reconocen recíprocamente como leales al mismo, la pena es una reacción por la "contradicción de la norma". A través ella se expresa que es correcto seguir las normas en favor de la justicia -efecto integrador-[469]. Aquí el mal a infligir -orientado al valor de la validez de la norma respectiva- se debe corresponder con el anticipo de confianza que la persona, como sujeto de derecho y en relación a su lealtad jurídica, puede y debe requerir de los cosujetos. Justamente el carácter represivo de la pena hace posible concederle, de antemano, la libertad al sujeto que puede y que debe reclamar para su libre desarrollo. En cambio, la sanción penal no es un medio para retribución del

[467] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 30 nota 6, donde señala que el Derecho penal sirve a la protección de bienes jurídicos en dos sentidos. La finalidad de las normas de comportamiento consiste en evitar conflicto de libertades relativo a esos bienes. La finalidad de las normas de sanción es garantizar la validez de las normas de comportamiento a través de la sanción de su defraudación. En este sentido, la protección de bienes jurídicos mediante la sanción es solo indirecta.

[468] Cfr. *idem*, 30 nota 7, donde indica que no pueden ser expuestas en particular las similitudes y diferencias entre la concepción de JAKOBS y su concepción de legitimación de las reglas penales a través de una prevención general orientada al principio de justicia retributiva. En especial se desiste de asegurar empíricamente la pura concepción normativa. Bajo el término expectativas se comprende exclusivamente a las susceptibles de ser universalizadas y no a las reales expectativas de cosujetos individuales. En consecuencia, tampoco KINDHÄUSER afirma que la comprensión dominante sobre la pena está correctamente descripta ni que la pena alcanza fácticamente su finalidad. Sin embargo, pone de resalto que la tarea del Derecho penal no se agota en la estabilización del sistema jurídico, sino que la finalidad de asegurar la validez de la norma mediante la pena es, a su vez, un derivado de otra finalidad, a saber: posibilitar y asegurar el libre desarrollo personal de cada uno a través de la confianza recíproca de los sujetos de la interacción en su sentido de justicia.

[469] En este sentido, para KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 31 nota 8, puede quedar abierta la cuestión sobre la medida en que dicha finalidad se realiza efectivamente. La eficacia de la pena se corresponde con el rol perlocucionario de una expresión dentro del modelo de AUSTIN y SEARLE; no pertenece a las condiciones constitutivas del significado del acto estatal de "aplicación de una pena".

daño -la "contradicción de la norma" no presupone daño alguno- ni para la satisfacción de la víctima[470].

Aun cuando no quepa descartar que la imposición de una pena tenga eventuales efectos disuasorios sobre potenciales delincuentes, esta prevención general negativa constituye un efecto secundario y no un criterio de legitimación: la escala penal -orientada al valor de la validez de la norma- no puede tener relevancia para al cálculo individual de costo-beneficio, porque los valores de las preferencias personales cambian de caso en caso. La interpretación de la pena como acto estatal no debe degradar a la persona como medio para la consecución de un fin y su distribución debe ser justa[471].

En este sentido, el elemento esencial de la conducta punible es expresar el no reconocimiento de la norma como razón eficaz y vinculante para la acción, mientras que la característica esencial de la pena es establecer la obligatoriedad de la orientación de la conducta conforme a la norma. Por su parte, las reglas constitutivas de los criterios de imputación deben corresponderse con una declaración de voluntad referida al carácter vinculante de la norma, donde se tenga en cuenta dos niveles de intención. Por un lado, al sujeto se le debe imputar su conducta como "infracción de deber"; por otro lado, debió haberse esperado de él el reconocimiento de la norma bajo las condiciones dadas.

Quien no tenga la capacidad de llevar a la práctica lo debido no puede expresar mediante su conducta la falta de reconocimiento de la norma como motivo eficaz para la acción. El destinatario solo puede estar vinculado a la norma en el marco de su capacidad de acción. En consecuencia, la condición para afirmar una "infracción de deber" (*Pflichtverletzung*) es que el sujeto no actúe como debía y podía, cuando lo debido haya sido su objeto intencional. En el segundo nivel de imputación relativo a la culpabilidad, cabe analizar si se puede reprochar al sujeto que no se haya formado la intención adecuada a la norma, para lo cual es necesario que este cuente con capacidad de motivación. Por tanto, la imputación de la culpabilidad implica, junto con la posibilidad de reconocer la

[470] Cfr. *idem*, 31.
[471] Cfr. *idem*, 32.

norma como razón vinculante, adjudicarle al sujeto el status de un competente cosujeto en la interacción[472].

No es cuestión de imponer por la fuerza los modelos de conducta prescriptos por las normas, sino que, a través de la imposición de una pena, se trata de asegurar la motivación para una conducta adecuada a la norma en la medida en que resulte aceptable desde el punto de vista del Derecho. En el marco de la interacción, no se debe exigir a un sujeto más que lo necesario para la efectiva realización del sistema legal de reglas, y que un cosujeto cualquiera estuviese dispuesto a realizar. Desde esta perspectiva, el fin de la pena es el aseguramiento de una medida justa y útil de motivación leal al Derecho.

En suma: el hecho punible es acción intencional. Es decir, una conducta mediante la cual el sujeto expresa que no reconoce con eficacia para la acción a la correspondiente norma de conducta y a través de la que demuestra un déficit de sentido de justicia. Por tanto, a la conducta se le debe atribuir un significado; más precisamente; el significado que el sujeto pone en tela de juicio la norma y que no la considera vinculante para él. De esta forma, se debe interpretar a la conducta como una acción que desautoriza la norma. Si se recurre a criterios de la teoría del lenguaje y de la acción, entonces la interpretación de una conducta como acción tiene lugar en general cuando cabe atribuirle al sujeto la intención de querer realmente la conducta. Esta intención explica la conducta y la convierte en acción. En este sentido, las condiciones mínimas -necesarias, pero no suficientes- para la atribución de esa intención son las siguientes: que el sujeto hubiese podido omitir esa conducta -se hubiese podido comportar de otro modo- y que el supiese lo que hacía. Se requiere, además, cierta relación espacio-temporal en el sentido de un contexto relevante para la decisión: la conducta de quien lee el diario se puede explicar con la intención de leerlo pero no con la intención de querer omitir homicidios o lesiones corporales.

A continuación, asumiendo que norma e imputación constituyen las categorías de la estructura del hecho punible, se desarrollará cada uno de estos elementos. En primer lugar, se considerará las cuestiones relativas a las normas en el siguiente orden: primero, las

[472] Cfr. *idem*, 34 ss.

normas de sanción, dado que se trata de aquellas que surgen directamente de la Parte Especial del Código penal; luego, las normas de comportamiento. En segundo término, se tratará la teoría de la imputación y las reglas que sirven para la atribución de responsabilidad penal.

3. Normas de sanción

3.1. Concepto

Las disposiciones jurídicas de la Parte Especial del Código Penal constituyen las denominadas normas de sanción (*Sanktionsnorm*). Exhiben una estructura condicional, compuesta por un determinado supuesto de hecho y por la enunciación de una determinada consecuencia jurídica. El cumplimiento del primero -el "tipo delictivo"- opera como condición necesaria para la imposición de la segunda. Por definición, el comportamiento punible realiza el supuesto de hecho de la norma de sanción, es decir, el tipo penal correspondiente[473]. Por ello, las normas de sanción ordenan a la instancia de aplicación del derecho que imponga una pena cuando se verifique el cumplimiento de aquel supuesto de hecho. Desde la perspectiva del Derecho constitucional, las normas de sanción autorizan una intervención en un derecho fundamental de la persona[474].

3.2. El fin de las normas de sanción

El aseguramiento de la validez de la norma de comportamiento es el fin de la norma de sanción. La fundamentación de esta afirmación requiere, en primer lugar, abordar la distinción entre pérdida de validez y afectación de un bien jurídico. Si alguien causa la muerte de otro y se le puede imputar este hecho como "contradicción de la norma", cabe

[473] Tal como célebremente señaló BINDING, *Die Normen…*, 42.

[474] Cfr. VOGEL, *Norm und Pflicht…*, 27, quien sostiene que las normas de sanción, en tanto órdenes al operador jurídico y en ese sentido, también constituyen normas de conducta, desde luego no dirigidas a todos, sino solo al aplicador del derecho.

distinguir entre dos tipos de daño: la muerte de una persona y la disminución del valor que tiene una norma de comportamiento válida; en este caso, la que prohíbe la colocación de una causa para la muerte de una persona. En cuanto a los términos, se denomina pérdida de validez (*Geltungsverlust)* al daño causado por el deficitario reconocimiento de la norma de comportamiento y se designa afectación de un bien jurídico (*Rechtsgutsverletzung*) al daño cuya evitación constituye la finalidad de la prohibición de lesionar -o norma de comportamiento-. De modos diferentes, ambos tipos de daño revisten importancia para la dogmática penal.

La muerte de una persona es un daño lógicamente independiente de la prohibición de su causación. Aun cuando no existiese una prohibición de matar, la colocación de una causa para la muerte de una persona ya constituiría por sí misma una conducta dañosa. La prohibición de matar se refiere a una determinada relación causal entre conducta y daño: prohíbe la realización de una conducta para evitar la producción de un daño. Como cabe apreciar, daño y norma se encuentran en una relación de fin y medio.

En este sentido, dado que la disminución de la utilidad de la norma como una directiva de conducta presupone su propia existencia, asegurar su validez no puede constituir el fin de una norma de comportamiento. Por ejemplo, la prohibición de matar no puede tener por objetivo prohibir infracciones contra esa prohibición. Por tanto, el aseguramiento de la validez de la norma de comportamiento solo puede ser el fin de otro tipo de norma: la norma de sanción[475].

La caracterización del menoscabo a la validez de la norma como daño requiere alguna precisión, ya que se pueden distinguir tres diferentes condiciones de validez. La norma de comportamiento es una entidad abstracta que se expresa a través de enunciados verbales y, como enunciado, se puede analizar bajo tres aspectos: el de su información, el de su constitución pragmática y el de su eficacia.

[475] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 132.

El aspecto informativo se refiere a la validez lógica de la norma, que se presenta cuando el enunciado normativo resulta claro, comprensible y no se encuentra en contradicción con el de otra norma. En cuanto al aspecto pragmático, se trata de las condiciones para afirmar su carácter de acto de establecimiento de la norma: junto con la observancia del procedimiento legislativo del derecho vigente -condiciones de legalidad-, también deben verificarse los criterios que fundamentan la corrección material de las normas -condiciones de legitimidad-. Por último, el aspecto relativo a la eficacia alude a la validez fáctica de la norma, que se adquiere cuando su pretensión de obligatoriedad es reconocida por el destinatario con eficacia para la acción. Precisamente, a este último aspecto se refiere el carácter dañoso de una conducta aludido con el concepto de pérdida de validez de la norma[476].

Desde esta perspectiva, cabe concluir que el aseguramiento de la validez de la norma de comportamiento constituye la finalidad de la norma de sanción. En efecto, la norma es válida fácticamente cuando resulta reconocida con eficacia para la acción. Por tanto, cada "contradicción de la norma" de comportamiento constituye *eo ipso* un menoscabo de su eficacia y, en consecuencia, un menoscabo de su función como pauta directriz obligatoria de interacciones jurídicas. Solo cuando se puede confiar suficientemente en su reconocimiento con eficacia para la acción, la norma de comportamiento puede transmitir la necesaria seguridad para la planificación de las interacciones. De este modo, la "contradicción de la norma" resulta dañosa cuando se pierde la confianza en su efectividad -y la del Derecho mismo-[477], porque, como ya se expuso, reduce su utilidad como instrumento de regulación social para la estabilización de expectativas[478]. Esa función de la norma de comportamiento, que resulta menoscabada por su contradicción, es distinta por naturaleza de la finalidad de dicha norma[479].

---

[476] Cfr. *idem*, 133.

[477] Cfr. *idem*, 134.

[478] Cfr. JAKOBS, *Strafrecht...*, 35, se refiere a la validez de la norma como el bien a ser protegido por el Derecho penal. Sin embargo, tal como apunta KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 134 nota 7, con mayor precisión cabría afirmar que la validez de la norma es el bien a ser asegurado por la norma de sanción, puesto que las normas de comportamiento penales sirven a la protección de bienes jurídicos en el sentido usual.

[479] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 134, donde ilustra la afirmación con el siguiente ejemplo: en un barrio se produce una cadena de robos por efracción, de modo que el daño, que la prohibición de robar debe evitar, consiste en la pérdida sobre el señorío sobre las cosas sustraídas. La disminuida confianza en la validez de la

El aseguramiento de la validez de una norma no puede constituir un criterio de su legitimación, puesto que, como se explicó, el fin de una norma no puede consistir en la imposición de su propio seguimiento. Desde este punto de vista, la sanción penal es el medio para procurarle la medida socialmente útil de reconocimiento a la norma de comportamiento. Sin embargo, aunque indirectamente, la norma de sanción también sirve para asegurar el fin de la norma de comportamiento: el menoscabo de los bienes jurídicos. En la medida en que la norma de comportamiento resulte reconocida, se impedirá el daño cuya evitación constituye su finalidad, siempre y cuando su seguimiento tenga la idoneidad suficiente para evitar el menoscabo referido.

3.3. La función constitutiva de las normas de sanción y el carácter institucional del hecho punible

Una de las principales ventajas de la reconstrucción del hecho punible desde una concepción analítica-teleológica consiste en poner de relieve su dimensión institucional a través de la función constitutiva de la norma de sanción. Para ello, primero es necesario abordar la distinción analítica entre reglas regulativas y reglas constitutivas, y su correspondencia con la diferenciación entre normas de comportamiento y normas de sanción.

En el marco de la filosofía del lenguaje[480], se parte sobre la base distinguir entre hechos brutos e institucionales. Los primeros son puros hechos físicos y biológicos; por ejemplo, que el sol está a 150 millones de kilómetros de la Tierra. Los segundos son asuntos sociales y culturales; por ejemplo, que una determinada persona sea presidente de un país. Los hechos brutos existen con independencia de cualquier institución humana, aun cuando necesiten la institución del lenguaje para ser enunciados. Los hechos

---

norma y la pérdida de libertad de planificación producida por ella se manifiesta en que también los vecinos que no resultaron damnificados se ven obligados a contratar seguros, instalar sistemas de alarma o contratar servicios de vigilancia.

[480] Cfr. John RAWLS, "Two concepts of rules", *The Philosophical Review* 64 (1955), 3 ss. En especial, cfr. John R. SEARLE, *Speech Acts. An essay in the philosophy of language*, Cambridge Univertisy Press, Cambridge, 1969, 33 ss.; EL MISMO, *La construcción de la realidad social*, trad. de Antoni Doménech, Paidós, Barcelona, 1997, 44 ss.

institucionales, por su parte, solo pueden existir dentro de las instituciones humanas, donde el lenguaje es una de ellas; en realidad, es el conjunto entero de esas instituciones. Y es en este punto donde entra en juego la distinción entre reglas regulativas y constitutivas para responder a la pregunta: qué son las instituciones.

Por un lado, hay reglas que reglamentan formas de conducta existentes con independencia de esas reglas y que, por ende, se denominan "regulativas"; por ejemplo, las normas de etiqueta. Por otro lado, otras reglas no se limitan a regular, sino que también crean o definen nuevas formas de comportamiento, razón por la cual se las llama "constitutivas"; por ejemplo, las reglas del ajedrez o del football, que no solo reglamentan esos juegos, sino que crean la posibilidad misma de jugarlos. Estas actividades se constituyen a través de una actuación de acuerdo con las respectivas reglas. Lo expuesto sustenta la afirmación que las reglas regulativas reglamentan una actividad preexistente y lógicamente independiente de la regla, mientras que las reglas constitutivas conforman -y también regulan- una actividad, cuya existencia es lógicamente dependiente de esas reglas. Desde esta perspectiva, cabe partir de la tesis de SEARLE, en el sentido que los hechos institucionales existen solo dentro de sistemas de reglas constitutivas, cuya formulación característica reza "X cuenta como Y en el contexto C"[481].

En palabras de este autor:

> "…tal como estoy usando esa locución ['X cuenta como Y en el contexto C'], eso solo determina un conjunto de hechos y de objetos institucionales, nombrando el

[481] Cfr. SEARLE, *La construcción...*, 45-46: donde señala: "Algunas reglas regulan actividades previamente existentes. Así, la regla 'conduzca por la derecha de la calzada' regula la conducción; pero la conducción puede existir antes de la existencia de esa regla. Sin embargo, algunas reglas no solo regulan, sino que crean la posibilidad misma de ciertas actividades. Las reglas del ajedrez, pongamos por caso, no regulan una actividad previamente existente. No es verdad que antes hubiere montones de gente desplazando pedacitos de madera sobre tableros y que, para prevenir colisiones continuas y embotellamiento de tráfico, tuviéramos que regular esa actividad. Ocurre más bien que las reglas del ajedrez crean la posibilidad misma de jugar al ajedrez. Las reglas son *constitutivas* del ajedrez en el sentido de lo que sea jugar al ajedrez queda en parte constituido por la actuación según esas reglas. Si ustedes no siguen al menos una buena parte de esas reglas, ustedes no están jugando al ajedrez. Las reglas vienen en sistemas, y cada una de las reglas por separado, o a veces el sistema de ellas en su conjunto, tienen la forma siguiente, que le es característica: 'X cuenta como Y' o 'X cuenta como Y en el contexto C' Así, tal y cual cuenta como un jaque mate, tal y cual como movimiento de peón, etc. Mi tesis es que los hechos institucionales existen solo dentro de sistemas de reglas constitutivas. Los sistemas de reglas crean la posibilidad de hechos de ese tipo…".

término Y algo más que los rasgos puramente físicos del objeto nombrado por el término X. Por lo demás, la locución 'cuenta como' nombra un rasgo de la imposición de un *status* y la función a él vinculada más allá de las funciones brutas, puramente físicas, que puedan asignarse a objetos físicos…De modo que la aplicación de la regla constitutiva introduce los siguientes rasgos: el término Y tiene que asignar un *status*, no poseído previamente por el objeto por la sola circunstancia de satisfacer el término X; y tiene que haber acuerdo colectivo -o aceptación, al menos- tanto respecto de la imposición del nuevo *status* al material al que se refiere el término X, cuanto respecto de la función que va con ese *status*. Por lo demás, en la medida en que los rasgos físicos determinados por el término X no bastan por sí mismos para garantizar el cumplimiento de la función asignada determinada por el término Y, el nuevo *status* y sus correspondientes funciones tienen que tener el tipo de cosas que pueden constituirse por acuerdo o aceptación colectivos. Ocurre también que, puesto que los rasgos físicos determinados por el término X no bastan para garantizar el éxito en el cumplimiento de la función asignada, tiene que darse una aceptación o un reconocimiento colectivo *continuado* de la validez de la función asignada; en caso contrario, la función no puede cumplirse con éxito…"[482].

En suma, esta asignación -*status* y función- crea un nuevo hecho institucional generado a través del acuerdo colectivo, que no necesariamente tiene que producirse a nivel consciente. La fórmula de esa asignación -"X cuenta como Y en C"- es un instrumento muy importante para la comprensión del acto de creación del hecho institucional. Lo relevante es la locución "cuenta como", porque requiere acuerdo o aceptación colectivos para que se pueda dar, toda vez que la función en cuestión no puede cumplirse meramente en virtud de los rasgos físicos del elemento X.

Ahora bien, la distinción analítica entre reglas regulativas y constitutivas le resulta útil al Derecho penal por su correspondencia con la diferenciación entre normas de comportamiento y normas de sanción. En este sentido, cabe constatar que las normas de comportamiento presentan carácter regulativo: reglamentan una determinada forma de

[482] SEARLE, *La construcción...*, 61-62

conducta susceptible de ser ejecutada sin referencia a esa regla. La forma de comportamiento es ontológicamente anterior a la norma regulativa en cuestión[483], aun cuando pueda existir la posibilidad ontológica de que la forma de conducta regulada dependa de otras reglas constitutivas. Por ejemplo, la forma de comportamiento que prohíbe la norma del robo depende ontológicamente de las reglas del Derecho civil que instituyen el derecho de dominio como institución. Sin embargo, lo relevante es la independencia de aquella forma de conducta con relación a la norma de comportamiento penal que la prohíbe. En cuanto a las normas de sanción, bien podría conferírseles una cierta función regulativa en tanto se dirigen al aplicador jurídico y lo habilitan para imponer la sanción correspondiente, pero ello significaría negarles su carácter de regla secundaria sobre la que precisamente se fundamenta la dimensión institucional del hecho punible. Las normas de sanción hacen posible la aplicación de una pena como reacción por la realización imputable del correspondiente tipo delictivo, con lo cual la conducta punible se convierte al mismo tiempo en un hecho institucional[484].

Esta explicación analítica del significado institucional de la norma de sanción para el Derecho penal encuentra su síntesis en las siguientes palabras de SEARLE:

> "El propósito global del Derecho penal es regulativo, no constitutivo. Consiste en prohibir, por ejemplo, ciertas formas de conducta previamente existentes, como asesinar. Pero para que las regulaciones funcionen, tiene que haber sanciones, lo que exige la imposición de un nuevo *status* a la persona que viola la ley. Así, a la persona que mata a otro (término X) bajo ciertas circunstancias (término C), y es hallada culpable de hacerlo, se le asigna el *status* de 'asesino convicto' (término Y, y, por ende, hecho institucional); y con este nuevo *status* vienen las penas y los castigos apropiados. Así, la regulativa 'No matarás' genera la constitutiva apropiada 'Matar,

[483] Cfr. SEARLE, *Speech Acts...*, 33 ss.

[484] Cfr. Juan Pablo MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung. Rechtstheoretische Untersuchungen zum präskriptiven und askriptiven Nötigungsbegriff im Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2009, 26, donde resalta que precisamente esa función institucional de la norma de sanción subyace en la afirmación de BINDING que el verdadero significado de las leyes penales radica en su carácter de proposiciones jurídicas afirmativas.

bajo determinadas circunstancias, cuenta como asesinato, y el asesinato cuenta como un crimen punible con la muerte o con la cárcel"[485].

Desde esta perspectiva, la dimensión institucional de la conducta punible no se reduce al mero hecho de que el comportamiento en cuestión sea objeto de una norma prohibitiva -o un mandato- de carácter regulativo. La cuestión relevante consiste en que la contradicción imputable de la norma constituye la razón de la sanción penal. Por ello cabe atribuir a la norma de sanción una función constitutiva con la siguiente estructura: "X vale como Y en el contexto C", donde X representa a la forma de comportamiento, cuyo verificación -bajo las circunstancias designadas como contexto C- cuenta como el hecho institucional designado como Y, que aquí es el hecho punible[486].

Frente a la comprensión de las normas de sanción como reglas constitutivas referidas a normas de comportamiento solo se podría objetar que no se justifica la diferenciación -entre reglas regulativas y constitutivas-. Sin embargo, esta crítica es incorrecta. Si bien es posible describir cada hecho institucional como un hecho bruto (*rohe Tatsache*), ello no es más que la consecuencia de lo que SEARLE llamó la prioridad lógica de los hechos brutos frente a los institucionales[487]. Esta subordinación lógica de los hechos

[485] SEARLE, *La construcción...*, 67, donde completa su explicación, afirmando que "En muchos casos, el término X resulta elegido precisamente porque se supone que tiene los rasgos necesarios para cumplir la función determinada por el término Y. Así, por ejemplo, cada una de las expresiones 'abogado', 'médico', 'presidente' y 'catedral' nombra un *status* con una función impuesta sobre entidades -licenciados en derecho, licenciados en medicina, vencedores de una determinada clase de elecciones y enormes edificios capaces de albergar grandes servicios eclesiásticos y de servir como sede de un obispado- precisamente porque se supone que esas entidades son capaces de cumplir sus funciones Y implicadas por los rótulos de *status* 'abogado', 'médico', 'presidente' o ´catedral'. Pero incluso en tales casos, el término Y añade algo nuevo. Los rasgos determinados por el término X no bastan por sí mismos para garantizar el *status* y la función adicionales determinados por el término Y. La diferencia entre abogados y destornilladores, por ejemplo, es que el destornillador tiene exactamente la estructura física que le permite cumplir su función, mientras que para que el estudiante de derecho se convierta en un abogado es necesario un título certificado o una autorización adicional que le confiera el *status* de abogado. El acuerdo colectivo respecto de la posesión del *status* es constitutivo de la posesión del *status*, y poseer el *status* es esencial para cumplir la función asignada a ese status".

[486] Cfr. MAÑALICH, *Nötigung…*, 27.

[487] Cfr. SEARLE, *La construcción...*, 52.

institucionales resulta justamente de la estructura de las reglas constitutivas, que posibilitan la conversión de hechos brutos en institucionales[488].

Sobre la base de lo expuesto cabe afirmar entonces que el carácter institucional del hecho punible -como presupuesto de la imposición de la pena- resulta constituido a través de la norma de sanción. El valor declarativo de la concepción del hecho punible como hecho institucional consiste en la contradicción a una norma de comportamiento; ello, a su vez, implica que el nivel de referencia de la sanción penal se deba corresponder a la significancia institucional de aquel hecho punible.

Tal como señala KINDHÄUSER:

> "El mal, al que se responde retributivamente a través de una pena, es la pérdida de validez de la norma producto de la falta de reconocimiento de la misma como razón eficaz para la acción, y la culpabilidad es el déficit de sentido de justicia socialmente perjudicial. La pena adecuada a la culpabilidad no significa retribución en el sentido de un *ius talionis* referido a dicho daño (afectación del bien jurídico), sino una restitución simbólica de la confianza menoscabada"[489].

Esta concepción supera con éxito la clásica objeción en el sentido que la retribución es una innecesaria duplicación de un mal. Así, el aspecto material de la sanción penal se presenta como expresión o representación del correspondiente reproche de culpabilidad. Por tanto, la correspondencia interna entre hecho punible y pena no radica en su respectiva constitución empírica como hecho bruto, sino, más bien, en su valor declarativo institucional recíprocamente relacionado[490].

---

[488] Cfr. MAÑALICH, *Nötigung…*, 27, nota 19, donde propone el siguiente ejemplo: en el marco de un partido de football, un gol puede ser descripto como el movimiento de un objeto físico a través de un espacio constituido por tres postes. Sin embargo, ello no se opone al hecho que la ontología de dicho acontecimiento dentro de la práctica institucional llamada "football" dependa de reglas que son constitutivas.

[489] KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 156; EL MISMO, "Personalität, Schuld und Vergeltung. Zur rechtsethischen Legitimation und Begrenzung der Kriminalstrafe", *Goltdammer`s Archiv für Strafrecht GA* 1989, 493, 502 ss.

[490] Cfr. solo G.W.F. HEGEL., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Werke 7, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986, § 101.

3.4. Legitimación de las normas de sanción

Puesto que la imposición de una pena criminal constituye el medio de reacción estatal más severo que interviene con la mayor intensidad en la esfera de libertad de los ciudadanos -protegida constitucionalmente-, el Derecho penal se encuentra con una fuerte necesidad de legitimación.

Tal como se expondrá en acápite correspondiente, la norma de comportamiento es legítima cuando resulta racional en cuanto a fines, pragmática socialmente y distributivamente beneficiosa. Ahora bien, la legitimidad de la norma de comportamiento no implica la legitimidad del aseguramiento de su validez mediante una norma de sanción penal[491], que debe ser justificada en forma separada y con relación a la verificación de dos extremos: por un lado, si la pena es realmente un medio legítimo para la consecución de aquella finalidad de aseguramiento y, por el otro, si la realización de una determinada conducta puede ser sancionada con una pena. Una respuesta afirmativa a la primera cuestión no significa una respuesta afirmativa de la segunda. Por ejemplo, de la legitimidad de la pena no se deduce la legitimidad de la aplicación de una pena por violar las reglas establecidas por las leyes de policía sanitaria animal[492] .

Desde la perspectiva de KINDHÄUSER, la pena expresa una reprobación ética-jurídica a través de la irrogación coactiva de un mal como respuesta a otro mal: el hecho punible. De este modo, la justificación de la pena tiene por objeto tres elementos: la coacción, la reprobación y el mal al cual debe corresponder la irrogación del otro mal que constituye la pena[493]. La coacción es una condición necesaria para la realización de las normas jurídicas, ya que, paradójicamente, no es racional seguir las normas; y no lo es justamente cuando estas resultan distributivamente beneficiosas para todos.

[491] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 153.
[492] Art. 206 CP Argentino, que prevé pena de uno a seis meses de prisión.
[493] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 154.

Esta paradoja se ilustra con el conocido "dilema de los prisioneros", cuyo supuesto de hecho es el siguiente: dos vagabundos son detenidos y acusados de la comisión de un delito capital, el cual solo se les puede probar a través de una confesión. Con independencia de ello, a cada sujeto le corresponde una pena de prisión de un mes por el delito de vagancia. A cada uno de los prisioneros, que se encuentran alojados en celdas separadas y sin posibilidad de comunicación entre ellos, se le ofrece no imputarle delito alguno a cambio de una confesión como testigo principal que pruebe la culpabilidad del otro. En el caso que los dos confiesen, se los condenará a cada uno a la pena de prisión de cinco años en lugar de diez. Entonces, si un sujeto confiesa y el otro calla, el primero recupera su libertad. Si ambos callan, les corresponderá una pena de prisión de un mes por vagancia. Si ambos confiesan, se reducirá a cinco años la pena de prisión, que en caso de confesión de uno y silencio del otro ascendería a diez años.

En este ejemplo, el silencio de ambos acusados representa la máxima más ventajosa, porque entonces les correspondería una pena mucho más baja con relación a la que se les aplicaría mediando una confesión de ambos. Sin embargo, existe una posibilidad mejor: que uno confiese y que calle el otro, así el primero logra la impunidad a costa del segundo. Pero este óptimo resultado para uno presupone el silencio del otro, es decir, que este siga aquella máxima más ventajosa. No obstante, cuando ninguno sabe cómo se comportará el otro, frente a esta inseguridad se presentan dos reglas para decidir: la más optimista, que tiene en mira la situación más beneficiosa, y la más pesimista, que intenta sacar lo mejor posible de la peor situación. Sin embargo, el problema del dilema de los prisioneros consiste en que la aplicación de cualquiera de esas dos reglas conduce a un resultado menos ventajoso. Según la regla optimista, cada uno asume que el otro callará y, por tanto, ambos terminan confesando y recibiendo una pena de cinco años de prisión. En cambio, de acuerdo con la regla pesimista, como cada uno asume que el otro confesará, cada uno termina confesando para evitar la imposición de la pena máxima de diez años. Se aprecia entonces que en cada supuesto el resultado es peor de lo que podría ser si cada uno hubiese seguido a la máxima más ventajosa -el silencio de ambos-. Cualquier máxima ventajosa universalmente presupone que -casi- todos la sigan. Ahora bien, dado que existe el riesgo de salir perjudicado cuando no -casi- todos siguen la norma, resulta racional no seguirla, y

cuando no se puede asegurar recíprocamente la confianza, esta resulta perjudicial y carece de utilidad. De allí la legitimidad de la norma de sanción. Otro ejemplo: viajar sin pagar boleto resulta la opción más beneficiosa, siempre que todos los demás abonen su ticket y, de este modo, financian el medio de transporte público correspondiente. Si todos actuasen en forma racional y viajasen sin pagar boleto, entonces se renunciaría a realizar la solución más ventajosa para todos mediante utilización de los medios de transporte públicos.

Normas socialmente beneficiosas para todos presuponen necesariamente la confianza en su seguimiento en la forma más amplia posible. Sin embargo, para dicha confianza no existe un fundamento racional, ya que viajar sin pagar boleto -aprovechando la lealtad normativa de los demás- resulta la posibilidad individualmente más ventajosa. Por ello, imponer el seguimiento general de la norma mediante coacción es una condición necesaria para obtener el beneficio que ofrece la norma universalmente ventajosa. La coacción misma resulta beneficiosa y, por tanto, susceptible de consenso, porque, sin ella, la norma no se puede realizar: la coacción es legítima[494]. En este sentido, de los fundamentos de la legitimidad de la coacción se sigue la legitimidad de la reprobación ética-social o ética-jurídica al infractor. La infracción de la norma implica un déficit de sentido de justicia, porque el sujeto reclama la ventaja que ofrece la validez de la norma, pero no realiza su aporte y, así, se aprovecha de la lealtad normativa de los otros.

Estas consideraciones confirman que el nivel de referencia de la pena es aquella medida de motivación leal al Derecho necesaria para que la norma tenga validez fáctica en beneficios de todos. El mal, respecto del cual se contesta retributivamente mediante la pena, radica en la pérdida de validez de la norma por su no reconocimiento, mientras que la culpabilidad expresa el déficit de sentido de justicia socialmente dañoso. Por ello, la pena adecuada a la culpabilidad significa una restitución simbólica de la confianza menoscabada y no una represalia en el sentido de un *ius talionis* referido al daño ocasionado. Si es que fuere posible, la restitución del daño pertenece al ámbito del Derecho civil y no del Derecho penal[495]. En consecuencia, la pena racional debe compensar la pérdida de validez

[494] Cfr. *idem*, 153 ss.
[495] Cfr. *idem*, 157.

de la norma a través de la imposición de un mal y, a su vez, expresar un reproche ético-jurídico por el déficit de sentido de justicia manifestado a través del hecho punible. De este modo, la pena refuerza la confianza de los cosujetos y, en dicha medida, exhibe un efecto integrador en el sentido de la prevención general positiva.

Ahora bien, como ya se señaló, la legitimación de la norma de sanción no supone la legitimación de la aplicación de la pena contenida en aquella. Abordar este último aspecto, es decir, discernir si las penas del Derecho penal son medios adecuados para la prevención general positiva a través de una retribución justa, excedería los límites de este trabajo. Aquí se trata, más bien, de analizar si la garantía de validez de determinadas normas se puede fundamentar mediante la punición. En este sentido, resulta evidente que existen condiciones necesarias para la punición a través de la pena: la norma de comportamiento debe ser legítima, es decir, beneficiosa para todos. Pero cabe preguntarse también si existen condiciones suficientes de la legitimidad de la punición que se extiendan más allá de la decisión político-criminal. En los hechos, parecería que no, aunque una vez asumida esta premisa, adquiere vida propia la idea de la prevención a través de retribución justa. Las normas del Derecho penal deben tener un valor de reconocimiento comparable, porque, de lo contrario, el significado de normas elementales se restringiría intrasistemáticamente en forma inadecuada y se perdería el efecto preventivo. Por ejemplo, si la reacción estatal frente a un homicidio fuese la misma que ante un hurto, entonces la prohibición de matar se depreciaría, la prohibición de hurtar se apreciaría y, en consecuencia, todo el Derecho penal se desvalorizaría. Por tanto, la finalidad de la pena requiere que a las normas provistas de sanción penal les corresponda una importancia considerable para el ordenamiento jurídico. Y ello es válido, ante todo, para el aseguramiento de libertades elementales, aunque también para la estabilidad de aquellas instituciones que garantizan los derechos y libertades primarios[496].

[496] Cfr. *idem*, 159, donde afirma que, por el momento, solo cabe formular un llamado a la discreción político-criminal; por ejemplo, la sanción de una norma de bagatela implicaría una devaluación político-criminal del Derecho penal. Asimismo, también cabe trazar un límite a la criminalización mediante el principio de *ultima ratio*, que se refiere a la elección del medio y que tiene relevancia cuando la sanción penal concurre con otras posibilidades de sanción, en especial, en el marco de las faltas y contravenciones.

4. Normas de comportamiento

4.1. Concepto

La definición del hecho punible como la "la desautorización de una norma que es criterio de comportamiento jurídicamente correcto" significa que, junto con las normas de sanción, existe un segundo tipo de normas en el Derecho penal: las normas de comportamiento o normas de conducta (*Verhaltensnorm*). Estas normas conforman un *prius* lógico con relación a las normas de sanción; desde el punto de vista axiológico, indican qué conducta es buena o mala, mientras que, desde el punto de vista deontológico, indican qué conducta está prohibida, ordenada, permitida o exenta de mandato[497]. En otras palabras, estas normas de comportamiento se designan en la teoría jurídica como proposiciones prescriptivas.

Tal como se asume mayoritariamente, las normas de comportamiento se obtienen por vía de formulación contradictoria del supuesto de hecho de la norma de sanción[498]. Las normas de comportamiento están contenidas en los tipos penales de la Parte Especial[499]; más específicamente, son el resultado de una interpretación de las proposiciones jurídicas contenidas en esas descripciones típicas[500].

---

[497] Cfr. VOGEL, *Norm und Pflicht*…, 28; MAÑALICH "Norma e imputación…", 169, 171 y 172, donde pone de relieve que "en la medida en que las normas jurídico-penales de comportamiento conforman un sistema de normas bajo el cual resulta determinado el estatus deóntico de determinadas formas de comportamiento, en este sistema también cabe entender integradas aquellas normas a través de las cuales resultan permitidas o exentas de mandato formas de comportamiento que de lo contrario estarían prohibidas y ordenadas. Pragmáticamente consideradas, las normas de prohibición y de mandato constituyen fundamentos de obligaciones, las normas de permisión y de exención, por el contrario, causas de justificación". Cfr. también Mario H. LAPORTA, *Delito Fiscal. El hecho punible, determinación del comportamiento típico*, BdeF, Montevideo - Buenos Aires, 2013, 53.

[498] Así expuso su famoso punto de vista Binding, aceptado por la mayoría de la doctrina. Cfr. BINDING, *Die Normen*…, 4 ss y 36 ss. En este sentido, cfr. VOGEL, *Norm und Pflicht*…, 32, quien pone de relieve que se trata del resultado interpretar los tipos penales contenidos de *lege lata*.

[499] Esta opinión mayoritaria se formó a partir del punto de vista expuesto por BINDING, *Die Normen*…, 42. Cfr. también Joachim HRUSCHKA, "Verhaltensregeln und. Zurechnungsregeln", *Rechtstheorie* 22 (1991), Duncker & Humblot, Berlin, 449, 450.

[500] Cfr. VOGEL, *Norm und Pflicht*…, 28: ambos tipos de normas, las normas de sanción y las de comportamiento deben ser estrictamente diferenciadas tanto desde el punto de vista lógico como teleológico. La pregunta si una conducta es correcta (ordenada, permitida o exenta) o incorrecta (prohibida) debe ser distinguida, desde la perspectiva de la lógica del lenguaje, de la pregunta si alguien debe responder o ser hecho responsable por un comportamiento.

La razón de la existencia de las normas de conducta radica en una consideración de orden pragmático: solo a partir de ellas es posible entender a la pena como una reacción a un comportamiento jurídicamente reprochable[501] y, en tal medida, incorrecto. Es necesario disponer de un estándar a partir del cual se pueda obtener el fundamento del reproche. Y dicho estándar no se puede identificar con la norma de sanción correspondiente, ya que, por definición, el comportamiento delictivo no contradice, sino que precisamente realiza el supuesto de hecho de la norma de sanción[502].

La relación lógica entre normas de comportamiento y normas de sanción se corresponde con la relación entre normas primaria y secundaria respectivamente. La norma de sanción es una regla secundaria que habilita al aplicador del Derecho a imponer una pena como consecuencia jurídica de la contravención de una norma -primaria- que es fundamento de una obligación[503] y lógicamente prioritaria.

Es cierto que la instancia jurídica se maneja fundamentalmente con las normas de sanción. Ello, sin embargo, no significa restarle relevancia dogmática a las normas de comportamiento como si fuesen una "categoría vacía de contenido". Por un lado, cabe equiparar la antinormatividad con la tipicidad en caso de delito consumado -sin considerar

[501] En este sentido, cfr. BINDING, *Die Normen…*, 70, quien afirma que "todas las leyes penales [tipos penales] reconocen al delito como la infracción de una norma que se encuentra fuera de aquellas".

[502] Cfr. MAÑALICH, *Nötigung…*, 24, nota 4, donde manifiesta que, a su entender, allí se encuentra la dificultad de la concepción kelseniana del injusto como condición del derecho. Relacionado con esta postura, cfr. Andreas HOYER, *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann. Lebendiges und Totes in Armin Kaufmanns Normentherie*, Dunckner & Humblot, Berlin, 1997, 42 ss., quien prescinde de la diferenciación entre normas de sanción y normas de comportamiento, y la reemplaza por una concepción monista. La punibilidad se sustenta solo en la norma de sanción, la que configura bajo una concepción que denomina "*aletisch*" en contraposición de una "deóntica". HOYER cuestiona directamente la naturaleza deóntica de las normas, a las que considera meras proposiciones descriptivas ordinarias. Si bien admite la protección de bienes jurídicos como fin del Derecho penal, renuncia a aceptar al "deber jurídico" como categoría dogmática central. HOYER afirma que "cada norma pone en relación, una con otra, dos formas de conducta, y vincula la punibilidad a la preferencia de una forma con respecto a la otra. En otras palabras, se pone un 'precio' para hacer menos atractiva una determinada opción. Por ello, los tipos penales son definidos como 'relaciones de preferencia normativizadas' ("*normierte Präferenzrelationen*")..." Por otra parte, cfr. Jorge A. SANDRO, "La norma penal: ¿enunciado prescriptivo o descriptivo?", en *Dogmática Penal entre Naturalismo y Normativismo. Libro homenaje a Eberhrd Struensee*, Directores Julio B. J. Maier, Marcelo A. Sancinetti y Wolfgang Schöne, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2011, 577-603, donde afirma el carácter descriptivo de las normas.

[503] Cfr. H.L.A. HART, *The concept of law*, second edition, Clarendon Press, Oxford, 1994, 81, en cuanto a las normas de sanción como reglas secundarias; en el mismo sentido, cfr. Joseph RAZ, *The concept of a legal system. An introduction to the theory of legal system*, second edition, Clarendon Press, Oxford, 1980, 150 ss.

dolo e imprudencia, que son categorías de la norma de sanción o, mejor, dicho, reglas de imputación-. Por otro lado, las normas de comportamiento son punto de referencia de las normas de sanción.

4.2. El fin de las normas de comportamiento

En el ámbito del Derecho penal, existe un amplio consenso en que la protección de los bienes jurídicos constituye la finalidad de las normas de comportamiento. Sin embargo, dado que la definición misma de bien jurídico y el concepto de su afectación son objeto de controversia, corresponde precisar estos elementos. Así, primero se analizará el significado de la palabra "bien jurídico" y luego se establecerá la medida en la que los bienes jurídicos están sujetos a una modificación que se denomina afectación.

La literatura científica presenta innumerables intentos por definir el concepto de bien jurídico[504]. A menudo, la definición misma refleja la teoría de las normas y la postura axiológica que les sirve de base, ya sea de naturaleza naturalista, ética, antropológica o social. Sin embargo, esta investigación prescindirá del análisis de la historia dogmática, porque solo busca un concepto de bien jurídico inmanente al sistema. Ello determina la preponderancia que tendrán las consideraciones de carácter analítico en la explicación del concepto.

Las dificultades en clasificar el concepto de bien jurídico en las habituales categorías axiológicas se hacen evidentes ni bien se utiliza el sustantivo "bien" que es caracterizado a través del predicado "es bueno". La oración "un bien es lo que es bueno" parece tautológica. Se puede decir "ese cuchillo es bueno", pero no se puede decir "esa salud es buena" o "ese honor es bueno". En cualquier caso, los bienes jurídicos fundamentales -como la vida, la salud, el honor y la libertad- no son objetos portadores de valor, es decir, no son entidades que existan fuera de su expresión lingüística. Considerarlos como objetos inmateriales tampoco representa una solución porque elude la cuestión

[504] Cfr. la historia de la dogmática penal en torno a este concepto, en Knut AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Athenäum, Frankfurt/M, 1972, *passim*.

principal: cuando alguien afirma que no le va del todo bien con su salud, no quiere decir que tiene dificultades con un objeto inmaterial llamado salud, sino que remite a una comprobación de carácter empírico.

"Vida", "salud", "honor" o "libertad" no se pueden utilizar como sustantivos para identificar objetos individuales, porque esas palabras definen propiedades, es decir, significan conceptos generales. Por ejemplo, como nombre, "la salud" se deduce del predicado general "estar sano", en el sentido que el significado de la palabra "salud" depende del significado del predicado general "estar sano". Por tanto, solo quien conozca la significación de este predicado podrá entender el significado de la palabra "salud". Desde esta perspectiva, no se valora como "bueno" el concepto general -"la salud"-, sino la propiedad designada con el predicado que le sirve de base -"estar sano"-: solo tiene sentido la oración "es bueno estar sano", pero no la oración "la salud es buena". Para una persona la salud es un bien cuando está sana. En consecuencia, "vida", "salud", "honor" o "libertad" no son bienes en el sentido de objetos valorados en virtud de una propiedad valiosa, sino propiedades mismas cuya posesión puede ser vista como un bien[505].

Que se traten de propiedades y no de objetos explica el esfuerzo por distinguir los bienes jurídicos de los objetos de los bienes jurídicos. Sin embargo, esta diferenciación no debe conducir al malentendido de considerar al bien como algo inmaterial y a su objeto como algo material. Inmaterial es el significado del predicado general, pero no necesariamente la propiedad que le corresponde al individuo. Además, la distinción es superflua, puesto que, con relación a la afectación, solo se trata de una modificación cualitativa relevante de la propiedad que disminuye el valor del bien.

Las consideraciones precedentes conducen al análisis del adjetivo "bueno" y del sustantivo "bien". Así, con relación al primero, cabe señalar que los adjetivos se pueden clasificar en dependientes e independientes. Por ejemplo, el significado del adjetivo "rojo" es lógicamente independiente del significado del sustantivo al que se refiere: no importa si "rojo" adjetiva una fruta o una prenda de vestir. En cambio, el significado del adjetivo

[505] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 138 ss.

"grande" depende del significado de la palabra a la que alude; implica la referencia a una medida que, por ejemplo, permite afirmar que el elefante es grande como animal. Sobre la base de la palabra de referencia, la particularidad semántica de un adjetivo dependiente consiste en proporcionar una nueva caracterización sistemática con propio valor informativo[506].

De acuerdo con ello, "bueno" es un adjetivo dependiente: un sujeto que sea jurista y violinista puede ser bueno en una actividad sin que necesariamente deba serlo en la otra. En el caso del adjetivo "grande" la caracterización atributiva expresa que, en relación a su conformación física, un objeto se encuentra por sobre el promedio de los de su clase. En este sentido, "bueno" también es un adjetivo gradual. Con la oración "*x* es bueno" se expresa que *x* es del tipo que se corresponde con lo que se espera de *x*, ya sea en forma general o individual. Por ejemplo, un buen cuchillo es un objeto que cumple con las expectativas que habitualmente despierta un cuchillo; por ejemplo, que debe estar afilado, que su hoja no se debe romper con facilidad, etc. El atributo "bueno" revela que un buen cuchillo y que un buen violín no tienen otra particularidad en común que estar hechos respectivamente de tal manera que satisfacen el interés en un cuchillo o un violín[507].

Asimismo, más allá del significado de la palabra "bueno", también hay que considerar su utilización típica en los actos de habla, donde surgen los siguientes conceptos: valor, portador del valor, propiedad de valor y norma de valoración. El valor es la propiedad atributiva del bien. El portador del valor es el objeto del que se predica que es bueno. La propiedad de valor es aquella que el objeto debe exhibir para ser calificado como bueno. Finalmente, la norma de valoración representa el criterio en virtud del cual un objeto es calificado como bueno, es decir, la regla que define las condiciones de lo bueno[508].

Desde esta perspectiva, la norma de valoración es la contrapartida de la norma deontológica. Los dos tipos de normas representan criterios para definir las condiciones bajo las cuales algo es debido -norma deontológica- o algo es bueno -norma axiológica-,

[506] Cfr. *idem*, 140.
[507] Cfr. *idem*, 141.
[508] Cfr. *idem*, 142.

donde lo debido es el concepto fundamental deontológico y lo bueno es el concepto fundamental axiológico. En este sentido, la respuesta a la pregunta sobre la existencia de normas de valoración -lo bueno- coincide con la respuesta a la pregunta sobre la existencia de normas de determinación -lo debido-. Las normas axiológicas y las normas deontológicas existen cuando valen fácticamente; y valen fácticamente, cuando son reconocidas como criterios vinculantes[509].

Las consideraciones anteriores permiten perfilar el concepto de "bienes" como aquellos que representan propiedades de valor existentes. Si la propiedad es natural, el bien es su existencia o disponibilidad; si es convencional o normativa, el bien es su validez fáctica, es decir, su reconocimiento[510]. En consecuencia, los bienes son aquellas propiedades de valor que sirven para la realización del hombre, ya sea en forma individual o colectiva. El común denominador de todos los bienes en su función de medio para la consecución de ese fin. Si se trata de los intereses de una persona o de un determinado grupo de personas, se denomina "bien individual"; por el contrario, si sirven al interés de una generalidad, se denomina "bien colectivo"[511].

Lo expuesto sobre el concepto general de bienes se puede trasladar al concepto de bien jurídico penal. En el marco de una concepción inmanente al sistema, donde el interés es legítimo cuando coincide con una norma de valoración, los bienes jurídicos representan aquellas propiedades, cualidades o atributos de las personas o de entidades institucionales que cumplen con los presupuestos de una norma de valoración. Y como su disponibilidad o su validez fáctica son consideradas necesarias para el libre desarrollo de la persona, deben ser protegidos contra su afectación. Esta se verifica cuando se manipula al portador del valor en forma tal que su valor disminuye, al menos temporalmente, con relación a la propiedad relevante que se le atribuye. Asimismo, si se trata de propiedades que corresponden al sujeto como ser humano -por ejemplo, la salud-, la afectación se produce

[509] Cfr. *idem*, 143.

[510] Con relación a la distinción entre propiedades naturales y convencionales, cfr. KINDHÄUSER, "Rohe Tatsachen…", 465, 469 ss.

[511] Esta distinción no tiene que ver con la propiedad misma positivamente valorada. Por ejemplo, la integridad de una cosa puede ser un bien colectivo -así, la integridad del banco de una plaza- o puede ser un bien individual -la integridad de los anteojos-.

mediante una influencia sobre su organismo o sobre su psiquis; por el contrario, si corresponden al sujeto como persona, se trata de propiedades de carácter normativo que se sustentan en la pretensión der ser reconocido por los otros como cosujeto de igual rango y valor. Aquí se afectan las cualidades que constituyen el valor del derecho[512].

4.3. Las normas de comportamiento como razones excluyentes para la acción (*ausschließende Handlungsgründe*)

Para la teoría analítica-teleológica, las normas de comportamiento son concebidas como razones excluyentes para la acción: son razones de primer orden para la omisión o la ejecución de una acción y, a la vez, son razones de segundo orden que excluyen eventuales razones conflictivas en favor de la omisión o ejecución de esa misma acción. Esta postura se corresponde, en lo esencial, con el desarrollo de la teoría normativa de RAZ[513], cuyos presupuestos fundamentales se exponen en el acápite siguiente para una más profunda comprensión del carácter de las normas de comportamiento.

Para fundamentar su carácter de razón excluyente, cabe partir de la siguiente consideración: la imposición de una pena como respuesta jurídica a la realización imputable del supuesto de hecho de la norma de sanción encuentra su justificación en la infracción de una norma categórica[514], que debió haber sido reconocida como razón eficaz para la acción por parte del destinatario. Desde un punto de vista pragmático, las normas de comportamiento son directivas de conducta o razones de primer orden: en caso de prohibiciones, son razones para la omisión de una determinada acción; en caso de mandatos, son razones para la ejecución de una determinada acción. Del mismo modo, las normas de comportamiento son también razones excluyentes para la acción, porque

[512] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 145 ss. Ahora bien, desde el punto de vista dogmático, no tienen el mismo significado los conceptos "resultado" y "afectación del bien jurídico". El resultado consiste en una transformación a través de la cual se define a una acción, por ejemplo, la muerte en el homicidio. En este caso, las expresiones "resultado" y "afectación de un bien jurídico" pueden tener el mismo objeto de referencia, porque el tipo penal contiene al bien jurídico protegido -en el ejemplo, la vida-. Pero cuando no es así, se necesita un concepto que pueda comprender ese suceso con independencia de la conducta: el concepto de resultado.

[513] Cfr. Joseph RAZ, *Practical reasons and norms*, Oxford University Press, Oxford, 1999, *passim*.

[514] En contraposición a norma "técnica".

descartan eventuales razones conflictivas en favor de la omisión o de la ejecución e esa misma acción[515]. En este sentido, las normas de prohibición y de mandato son razones protegidas.

Este análisis de la estructura de las normas -como combinación de razones de primer orden y de razones de segundo orden - se aplica también a las normas de permisión o de exención[516], aunque estas presentan una particularidad especial: no exigen, sino solo permiten dejar de lado las razones que, de este modo, resultan excluidas. A través de esta consideración se alcanza un importante punto de partida para aclarar la función de los permisos y las exenciones como causas de justificación penalmente relevantes.

De acuerdo con este modelo, la colisión de normas surge de la relación lógica entre prohibiciones y permisos o de la relación lógica entre mandatos y exenciones. En consecuencia, el conflicto de normas correspondiente debe ser resuelto a través de una norma de colisión que, como regla de orden superior, establezca una determinada relación de preferencia entre las normas en conflicto[517]. La existencia de normas permisivas -como

[515] Cabe recordar que RAZ utiliza el término *mandatory norms*.

[516] Cfr. RAZ, *Practical reasons…*, 95, donde señala que "las mismas consideraciones que hacen posible hablar de normas obligatorias [*mandatory norms*]...son aplicables a las normas permisivas…El hecho de que tengamos ocasión con frecuencia de referirnos al contenido de una permisión excluyente, haciendo abstracción de las circunstancias que establecen la permisión, crea una necesidad de referirse a las normas permisivas como entidades abstractas. El hecho que las permisiones excluyentes son relativamente independientes de las circunstancias que las establecen, explica parcialmente esa necesidad y hace posible hablar de una permisión basada en una norma o 'concedida' por una norma. La independencia relativa de las permisiones excluyentes significa lo mismo que la independencia relativa de las razones excluyentes…Las normas permisivas tienen la misma estructura que las normas obligatorias o de mandato. El enunciado de la norma permisiva afirma que ciertos sujetos normativos tienen una permisión excluyente para realizar el acto normativo cuando se dan las circunstancias de aplicación. Las normas permisivas difieren de las normas de mandato solamente en el operador deóntico: el operador de permisión excluyente reemplaza al 'debe' excluyente unido a un 'debe' de primer orden que figura en los enunciados de normas obligatorias".

[517] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 106 ss., donde indica que caben dos posibilidades con relación a las condiciones de la permisión de una conducta penalmente relevante. Por un lado, se puede construir una norma general a partir del tipo delictivo y del tipo de la norma de permisión, camino que ha adoptado la teoría de los elementos negativos del tipo. Pero, por otro lado, la norma de prohibición y la norma de permisión se pueden concebir como razones independientes para la acción que eventualmente colisionan. Para la solución de esta colisión es necesario contar con una metaregla que defina las condiciones bajo las cuales una norma tiene preferencia sobre la otra. En cuanto a la relación entre prohibición y permiso, esa norma de colisión podría determinar que, cuando no se presenten determinadas condiciones de excepción, la norma permisiva siempre tenga preferencia sobre la prohibitiva. No existe una tercera posibilidad desde el punto de vista de la teoría jurídica. Con respecto a la pregunta lógico-normativa sobre la relación entre prohibición y permiso, agrega el autor que las condiciones de lo prohibido y las condiciones de lo permitido se encuentran en el mismo nivel lógico: ambas se refieren respectivamente a una conducta, con relación a la cual obligan o facultan. En la

causas de justificación- en la Parte General del Código Penal expresa justamente el carácter protegido de esas normas[518]. De este modo, se puede explicar como "regla-excepción" la concepción tradicional de la relación entre prohibición y permiso o la relación entre mandato y exención.

4.3.1. La teoría de las normas de RAZ

Se trata de una teoría normativa desde la perspectiva de la filosofía práctica. A través de la utilización de la expresión "norma" en sentido técnico[519], su tesis principal concibe las normas como razones para la acción. Parte sobre la base de que los sistemas normativos, entre los que el sistema jurídico es uno de los más importantes, presentan cierta unidad que se manifiesta en las relaciones lógicas entre las normas. En este sentido, asume que el estudio de las reglas requiere un análisis mucho más amplio que el de una simple investigación aislada, donde el éxito de cualquier teoría normativa dependerá, en parte, de su contribución a clarificar otros conceptos importantes de la filosofía de la razón práctica.

La filosofía práctica se encuentra dividida en dos partes: una sustantiva-valorativa y otra formal-conceptual. La parte sustantiva se ocupa de los argumentos en favor de qué

---

medida en que un comportamiento no puede estar prohibido y permitido al mismo tiempo, una proposición permisiva tampoco puede presuponer la realización de un tipo de prohibición. No hay que confundir este contexto lógico-normativo con el pragmático, en el cual la justificación de una conducta presupone conceptualmente su valoración negativa. Esta, sin embargo, es de carácter dialogal -una parte realiza un reproche, la otra se justifica- y no significa una prevalencia lógica de un argumento por sobre el otro, es decir, del permiso sobre la prohibición. Ya la función de la norma permisiva como causa de justificación en el contexto pragmático del Derecho penal muestra que el modelo de colisión es preferible a la teoría de los elementos negativos del tipo; esta no puede ser reconstruida desde la perspectiva del diálogo. Cfr. también VOGEL, *Norm und Pflicht…*, 107 ss.; MAÑALICH, *Nötigung…,* 29, nota 26, donde expone que la norma de colisión es en sí misma una razón excluyente y, por tanto, una razón de segundo orden, en la medida en que dicha denominación se entienda como relativa con referencia a la correspondiente razón excluyente.

[518] Cfr. Klaus TIEDEMANN, "Zum Verhältnis von Allgemeinem und Besonderem Teil des Strafrechts", *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag*, Gieseking, Bielefeld, 1992, 7, 11.

[519] El equivalente inglés más próximo es "regla" (*rule*), pero la investigación de RAZ se ocupa solamente de algunos de los distintos tipos de reglas, a saber, las que llama "*norms*". Las normas incluyen algunas de las más importantes clases de reglas, tales como las denominadas categóricas -que exigen la realización de una determinada acción- y las reglas que conceden permisiones. En la explicación de la reglas, la principal dificultad reside en entender sus relaciones con las razones para la acción. Un punto central de esta concepción afirma que algunas clases de reglas -las categóricas y las permisivas- son razones para la acción de un tipo especial y que otras reglas -las que confieren poderes- están lógicamente relacionadas con esas razones.

valores debemos perseguir, qué razones para la acción deben guiar nuestras conductas, qué normas son vinculantes, etc. La parte formal analiza las características lógicas de los conceptos -tales como valor, razón para la acción o norma- y la naturaleza de las reglas de inferencia que gobiernan el razonamiento práctico. En este sentido, el desarrollo de la teoría de Raz pertenece al campo del análisis conceptual[520].

Asimismo, la filosofía práctica está conformada por distintas ramas de acuerdo a dos criterios de clasificación. El primer criterio tiene en cuenta la naturaleza de las relaciones humanas, se enfoca en las esferas de actividad de las personas y, según el distinto aspecto de la vida humana que tenga por objeto, la subdivide en filosofía moral, filosofía política y filosofía jurídica. El segundo criterio clasificatorio apunta a la clase de problemas prácticos que se discuten y, dentro de este marco, las ramas más importantes son la teoría del valor, la teoría normativa y la teoría de la imputación (*ascriptive theory*).

La teoría del valor compara diversas situaciones reales o posibles para determinar cuál es mejor y para definir los rasgos que la hacen buena o mala; los conceptos más importantes son: valor, bueno, malo, mejor y peor. La teoría normativa se ocupa de lo que se debe hacer, presupone alguna teoría del valor y deriva de esta las exigencias que impone a las conductas de los individuos; sus conceptos más importantes: deber, reglas, derechos y razones para la acción -como el concepto más básico de todos-. La teoría de la imputación determina las condiciones para atribuir culpa o responsabilidad, supone la existencia de una teoría normativa y estudia también los rasgos que hacen a una conducta digna de elogio. Desde esta perspectiva, el desarrollo de RAZ representa un estudio de la teoría normativa[521], más precisamente un análisis conceptual de la teoría normativa.

De los distintos tipos de razones existentes, las razones para la acción y las razones para las creencias son las más importantes. Y si bien no existe diferencia relevante entre ellas -comparten los mismos rasgos lógicos y difieren en aspectos secundarios[522]-, solo cabe referirse a las razones para la acción. Su concepto está directamente vinculado a la

[520] Cfr. RAZ, *Practical reasons…*, 10.
[521] Cfr. *idem*, 11.
[522] Cfr. *idem*, 15.

consecución de sus finalidades principales -e interdependientes- de explicar, valorar o guiar la conducta de las personas y su utilidad se explica a través de la relación entre razones, deber y inferencia práctica.

Los enunciados de hechos -que son razones para realizar una determinada acción por una determinada persona- son las premisas de un argumento cuya conclusión es: hay razón para que el agente realice una acción determinada; en otras palabras, que el agente debe realizar una acción determinada. Los enunciados de la forma "*p* es una razón para que *x* haga *o*" corresponden a una inferencia cuya premisa es "*p*" y cuya conclusión es "hay una razón para que *x* haga *o*". Una inferencia cuya conclusión sea un enunciado del tipo "hay razón para hacer…" o "debe hacer" es una inferencia práctica. Los enunciados "*x* debe hacer *o*" son lógicamente equivalentes a los enunciados "hay razón para que *x* haga *o*", ya que toda conclusión implicada por uno de ellos también resulta implicada por el otro. Sin embargo, no son sinónimos debido a consideraciones de estilo o de carácter pragmático que explican la divergencia. Por ejemplo, en muchos contextos sería natural decir "tú debes ir a verle", pero no "tú tienes una razón para ir a verle". En el mismo sentido, se puede decir "la razón por la que debes hacer *o* es *p*", pero no "la razón por la que hay una razón para que hagas *o* es *p*". No obstante, estas diferencias no afectan las capacidades de inferencia de ambos enunciados, toda vez que la equivalencia lógica entre "debe" y "hay razón" es lo suficientemente completa para que, si alguien cree en uno de ellos, necesariamente crea en el otro[523].

Ahora bien, como se pueden presentar situaciones de conflicto entre las razones para la acción, cabe reparar en la existencia de distintos niveles que impactan diferenciadamente en su resolución. Desde la construcción de una teoría lógica de los conflictos prácticos, RAZ distingue entre razones para la acción de primer orden y de segundo orden. Los conflictos entre razones de primer orden se resuelven por medio de la fuerza relativa de las razones en conflicto, no así los conflictos entre razones de primer orden y las de segundo orden[524], donde prevalecen las denominadas razones excluyentes.

[523] Cfr. *idem*, 28 ss.
[524] Cfr. *idem*, 35 ss.

Veamos: una persona hace *o* por la razón *p* si, y solo si, él hace *o* porque cree que *p* es una razón para que él haga *o*. Una persona se abstiene de hacer *o* por la razón *p* si, y solo si, no es el caso que haga *o* por la razón *p*. En otras palabras, una persona se abstiene de actuar por una razón, si no realiza la acción o si la realiza pero no por esa razón. Por tanto, cabe definir a una razón de segundo orden como toda razón para actuar por una razón o para abstenerse de actuar por una razón. Y una razón excluyente es una razón de segundo orden para abstenerse de actuar por alguna razón. Las razones excluyentes son el único tipo de razones de segundo orden objeto de la concepción que se describe en el presente acápite[525]. La razón excluyente prevalece porque es una razón de un orden más alto.

En palabras del propio RAZ:

> "si *p* es una razón para que *x* haga *o* y *q* es una razón excluyente para que él no actúe sobre la base de *p*, entonces *p* y *q* no son razones estrictamente en conflicto: *q* es una razón para no hacer *o*. Es una razón para no hacer *o* por la razón *p*. El conflicto entre *p* y *q* es un conflicto entre una razón de primer orden y una razón excluyente de segundo orden. Tales conflictos se resuelven no en virtud de la fuerza de las razones en competencia, sino en virtud de un principio general del razonamiento práctico; este determina que las razones excluyentes prevalecen siempre cuando están en conflicto con razones de primer orden. Debiera recordarse que las razones excluyentes pueden variar en su alcance; pueden excluir a todas o solo a algunas de las razones que se aplican a determinados problemas prácticos. Además, una razón excluyente puede estar en conflicto y ser superada por otra razón de segundo orden"[526].

En este sentido, las normas obligatorias (*mandatory norms*)[527] son razones excluyentes, lo que explica su papel fundamental en el marco del razonamiento práctico.

[525] Cfr. *idem*, 39.
[526] *Idem*, 40.
[527] Cfr. *idem*, 50 ss. El autor utiliza el término *mandatory norms* que puede ser traducido como 'normas obligatorias', 'normas mandatorias' o 'normas de mandato'. Preferimos la traducción de 'normas obligatorias'

En las normas obligatorias se distinguen cuatro elementos, a saber: el operador deóntico, los sujetos de la norma -o destinatarios que deben actuar de una determinada manera-, el acto normativo -la acción requerida- y las condiciones de aplicación -las circunstancias bajo las cuales se requiere realizar el acto contenido en la norma-.

Las normas obligatorias (*mandatory norms*) son complejas y completas; aunque la mayoría son también razones de primer orden, es decir, razones no solo para dejar de considerar otras, sino también para realizar el acto normativo cuando se dan las condiciones de aplicación. La fuerza de primer orden de la norma depende de los valores a los que sirve; depende de la fuerza de las razones para la norma, que son razones para hacer lo que es exigido por ella. Asimismo, el tratamiento de las normas como "entidades" tiene una importante consecuencia: ser razones completas. Cuando una persona afirma "debo hacer *o*", no está dando una razón para hacer *o*, sino que está afirmando simplemente que existen tales razones. Afirmar que se trata de una norma cuando se afirma "debo hacer *o*" es dar una razón. El examen del discurso práctico revela que las reglas -o normas- son frecuentemente citadas como razones; así, por ejemplo, cuando se pregunta por qué se debe hacer tal cosa, muchos responderán porque es una regla.

De este modo se enfatiza la flexibilidad y la complejidad del razonamiento práctico en el que las normas intervienen. En la mayoría de los casos, la presencia de una norma será decisiva para resolver los problemas prácticos. La finalidad de contar con normas reside precisamente en esa simplificación, cuya consecución se ve facilitada por su carácter de razones excluyentes, puesto que la norma no competirá con otras razones que se puedan aplicar a esa situación porque las excluirá. De este modo, las normas simplifican el razonamiento práctico. Una vez que se establezca la aplicación de una norma determinada en un caso concreto, ya no habrá necesidad de preocuparse por el peso de las otras razones en conflicto, las que resultan excluidas por el carácter de razón de segundo orden de la norma: esta prevalece en virtud de su carácter de razón excluyente. La relativa independencia de las normas respecto de las razones que las justifican explica por qué las

---

para evitar la confusión entre la denominación 'norma de mandato' y el mandato propiamente dicho que puede ser objeto de la norma, al igual que una prohibición.

normas son consideradas como razones completas por sí mismas y por qué cabe recurrir a la hipóstasis de considerarlas como entidades[528].

Finalmente, RAZ distingue tres dimensiones de las normas obligatorias (*mandatory norms*): la validez o justificación, la práctica y la prescripción. Una norma es válida si, y solo si, los sujetos normativos justifican que ella guíe sus conductas. A su vez, una norma puede ser practicada si una persona o la mayoría de una sociedad la asumen y la siguen, o puede no ser practicada si no la toman en consideración. Una norma es prescripta cuando se la establece por un acto de habla con la pretensión de ser tomada como una razón excluyente para la acción por parte de los sujetos normativos. La prescripción tiene una naturaleza asimétrica: implica una persona que establece la regla y un destinatario que debe seguirla con independencia de lo que piense sobre ella. Quien prescribe pretende no solo que considere la norma como una razón para la realización del acto prescripto, sino también como una razón excluyente para no tomar en cuenta algunas o todas las razones para la acción en conflicto. La amenaza que acompaña a la orden no implica ofrecerle una opción al destinatario[529], sino que representa una razón adicional que refuerza la razón de la propia prescripción. La validez de la prescripción es irrelevante para su caracterización[530]. En suma, en tanto la regla requiera que sus destinatarios realicen un acto prescripto con prescindencia de otras consideraciones relevantes, será una razón excluyente, cuya justificación se basa en considerarla una norma obligatoria (*mandatory*).

4.4. Las normas de comportamiento como reglas de coordinación

[528] Cfr. *idem*, 76 ss.

[529] Esta argumento vale como crítica a la concepción de HOYER, *Strafrechtsdogmatik...*, *passim*, quien cuestiona directamente la naturaleza deóntica de las normas, a las que considera, no ya como enunciados del "deber ser", sino como meras proposiciones descriptivas ordinarias. Esta concepción, si bien admite la protección de bienes jurídicos como fin del Derecho penal, a través de la influencia de conductas, renuncia a aceptar al "deber jurídico" como categoría dogmática central, con todas las implicancias sistemáticas que ello acarrea. Desde este punto de partida, afirma que cada norma pone en relación, una con otra, dos formas de conducta, y vincula la punibilidad a la preferencia de una forma con respecto a la otra. En otras palabras, se pone un "precio" para hacer menos atractiva una determinada opción. Por ello, los tipos penales son definidos como "relaciones de preferencia normativizadas" ("*normierte Präferenzrelationen*").

[530] Cfr. RAZ, *Practical reasons…*, 80 ss.

Con la determinación de la protección de bienes jurídicos como fin de la norma de comportamiento todavía no se ha dicho nada sobre su contenido. En especial, queda por definir el criterio para decidir si una norma concreta es un medio legítimo para la consecución de aquel fin. En este punto, la teoría analítica-teleológica de KINDHÄUSER parte de una fuerte crítica a las concepciones de BINDING y Armin KAUFMANN con relación a la teoría de las normas.

Si bien para BINDING la salvaguarda de bienes jurídicos era el único motivo para la protección jurídico-legal, la conformación de la norma misma era una cuestión de decisión legislativa. El objeto necesitado de protección se erigía en el objeto de la norma y su lesión constituía el correspondiente hecho punible. De la cautela y experiencia del legislador dependía el reconocimiento más completo posible de dichos objetos y, consecuentemente, la fuerza y utilidad de las leyes penales[531]. En cualquier caso, desde la perspectiva actual, la postura de BINDING no resultaría satisfactoria por dos razones principales. Por un lado, porque concibe la legitimidad del medio como función de la idoneidad político-criminal; por el otro, porque no considera el carácter fragmentario del Derecho penal[532].

Por su parte, en su contrapunto a esta teoría, Armin KAUFMANN negó una contingencia de valoración de bienes y norma[533]. A fin comprobarlo, desarrolló un modelo valorativo de tres niveles, que asumía como fundamento para explicar la génesis de la norma. El primer nivel estaba referido positivamente a los bienes jurídicos, donde la suma de los juicios valorativos positivos constituía el orden social. En el segundo nivel, seguían las valoraciones de sucesos que, a su vez, podían resultar positivas o negativas si el estado valorado en el primer nivel se mantenía o se menoscaba a través del suceso en cuestión. De acuerdo con estas valoraciones, los sucesos conformaban un valor de hecho o un desvalor de hecho. En el tercer nivel, se trataba de verificar si el suceso causal se encontraba en una relación teleológica basada en la intencionalidad humana. Si el suceso era producto de la voluntad, entonces al valor de hecho le correspondía un valor de acto y al desvalor de

[531] Cfr, BINDING, *Die Normen…*, 357.
[532] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 146.
[533] Cfr. Armin KAUFMANN, *Lebendiges…*, 75.

hecho un desvalor de acto[534]. Para KAUFMANN, los juicios de valor del tercer nivel sobre las acciones eran el único motivo de protección jurídico legal; la realización del valor de acto o la evitación del desvalor de acto no representaban un fin en sí mismo, sino medios para la conservación o creación de bienes jurídicos[535]. KAUFMANN fue más allá de BINDING, puesto que consideraba necesaria la promulgación de la ley que seguía al juicio de valor. Una vez concebido, cada valor tenía una tendencia a la realización, dado que, en su esencia misma, ya contenía un momento de deber. Por tanto, el legislador debía pasar del juicio de valor a la orden, prescribiendo la realización de las acciones idénticas con el valor de acto y prohibiendo aquellas idénticas con el desvalor de acto.

Desde la teoría analítica-teleológica, las objeciones relevantes al planteo de KAUFMANN se refieren al paso desde el tercer nivel a la norma. En primer lugar, resulta problemática la afirmada identidad del objeto del juicio de valor y la norma. Si el desvalor de acto debe consistir en que el sujeto persiga la finalidad de menoscabar un bien jurídico, entonces las normas deberían prohibir una conducta que tenga por finalidad afectar un bien jurídico. Sin embargo, una mirada a los correspondientes delitos de lesión demuestra que las proposiciones normativas no dicen eso: en el homicidio simple, por ejemplo, no se prohíbe ejecutar una conducta con la finalidad de matar, sino que se prohíbe aquella conducta que causa la muerte de otra persona[536].

La finalidad no es un elemento constitutivo del contenido de la norma, sino un criterio de imputación. Desde la perspectiva analítica-teleológica, la finalidad penalmente relevante consiste en la voluntad de evitar o de impedir la realización típica en aras del seguimiento de la norma. Además, el objeto de la norma de comportamiento tampoco puede ser idéntico con el objeto del juicio de valor de segundo nivel. Las normas no ordenan o prohíben simplemente la mantención o menoscabo de bienes jurídicos, sino que -más o menos detalladamente- se refieren a formas de conducta y, con ello, limitan la protección jurídica a determinadas modalidades; una limitación para la cual el modelo de KAUFMANN no brinda explicación alguna. Por último, este modelo no explica por qué el

[534] Cfr. *idem*, 69 ss.
[535] *Idem*, 74 ss.
[536] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 147.

Derecho penal solo protege a determinados bienes del orden social -y no a todos- y solo tipifica unos pocos delitos de omisión pura[537].

En suma, las concepciones de BINDING y de KAUFMANN no resultan satisfactorias para explicar el origen de la norma por dos motivos fundamentales. Por un lado, KAUFMANN reduce el problema a la relación entre el autor y el bien jurídico. No aparece el interés de aquel para el cual el bien jurídico representa un medio para su libre desarrollo. Por otro lado, no solo identifica la finalidad como condición de la capacidad de seguimiento de la norma con una condición del deber (*Sollen*), sino que también aprecia el núcleo del injusto punible en la finalidad de lesionar, en lugar de considerar el reproche por no haber querido evitar la lesión. De este modo, asumir que la finalidad de lesión constituye el núcleo del injusto punible da lugar a la curiosa caracterización del injusto como "un ataque a un bien jurídico" y del autor como "el agresor"[538]. Pero, si se considera al sujeto -para cuyo libre desenvolvimiento el bien jurídico es un medio-, entonces se demuestra que el interés de protección no se puede limitar a la ausencia de daños finales. Asimismo, también cabe tener en cuenta que al deber del obligado le debe corresponder siempre un interés legítimo, cuyo titular solo puede ser el sujeto. Desde una perspectiva jurídico-penal, el bien jurídico solo puede tener relevancia jurídica en tanto sea punto de contacto de intereses concurrentes y se encuentre en armonía con la esfera de libertad del obligado como cosujeto.

Toda vez que la libertad de acción del destinatario de la norma es en sí misma un bien jurídico, su limitación en favor de otro interés de protección solo se puede justificar

[537] Cfr. *idem*, 148. También cfr. Nicolás D. RAMÍREZ, "Interrupción de cursos causales salvadores (los llamados delitos de comisión por omisión), en *El Derecho Penal*, Revista n° 9, septiembre de 2007, 5-13.

[538] Cfr. Urs KINDHÄUSER, "Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal", *InDret Revista para el análisis del derecho* 1/2009, trad. de Nuria Pastor Muñoz, Barcelona, 2009, 1, 8 ss., con su acertada crítica a lo que denomina "el paradigma de la agresión", que la concepción general utiliza para legitimar los delitos de peligro. Se trata del fraccionamiento espacio temporal del hecho punible que abarca desde la planificación hasta la lesión cunsumada. Sus defensores deducen dos conclusiones: a) valoran el injusto de cada tramo según la proximidad a la lesión y b) concluyen que, con la reducción del peligro de lesión, disminuye también el injusto y, consecuentemente, el merecimiento de pena. Más allá del atractivo estético de la expresión, el "paradigma de la agresión" no resulta satisfactorio. En primer lugar, al confrontarlo con la ley, se aprecia que el monto de pena no disminuye progresivamente; en segundo lugar, si el injusto se fundamentase en la lesión de la sustancia del bien jurídico, no se puede explicar cómo una puesta en peligro constituye un injusto.

cuando, bajo determinadas condiciones producto de una ponderación valorativa, este último resulta superior. Y esas condiciones son los tipos penales. Desde esta perspectiva, la norma se presenta como resultado de la solución universalizada de un conflicto de libertades referido a bienes jurídicos, de acuerdo con criterios jurídicos-constitucionales[539].

Por consiguiente, en su carácter de norma de coordinación, la norma de comportamiento tiene por finalidad evitar un conflicto de libertades relacionado con bienes jurídicos, donde resulta indiferente que se la conciba desde su función de determinación o desde su función de valoración. En este sentido, asumir que al valor -en su ser ideal- le sea inherente un deber no aporta más que problemas. Más bien, cabe afirmar que el concepto fundamental deontológico -lo jurídicamente debido- y el concepto fundamental axiológico -lo jurídicamente bueno- tienen un común denominador: el concepto de lo jurídicamente correcto. Por consiguiente, aquellos se pueden sustituir recíprocamente: lo que resulta jurídicamente bueno, es jurídicamente debido; y lo que es jurídicamente debido, resulta jurídicamente bueno. En esta medida, el tipo de una norma deontológica puede ser interpretado como el tipo de una norma axiológica y viceversa: lo expresado a través de la proposición normativa es lo correcto desde el punto de vista del Derecho[540].

4.5. Legitimación de las normas de comportamiento

Luego de haber trazado el marco de las normas de comportamiento penales, resta abordar la cuestión relativa a su legitimación. En este sentido, cabe afirmar que la norma de comportamiento es legítima cuando resulta racional en cuanto a fines, pragmática socialmente y distributivamente beneficiosas para todos. Ante todo, se sobreentiende que la norma de comportamiento es racional en cuanto a fines, es decir, que la prohibición o el mandato resulta apto para evitar o impedir -lo más efectivamente posible- el conflicto de libertades referido a bienes jurídicos. Por lo demás, la utilidad de la norma impone una doble exigencia: por un lado, la finalidad de suprimir la colisión de bienes se debe conformar de la forma más favorable posible, pero, por el otro, la limitación de la libertad

[539] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 149.
[540] Cfr. *ibidem.*

se debe mantener lo más reducida posible[541]. Aun cuando se exija del destinatario de la norma que emplee sus capacidades de acción y de motivación para su seguimiento, se simplificaría indebidamente el problema si aquellas exigencias se redujesen a abandonar la finalidad de lesionar. El reconocimiento de la norma no se agota con no llevar a cabo la intención lesiva. En el delito doloso, se exige además la omisión de todas las intenciones incompatibles con la intención de no realizar el tipo penal. Y en el caso de la responsabilidad imprudente, el estrechamiento de la libertad de acción resulta aun más fuerte, puesto que el destinatario no solo debe emplear su actual capacidad de acción conforme al deber, sino que también debe preocuparse por su capacidad para el seguimiento de la norma[542].

---

[541] Esta cuestión se encuentra estrechamente vinculado con los fines del Derecho penal, tema cuyo tratamiento excedería los límites de este trabajo. En este sentido, cfr. Héctor Alejandro DAVID, *El desistimiento de la tentativa. Repercusiones prácticas del fundamento de su impunidad*, Marcial Pons, Buenos Aires-Madrid-Barcelona, 2009, 119, donse se señala que lo relativo a los fines del Derecho penal se manifiesta, al menos, en dos dimensiones trascendentes, una de las cuales es la que define la legitimación misma del Derecho penal, es decir, la explicación, en términos valorativos, de la razón de su existencia. En tal sentido, se asume que la fuente de legitimación es su capacidad para reducir, al mínimo posible, el grado de violencia, informal y estatal, que se genera en una sociedad de un Estado democrático. Como fuente de estas afirmaciones, cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación…*, 12 y 180 ss.; EL MISMO, "Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites", en *Política criminal y nuevo Derecho Penal (Libro Homenaje a Claus Roxin)*, Bosch, Barcelona, 1997, 17-19; Rafael ALCÁCER GUIRAO, *Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política*, 1° ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, 21 ss., donde indica que las penas, al igual que las medidas de seguridad, son los medios más contundentes, en términos de restricción coactiva de derechos esenciales, de los que dispone el Estado para, a través del Derecho penal, posibilitar la convivencia pacífica de los individuos en sociedad; constituyen un elemento diferenciador frente a las otras instancias de control social. Pero, atento a su ordenación jerárquica, los fines del Derecho penal no se pueden explicar por los fines de los medios que utiliza, es decir, por sus consecuencias jurídicas. En este sentido, las teorías de la pena no son la única fuente de legitimación del Derecho penal. Por ello, se asume que este presenta una pluralidad de fines, que pueden consolidarse en dos grandes aspectos: el preventivo y el de garantía. De allí que, conceptualmente, sea preferible hablar de "fines", y descartar la existencia de un único fin homogéneo, respecto del cual todo lo demás se repute como "límite. Dentro de esta perspectiva, cabe apreciar una continua tensión dialéctica entre ambas finalidades, es decir, entre el interés preventivo de eliminar la violencia social extra-penal –informal- y el interés de garantía de disminuir la propia violencia del sistema penal estatal –formal-. Las diferentes y hasta contrapuestas racionalidades, sobre las que se sustentan aquellos fines, explican el conflicto permanente que, en su dinamismo, va produciendo sucesivas síntesis, de las que resulta el fin legitimador del Derecho penal. En otras palabras, el equilibrio relativo, producto de aquella permanente tensión, se ve reflejado en los contenidos de la política criminal de un momento dado, así como en la correspondiente conformación de las categorías de la teoría del delito. Ello explica, por lo demás, por qué esta relación de conflicto también se verifica entre los fines de la pena. El esquema de fines preventivos y de garantía del Derecho penal puede resumirse como "la máxima eficacia preventiva con el mínimo sacrificio de la libertad individual". EL MISMO, *¿Lesión del bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*, Atelier, Barcelona, 2003, *passim*, donde explica que el fin preventivo del derecho penal radica, ante todo, en la protección de los bienes jurídicos y, sólo secundariamente, en la protección de la vigencia de la norma o aseguramiento de las expectativas normativas. Esta última constituye un fin en sí mismo, aunque de segundo orden, y, a la vez, un medio para la consecución del fin prioritario de protección de los bienes jurídicos.

[542] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 151.

Aun cuando se cumpla con la condición de la racionalidad en cuanto a fines (*Zweckrationalität*) y el balance utilitario de los pros y contras resulte positivo para el interés de protección -la norma-, desde el punto de vista penal la norma todavía no es legítima, porque también debe ser justa. Y dado que sería pura violencia restringirle la libertad a un destinatario en favor de otros, prescribiéndole una conducta no beneficiosa, la norma penal solo puede ser justa cuando presente utilidad distributiva. Si, a fin de cuentas, la norma redunda en beneficio de cada uno, entonces cada uno puede aprobarla y ello significa que, en todas partes, la norma es capaz de consenso y, por tanto, que es legítima: la capacidad de aprobación excluye la fuerza[543]. En suma, la utilidad distributiva de la norma penal determina su carácter de justa, lo que, a su vez, le otorga legitimidad más allá de su racionalidad en cuento a fines.

4.6. Validez de las normas de comportamiento y culpabilidad material

4.6.1. Planteo del tema

La validez de la norma de comportamiento guarda una estrecha relación con la denominada "culpabilidad material"[544] que, a su vez, se encuentra ligada a la cuestión de la legitimidad.

Esta referencia requiere una primera precisión en cuanto al concepto de culpabilidad formal y material. Como resultado de la imputación de un hecho punible, la culpabilidad formal consiste en el reproche por no haberse formado el motivo dominante para el seguimiento de la norma y, por tanto, no haber evitado el comportamiento antijurídico[545]. La especificidad jurídico-penal de esta culpabilidad deriva del objeto del reproche: el

[543] Cfr. *idem*, 152.

[544] Cfr. Urs KINDHÄUSER, "Rechtstreue als Schuldkategorie", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 107 (1995), 701-733; Klaus GÜNTHER, "Individuelle Zurechnung im demokratischen Verfassungsstaat", *Jahrbuch für Recht und Ethik JRuE*, Band 2 (1994), 143-157; MAÑALICH, *Nötigung…*, 32 ss.

[545] No verificándose causas de exclusión de la culpabilidad ni causas de exculpación, se imputa al sujeto el hecho punible a título de culpabilidad.

quebrantamiento de una norma penal -de comportamiento- y su carácter formal está dado precisamente porque no se somete a discusión su fundamento material, es decir, la razón por la que se sanciona la ausencia de motivo para el seguimiento de la norma -la culpabilidad material-[546]. El Derecho exige una conformidad externa del comportamiento con las leyes, pero no puede obligar a una motivación racional - mucho menos, moral-, porque no se pueden ofrecer razones universalmente aceptables a favor de sus normas[547].

Para la teoría analítica-teleológica, el carácter excluyente de las normas de comportamiento se vincula directamente con la circunstancia que su validez u obligatoriedad se determina en forma independiente de su correspondencia sustancial con pautas morales[548]. Se parte de un concepto discursivo de culpabilidad material que respete el mandato de neutralidad del Derecho. En la fundamentación del reproche de culpabilidad, este principio excluye cualquier consideración de la real motivación del destinatario de la norma[549], a quien, como sujeto de derecho, no se le debe exigir una aprobación crítica de la norma correspondiente[550]. En consecuencia, lo expuesto hasta ahora permite afirmar, como

[546] Cfr. KINDHÄUSER, "Rechtstreue…", 701. Como la determinación de la culpabilidad material no es un paso dogmático explícito que se deba verificar, ella está incluida -aunque no mencionada expresamente- en el reproche formal de culpabilidad.

[547] Cfr. GÜNTHER, "Individuelle Zurechnung…" 143, 148 ss. Ya Immanuel KANT , *Metaphysik der Sitten*, Werke, Band IV, Weischedel, Insel, Wiesbaden / Frankfurt a. M, 1975, 337 ss., había afirmado que únicamente la legalidad -la conformidad del comportamiento externo con la ley- puede y debe ser obtenida mediante coacción, mientras que las razones para el seguimiento de la norma debían dejarse al arbitrio de cada individuo.

[548] Ello permite fundamentar el carácter vinculante de estas normas sin referencia alguna a la moral sustancial.

[549] Cfr. MAÑALICH, *Nötigung*…, 32, donde indica que la base última del carácter vinculante de las normas no se puede fundamentar jurídicamente sin que dicha fundamentación conduzca a un trilema metodológico. Si existiese una norma que determinase la validez de las normas jurídicas, todavía quedaría abierta la pregunta sobre el carácter vinculante de aquella norma de orden superior, cuya respuesta conduciría a un regreso infinito, a la ruptura de la relación de fundamentación o a un círculo vicioso. La validez definitiva de un ordenamiento jurídico no se puede tematizar *ad infinitum*. Tanto la validez como la no validez de un sistema jurídico no pueden cuestionarse desde la perspectiva de ese ordenamiento jurídico. Por esta razón, el fundamento de la culpabilidad material -que se basa sobre la real validez de las reglas jurídicas- no se puede tematizar en el marco del discurso jurídico en forma explícita, sino que permanece como un presupuesto pragmático de toda aplicación de una norma jurídica. Visto de esta manera, la validez definitiva de un sistema jurídico-normativo solo se puede sustentar en el valor de su existencia fáctica.

[550] Cfr. especialmente GÜNTHER, "Individuelle Zurechnung…", 143, 156, para quien la neutralidad frente a los motivos para el seguimiento de la norma se pone en evidencia con el hecho que la imputación de culpabilidad se fundamenta en un procedimiento negativo de exclusión. Por tanto, en qué consiste la culpabilidad no se fundamenta en forma positiva, sino que solo analiza la concurrencia o no de las causas que excluyen la culpabilidad como persona jurídica libre.

punto de partida, la existencia de una culpabilidad material en una sociedad pluralista y democrática, más allá de la culpabilidad formal.

4.6.2. Crítica a las principales posturas sobre la culpabilidad material

Ahora bien, antes de precisar el concepto de culpabilidad material y su relación con la validez de las normas de comportamiento, es necesaria una referencia crítica a las dos principales concepciones sobre la culpabilidad material que dominan la discusión actual: el liberalismo racional subjetivista y el funcionalismo sistémico. Este desarrollo sigue, en lo sustancial, el punto de vista de KINDHÄUSER[551].

A riesgo de simplificación, cabe señalar que el liberalismo racional ofrece dos variantes: la versión contractualista y la moderna formulación de la versión kantiana. La variante contractualista [552] parte de la naturaleza egoísta del ser humano, quien, en virtud de su racionalidad, descubre que una libertad sin límites resulta más perjudicial que beneficiosa. Ello motiva la celebración de una especie de contrato para coordinar los ámbitos de libertad, transacción que implica una renuncia a ciertas parcelas de esa libertad, pero que resulta racionalmente ventajosa y, por tanto, legítima. Su única finalidad es la salvaguardia de los propios intereses egoístas en términos de racionalidad con arreglo a fines (*Zweckrationalität*). Por tanto, la norma se legitima por la necesidad de preservar ese "contrato" frente a quienes lo quebranten y no retornar al estado de naturaleza, que constituye la peor de todas las situaciones imaginables desde el punto de vista del ejercicio

[551] Expuesto en detalle en KINDHÄUSER, "Rechtstreue…", 701-733.

[552] Esta concepción ha sido desarrollada en nuestros días por Otfried HÖFFE, *Politische Gerechtigkeit: Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1987, 382 ss., quien regresa a la versión de Thomas HOBBES, *Leviatán: o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*, Fondo de Cultura Económica, México, 1980. KINDHÄUSER, "Rechtstreue…", 703, entiende que lo más notable de esta posición es la apertura del contenido de su concepto de libertad que relega a un papel secundario tanto al interés particular concretamente perseguido como a su valoración intersubjetiva. La coordinación recíproca de libertad -cuyo desarrollo constituye el punto de partida de esta versión del liberalismo racional- muestra una mayor sensatez que las concepciones utilitaristas que intentan infructuosamente ofrecer una medida general de utilidad para el equilibrio de intereses distintos. En opinión de KINDHÄUSER, ello también vale para el modelo de utilitarismo negativo desarrollado recientemente por Arthur KAUFMANN quien pretende minimizar la miseria humana y que de hecho restringe aun más la libertad que el utilitarismo positivo. Cfr. Arthur KAUFMANN, "Die Lehre vom negativen Utilitarismus", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, (1994) 80 Heft 4, 476-488.

de la libertad[553]. Desde esta perspectiva, la culpabilidad material consiste en un déficit de fidelidad al contrato.

La principal objeción al contractualismo radica en ignorar la posibilidad que un ser puramente racional tenga una razón distinta cuando el contrato contravenga sus intereses, de modo que resulte racional con arreglo a fines quebrantar los acuerdos si resulta mejor para los propios intereses egoístas[554]. Este aspecto crítico determina, por tanto, el quebrantamiento del contrato no puede constituir ni fundamentar materialmente un reproche jurídico al sujeto infractor.

La segunda variante del liberalismo racional, la moderna formulación de la versión kantiana en el Derecho penal, postula una racionalidad impregnada de moral y referida a un principio de universalización, donde el autogobierno de la razón reemplaza a la motivación por puros intereses individuales. En la perspectiva kantiana, el sujeto individual y autónomo siempre quiere el principio de igual libertad general, en cuyo reconocimiento racional se apoya el Derecho como coordinación de esferas de libertad, tal como postulan los principales exponentes de esta concepción. Por tanto, la culpabilidad material se presenta como manifestación de una racionalidad deficitaria: el delito es auto-corrupción moral de un congénere, que es considerado como un ser racional, igual y libre. Mediante el hecho delictivo, el sujeto niega el fundamento de la obligatoriedad jurídica general ínsito en la norma; mediante la irracionalidad de su hecho, se contradice a sí mismo como ser racional[555].

[553] En este sentido, cfr. KINDHÄUSER, "Personalität…", 493, 496.

[554] Cfr. KINDHÄUSER, "Rechtstreue…", 704, para quien ello significa, sobre todo, que el principio *pacta sunt sevanda* no es susceptible de fundamentación en términos de pura racionalidad con arreglo a fines.

[555] Cfr. Michael KÖHLER, *Der Begriff der Strafe*, R.v. Decker, Heidelberg, 1986, 29 ss., donde señala que el mal, como proceso del pensamiento, reside en la autocurrupción, autonegación del entendimiento en lo realmente bueno o justo. En el mismo sentido, cfr. Rainer ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989, 128 ss., con una minuciosa exégesis de Kant, y 201, donde afirma que el autor, "al adoptar las posibilidades de acción, que por sí mismo ha excluido como ser racional, niega en la misma medida su propia racionalidad". Lo contradictorio de este razonamiento es puesto en evidencia cuando la norma es seguida por motivos irracionales, tal como apunta GÜNTHER, "Individuelle Zurechnung…", 143, 151.

Desde la perspectiva de KINDHÄUSER, esta variante kantiana no ofrece una solución satisfactoria a la relación paradójica entre el déficit de motivación relevante para la culpabilidad y el principio de neutralidad del Derecho, que esta postura niega mientras erige la autodeterminación racional como el motivo para el seguimiento de la norma. De este modo, impone una carga excesiva para los sujetos de derecho y contradice el establecimiento democrático de la norma, que no se lleva a cabo mediante la racionalidad individual, sino a través del discurso. Como la validez de las normas no puede estar fundada solo subjetivamente[556], esta variante kantiana no puede explicar por qué la libertad de acción debe ser interpretada a la luz de la libertad comunicativa[557]. Además, tampoco convence en términos de la teoría del conocimiento ni tiene en cuenta las específicas exigencias jurídico-penales. Resulta muy controvertida su idealización de un mundo de seres racionales, al igual que la idea de un sujeto racional antepuesto a la sociedad, ya que, en el proceso de socialización, la racionalidad en general y las representaciones morales en particular se transmiten intersubjetivamente a través del lenguaje y, por tanto, se encuentran unidas al *status* de racionalidad de una sociedad concreta.

La segunda concepción dominante sobre la culpabilidad material, el funcionalismo sistémico, renuncia a la determinación material del sujeto de imputación y se limita a exigir el rol de ciudadano libre[558]. Asume una relación sinalagmática entre la atribución de libertad y la obligación de ejercitarse en la fidelidad al Derecho, cuya ausencia es lo que constituye la culpabilidad material. Esta se fundamenta desde un punto de vista puramente

---

[556] Si bien en el proceso de formación de opinión se deben tener en cuenta todos los intereses, como aquel resulta interrumpido por una decisión de la mayoría, puede suceder que, en principio, el individuo no acepte la norma por no conformarse a su racionalidad. Por ello, las razones de validez de las normas no pueden estar fundadas solo subjetivamente.

[557] Cfr. KINDHÄUSER, "Rechtstreue…", 705 ss.

[558] Para una visión más detallada, cfr., especialmente, Günther JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, *passim*. Asimismo, cfr. Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ, "¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar", en Günther JAKOBS, *La pena estatal: significado y finalidad*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Civitas, Madrid, 2006, 17-81. Aquí los autores, más allá de destacar los aportes de las ciencias sociales en la explicación de la pena, describen las tres fases de la evolución de la teoría de la pena de JAKOBS, en la última de las cuales aprecian una cierta vuelta a lo fáctico ("derecho penal del enemigo" y la necesidad del "dolor" penal). En este sentido, también cfr. Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *Normas y acciones en Derecho Penal,* 1° ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2003, 25, para quien JAKOBS, con el paso del tiempo, ha ido subrayando, cada vez más, la dimensión de facticidad en sus planteamientos.

objetivo: el rol de un ciudadano libre que no es leal al Derecho con relación a aquellas normas que distribuyen igual libertad[559]. Para el funcionalismo, la culpabilidad material presupone normas legítimas pertenecientes a un ordenamiento que procure los recursos necesarios para el libre e igual desarrollo de todos.

Sin embargo, el reproche de culpabilidad no se puede agotar en la falta de conformidad externa con las reglas, sino que debe ofrecer una vinculación interna entre la norma y su destinatario para fundamentar la culpabilidad material. Ello constituye la principal objeción, puesto que el funcionalismo sistémico desconoce que, en una sociedad constituida democráticamente, las normas también descansan en prestaciones intersubjetivas de entendimiento comunicativo para la coordinación justa de intereses, expresión de la autonomía política de los sujetos individuales de derecho. Por tanto, adolece de una relación internamente conceptualizada entre la culpabilidad y la legitimidad de la norma. La fidelidad al Derecho no es una contraprestación por la asistencia del

[559] Cfr. Günther JAKOBS, "El principio de culpabilidad", *Anuario de Derecho penal y Ciencias ADPCP*, Tomo XLV, Fascículo III, trad. Manuel Cancio Melia, 1992, 1051-1083. Ver 1070, donde el autor describe la fidelidad al derecho en los siguientes términos: "Quien desconoce el mundo externo, fracasa en el intento de establecerse de manera ventajosa. Quien desconoce el sistema de normas estatales, fracasa en el intento de hacer su camino sin crearse problemas. Quien conoce la realidad externa, pero no quiere reconocer sus reglas, fracasa conscientemente. Pero quien conoce el sistema de normas del Estado, pero no quiere reconocerlo, no necesariamente fracasa con su planificación individual. Esto es lo especifico del defecto volitivo que se refiere a normas: también puede uno hacerse cómodamente su camino infringiendo esas normas, dicho de otro modo, no puede probarse que desde el punto de vista individual sea preferible cumplir las normas sociales, y especialmente las normas jurídicas, a diferencia de lo que ocurre en cuanto a las normas de la realidad externa. Las normas sociales sufren de un punto débil genuino: precisamente que desde la perspectiva individual no puede probarse que sea preferible cumplirlas. Para compensar esta debilidad se establece que es cometido de quien está sometido a la norma procurarse razones para cumplirla; por tanto, es competente para que el cumplimiento de la norma sea preferible para él. Esta competencia es el equivalente en la teoría del derecho de lo que en metafísica se llama libre albedrio. Si el sujeto que está sometido a la norma no cumple con este su cometido, ello se le imputa como culpabilidad, y esta imputación se evidencia en la pena y durante cierto tiempo se manifiesta de manera duradera. La finalidad de la culpabilidad es la estabilizaci6n de la norma débil…" Sobre esta base, JAKOBS afirma que la imputación de culpabilidad es la imputación de un defecto volitivo, que siempre debe entenderse como "déficit de voluntad"; concretamente como déficit de motivación fiel al derecho. En este sentido, con relación a la culpabilidad material, asume que el tratamiento de persona no es suficiente para materializarla, ya que la personalidad, a su vez, solo es una de las formas en las que la vida jurídica se desarrolla. En el ámbito jurídico, la persona se determina de manera general-normativa y, en principio se la trata como un sujeto que se autodefine como ciudadano. Mientras sea posible demostrar la validez de esta definición mediante el tratamiento comunicativo de la asignación de culpabilidad, la comprensión social es que el delincuente es materialmente culpable, que su hecho es la expresión de una autocontradicción y es entonces cuando es considerado como ciudadano de pleno derecho.

Estado, sino debe estar fundamentada en la autonomía participativa de la comprensión comunicativa de las normas[560].

Para la teoría analítica-teleológica, las concepciones dominantes sobre la culpabilidad material resultan insatisfactorias porque conducen a una aporía: o se renuncia al reproche de culpabilidad subjetivamente fundado -en una relación interna entre el sujeto y la legitimidad de la norma-, el cual ya no podrá servir para justificar la pena; o se abandona, en mayor o menor medida, el mandato de neutralidad del Derecho y, por tanto, la garantía de la legalidad dejará de ser el límite del reproche de culpabilidad. En consecuencia, es necesario identificar una razón vinculante entre los individuos y la norma, pero sin afectar la libertad relativa a los motivos para su seguimiento: la norma no debería ser una orden externa heterónoma, tampoco debería vincular a sus destinatarios en virtud de una moral autónoma de carácter pre jurídico. Para sus destinatarios, la legitimidad de la norma debe resultar de su legalidad, única referencia de la culpabilidad material y libre de implicaciones morales o éticas[561].

4.6.3. El concepto de culpabilidad material

La integración social se fundamenta en el entendimiento comunicativo discursivo y se alcanza cuando todos los partícipes circunscriben su comportamiento al ámbito de lo debido. Ello constituye el núcleo del concepto analítico de la culpabilidad material de tradición europea-occidental [562]y se vincula con la teoría de la acción comunicativa[563], lo

[560] Cfr. KINDHÄUSER, "Rechtstreue…", 709.

[561] Cfr. *idem*, 711 ss.

[562] Tradición cuyas premisas filosóficas remiten a la herencia del pensamiento ilustrado racional, que concibe al individuo como el núcleo axiológico del derecho, "el eje y el centro de todo el sistema jurídico", tal como lo expresa la doctrina de nuestra Corte Suprema de Justicia, al hacer referencia a la dignidad humana: "el hombre es el eje y el centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental", CSJN, "Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar", Fallos 316:479 (1993) y "Campodónico de Beviacqua, Ana C. v. Ministerio de Salud y Acción Social", Fallos 323:3229 (2000), y sus citas. Desde esta perspectiva, se parte siempre del estatuto propio de la persona humana como estructura del *ser* "preexistente" al ordenamiento jurídico, aun cuando esta idea experimente importantes concreciones normativas dentro de la estructura de la teoría del delito, y, en tal carácter, como límite ontológico mínimo de la normativización, tal como pone de relieve SILVA SÁNCHEZ, *Normas…*, 33 nota 45; EL MISMO, "Política criminal…", 28-29. En sentido coincidente, en cuanto a que la consideración del

cual marca la diferencia con el funcionalismo[564]. En este sentido, es fundamental el rol que cumplen el Derecho y las normas jurídicas para la integración social.

La comprensión del entendimiento comunicativo parte de la distinción entre acción instrumental y acción discursiva. La acción instrumental se orienta al éxito: el sujeto contempla su entorno de modo objetivo, selecciona y organiza los medios para alcanzar un fin determinado. Por el contrario, la acción discursiva se orienta al entendimiento[565] con la finalidad de obtener un acuerdo o consenso, donde los respectivos intereses sean coordinados a través del lenguaje. Esta comunicación orientada al entendimiento se basa en

---

ser humano, como persona portadora de derechos inalienables, constituye un marco infranqueable para toda construcción jurídico-penal, cfr. Santiago MIR PUIG, "Límites del normativismo en derecho penal", en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 1° ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2005, y también en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* RECPC 07-18 (2005). En igual sentido, cfr. Guillermo YACOBUCCI, *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal,* Ábaco, Buenos Aires, 2002, 173, donde además afirma que la naturaleza humana, determinada por la racionalidad, incluye una tendencia a la convivencia social y política, pero no se agota en ella, sino que presenta un sentido espiritual o trascendente. De allí, la íntima vinculación de la dignidad humana, en la tradición del pensamiento occidental, con las nociones de espiritualidad, libertad, señorío y autonomía. Desde esta perspectiva, la convivencia social y política es el campo de realización de aquella, donde el individuo puede desarrollar libremente su plan de vida, en un marco de paz, seguridad y concordia mínimo. Por ello, la convivencia social nunca pueda llegar absorber la dignidad humana, que lleva implícita la problemática de la alteridad. Como pone de relieve SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación…*, 410 nota 423, "todos partimos en nuestra vida social de una recíproca atribución de libertad". Dentro de este marco, se entiende que los individuos persiguen, racionalmente, la maximización de su libertad, es decir, la creación esferas o círculos de organización autónomos para su desenvolvimiento, espiritual y material. De allí que, en un estado democrático de Derecho, los ciudadanos, como sujetos políticos autónomos, se conviertan indirectamente en sus propios legisladores, y establezcan normas con el fin de garantizar, fundamentalmente, las condiciones materiales de su libertad. Este acuerdo está basado en la razón práctica de los individuos, y constituye el fundamento intersubjetivo del derecho, en tanto puede ser libremente reconocido por todos los participantes del tráfico jurídico, interesados prioritariamente en su libertad.

[563] Cfr. Jürgen HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, 2 Bände, 4° Auflage, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1987, *passim*; EL MISMO, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 5° Auflage, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1998.

[564] De la controversia de los años setenta en Alemania entre HABERMAS y LUHMANN surgen dos criterios enfrentados: el pensamiento de tradición europea-occidental y el funcionalismo. Si bien originariamente referidas a la teoría de la sociedad moderna, también ha influido en el Derecho penal. Sobre esto cfr. Günther JAKOBS, "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem" Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts?" *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaf ZStW* 107 (1995), 843-876, 843 ss.

[565] El entendimiento no es de naturaleza instrumental. Quien asume la carga de argumentar discursivamente las pretensiones de verdad y de validez expresa, al mismo tiempo, que la realidad y la validez no se pueden descubrir mediante el engaño o las manipulaciones en la opinión. Con la admisión de un diálogo racional se reconoce de manera implícita el principio de que solamente vale la coacción del mejor argumento. Con relación a esto, se trata de la aceptación de un principio y no de una interpretación de los participantes como sujetos racionales de la filosofía idealista.

el intercambio de expectativas[566], para lo cual es indispensable el reconocimiento de la capacidad y legitimidad del otro para intervenir en discursos racionales. Esta recíproca atribución de capacidad de imputación (*Zurechnungsfähigkeit*)[567] implica por parte del sujeto la adopción del rol de interviniente y no el de un observador objetivo[568]. Como idea regulativa de la acción discursiva se asume los principios de igualdad de derechos y de corresponsabilidad solidaria de todos los intervinientes[569], que resulta presupuesta contrafácticamente como condición para posibilitar las soluciones pacíficas de los conflictos de intereses.

Sin embargo, dado el factor de inseguridad que constituye el riesgo de discrepancia, ningún ordenamiento social se puede producir y estabilizar mediante la emisión aislada de actos de habla[570]. Además, el aumento de los ámbitos individuales de libertad, producto de

---

[566] Para coordinar intereses mediante el entendimiento comunicativo, *ego* no solo tiene que exponer su punto de vista, sino que con ello debe orientarse principalmente a la comunicación, efectuando un intercambio de expectativas. Para que *ego* pueda manifestarse de manera que *alter* lo entienda, debe colocarse previamente en el rol de este y considerarse desde esa perspectiva. Así, mediante la asunción del rol de los demás, *ego* consigue la propia comprensión individual; aprende a entenderse a sí mismo y a entender su rol en la interacción. De esta forma, en el proceso discursivo no existe una subjetividad articulada atomísticamente ni un abandono de la individualidad a través del predominio de lo colectivo, sino la obtención de autonomía individual a través del intercambio de expectativas: la consideración del rol del otro es necesaria para el descubrimiento y la constitución de la propia identidad.

[567] Sobre las condiciones para la recíproca atribución de personalidad, cfr. KINDHÄUSER, "Personalität…", 493, 500 ss. Aquella atribución carecería de fundamento si el sujeto cambiase su rol de participante por el rol de un observador que adopta una posición objetiva-descriptiva.

[568] En otros términos, los involucrados en discursos racionales no adoptan el rol objetivo de observadores descriptivos, sino el rol de participantes -hablantes/oyentes- que hacen valer pretensiones y de cuya realización se hacen responsables. Por su parte, la argumentación racional es posible solo si se está dispuesto a aceptar y reconocer a los otros como participantes debidamente capacitados y legitimados para tomar posición desde un punto de vista de libres e iguales.

[569] Cfr. KINDHÄUSER, "Rechtstreue…", 715, nota 50, donde manifiesta que "mi punto de partida no se encuentra fundamentado en una ética del discurso con pretensión de fundamentación última. Más bien, parto de un racionalismo crítico que señala que ha de buscarse discursivamente coordinaciones justas de acción, pero que no tienen una pretensión de infalibilidad, sino que, por el contrario, están sujetas, tanto respecto de los hechos como también de las valoraciones, al continuo proceso de examen crítico"

[570] Por causa de estos factores de inseguridad, ninguna situación individual de emisión de actos de habla puede estabilizar ordenamiento social alguno. En este sentido, cfr. WITTGENSTEIN, *Investigaciones…*, § 241: " ¿Dices, pues, que la concordancia de los hombres decide lo que es verdadero y lo que es falso? - Verdadero y falso es lo que los hombres dicen; y los hombres concuerdan en el lenguaje. Esta no es una concordancia de opiniones, sino de forma de vida". También cfr. KINDHÄUSER, *Intentionale Handlung..*, 41: "La sociedad se basa en la coincidencia sobre las posibilidades de la conducta correcta o incorrecta, es decir, sobre una convivencia regulada normativa y convencionalmente. Esta concepción sociológica y en realidad tradicional experimenta con Wittgenstein una explicación desde la perspectiva del lenguaje, puesto que, para él, el sentido del actuar humano reside en interacciones comunicativas, las que están orientadas hacia reglas y criterios portadores de sentido". Con mayor desarrollo teórico en referencia al concepto de mundo de vida (*Lebenswelt*), ver HABERMAS, *Faktizität und Geltung*…, 37 ss: el mundo de la vida es una relación -

la evolución social, se replica en una mayor necesidad de coordinación normativa para que los intervinientes alcancen los acuerdos. Aquí aparece la función determinante del Derecho con relación a la integración social[571].

Mediante la validez de sus normas, el Derecho contribuye a la integración de un doble modo. Por un lado, en el plano instrumental y con los medios coactivos que le caracterizan, el Derecho reduce fácticamente el campo de acción del individuo al ámbito de lo debido. Esta coacción instrumental opera como *conditio sine qua non* para asegurar los límites entre legalidad e ilegalidad, aunque esta no sea su contribución más importante. Por otro lado, el Derecho realiza su principal aporte a través del proceso discursivo, cuya función es la correcta demarcación de los espacios de libertad mediante la aplicación de sus reglas pragmáticas: los intervinientes en la comunicación se declaran competentes para el cumplimiento de las pretensiones que ellos mismos han entablado[572]. Esta dimensión de la integración social -que da sentido, racionalidad y justicia al ordenamiento- es la dimensión de la legitimidad. Ella constituye el primer momento de la integración social desde la perspectiva interna del entendimiento comunicativo mediante normas[573]. Por ello, la fuerza socialmente integradora del Derecho solo pueda desplegarse si, al seguimiento fáctico de las normas -reforzado por las conminaciones sancionatorias-, se asocia su legitimidad[574],

---

reproducida mediante la comunicación- de tradiciones culturales mezcladas, de ordenamientos legítimos y de identidades personales. Al mundo de la vida pertenecen también las instituciones que se presentan con una pretensión de indiscutible autoridad (el tabú del incesto), y en la que se fusionan facticidad y validez; la validez tiene la fuerza de lo fáctico. Este allanamiento de la tensión entre facticidad y validez confiere estabilidad a la certeza obtenida del mundo de vida y la inmuniza contra la presión de la experiencia creadora de contingencias.

[571] Cfr. especialmente HABERMAS, *Faktizität und Geltung*…, 41 ss. y 61 ss.

[572] Esta recíproca atribución de capacidad y de voluntad para cumplir los acuerdos asumidos es el equivalente del libre albedrío metafísico en el nivel de la teoría del derecho y de la comunicación.

[573] Cfr., en este sentido, Max WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie*, 5° Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 1980, 22 ss., quien puso de relieve que los ordenamientos sociales solo se mantienen en tanto sean legítimos. En la medida en que los acuerdos de validez descansan en las expectativas de los comportamientos, estas han de poseer, ante todo, la posibilidad de verificación empírica. Este consenso de validez no pretende que las normas sea seguidas por su legitimidad, sino que aspira a que ellas exhiban una cierta pretensión de validez frente a los involucrados. Cfr. también Jürgen HABERMAS, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, 3° Auflage, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1995, 577 ss.

[574] Cfr. KINDHÄUSER, "Rechtstreue…", 717 ss., para quien, en función de lo expuesto, un concepto de culpabilidad funcional -que pretende determinar su objeto a partir de la mecánica de la imputación que estabiliza la norma- también debería incluir esta función integradora, propia del discurso de legitimidad. En este sentido, carecen de fundamento objetivo los temores sobre una funcionalización del Derecho penal. Sin embargo, le objeta al concepto funcional de culpabilidad que, desde su postulada idea del observador, no

cuya perspectiva interna resulta fundamental: la imputación de culpabilidad está conceptualmente relacionada con la función de integración social del Derecho.

Y como esta legitimidad de las normas -relevante para la culpabilidad- desemboca en la legalidad, corresponde asumir que, en una sociedad secular y pluralista, no existen fundamentos sustanciales a priori que legitimen las normas de comportamiento[575]. La autonomía de los intervinientes en el proceso de integración social es la única fuente de legitimidad[576], lo cual no importa retornar a la idea de una legislación racional subjetivista, puesto que si la racionalidad individual tuviese la última palabra, entonces resultaría imposible alcanzar una delimitación consensuada de las libertades.

El concepto fundamental de la coordinación de la acción orientada al entendimiento es el concepto de autonomía comunicativa del individuo[577], que vincula la cooperación discursiva con los derechos subjetivos de la libertad y se sustenta en cierta lealtad comunicativa, entendida como corresponsabilidad solidaria por la obtención del entendimiento. Desde esta perspectiva, las normas son coordinaciones de acciones generalmente válidas y previstas para ser persistentes, en cuyo proceso el individuo asume un doble rol[578]. Por un lado, es autor de la norma -autonomía pública- y, por el otro, es su

---

pueda reconstruir adecuadamente el sentido de la perspectiva interna, a saber: que las funciones sistémicas no pueden convertirse en normas y relaciones de medio a fin.

[575] Cfr. también Claus ROXIN, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Walter de Gruyter, Berlin, 1973, 12 ss., quien, frente a la pegunta sobre qué debe prohibir el legislador al ciudadano bajo conminación penal, afirma que la función del estado ya no puede verse en finalidades divinas o de otra forma trascendentes, así como tampoco en la mejora moral de las personas. Aquella debe limitarse a crear y asegurar las condiciones existenciales para una pacífica convivencia. En este sentido, el poder del estado se reduce a esta finalidad racional y terrenal, pero bajo la completa salvaguarda de la libertad de configuración individual del proyecto de vida. Es para lo único que se encuentran legitimados los ciudadanos elegidos por sus conciudadanos para que gobiernen y legislen. Como consecuencia de ello, cabe afirmar que el fin del Derecho penal solo se puede deducir de esa finalidad del estado y que, por tanto, debe limitarse a garantizar la pacífica convivencia de todos los ciudadanos.

[576] Ello impide que el individuo pueda ser instrumentalizado como medio para la consecución de fines heterónomos, tales como, por ejemplo, la voluntad de terceras personas, una orientación objetivada del bien común o la utilidad del sistema.

[577] La autonomía comunicativa consiste en la capacidad y el recíproco reconocimiento para tomar posición frente a pretensiones de validez como un participante libre e igual en la comunicación orientada al entendimiento.

[578] Cfr. GÜNTHER, "Individuelle Zurechnung…", 143, 155-156, quien afirma que, en los estados constitucionales democráticos, el concepto "persona jurídica" se encuentra codificado en doble sentido. Por un lado, como destinatario de la norma con autonomía privada y solo obligado a la obediencia externa del derecho. Por el otro lado, como autor de la norma que hace uso de su derecho a la participación política en

destinatario -autonomía privada relacionada con los espacios de libertad-; en este sentido, las autonomías pública y privada son las dos caras de la autonomía comunicativa y de su entendimiento cooperativo[579].

Esta dimensión discursiva del modelo exhibe claros rasgos comunitaristas, donde la cooperación[580] hace posible la libertad común, cuya esencia es la participación en el autogobierno que se concibe como el tomar parte en la formación del consenso dominante -

---

forma tal que acepta las normas. La relación que le deja al destinatario de la norma la libertad autónoma de una persona jurídica resulta de la distinción entre el fundamento del principio de culpabilidad y el procedimiento de su aplicación. Que una "contradicción de la norma" se impute en realidad a la culpabilidad, que se le pueda reprochar al autor la ausencia de motivación para el seguimiento de la norma, solo se puede justificar si el destinatario de la norma es al mismo tiempo autor de la misma. La neutralidad del Derecho penal frente a los motivos para el seguimiento de la norma se puede preservar sin tener que renunciar a la doble codificación del status del ciudadano que fundamenta el principio de culpabilidad. Ello es posible mediante el procedimiento de la imputación individual, cuya característica principal radica en la fundamentación del juicio de culpabilidad. En él se apela al autor directamente en su doble rol. La relación requerida no reside pues en el contenido del juicio de culpabilidad. No se fundamenta afirmando que el autor, en su lugar, habría podido seguir la norma en razón de sus motivos legitimantes. Solo se fundamenta afirmando que el autor, en su lugar, habría podido seguir la norma como destinatario de la misma en su carácter de sujeto privado, autónomo y libre. Cuando se afirma que, como persona jurídica, se podría haber comportado de otro modo, al mismo tiempo se le recuerda su rol de ciudadano. La neutralidad frente a los motivos para el seguimiento de la norma se evidencian en el hecho que la imputación de culpabilidad se sustenta en forma negativa. No se fundamenta positivamente en qué consiste la culpabilidad, sino que solo se exponen aquellas razones que excluirían la culpabilidad del autor como persona jurídica libre, siempre que se dieren los presupuestos en la persona y en la situación del autor. El resultado de dicho proceso de exclusión es al juicio de culpabilidad.

[579] Como ya se expuso en el acápite correspondiente, al que cabe remitir, una razón determinante para tener motivos excluyentes de obligaciones radica en su contribución a la solución de los problemas de coordinación. Cfr., en este sentido, KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 137, 150 ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht…*, 46 ss.; MAÑALICH, *Nötigung…*, 34, donde este autor afirma que la pretensión del carácter vinculante de las normas de conducta solo se puede justificar de la mano del carácter universalizado de la solución del conflicto que aquellas representan. Sin embargo, el criterio para la universalización del conflicto no puede ser de carácter sustantivo, ya que entonces se abandonaría la autonomía de la validez jurídica que, a su vez, es exigida por el mandato de neutralidad. Es necesario, más bien, un fundamento para poder deducir la legitimidad de una norma de su legalidad, con lo cual cabe esperar de su destinatario el reconocimiento leal de dicha norma como una razón vinculante para la acción, aun cuando no se verifique, en los hechos, esa actitud personal del destinatario. Y esa legitimación de la norma recién es posible, cuando se pueda contemplar al destinatario simultáneamente como autor de la norma. De allí que la atribución del status de autor de la norma al mismo tiempo que de destinatario sea lo característico del concepto de "persona deliberativa". Sobre este concepto, cfr. GÜNTHER, "Individuelle Zurechnung…", 143, 148 ss.; EL MISMO, *Schuld und kommunikative Freiheit. Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2005, 245 ss.

[580] En este sentido, cfr. ALCÁCER GUIRAO, *Los fines…*, 238-249; EL MISMO, *Estudios…*, 22-24, donde afirma que es posible adoptar el paradigma del "hombre cooperador", en oposición a la figura del "hombre económico": en las sociedades democráticas y estables, la mayoría de los ciudadanos desarrollarán una tendencia a la cooperación y al acatamiento de las normas, sobre la base del convencimiento racional que ello supondrá más beneficios generales para la convivencia social y, en última instancia, para el desarrollo de su propia libertad.

al menos de vez en cuando-[581]. En este modelo, las coordinaciones de acción son producidas jurídicamente y ello significa que los intervinientes participan en el entendimiento acerca de los derechos subjetivos de dos maneras. Por un lado, existe un denominado espacio libre de comunicación. En tanto se mueva dentro del derecho subjetivo, su titular tiene plena libertad instrumental y queda eximido de la obligación de lealtad comunicativa: no tiene que estar pendiente de la toma de posición de los demás. Por el otro, dado que el derecho subjetivo resulta de un acuerdo normativo con los demás -un entendimiento ya realizado y registrado-, su ejercicio implica el consenso de los afectados sobre la acción respectiva y, por tanto, excluye una eventual lesión a la autonomía comunicativa de los demás. El derecho subjetivo importa un consenso previo al ejercicio de la libertad instrumental. Así, cuando se abandona el espacio de libertad atribuido por un derecho subjetivo, resurge el vínculo de lealtad comunicativa, de modo que si traspone los límites de su esfera de libertad, el sujeto lesiona la autonomía comunicativa de los afectados. El quebrantamiento de la norma, como abandono contrario a Derecho del propio espacio de libre comunicación, constituye una lesión la autonomía comunicativa de los demás[582].

Ahora bien, el proceso democrático de establecimiento de la norma no debe arrojar necesariamente un resultado justo ni compromisos definitivamente vinculantes. La racionalidad de la norma es provisional y, por principio, falible en el marco de un proceso abierto de formación de opinión[583]. No hay otra medida que la del consenso más amplio y duradero posible, y, desde esta perspectiva democrática, el Derecho solo puede garantizar su racionalidad de forma jurídica[584]. Para el modelo democrático de coordinación jurídica para la acción mediante el entendimiento comunicativo solo basta que los intervinientes

[581] Cfr., especialmente, Charles TAYLOR, "Aneinander vorbei. Die Debatte zwischen Liberalismus und Kommunitarismus", in: Axel Honneth, *Kommunitarismus. Eine Debatte über die moralischen Grundlagen moderner Gesellschaften*, Frankfurt am Main 1993, 103, 126 ss.

[582] Cfr. KINDHÄUSER, "Rechtstreue…", 722.

[583] Por cierto, los principios morales mismos son considerablemente constantes en la evolución jurídica occidental.

[584] Cfr. KINDHÄUSER, "Rechtstreue…", 724: "…esto es, bajo una diferenciación -lo más amplia posible- de la autonomía comunicativa en espacios de libertad pública y privada, en derechos coercitivamente reforzados y contraderechos de control, en una representación materialmente adecuada y en un proceso argumentativo de la producción de decisiones".

alcancen un consenso de resultado[585], de manera que lo acepten sin necesidad de que también compartan las razones ofrecidas para ello. En consecuencia, el Derecho legitimado democráticamente debe ser neutral frente a los motivos para el seguimiento de las normas -mandato de neutralidad-; no puede regularlos debido a su falta de coercibilidad empírica y a la ausencia de fuerza de convicción racionalmente vinculante en la argumentación -dado la falibilidad de la norma-. Ello determina, por tanto, que la norma establecida democráticamente no pueda pretender una corrección sustantiva susceptible de comprobación[586].

De allí que el concepto de culpabilidad material deba estar referido a la autonomía y lealtad comunicativas como constituyentes del Derecho legislado[587]: no representa un reflejo de un Derecho supra positivo infalible -del cual derive su corrección-, sino de un Derecho positivamente existente y, al mismo tiempo, correcto desde la perspectiva del *status quo* del entendimiento discursivo[588]. Es la lealtad comunicativa frente a la autonomía de los demás -y no la racionalidad individual- lo que vincula al sujeto con la norma de comportamiento: aquí reside el efecto vinculante de las normas democráticas y su legitimación misma. La fidelidad al Derecho, por tanto, es aquella lealtad comunicativa

[585] En términos generales, el entendimiento comunicativo puede desembocar en tres tipos de consenso. Un consenso de trasfondo, que es el presupuesto del entendimiento y que se refiere a la forma común de vida, a las convicciones y valoraciones comunes, y, sobre todo, al lenguaje común. Este consenso no resulta cuestionado y se corresponde con el núcleo estable de las normas jurídico-penales de conducta -por ejemplo, la prohibición del homicidio o de la violación-. Normas que, como constitutivas de nuestra forma de vida, gozan de un consenso de fondo en cuanto a su validez. Ello, a su vez, lleva a que se les reconozca el prestigio de "derecho natural", por lo cual, respecto de ellas, parece casi prácticamente excluida la admisibilidad del error de prohibición. También cabe apreciar un segundo tipo de consenso, el llamado consenso de argumentación, donde los intervinientes comparten las razones que conducen a un resultado. Finalmente, también existe la posibilidad de un consenso de resultado.

[586] Por tanto, afirma KINDHÄUSER, "Rechtstreue…", 725, que "la culpabilidad jurídica no puede implicar un reproche de ceguedad moral-racional ni menos de perversidad".

[587] La culpabilidad material no puede sustentarse en la racionalidad individual ni en la virtud comunitaria, porque estas no son constituyentes del derecho.

[588] No existe un Derecho previo al entendimiento que deba ser ratificado, sino que el Derecho es establecido simplemente por el entendimiento discursivo y solo puede ser "mejorado" a través del mismo. Ello significa que el espacio libre de adhesión -representado por el derecho subjetivo- es dependiente del entendimiento, con total independencia de lo exitoso o afortunado que *de facto* sea dicho entendimiento. De este modo, aun si el espacio de libertad para la acción del individuo resulta determinado por normas provisionalmente racionales, aquel solo puede ser modificado legítimamente a través de un entendimiento leal. Así, con el quebrantamiento de la norma, el sujeto niega el entendimiento sobre la que esta descansa, así como también la autonomía comunicativa de los demás intervinientes, y ello con independencia si el autor considera -por las razones que fueren- que la norma es irracional o injusta.

que, en general, hace posible el entendimiento que asume forma jurídica. De esta forma, en un estado democrático de Derecho, la culpabilidad material consiste en un reproche por la falta de fidelidad al Derecho -como un déficit de aquella lealtad comunicativa frente a los demás- expresada a través de la conducta del sujeto[589] y puesta de manifiesto en el quebrantamiento de una norma jurídica-penal, que protege condiciones de una integración social no violenta y orientada al entendimiento[590].

Como la función de posibilitar la integración social no violenta solo puede cumplirse a través del entendimiento, la prohibición de inobservancia desleal de la autonomía comunicativa de los demás se erige, por tanto, como la norma fundamental -aunque falible- del Derecho[591]. Esta no puede ser demostrada a través de una fundamentación última de carácter absoluto ni de una inferencia racional subjetiva, sino

[589] Cfr. KINDHÄUSER, "Rechtstreue…", 725 ss. Sobre esta base, los defectos en las capacidades comunicativas han de ser razones para la exclusión de la culpabilidad, mientras que como causas de exculpación han de operar aquellas circunstancias bajo las cuales deja de ser exigible una muestra de lealtad frente a otro cualquiera -por ejemplo, un estado de necesidad exculpante-.

[590] Aquí surge la conexión entre el fin de la norma quebrantada y el reproche de culpabilidad que fundamenta la pena. De la interpretación de la culpabilidad jurídico-penal como déficit de lealtad comunicativa se sigue que el fin del Derecho penal es la protección de las condiciones elementales de la integración social orientada al entendimiento no violento. Se trata, así, del injusto penal como menoscabo de las condiciones bajo las cuales pueden ser coordinadas las acciones conforme al entendimiento, lo que implica la definición de los bienes jurídicos. Desde esta perspectiva, KINDHÄUSER, "Rechtstreue…", 727 y 728, afirma que "los bienes jurídicos pueden ser definidos a la luz de la autonomía comunicativa justamente como propiedades de personas, cosas o instituciones que posibilitan o aseguran la participación libre e igual en el entendimiento normativo. Dentro de esta protección, también se halla comprendida la esfera privada que marca el ámbito que solo puede ser objeto de comunicación con el consentimiento del titular. Dado que el entendimiento normativo jurídico-penal relevante es configurado jurídicamente, los bienes jurídicos resultan ser, al mismo tiempo, objeto de derechos. En el ámbito individual, se trata de derechos subjetivos…De este modo, el derecho no necesariamente constituye sus bienes por sí mismos; aquí también entran en consideración, como bienes jurídicos, propiedades (naturales) 'prejurídicas', como la salud o la vida. Pero ellas solamente son protegidas en tanto son objeto de derechos, donde el respectivo derecho subjetivo deviene a la vez determinante para el contenido y los límites de la protección. Tanto la demarcación de los ámbitos de responsabilidad como el consentimiento justificante son claros ejemplos que el Derecho penal no ofrece protección frente a la mera intervención en bienes jurídicos, sino que solamente protege frente a la lesión de derechos que recaen sobre los mismos…". Con relación a los bienes jurídicos, cfr. también Urs KINDHÄUSER, "Rechtsgüterschutz durch Gefährdungsdelikte", *Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag*, Kohlhammer, Stuttgart, 2010, 249, 257 y *passim*.

[591] Ello justifica la exigencia de fidelidad al derecho a los individuos. En este sentido, cfr. MAÑALICH, *Nötigung…*, 34, 35, donde se pone de resalto que, en tanto el Estado democrático de derecho vive del intercambio institucionalizado y regulado entre los roles de ciudadano y persona jurídica, el fundamento de la culpabilidad material reside en una reprochable apropiación unilateral de ese cambio de roles. A través de la contrariedad a la norma la persona deliberativa reclama su derecho al rechazo crítico de la norma, que se corresponde con su *status* de ciudadano, pero en una situación en la que, como persona jurídica, se encuentra justamente obligado a su seguimiento. Por tanto, mediante el hecho punible se expresa un déficit de lealtad comunicativa, que vale como la contracara de la autonomía comunicativa imputada a la persona deliberativa.

que se justifica jurídicamente a sí misma como parte de nuestra forma de vida[592]. La lealtad comunicativa es un rasgo definitorio de la persona de derecho. La fidelidad al Derecho no es exigida positivamente; sin embargo, como no puede haber un derecho a lesionarla, a través del reproche de culpabilidad se desaprueba el déficit de fidelidad al Derecho expresada en el quebrantamiento de la norma de comportamiento.

4.7. La norma de sanción como motivo auxiliar para la acción adecuada a la norma de conducta

Sin perjuicio de su significado constitutivo, las normas de sanción también desempeñan simultáneamente un rol en la fundamentación del reproche de culpabilidad como motivos auxiliares para realizar la conducta adecuada a la norma. En este sentido, el establecimiento legal de la norma de sanción vale como reconocimiento de la libertad del destinatario de la norma, en el sentido de la posibilidad de seguir estratégicamente la norma de conducta[593]: como razón excluyente para la acción, la norma de conducta representa una razón operativa, mientras que la norma de sanción -desde la perspectiva del contexto motivacional del destinatario de la norma de conducta- puede ser vista como una razón auxiliar[594].

---

[592] La lealtad es una experiencia fundamental en esta forma de vida y, además, resulta presupuesta recíprocamente por los intervinientes en cada entendimiento.

[593] Cfr. GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*…, 252. Aquí el autor señala que el deber seguir la norma no es un bien que su destinatario deba realizar para una vida exitosa o, como un buen ciudadano, en favor del bienestar de su comunidad. Aquel deber solo presupone que el destinatario posee la capacidad o aptitud de tomar posición crítica con relación a sus propias acciones y expresiones. Este puede escoger si sigue la norma y por qué motivos lo hace. El derecho no exige que apruebe la norma y que, como consecuencia de ello, se sienta obligado a seguirla, sino que le deja la libertad de rechazarla siempre que dicho rechazo no se traduzca en acción. En otras palabras, el deber de seguimiento de la norma le impone como exigencia no contradecirla o infringirla a través de la exteriorización de su conducta. Este deber -de evitar el injusto a pesar del rechazo de la norma- es legítimo cuando la persona tiene el derecho y la posibilidad de cambiar al rol de ciudadano y utilizar sus facultades deliberativas para opinar públicamente contra la norma. En aquellas situaciones en las que se encuentra obligada al seguimiento de la norma, la persona jurídica no puede traducir en acción su derecho a rechazarla. Por esta razón, el Derecho puede amenazar con la imposición de sanciones para el caso que la persona obligada infrinja la norma, sin que esa amenaza coactiva obligue a una toma de posición afirmativa o aprobatoria ni a un seguimiento motivado en ella. El seguimiento de la norma puede obedecer exclusivamente a razones instrumentales, donde se ponderen las ventajas y desventajas de contradecir la norma y que, en virtud de ello, la persona decida no realizar su plan de acción original.

[594] Cfr., en este sentido, RAZ, *Practical reasons*…, 36 nota 66.

La formulación explícita de la amenaza de sanción en el texto legal representa el reconocimiento institucional de la no exigencia de un seguimiento críticamente aprobatorio de la norma de comportamiento por parte de su destinatario. Ello significa que el seguimiento por razones puramente estratégicas -por ejemplo, para evitar ser sancionado- no expresa déficit de lealtad al Derecho alguno[595] y, a su vez, determina la posibilidad de concebir el principio de legalidad en forma diferenciada con relación a la normas de conducta y de sanción. Mientras que el establecimiento legal de la primera tiene un significado constitutivo en la fundamentación del reproche de culpabilidad -porque simboliza su carácter democrático-, la norma de sanción significa más bien una condición de "*fairplay*" de la punición, siempre que se la vea como una razón auxiliar frente al destinatario de la norma[596].

5. Contenido de las normas de comportamiento y antinormatividad.

5.1. La conducta antinormativa como objeto de la imputación penal

El modelo analítico-teleológico del hecho punible parte de una clara delimitación entre normas de conducta y reglas de imputación, consecuencia de sus diferentes

[595] Cfr., en este sentido, Klaus GÜNTHER, , "Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts", *Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*, Heike Jung/Heinz Müller-Dietz/Ulfrid Neumann Hrsg., Nomos, Baden-Baden, 1991, 208, donde pone de manifiesto que la segunda diferencia con relación al derecho natural consiste en la forma cómo la ética del discurso permite la producción empírica de un seguimiento fáctico general de las normas válidas. Los motivos racionales no se pueden generar empíricamente, sino que se originan solo de la comprensión autónoma. De los modernos sistemas de derecho positivo se ha extraído como consecuencia que el derecho se debe comportar en forma neutral frente a los motivos del seguimiento de la norma. Por tanto, el derecho también permite un seguimiento por "malos" motivos o bien por razones estratégicas. Sin embargo, de ello no cabe concluir que el derecho positivo quede totalmente desacoplado del principio de reciprocidad. La estabilización de la expectativa de un seguimiento general de la norma no es una finalidad que -como en Hobbes- justifique la utilización de cualquier medio. El derecho positivo permite solo el seguimiento de sus normas por motivos estratégicos, aunque no debe imponer ese motivo (como, inversamente, no puede imponer motivos racionales). No obstante, tampoco cabe excluir un seguimiento por motivos racionales. Por ejemplo, el mandato aparentemente arbitrario de conducir por la mano derecha en el marco del tráfico viario permite su seguimiento para evitar sanciones costosas o por miedo de sufrir lesiones ante un eventual accidente, pero también porque se corresponde con el interés de cada uno el hecho de poder circular en el tráfico sin riesgo para la vida o la integridad física. Aun cuando el derecho positivo amenaza con sanciones la violación de una norma, no debe forzar u obligar a sus destinatarios a abandonar el rol de un participante virtual del discurso y a asumir exclusivamente la posición objetiva de una tercera persona.

[596] Cfr. también MAÑALICH, *Nötigung*…, 35-36.

naturalezas y de los distintos fines que las legitiman. La norma de comportamiento no define los criterios de imputación, es decir, las condiciones bajo las cuales cabe atribuirle a un sujeto una conducta como "contradicción de la norma"[597]. Para ello, solo la consecuencia jurídica resulta relevante, puesto que su aplicación depende precisamente de la verificación positiva de los criterios imputación. Formulado en términos generales, un sujeto resulta penalmente responsable cuando sea legítima su punición como reacción a su conducta.

En palabras de KINDHÄUSER:

> "la norma misma no indica en qué medida el destinatario se encuentra vinculado a ella y bajo qué condiciones tiene que responder penalmente por un déficit de reconocimiento eficaz para la acción de su carácter vinculante; la norma no puede ser criterio de imputación, porque esta [la imputación] tiene como objeto la determinación de la responsabilidad por el apartamiento de la norma"[598].

Además, razones lógicas excluyen cualquier nota autorreferencial de la norma de comportamiento, toda vez que esta no puede prescribir su propio seguimiento: la responsabilidad por una conducta jurídicamente prohibida no se puede deducir de la misma prohibición[599].

La conducta antinormativa constituye el objeto de la imputación penal. En este sentido, las reglas de imputación permiten interpretar la conducta del sujeto como expresión de un deficitario reconocimiento de la norma como razón eficaz para la acción -es decir, explican el hecho punible como contradicción de esa norma-. De su verificación

[597] La norma de comportamiento no determina los criterios de vinculación entre ella y sus destinatarios ni los criterios de responsabilidad por el no acatamiento de su obligatoriedad -"el deber"-. Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 29 nota 3, donde pone de relieve que si bien la responsabilidad es una condición necesaria de la sanción como consecuencia jurídica, no es también una condición suficiente. Sin embargo, otras condiciones, tales como la no prescripción, pueden obviarse por no resultar esenciales para la constitución del hecho punible.

[598] KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 29.

[599] Cfr. VOGEL, *Norm und Pflicht…*, 42, quien afirma que la definición de las condiciones por las que un sujeto resulta obligado por la norma no es objeto de la norma de conducta sino de la norma de sanción.

depende la legitimidad y justicia de la respuesta punitiva a la conducta antijurídica, razón por la cual se presentan como un complemento indispensable de las normas de sanción: designan los presupuestos de la constitución del objeto del reproche penal de culpabilidad como una conducta cuyo valor interpretativo es un déficit personal de fidelidad al Derecho[600].

5.2. El contenido proposicional o lucucionario y la fuerza ilocucionaria de las normas de comportamiento

La tesis que afirma la imposibilidad de que la propia norma defina la vinculación personal del destinatario, es decir, "el deber" (*Pflicht*), también se puede fundamentar a través de la estructura y la función de las normas de comportamiento desde la filosofía analítica del lenguaje[601]. Aun a riesgo de simplificación, cabe señalar que, desde la perspectiva del análisis del lenguaje[602], se presenta un modelo de tres niveles: el "locucionario", el "ilocucionario" y "perlocucionrio".

El nivel "locucionario" se refiere al análisis del contenido de la norma, requiere que este sea claro y no contradictorio, y, por tanto, solo excluye contenidos normativos absurdos[603]. En este primer nivel, aplicar la norma supone la subsunción lógica-deductiva del supuesto de hecho en la descripción de la conducta según la denominada regla de individualización[604], que permite deducir proposiciones normativas individuales de

---

[600] Por cierto, lo expuesto no implica que haya que confundir las normas de sanción con las reglas de imputación. En este sentido, además, cfr. VOGEL, *Norm und Pflicht*…, 61, para quien el juicio de imputación mismo -es decir, la interpretación de una conducta como una acción que fundamenta jurídicamente la responsabilidad del autor- está vinculado a reglas. Las reglas de imputación designan los presupuestos bajo los cuales un sujeto debe responder por su conducta con una pena y bajo los cuales dicha punición se presenta como legítima.

[601] En otros términos: el análisis de las condiciones de validez y de aplicación de las normas de comportamiento se puede llevar a cabo sobre la base del modelo desarrollado en la filosofía del lenguaje con relación a los actos de habla.

[602] Cfr. especialmente J.L. AUSTIN, *How to Do Things with Words*, Oxford University Press, Oxford, 1962, 94 ss.; SEARLE, *Speech Acts*..., 29 ss. En particular, tambiém cfr. VOGEL, *Norm und Pflicht*…, 34 ss. con relación a la explicación de los tres niveles del modelo de la filosofía analítica del lenguaje.

[603] Es decir, se trata del contenido de la norma y de las contradicciones lógicas, y no de la lógica de los operadores normativos.

[604] La que señala que de proposiciones normativas generales se pueden deducir proposiciones normativas individuales.

proposiciones normativas generales. Se deben evitar contradicciones normativas: la misma conducta no debe estar prohibida y ordenada o prohibida y permitida, o bien, no debe estar ordenada y prohibida u ordenada y exenta[605].

El nivel "ilocucionario" se refiere a la "validez jurídica", es decir, las condiciones que permiten adjudicarle a la norma el significado pragmático de una directiva de conducta jurídicamente vinculante[606]. En este segundo nivel, aplicar la norma implica que a la conducta se le pueda atribuir el significado de "seguimiento" o de "contradicción de la norma". Para ello debe concurrir una situación relevante para la norma según el poder y el conocimiento del autor.

Por último, el nivel "perlocucionrio" alude a la validez fáctica en el sentido de eficacia social de la norma, la cual, sin embargo, no representa una condición de la validez jurídica. Los criterios de validez fáctica se agrupan en el concepto de "reconocimiento de la norma por parte del destinatario como razón eficaz para la acción", lo que se presenta no solo cuando es reconocida -es decir, seguida- *ex ante* como motivo de obligación para la omisión o ejecución de una determinada conducta, sino también cuando es reconocida *ex post* como fundamento del reproche jurídico por la conducta antinormativa. En esta perspectiva *ex post*, lo relevante no es la punición en sí misma, sino su fundamentación con referencia a la norma de comportamiento, en tanto sirven para asegurarle su validez fáctica, es decir, garantizar su reconocimiento como motivo eficaz para la acción.

La filosofía analítica del lenguaje concibe el establecimiento de una norma un acto de habla -más precisamente, un acto de habla "ilocucionario"-, que el legislador lleva a cabo con la intención que el destinatario la siga como razón eficaz para la acción. Su

[605] En la medida en que este nivel se refiere al análisis del contenido de la norma, desde el punto de vista de su validez, aquí existe el requerimiento de un contenido unívoco y libre de contradicciones, de modo que se puede hablar de "condiciones lógicas de validez" y de"validez lógica". Lo que corresponde resaltar es que, en este nivel, se trata del contenido de la norma -es decir, no de la lógica de su operador deóntico- y de las contradicciones lógicas. Por lo tanto, no constituye una objeción contra su validez lógica el hecho que no tenga aplicación fáctica. En este primer nivel, la aplicación de la norma significala subsunción lógica-deductiva del hecho bajo la descripción normativa según la denominada regla de individualización.

[606] Aquí se trata de la legalidad de la norma en términos de su correcta creación de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales, así como también de su coincidencia material con el derecho de rango superior.

correspondiente fuerza pragmática depende del reconocimiento por parte del oyente -el destinatario de la norma- de la pretensión de seguimiento entablada por el hablante -el legislador-[607].

El objeto de referencia del establecimiento de la norma se determina a través de la combinación de un operador deóntico con un determinado contenido proposicional, los cuales atañen a su estructura locucionaria como acto de habla. El operador deóntico señala el carácter de la norma como prohibición o mandato, o también como permiso o exención. El contenido proposicional de la norma es la descripción de la forma de conducta prohibida u ordenada, o bien permitida o exenta. Se califica como proposicional porque se corresponde con una proposición que, a través de la conducta del destinatario de la norma, debe ser hecha como verdadera -en caso de un mandato- o como no verdadera -en caso de una prohibición-, o bien puede ser hecha como verdadera -en caso de un permiso- o no como no verdadera -en caso de una exención-[608].

De la diferenciación entre los niveles proposicional -locucionario- e ilocucionario en el establecimiento de las normas de comportamiento deriva la correspondiente distinción entre antinormatividad e imputación como constituyentes del hecho punible. Ello obedece a que la estructura locucionaria de las normas de comportamiento penales solo determina los elementos referidos a la antinormatividad de la conducta punible. Así, del respectivo tipo de norma depende el correspondiente tipo de hecho punible como subespecie

[607] En el caso de normas permisivas y de exención, la fuerza ilocucionaria del establecimiento de la norma debe ser entendida como secundaria con relación a las correspondientes normas de prohibición y de mandato.

[608] Esta representación de la estructura locucionaria de las normas de comportamiento coincide con la concepción de Georg Henrik VON WRIGHT, *Norm and action. A logical enquiry*, Routledge & Kegan, London, 1963, 70 ss., quien distingue, al menos, los siguientes cuatro elementos: un operador deóntico, un destinatario de la norma, un acto normativo y determinadas condiciones de aplicación. El operador deóntico establece que algo debe ser, puede ser, debe ser hecho o puede ser hecho. En virtud de ello, las prohibiciones y los mandatos son normas obligatorias con carácter de "deber", mientras que, por el contrario, las permisiones y las exenciones son normas que revisten el carácter de "poder" o "autorización". De la descripción de la forma de conducta, que se establece mediante el operador deóntico, depende la determinación de la acción que, bajo ciertas circunstancias, debe ser omitida o ejecutada por el destinatario de la norma. Su identificación se refiere al círculo de sujetos a los que se les prescribe la omisión o ejecución de la correspondiente acción, de lo que, a su vez, deriva la clasificación entre normas especiales y normas generales, según se requiera o no del destinatario ciertas propiedades o atributos. El acto normativo y las condiciones de aplicación representan elementos complementarios del contenido proposicional de la norma.

antinormatividad[609]. Sin embargo, este análisis de la estructura locucionaria -la antinormatividad- nada expresa todavía sobre las condiciones mismas de la "contradicción de la norma", que no se pueden deducir de la norma infringida y, por tanto, corresponden a la pregunta sobre la imputación, cuya respuesta es lógicamente independiente de la antinormatividad de la conducta a ser imputada[610]. Antinormatividad e imputación constituyen categorías distintas de la estructura del delito, que se sustenta en una concepción "objetiva" de las normas de comportamiento[611].

En suma, la estructura locucionaria de la norma de comportamiento determina las propiedades de las que depende la antinormatividad de una conducta, pero, sin embargo, no define los presupuestos para imputar la conducta a un sujeto como "contradicción de la norma".

5.3. Antinormatividad como propiedad superviniente

Como resultado de la estructura locucionaria de la norma de comportamiento, la antinormatividad significa que una conducta ha cumplido con el contenido proposicional de prohibición o que no ha cumplido con el contenido proposicional de un mandato, siempre que la norma correspondiente no haya sido excluida por otra norma permisiva o de exención. En este sentido, la antinormatividad representa una propiedad superviniente[612] o secundaria (*superviniente Eigenschaft*) de aquellas formas de conducta que exhiben la propiedad primaria (*subveniente Eigenschaft*), es decir, la que se corresponde con la

[609] La infracción de una norma prohibitiva representa un delito de comisión, la infracción de una norma de mandato representa un delito de omisión. En el mismo sentido, la infracción de una norma dirigida a todos los destinatarios determina un delito común, mientras que la infracción de una norma solo dirigida a un determinado círculo de destinatarios cualificados representa un delito especial.

[610] Cfr. KINDHÄUSER,"Der subjective…, 447 ss.

[611] Cfr., en este sentido, MAÑALICH, *Nötigung…*, 40 nota 83, donde pone de relieve que tal concepción en modo alguno presupone que todas las normas de comportamiento deban estas referidas a lesiones de bienes jurídicos. El que una norma prohíba la lesión de un bien jurídico solo depende de la descripción de la conducta que se corresponde con el contenido de la prohibición en cuestión.

[612] En filosofía, la superveniencia es una relación de dependencia entre propiedades de "alto nivel" y de "bajo nivel". Un grupo de propiedades X superviene de un grupo de propiedades Y cuando las propiedades del grupo X están determinadas por las del grupo Y.

descripción típica de la conducta: por ejemplo, en los delitos de resultado, la propiedad de ser causal para su producción.

Si una conducta coincide o no con la norma es una cuestión de deducción lógica, que recién se puede responder *ex post*. Para comprobar la antinormatividad lo único que se debe verificar es si la conducta presenta las características que se corresponden con los elementos del tipo delictivo; por ejemplo, en el homicidio simple, si el comportamiento del sujeto produjo la muerte de una persona. Si no cumple con esas condiciones, la conducta no puede ser conceptualmente definida como incompatible con la norma, cuya contradicción, precisamente, constituye el tipo penal[613].

Como comprobación lógica-deductiva, la determinación de la antinormatividad solo es posible *ex post*, ya que solo *ex post* se puede verificar si existe correspondencia entre una conducta y el contenido proposicional de la norma[614]. En este sentido, cabe calificar como antinormativa a aquella conducta que se puede subsumir en el tipo penal de la Parte Especial. Se trata, además, de un juicio objetivo en virtud de la total independencia del cumplimiento o del no cumplimiento de aquel contenido proposicional con relación a las capacidades o conocimientos del respectivo destinatario. Por tanto, fuera de la comprobación de la antinormatividad quedan los elementos subjetivos generales del hecho punible, como el dolo y la imprudencia -que pertenecen lógica y teleológicamente a un nivel distinto: el de la contrariedad al deber (*Pflichtwidrigkeit*)-, y también los elementos subjetivos de la culpabilidad[615]. No obstante, la descripción típica de la conducta -respecto de la cual "superviene" la antinormatividad- puede incluir especiales elementos subjetivos, tales como intenciones o una determinada finalidad en los denominados delitos de intención (*Absichtsdelikte*). Esos elementos subjetivos, sin embargo, no representan criterios de

[613] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 53.

[614] Cfr., en este sentido, KINDHÄUSER, "Der subjektive Tatbestand…", 447, 452, donde señala que, para la constitución del objeto de imputación, hay que adoptar forzosamente una perspectiva *ex post*, puesto que no se le puede reprochar al sujeto el haber producido un resultado que no se ha realizado.

[615] Cfr. VOGEL, *Norm und Pflicht…*, 49, quien aquí aprecia, a primera vista, un paralelismo con la teoría causalista clásica -ya superada-, según la cual el injusto penal se constituía solo a través de los elementos objetivos externos, mientras que la culpabilidad lo hacía mediante los elementos subjetivos internos.

imputación, sino constituyen elementos de la antinormatividad y, por tanto, del correspondiente objeto de imputación[616].

Desde esta perspectiva, dado que las normas de comportamiento se deducen como formulaciones contradictorias de los tipos penales, cabe considerar que los conceptos de antinormatividad y tipicidad son coextensivos[617], a pesar de la posible existencia de permisos o exenciones que justifiquen la realización de un tipo penal y que, por tanto, excluyan la antinormatividad[618]. La equiparación entre conducta antinormativa y realización del tipo penal permite concluir que la caracterización de la realización típica como "nivel de imputación" constituye un error categorial. Una realización típica -no justificada-, que se corresponda con el mal llamado injusto de resultado[619] solo entra en

[616] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 99; EL MISMO, "Der Vorsatz als Zurechnungskriterium", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* ZStW 96 (1984), 1, 31; EL MISMO, "Der subjektive Tatbestand…", 447, 449; MAÑALICH, *Nötigung…*, 42; VOGEL, *Norm und Pflicht…*, *ibídem*.

[617] Cfr. MAÑALICH, *Nötigung…*, 42 nota 90, donde llama la atención sobre lo siguiente: por un lado, en el fondo la tipicidad es una categoría de la norma de sanción, ya que el tipo penal menciona los presupuestos para la imposición de la correspondiente sanción; por el otro, la antinormatividad expresa el cumplimiento -en caso de prohibición- o bien el no cumplimiento -en caso de mandato- del contenido de la norma de comportamiento. Si bien, en principio, los adjetivos "antinormativo" y "típico" son coextensivos, no significan lo mismo. Puesto que las normas de sanción tienen la función de la comprobación de las condiciones para una punición justa, cabe aceptar una discrepancia marginal entre antinormatividad y tipicidad cuando, por ejemplo en virtud del principio de bagatela, resulta adecuada una limitación del tipo penal desde el punto de vista del fin de la pena. Con relación a una aprobación parcial de la equiparación entre contenido de la norma y tipo objetivo, cfr. Erich SAMSON, "Das Verhältnis von Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Strafrecht", *Festschrift für Gerald Grunwald zum siebzigsten Geburtstag*, Erich Samson et al. (Hrsg.), 1° Auflage, Nomos, Baden-Baden, 1999, 585, 591 ss.

[618] Cfr. MAÑALICH, *Nötigung…*, 42 nota 91, para quien esta última salvedad es importante por la posibilidad de que, a pesar de la ausencia de antinormatividad por la concurrencia de una norma permisiva o de exención, verifique los presupuestos de imputación de una "contradicción de la norma". Así, por ejemplo, cuando el destinatario de la norma -en el sentido de un error de tipo permisivo al revés- no reconozca la existencia de las circunstancias permisivas o de exención. En este sentido, cfr. también KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 108 ss., donde afirma que el cumplimiento de las condiciones de imputación que se refieren a los presupuestos de la antinormatividad de la conducta -que a pesar de esa antinormatividad resulta objetivamente permitida o exenta- representa el reverso del no cumplimiento de la condiciones de imputación que se refieren a su permisión por causa de la existencia de la respectiva causa de justificación. En este caso, como el objeto de imputación no es la conducta antinormativa, su punibilidad solo se puede fundamentar mediante la tentativa, ya que el sujeto partió sobre la base de circunstancias erróneas, bajo las cuales su conducta habría sido jurídicamente incorrecta, lo que, en sentido inverso, refleja exactamente el tratamiento del así denominado error de tipo permisivo en el sentido de la exclusión del dolo.

[619] A pesar de su utilización, también en este trabajo, lo cierto es que, en el sentido propio de la palabra, no puede haber un injusto de resultado; por ejemplo, si muere una persona, ese acontecimiento como tal no constituye un injusto; injusto solo puede ser una conducta que exhiba las propiedades de haber producido el resultado. En esta medida, solo existe injusto de acción.

consideración -y únicamente en caso de delito consumado- como objeto de la imputación penal, pero no como un nivel de esta realización típica[620].

5.4. Determinación y valoración como funciones pragmáticas de las normas de comportamiento

La antinormatividad de una conducta solo se sustenta en la estructura locucionaria de la norma de comportamiento con independencia de su utilización como norma de determinación (*Bestimmungsnorm*) o como norma de valoración (*Bewertungsnorm*), lo que se corresponde con sus dos funciones pragmáticas: determinación y valoración respectivamente. Esta afirmación supone la distinción entre contenido y funciones de la norma. En este sentido, HRUSCHKA sostiene que, en función de la perspectiva que se adopte, las normas de comportamiento cumplen tanto una función configuradora (*Gestaltungsfunktion*) como una función valorativa (*Maßstabfunktion*). Desde un punto de vista prospectivo, la norma prescribe, determina; desde un punto de vista retrospectivo, se utiliza como pauta de valoración o de medida. Sin embargo, con relación a ambas funciones pragmáticas, el contenido de la norma siempre es la misma forma de conducta, la cual coincide con su estructura proposicional -en caso de una prohibición- o no coincide con su estructura proposicional -en caso de un mandato-[621].

---

[620] Cfr. VOGEL, *Norm und Pflicht…*, 39: desde el punto de vista pragmático, la comprobación de la antinormatividad de una conducta significa calificarla como prohibida o contraria al mandato, porque afecta el equilibrio jurídico de intereses. Sobre esta base corresponde distinguir la antinormatividad de la antijuridicidad en el sentido de la estructura dogmática del delito. Según la doctrina dominante, la antijuridicidad de una conducta -o sea, el injusto- recién se puede afirmar tras la imputación de la conducta antinormativa en virtud del dolo o la imprudencia. En este sentido, la antijuridicidad representa una contradicción contra el derecho; en otras palabras: el elemento de la antijuridicidad es el resultado de la imputación. Con la finalidad de diferenciarlo terminológicamente del juicio de antijuridicidad, se habla de "infracción del deber" (*Pflichtwidrigkeit*).

[621] Cfr., en este sentido, Joachim HRUSCHKA, "Verhaltensregeln…", 449, 450., donde se ocupa principalmente de la diferencia entre las reglas de conducta y las reglas de imputación. Ante todo, desde una perspectiva prospectiva, las reglas de conducta tienen una función configuradora (*Gestaltungsfunktion*): como prohibiciones o mandatos, le dicen a sus destinatarios lo que deben hacer u omitir; como reglas permisivas, le indican a los destinatarios lo que pueden hacer u omitir. Por otro lado, desde una perspectiva retrospectiva, las reglas de conducta cumplen una función de medida o valoración; ya no se presentan como prohibiciones, mandatos o permisos en el sentido original, sino tipos penales y tipos de justificación combinados con una valoración, de la que resulta si la conducta típica es o no antijurídica. En su función de valoración o medida (*Maßstabfunktion*), están dirigidas al juez para que valore el hecho a posteriori. Sin embargo y a pesar de su diferenciación, las funciones configuradora y valorativa representan dos caras de la misma moneda. Si un

El contenido de la norma de comportamiento mantiene su identidad con relación al cumplimiento de las funciones de determinación y valoración, lo que se explica a través de la estricta correlación entre el concepto deontológico de lo debido y el concepto axiológico de lo bueno, los cuales comparten la misma base: el concepto todavía más abstracto de lo práctico correcto. En sus dos funciones pragmáticas, la norma de comportamiento representa un estándar de lo jurídicamente correcto, lo que impide afirmar una preeminencia lógica de una función con respecto a la otra. Esta identidad de contenido a pesar del cumplimiento de funciones distintas representa una característica de los sistemas de normas institucionalizados, compuestos por normas que dirigen acciones y por instituciones que valoran y juzgan acciones sobre la base de esas mismas normas. La función pragmática de la norma de comportamiento -determinación o valoración- no modifica su contenido o estructura locucionaria, porque no puede influir sobre su enunciado normativo[622].

De lo expuesto surge, en primer término, el error categorial que supone la crítica a esta concepción "objetiva" de las normas, en cuanto afirma que la determinación de la conducta antinormativa presupone un "espíritu cósmico laplaceano"[623]. El yerro radica en asumir que el contenido de la norma de comportamiento también debe ser determinado desde la perspectiva de un potencial destinatario. Su problema es que, a fin de cuentas, hace

---

sistema de reglas de conducta solo cumpliese con la función configuradora, sus destinatarios sabrían *ex ante* lo que deben hacer u omitir, pero no se les podría decir a posteriori si han actuado de conformidad con las reglas o en contra de ellas (antijurídicamente). En sentido inverso, si un sistema de reglas solo cumpliese una función de medida o valoración, se podría verificar a posteriori si una acción se ha correspondido o no con el sistema, pero resultaría imposible indicarle a sus destinatarios de antemano lo que deben hacer u omitir. Ambos escenarios serían absurdos por igual. En la práctica, nadie piensa en realizar tales diferenciaciones artificiales, sino que se utilizan las reglas de conducta en sus dos funciones. Cfr. EL MISMO, "Imputation", *Brigham Young University Law Review*, 1986, 669, 680.

[622] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 58. El autor agrega que una misma conducta no puede ser conforme a la norma y antinormativa al mismo tiempo, según sea objeto de una norma de valoración o de una norma de determinación, cuando los contenidos de la norma de valoración y de la norma de determinación son idénticos. Con relación a la distinción entre el rol pragmático (ilocucionario) y el rol en cuanto al contenido (locucionario) de un enunciado, cfr. J.L. AUSTIN, *Zur Theorie der Sprechakte*, bearbeitet von Eike von Savigny, Reclam, Stuttgart, 1972, 108 ss., 114 ss. y 124 ss.; SEARLE, *Speech Acts...*, 33 ss.; Urs KINDHÄUSER, "Geltung. Der rechtliche Begriff der Geltung", *Staatslexikon der Görres-Gesellschaft*, 7 Auflage, Freiburg/Basel, 1986, 812 ss.

[623] Así se expresa críticamente Georg FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen. Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, Carl Heymanns, Köln, 1992, 56.

imposible la determinación de lo debido, lo cual, a su vez, permite la distinción entre conducta conforme a la norma y conducta antinormativa, imprescindible para la función de determinación de la norma[624].

De allí que la norma solo puede ser criterio de la conducta correcta cuando aquello que prescribe se puede identificar con independencia de la perspectiva de su destinatario potencial. Una norma constituye una regla para alguien, cuando este no puede determinar por sí mismo lo regulado, ya que de lo contrario, tal como señala WITTGENSTEIN,

> "una regla no podría determinar ningún curso de acción, porque todo curso de acción puede hacerse concordar con la regla. La respuesta era: si todo puede hacerse concordar con la regla, entonces también puede hacerse discordar. De donde no habría ni concordancia ni discordancia"[625].

Lo que exige una regla se debe determinar con independencia de la posible percepción de los que se encuentras vinculados a ella: a pesar de que el seguimiento de una regla es una cuestión intencional, no se puede identificar la regla misma con condiciones o

---

[624] Cfr., en este sentido, KINDHÄUSER, "Estructura y legitimación…", 1, 9; EL MISMO, "Objektive und subjektive Zurechnung beim Vorsatzdelik"t, in B. Sharon Byrd u.a. (Hrsg.), Philosophia Practica Universalis, *Festschrift für Joachim Hruschka zum 70. Geburtstag*, Duncker und Humblot, Berlin, 2005, 527, 530 y EL MISMO, "Der subjektive Tatbestand…", 447, 463 ss., donde el autor expone los argumentos que fundamentan su rechazo de la perspectiva del tercero observador y describen las inconsistencias dogmáticas que ello produce.

[625] WITTGENSTEIN, *Investigaciones…*, § 201. Mediante esta paradoja, el autor desarrolla el argumento llamado "regreso al infinito de las reglas", el cual constituye parte fundamental de su punto de vista, en el sentido de la imposibilidad de la determinación privada del contenido de las reglas. Y ello, a su vez, se erige como un argumento relevante contra el escepticismo sobre el carácter objetivo de la pregunta sobre si una conducta coincide o no con la norma. De conformidad con esta concepción de WITTGENSTEIN, el discurso sobre reglas siempre supone que debe existir una determinación del contenido de las normas que no sea una "interpretación o exégesis" de la misma. En este sentido, cfr. *ibidem*: "…Que ahí hay un malentendido se muestra ya en que en este curso de pensamientos damos interpretación tras interpretación; como si cada una nos contentase al menos por un momento, hasta que pensamos en una interpretación que está aun detrás de ella. Con ello mostramos que hay una captación de la regla que no es una interpretación, sino que se manifiesta, de caso en caso de aplicación, en lo que llamamos 'seguir la regla' y en lo que llamamos 'contravenirla' De allí que exista una inclinación a decir: toda acción de acuerdo con la regla es una interpretación. Pero solamente debe llamarse 'interpretación' a esto: sustituir una expresión de la regla por otra". De allí, el autor concluye en el § 202: "Por tanto, 'seguir la regla' es una práctica. Y creer seguir la regla no es seguir la regla. Y por tanto no se puede seguir 'privadamente' la regla, porque de lo contrario creer seguir la regla sería lo mismo que seguir la regla". Asimismo, cfr. KINDHÄUSER, *Intentionale Handlung..*, 57 ss., donde se expone la importancia que tiene para la teoría del conocimiento la negación de Wittgenstein de la posibilidad de un lenguaje privado.

situaciones intencionales de la persona que debe seguirla. La práctica del seguimiento de una regla presupone siempre que es posible y tiene sentido diferenciar entre seguimiento correcto y seguimiento incorrecto -es decir, entre seguirla y no seguirla-.

Traducido a las normas de comportamiento penales significa que el punto de vista de los destinatarios actuales o ideales en modo alguno puede determinar o modificar el contenido de la norma respectiva: en su independencia estriba la posibilidad de su pretensión vinculante. En consecuencia, las capacidades y conocimientos de los destinatarios podrán ser relevantes para responder a la pregunta sobre la posibilidad del seguimiento de la norma, pero no para dilucidar la cuestión de su seguimiento o no seguimiento, que implica la pregunta sobre la realización de su contenido proposicional[626].

El aspecto de la posibilidad de seguimiento de la norma según las propias capacidades y conocimientos del destinatario está vinculado específicamente con la concreción pragmática de la norma en el deber, tal como se desarrollará con mayor detalle en el acápite siguiente. Y si bien esta concreción debe tener lugar *ex ante* para que el destinatario pueda reconocer la norma con eficacia para la acción en el momento relevante de la decisión, ello no significa que la antinormatividad de la conducta en cuestión no sea comprobable *ex post* [627]. Por tanto, asumir que la función de motivación *ex ante* de la norma implica que la antinormatividad misma deba ser determinada desde una perspectiva *ex ante* es consecuencia de la confusión entre el contenido y la función de la norma. La adopción de perspectiva *ex ante* para la imputación penal obedece a lo siguiente: solo así se puede comprobar si el destinatario de la norma estaba en condiciones de seguirla en el momento decisivamente relevante. Sin embargo, esta exigencia, que se deriva directamente del principio de culpabilidad y que constituye el núcleo del principio *ultra posse nemo obligatur*[628], no se refiere a la antinormatividad del objeto de imputación, la cual siempre debe ser determinad objetivamente *ex post*.

[626] Cfr. MAÑALICH, *Nötigung…*, 45.
[627] Cfr. KINDHÄUSER, "Der subjektive Tatbestand…" 447, 451 ss.
[628] Equivale a "deber implica poder".

6. Las reglas de imputación

6.1. Normas y reglas de imputación

Para la concepción analítica-teleológica, el hecho punible constituye una "contradicción de la norma" de comportamiento, es decir, una conducta a través de la cual el sujeto declara que una determinada norma en un determinado caso no es válida para él. Mediante la atribución del hecho punible, se le reprocha al sujeto que, a través de su conducta, haya puesto en evidencia no haber querido seguir una norma determinada. Tal reproche y la consecuente construcción del hecho punible son el resultado de una escalonada atribución de responsabilidad, que se corresponde con la lógica argumentativa de la imputación (*Beschuldigen*). La finalidad de la constitución del hecho punible está orientada al fin de la pena: afirmar la existencia de ese hecho punible requiere el cumplimiento de los presupuestos necesarios y suficientes para imponer legítimamente una sanción penal[629].

Desde un punto de vista formal, cabe precisar que el concepto de delito supone responsabilidad penal por una determinada conducta antinormativa. Esta afirmación implica que la construcción del hecho punible se realiza a través de dos sistemas distintos de reglas: normas y reglas de imputación. El primer sistema contiene reglas que designan los presupuestos para calificar una conducta como antinormativa. Desde la perspectiva de la lógica del lenguaje, como estas reglas tienen carácter prescriptivo o valorativo -permiten juzgar algo como correcto o incorrecto, como bueno o malo-, se las denomina "normas"; por ejemplo, la norma "no debes matar a nadie". Por su parte, las reglas del segundo sistema definen las condiciones para la atribución de responsabilidad penal por una conducta que consista en una "infracción de deber" culpable. Desde la lógica del lenguaje, exhiben un carácter adscriptivo, por lo cual se las designa "reglas de imputación". Así, por

[629] Por ello se afirma que el hecho punible es un constructo teleológico de datos seleccionados.

ejemplo: "tú has matado a un hombre" significa que eres responsable por la muerte del mismo[630].

Como ya se expuso oportunamente, el contenido de las normas penales resulta de fácil determinación, ya que se trata de la formulación contradictoria de los tipos penales contenidos en la Parte Especial del Código Penal. Por tanto, lo que no debe ser es una conducta que realice el comportamiento descripto en el tipo penal -por ejemplo, matar, robar, violar-. Se trata de las denominadas normas de comportamiento -que se deducen de la norma de sanción-. Frente a ello, la determinación del contenido de las reglas de imputación[631] presenta una mayor dificultad, porque la pregunta por la atribución de responsabilidad no encuentra una respuesta explícita en el Código. Por tanto, en la constitución del hecho punible, el mayor problema no lo representan los criterios que determinan la incorrección jurídica de una conducta, sino aquellos que definen si alguien debe responder penalmente por la realización de esa conducta incorrecta.

---

[630] Cfr. Urs KINDHÄUSER, "Zur Logik des Verbrechensaufbaus", Harald Koch (Hrgs.), *Herausforderungen an das Recht: Alte Antworten auf neue Fragen?*, 1997, 77, 79 ss.

[631] Cfr. VOGEL, *Norm und Pflicht*…, 61: el juicio de imputación consiste en la interpretación de una conducta como acción que fundamenta la responsabilidad penal del sujeto. En ese sentido, es un juicio que se formula en base a criterios que se denominan "reglas de imputación" y que, en consecuencia, definen los presupuestos bajo los cuales resulta legítima la imposición de una pena producto de la declaración de responsabilidad penal. Por razones propias del Estado de Derecho -el principio de reserva penal- solo cabe imputar y sancionar una conducta, cuando ello haya sido previa y legalmente establecido. Esto sucede a través de las normas de sanción, las cuales se refieren a las reglas de imputación de la Parte General -en sentido técnico legislativo- y se complementan con ellas. En este sentido, la conducta es objeto de la imputación, pero no pernenece al juicio de imputación y le precede lógicamente. En consecuencia, las reglas de imputación no tienen nada que ver con el motivo de las normas de comportamiento -la protección de los bienes jurídicos-; ellas deben ser determinadas de acuerdo con los fines de la pena. Ellas valen para todas las normas de comportamiento del Derecho penal y pertenecen a la Parte General en un sentido estricto. El motivo y la finalidad de la imputacón penal y de las reglas de imputación deben ser generales, uniformes y equivalentes a los fines de la pena. Por otro lado, para delimitar los posibles términos de una investigación autónoma sobre la compatibilidad con el principio de legalidad, cfr. MORESO, José Juan, *Principio de legalidad y causas de justificación (Sobre el alcance de la taxatividad)*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, ponencia presentada en el III Seminario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal: *Principio de legalidad, interpretación y Derecho Penal*, los días 30 de mayo y 1 de junio de 2001, en la Universidad de León. Allí, el autor, realiza un análisis sobre los conceptos descriptivos y valorativos, propiciando una interpretación flexible del principio de taxatividad. Sobre la base de sus consideraciones, cabría tomar como vía de investigación la hipótesis de considerar que, en los casos de desistimiento, el umbral mínimo de la taxatividad no debería ser tan alto como en la formulación de los tipos penales de la Parte Especial. En este sentido, sobre la vaguedad de los conceptos y la indeterminación semántica, como términos ineludibles de nuestra realidad, cfr. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, trad. de Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, 152-153. Por su parte, a favor de una taxatividad más rigurosa, cfr. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, 373-382.

Desde esta perspectiva, el esclarecimiento de la cuestión de la responsabilidad penal constituye la finalidad de la sistematización dogmática y la consecuencia de una respuesta positiva es la imposición de una pena. Ello demuestra que, cuando están ordenadas racionalmente, las reglas de imputación se orientan al fin de la pena -que, por cierto, difiere del fin de las normas de comportamiento-. La finalidad pragmática y al mismo tiempo la razón de cada imputación es responsabilizar a alguien por su conducta[632].

Ya se expuso que, con relación al fin de las normas de comportamiento, la protección de los bienes jurídicos goza del más amplio consenso, aun cuando se debata qué debe entenderse por ellos. En este sentido, cabe reiterar que, según la concepción defendida en este trabajo, se trata de aquellas características de personas, cosas e instituciones fundamentales para el libre desarrollo de cada individuo dentro de la sociedad[633], cuya lesión o puesta en peligro pretenden evitar las normas penales.

Ahora bien, con relación al fin de la pena, tradicionalmente se mencionan tres finalidades: retribución, prevención especial e intimidación disuasiva. Sin embargo, todas ellas presentan serios problemas de fundamentación, los cuales desaparecen si se relaciona la pena -la norma de sanción- con la norma de comportamiento que protege al bien jurídico,

---

[632] Cfr. VOGEL, *Norm und Pflicht*…, 63. Ese responsabilizar no tiene lugar en el Derecho penal por el hecho mismo, sino que sirve a la fundamentación de la pena. De allí que se pueda considerar los fines de la pena como las razones inmediatas de las reglas de imputación y de las normas de sanción. Esos motivos son igualmente relevantes para la determinación del contenido y para la interpretación de las reglas de imputación. En consecuencia, lo relativo a la legitimidad de la pena no constituye un mero tema de la filosofía jurídica, sino una cuestión de relevancia dogmática.

[633] Cfr. KINDHÄUSER, "Estructura y legitimación…", 1, 10 ss., donde pone de resalto que el valor de los bienes jurídicos radica en la función de hacer posible la libertad y, por tanto, cuando resultan menoscabados en esa función, su valor disminuye, lo que puede darse de tres modos distintos. Primero, pueden ser modificados en su sustancia de manera tal que ya no puedan cumplir su función o que no la puedan cumplir en su totalidad. En este caso se habrá producido una lesión de un bien jurídico. Segundo, se pueden menoscabar en el sentido de una puesta en peligro concreta, cuando se coloca al bien jurídico en una situación en la que el menoscabo de su sustancia solo dependa de la casualidad. Aquí disminuye considerablemente el interés en la utilización del bien, orientado a una existencia segura. Tercero, se puede menoscabar también mediante una puesta en peligro abstracta, cuando se presenta una situación en la que no están garantizadas las condiciones de seguridad necesarias para la disposición racional de un bien. Y como solo se puede disponer de él en forma restringida, disminuye su valor para su titular. En los tres casos es indiferente si el bien está asignado individualmente a una persona o si sirve a la generalidad en el sentido de una utilidad colectiva. Desde esta perspectiva, KINDHÄUSER afirma que las normas de comportamiento de los delitos de lesión y de peligro son "normas que son un fin en sí mismas", es decir, con el comportamiento contrario a la norma se causa *per se* el daño que la norma pretende evitar. La suposición que en esta interpretación las normas de sanción de los delitos de peligro "son un fin en sí mismas" resulta totalmente equivocado.

y no con el bien jurídico en sí mismo. Por ejemplo, en la tentativa de homicidio no se lesiona el bien jurídico vida, sino la validez de la prohibición de matar. Desde el punto de vista normativo-comunicativo, esto constituye un daño específico: el autor de tentativa quebrantó la norma, cuestionó su validez. En consecuencia, para que se pueda confiar en que la norma seguirá cumpliendo su función como pauta de orientación para la acción[634], es necesaria la imposición de una pena como respuesta para restituir simbólicamente -desde una perspectiva comunicativa- la validez de la norma desautorizada. De este modo, la interpretación de HEGEL[635] de la pena como negación de la negación del Derecho adquiere una dimensión comunicativa: la pena es la contradicción contra la "contradicción de la norma" por parte del autor y, así, representa un acto simbólico que "comunica" que la norma sigue siendo un criterio válido eficaz para la acción.

De esta manera, la concepción retribucionista recibe una nueva y más adecuada interpretación: la imposición de la pena demuestra el valor de la norma violada y su *quantum* se corresponde con la pérdida de validez. En cierto modo, el mal -en el que consiste la pena- debe ser soportado por el sujeto como costo por su hecho. La restitución simbólica de la validez está dirigida a todos los destinatarios de la norma y, desde una perspectiva comunicativa, expresa que es válida y que es correcto seguirla. Esta interpretación permite defender a la prevención general positiva como fin de la pena, en el sentido de un fortalecimiento de la confianza en la validez de la norma y no de intimidación disuasiva[636].

6.2. Cumplimiento de la norma y seguimiento de la norma

[634] Lo expuesto presupone concebir a la validez de las normas como una realidad social. Las normas son válidas cuando son seguidas, es decir, cuando son reconocidas como razones vinculantes eficaces para la acción. Por ello, el hecho punible es una "contradicción de la norma"; a través de su conducta, el sujeto declara que no reconoce a la norma como motivo vinculante para su acción.

[635] Con relación a la teoría de la pena, cfr. HEGEL, *Grundlinien…*, §§ 97 ss., 218.

[636] Cfr. KINDHÄUSER, "Zur Logik…", 77, 85.

La separación categorial de antinormatividad e imputación también se explica a través de la distinción entre "cumplimiento" y "seguimiento de la norma"[637], que RAZ replica en las siguientes categorías: "acción conforme a la norma" (*normgemäßes Handeln*) y "obedecer la norma" (*der Norm Folge leisten*). La coincidencia entre el "ser" y el "deber ser" determina el cumplimiento de la norma; por tanto, la conformidad normativa o la antinormatividad de una conducta se deben verificar con independencia de la posición subjetiva del sujeto actuante con relación a la norma. Por el contrario, seguir la noma supone que la conducta esté motivada en la consideración de esa norma, es decir, que se la obedezca, lo que solo tiene lugar cuando se forma y se realiza la intención para una determinada acción por el seguimiento de la norma[638].

La imputación penal se encuentra estrechamente ligada a los presupuestos del seguimiento de la norma por parte de sus destinatarios[639], quienes tienen el deber de reconocerla como razón eficaz para la acción. Formuladas en forma positiva, las condiciones de imputación son aquellas bajo las cuales el destinatario está en condiciones de seguir intencionalmente la norma. Por tanto, a través de la imputación se constituye el hecho punible como "contradicción de la norma", es decir, como su no seguimiento: cuando el destinatario no la sigue, a pesar de poder hacerlo, cabe atribuirle a su conducta el valor declarativo de "contradicción de la norma", porque expresa un déficit de lealtad al Derecho con relevancia culpable. Ese valor declarativo se puede entender en forma puramente negativa y con total independencia de que el hecho punible se impute como acción u omisión.

Solo en el no seguimiento de una norma válida se expresa la toma de posición personal y penalmente relevante de un sujeto[640]. Por ello, la imputación penal asume contrafácticamente que el seguimiento de la norma constituye el motivo dominante de su

---

[637] Cfr. en este sentido, Otta WEINBERGER, *Studien zur Normlogik und Rechtsinformatik*, Schweizer Verlag, Berlin, 1974, 245 ss.

[638] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 42.

[639] Con relación a ello, cabe reafirmar la tesis en el sentido que las condiciones del seguimiento de la norma nunca pueden ser deducidas de la norma que debe ser observada.

[640] De acuerdo a HEGEL, *Grundlinien…*, §99, la lesión al derecho punible no tiene una existencia positiva, sino puramente negativa, cuando se la contempla exclusivamente como una lesión al derecho como derecho.

destinatario. La motivación real, en principio, no tiene importancia: lo decisivo es el déficit de la motivación jurídicamente esperable para el seguimiento de la norma.

De lo expuesto surge que la imputación de una conducta como "contradicción de la norma" requiere que el destinatario haya estado en condiciones de formarse y de realizar la intención de evitar -intencionalmente- la conducta antinormativa. En este sentido, para la atribución de responsabilidad penal la teoría de las normas ofrece un modelo de intenciones escalonadas[641] , que se corresponde con los dos niveles de imputación: la capacidad de acción y la capacidad de motivación.

6.3. El modelo de intenciones escalonadas.

Abordar este tema requiere una precisión preliminar sobre la relación entre los conceptos de acción, norma e intención. Desde la teoría del lenguaje, una conducta se interpreta como acción cuando al sujeto se le atribuye la intención de querer realmente la conducta[642]. Esta intención explica esta conducta y la convierte en acción[643].

En este sentido, la constitución del hecho punible como acción intencional debe tener en cuenta dos aspectos. En primer lugar, la imputación de la conducta como acción *negativa* que infringe el deber no requiere que el sujeto haya tenido *positivamente* la intención -en el sentido de un querer eficaz para la acción- de llevar a cabo esa conducta

[641] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung*…, 41 ss.; EL MISMO, "Zur Logik…", 86 ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht…*, 68 ss.

[642] Cfr. KINDHÄUSER, *Intentionale Handlung…*, 140 ss.; EL MISMO, *Gefährdung*…, 46, donde explica que "querer tener una intención" puede tener dos significados. Por un lado, se puede querer tener una intención, pero sin querer también la acción a la que se refiere la intención; por otro lado, se puede querer que la intención resulte eficaz para la acción. Ejemplo del primer significado: para un mejor conocimiento, un médico que trata a pacientes adictos quiere descubrir cómo es tener el deseo de consumir, pero sin querer hacerlo por sí mismo. Por el contrario, con relación al segundo significado, desde un punto de vista analítico, es cierto que, al mismo tiempo, una persona no puede querer tener la intención de una acción y no querer ejecutar esa acción. En este sentido, una acción es realmente querida, cuando a través de ella se realiza aquella intención que la persona prefiere entre otras posibles intenciones, es decir, aquella que reconozca como la correcta.

[643] Cfr. KINDHÄUSER, "Zur Logik…", 77 nota 2, donde resalta la importancia que tiene la distinción entre las palabras "acción" y "conducta" (o "comportamiento"). Por "conducta" se entiende solo el desarrollo de movimientos físicos de una persona, mientras que por "acción" se entiende una "conducta" interpretada como intencional -final-, es decir, una "conducta" que el sujeto prefiere por una determinada razón -motivo, intención-.

prohibida por la norma. Lo único relevante es que no haya tenido la intención de querer la conducta adecuada a la norma[644], es decir, de querer evitar intencionalmente la conducta antinormativa; de lo contrario, solo resultarían punibles las conductas con dolo directo[645]. Con mayor precisión: "no se trata de lo que el autor quiso, sino de que él no quiso lo que debía"[646]. En segundo lugar, la punibilidad no se agota en comprobar la "infracción de deber" (*Pflichtwidrigkeit*), es decir, que la intención adecuada a la norma no haya sido el motivo de la acción[647]. Lo que caracteriza al sujeto como persona responsable es la posibilidad de valorar intenciones de primer orden y elegir entre ellas; y como esto también se puede interpretar intencionalmente, se alude a intenciones de orden superior o de segundo orden. Aquí tampoco se requiere en forma positiva que el autor haya elegido la intención antinormativa para contradecir la norma; alcanza con una comprobación negativa: que no haya formado y realizado la intención de segundo nivel. En este caso, el sujeto debe responder por su contradicción al deber: el hecho punible se presenta como una infracción al deber culpable[648].

La atribución de responsabilidad penal por la producción de un hecho implica asumir contrafácticamente dos hipótesis: primero, que el hecho no se habría producido, si el sujeto se hubiese comportado de forma tal que su conducta pudiere ser considerada como una omisión del tipo de acción correspondiente; y segundo, que el sujeto habría podido

---

[644] Cfr., en el mismo sentido, JAKOBS, *Strafrecht...*, 141, donde aclara que su definición de acción como causación evitable de un resultado no se refiere a la realización de resultados en el sentido de los delitos de resultado -también en el caso de tentativa hay acción!- , ni siquiera a la realización del suceso típico, sino que hace alusión a todos los movimientos corporales reconocibles como tales y a sus consecuencias. Dentro de su concepción funcionalista-sistémica, la causación individual evitable de un resultado constituye el concepto superior para la acción dolosa e imprudente. También cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung*…, 46; EL MISMO, "Der Vorsatz...", 1, 16 ss.

[645] Cfr. VOGEL, *Norm und Pflicht*…, 68; la conducta del sujeto debe expresar que él no reconoce a la norma con eficacia para la acción. Por ejemplo, frente a la norma "está prohibido herir a otro", la intención adecuada a la norma es: "yo no quiero herir a otro". Si el autor debiese tener la intención "yo quiero herir a otro", además de conducir a un problema lógico, esa intención se correspondería con la norma cuyo mandato fuese: "hay que herir a otro". Sin embargo, el sujeto no debe expresar que la conducta antinormativa constituye justamente un mandato; alcanza con que no reconozca la norma, tal como ella es.

[646] VOGEL, *Norm und Pflicht*…, 68: "*Es kommt nicht darauf an, was der Täter wollte, sondern darauf, daβ er nicht wollte, was er sollte*" (traducción propia).

[647] Cualquier persona con "voluntad natural" -también los niños y enfermos mentales- pueden formar intenciones, actuar en consecuencia y, por consiguiente, expresar que la intención conforme a la norma no es la base de su acción. Desde el punto de vista dogmático, los niños y enfermos mentales no solo pueden actuar antinormativamente (*normwidrig*) en el sentido formal, sino también infringiendo el deber (*pflichtwidrig*).

[648] Cfr. VOGEL, *Norm und Pflicht*…, 69.

optar por esa alternativa de conducta para evitar la producción del hecho en cuestión. En caso de atribución de responsabilidad por una omisión, se mantiene la validez de aquellas hipótesis contrafácticas, pero se invierte su contenido. Con lo expuesto se explica el criterio decisivo de atribución de responsabilidad por acciones y omisiones: el control del suceso de conformidad con preferencias normativas. Control que, por su parte, depende de la capacidad del sujeto de organizar la realidad orientándose al deber, en especial, comportándose de conformidad según exigencias normativas de acción[649].

El modelo de intenciones escalonadas, compuesto por intenciones de primer orden e intenciones de segundo orden, se puede describir a través del análisis del lenguaje, en especial mediante los actos de habla que se refieren a las normas. Vale como ejemplo la siguiente promesa como acto de habla: A le promete a B que lo visitará a las 16 horas. Ello significa que A promete una determinada acción -la visita-, que aquí se define como la realización de una intención. La acción de visitar, por tanto, consiste en realizar la intención de ir a la casa de alguien y pasar un tiempo con él. Sin embargo, esta promesa presenta una dimensión adicional: A no solo promete una acción, sino que, al mismo tiempo, afirma que la quiere llevar a cabo. Mediante su promesa, expresa que tiene la intención de realizar la intención de la visita, lo que implica preferir esta intención entre otras intenciones concurrentes -por ejemplo, leer un libro o ir al cine- y que se denomina intención de orden superior o de segundo orden. En el ejemplo, se trata de la intención que tiene como finalidad el cumplimiento de lo prometido. En este caso, la promesa -es decir, la norma establecida por uno mismo- es la razón por la cual A prefiere la intención de la visita -entre otras- y por la cual A quiere responder.

[649] Cfr. Urs KINDHÄUSER, "Zum strafrechtlichen Handlungsbegriff"**,** *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Hans-Ullrich Paeffgen (Hrgs.), Dunckner & Humblot, Berlin, 2011, 39, 54. Aquí se pone de manifiesto que un modelo analítico con pretensiones de comprender adecuadamente las estructuras de atribución de responsabilidad debe reproducir ambas asunciones contrafácticas y comprobar los elementos relevantes en los dos niveles. Ello se manifiesta con claridad en el seguimiento de la norma de comportamiento. El primer nivel del modelo -llamado "capacidad de acción"- tiene en cuenta las capacidades para la realización de una intención con referencia a la conducta conforme a la norma. El segundo nivel, que se denomina "capacidad de motivación", se refiere al primer nivel desde escalón superior y contiene los criterios relativos a la capacidad para realizar esa intención en pos del seguimiento de la norma.

6.4. Los dos niveles de la imputación penal: capacidad de acción y capacidad de motivación

La distinción entre intenciones de primer orden -ejecutar una determinada acción- y de segundo orden -preferir la intención de primer orden con relación a otras intenciones- se corresponde con los niveles de imputación que construyen el hecho punible[650]. Aquí también se trata de una acción, evitar la realización del tipo penal, para lo cual se requiere además una intención de orden superior motivada en el seguimiento de la norma. Aquellas dos capacidades intencionales se traduce en los dos niveles de imputación: la "capacidad de acción" (*Handlungsfähigkeit*) como imputación del injusto y la "capacidad de motivación" (*Motivationsfähigkeit*) como imputación de la culpabilidad.

La imputación de primer nivel consiste en la atribución de una conducta como acción u omisión, cuyo presupuesto es la capacidad personal de evitar intencionalmente la conducta antinormativa. Por eso se denomina "capacidad de acción" (*Handlungsfähigkeit*) intencional y comprende tanto el poder físico como el conocimiento de las circunstancias fácticas relevantes: el dolo[651]. La concurrencia de estos presupuestos permite imputar la conducta antinormativa como "infracción de deber" (*Pflichtverletzung*)[652], porque la

[650] Ver Joachim HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, Walter de Gruyter, Berlin, 1976, 34 ss.; EL MISMO, "Verhaltensregeln…", 449, 451 ss., donde resalta que, desde un punto de vista lógico, las reglas de imputación conforman un sistema propio y, por tanto, no pertenecen al sistema de las reglas de conducta. A diferencia de estas, las reglas de imputación cumplen recién una función retrospectiva, ya que ante todo se dirigen al juez quien va a juzgar un hecho a posteriori. La imputación de primer nivel precede a la aplicación de las regla de conducta en su función valorativa con relación al hecho imputado -*aplicatio legis ad factum*-, mientras que la imputación de segundo nivel sigue luego de la aplicación de las reglas de conducta en su función valorativa. Cabe tener presente, sin embargo, que HRUSCHKA estructura el sistema del delito en tres niveles -que no se corresponden con la clásica trilogía "tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad" que desconoce las estructuras que le sirven de base-, a saber: 1) la imputación de primer nivel, en la que se imputa el hecho y las circunstancias fácticas relevantes para el eventual juicio de antijuridicidad; 2) el juicio de antijuridicidad propiamente dicho, en tanto surja de la aplicación de las reglas de comportamiento en su función valorativa; y 3) la imputación de segundo nivel, donde se imputa el hecho antijurídico a la culpabilidad. Para HRUSCHKA, la distinción entre reglas de conducta y reglas de imputación en ambos niveles tienen consecuencias fundamentales e independientes de cualquier ley positiva, toda vez que se trata de la lógica del lenguaje prescriptivo y adscriptivo que precede a cualquier derecho positivo.; EL MISMO, "Imputation", 669, 682 ss.; KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 34 ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht…*, 68 ss.

[651] De allí, tal como señala MAÑALICH, *Nötigung…*, 48 nota 123, no es correcto identificar, al menos totalmente, esta imputación de primer nivel -sobre el cual se constituye la infracción del deber penalmente relevante- con la así denominada imputación objetiva.

[652] De allí la doble denominación de este primer nivel de imputación como "capacidad de acción" o "infracción de deber".

existencia de la capacidad de realizar lo normativamente adecuado posibilita la concreción pragmática de la norma en un deber (*Pflicht*), es decir, hace posible la vinculación personal del destinatario con la norma[653]. De este modo, la imputación de primer nivel conforma el "injusto personal de acción" (*das personale Handlungsunrecht*), que se refiere a la evitabilidad intencional de la conducta antinormativa[654], cuyo objeto de reproche es precisamente no haber materializado la intención de evitar la realización del tipo penal[655].

Ahora bien, aun cuando no se verifiquen aquellas condiciones ordinarias de imputación, todavía es posible fundamentar una "infracción de deber" mediante una imputación "extraordinaria"[656] de primer nivel. Ello se logra a través de la aplicación de ciertas reglas que permiten responsabilizar al destinatario de la norma por su propio déficit de capacidad de acción. Es la función que, en el Derecho penal, cumple la imprudencia como estructura de imputación en el nivel del injusto de acción[657]. En consecuencia, de lo expuesto surge que, tanto en el delito doloso como en el imprudente, la norma quebrantada imputablemente es la misma -por ejemplo, la prohibición de matar- ; la diferencia radica el correspondiente criterio de imputación[658].

Verificada positivamente la capacidad de acción del sujeto y, por tanto, interpretada su conducta como una "infracción de deber", corresponde analizar el segundo nivel de

---

[653] Cfr. VOGEL, *Norm und Pflicht…*, 41. En este sentido, tiene gran importancia para el análisis digmático la distinción entre el primer nivel locucionario -referido al contenido- de las normas de comportamiento y el segundo nivel ilocucionario -referido a su significado-. Esta diferenciación se puede relacionar con la distinción corriente entre norma y deber, es decir, entre una conducta antijurídica, general y abtracta, y una conducta contraria al deber, individual y concreta.

[654] Cfr. KINDHÄUSER, "Der subjektive Tatbestand…" 447, 450 ss.

[655] Por ejemplo, A mata a B mediante un disparo de arma de fuego. A fin de formularle el correspondiente reproche, A debió haber tenido una representación determinada de la situación para poder formarse la correspondiente intención: debió haber visto que B era una persona -y no, por caso, un espantapájaros-, que tenía un arma de fuego en su mano y que, mediante un determinado manejo de esta, podía producir la muerte de B. Si, por ejemplo, A hubiese asumido que su arma estaba descargada, entonces le hubiese faltado la representación causal necesaria para poder formarse la intención de evitación.

[656] En especial, sobre el concepto de imprudencia como forma de imputación extraordinaria Joachim HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, Walter de Gruyter, Berlin, 1983, 322 ss.

[657] Aquí, la denominada "infracción al deber de cuidado" constituye un criterio de imputación basado en la responsabilidad del sujeto por su propio déficit de imputabilidad a título de dolo, en tanto este déficit de evitabilidad intencional sea consecuencia de una falta -evitable- de observancia del cuidado jurídicamente exigible.

[658] Cfr. MAÑALICH, "Norma e imputación…", 169, 180 nota 45.

imputación denominado "capacidad de motivación" (*Motivationsfähigkeit*). Se trata de la atribución definitiva de responsabilidad por la conducta antinormativa, es decir, de la imputación del injusto personal de acción a la culpabilidad. Aquí se debe comprobar si el destinatario de la norma tuvo la capacidad de formarse y realizar la intención -de segundo orden- de evitar intencionalmente la realización del tipo penal. De este modo, la "capacidad de motivación" constituye el presupuesto fundamental de la posibilidad del seguimiento de la norma[659].

Como en el primer nivel, en el segundo también puede darse una imputación "extraordinaria" cuando no se presenten los presupuestos ordinarios de imputación. La "capacidad de motivación" puede faltar en distintos casos, como por ejemplo, en los casos de error de prohibición -el sujeto desconoce la antinormatividad de la conducta o, conociéndola, asume erróneamente que estaba justificada- o de inimputabilidad por enfermedad mental o inmadurez por edad, todos los cuales configuran las denominadas causas de exclusión de la culpabilidad. Asimismo, existen situaciones -denominadas causas de exculpación o de disculpa- en las que el seguimiento de la norma no resulta jurídicamente exigible, por ejemplo, el estado de necesidad disculpante. En todos esos supuestos, a pesar de la falta de capacidad de motivación o de inexigibilidad, se puede fundamentar una imputación extraordinaria en la medida en que el sujeto sea responsable por ese déficit relevante, tal como sucede con la *actio libera in causa* o los casos de error de prohibición vencible.

En suma, mediante el cumplimiento de los presupuestos de los dos niveles de imputación se constituye la base de la responsabilidad penal: la "infracción de deber" culpable. Solo entonces cabe interpretar la conducta del sujeto como un déficit de reconocimiento de la norma[660]. En este sentido, entre el deber abstracto de la norma y el

[659] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung*…, 36 ss; "Der subjektive Tatbestand…" 447, 456.

[660] Cfr., en este sentido, KINDHÄUSER, *Gefährdung*…, 34 ss, donde señala que la característica fundamental de la conducta punible es expresar el no reconocimiento de la norma como razón vinculante para la acción, mientras que el momento esencial de la pena es declarar la obligatoriedad de la norma como orientación para la acción. Para un adecuado modelo del hecho punible, cabe deducir que las reglas que lo constituyen deben corresponderse con los criterios de imputación de una declaración de voluntad referidas a aquella obligatoriedad. Por un lado, se debe imputar al autor una conducta como "infracción de deber". Por el otro, de él se debió esperar el reconocimiento de la norma con eficacia para la acción, siempre bajo las condiciones

poder individual del destinatario debe existir una correlación, para la cual resulta imprescindible el principio *ultra posse nemo obligatur*[661]. Ello explica la razón por la cual la imputación penal, a pesar de que siempre tiene lugar *ex post*, requiere asumir una perspectiva *ex ante* referida a las capacidades del destinatario de la norma.

6.5. El silogismo práctico y la determinación de la "infracción de deber" (*Pflichtwidrigkeit*)

La evitabilidad, entonces, se erige como criterio central de la imputación de una conducta como "infracción de deber" -injusto típico-. Por tanto, se asume que, como condición de la constitución del deber (*Pflicht*) en el sentido de vinculación personal con la norma, su destinatario debe disponer de la capacidad de evitar intencionalmente la conducta antinormativa. Si se comprueba esta capacidad -en términos de conocimiento y de poder físico en el momento decisivo del comportamiento típico-, se le puede imputar su conducta antinormativa como una acción u omisión contraria al deber, según el carácter de prohibición o mandato de la norma respectiva. Sin embargo, como ya se explicó, la antinormatividad de la conducta -como objeto de imputación- no depende de la capacidad física ni del conocimiento del destinatario de la norma. La atribución de un comportamiento no es un momento de la antinormatividad de la conducta, sino una condición de su imputación como "infracción de deber", es decir, la "capacidad intencional de evitación de la conducta antinormativa", la cual se puede explicar a través del modelo del silogismo práctico[662].

---

dadas. Una persona que no esté en condiciones de realizar lo debido, no puede expresar con su conducta el no reconocimiento de la norma. Su destinatario solo puede estar vinculado a ella en el marco de su capacidad de acción. Imputar culpabilidad significa reprocharle al sujeto no haber llevado a cabo la intención adecuada a la norma; implica, por tanto, junto con la capacidad de reconocimiento de la norma como razón vinculante para la acción, que no existe motivo alguno que impida adjudicarle al autor el status de un competente interlocutor en la interacción.

[661] En palabras de BINDING, Die *Normen*…, Band II, 210: "El deber de la norma va fundamentalmente más allá del poder del destinatario, y el Estado le dice al culpable: 'Serás penado porque pudiste lo que debiste y no hiciste'…"

[662] Sobre la aplicación del silogismo práctico por parte de la nueva filosofía de la acción, cfr. KINDHÄUSER, *Intentionale Handlung*…, 146 ss.; EL MISMO, "Der Vorsatz…", 1, 13 ss.; EL MISMO,"Der subjektive Tatbestand…", 447, 451 ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht*…, 70 ss.

Frente al esquema deductivo-nomológico propio del pensamiento teórico, el silogismo práctico se presente como una valiosa herramienta del pensamiento práctico para la interpretación de las acciones. Por tanto, no se trata de un medio de prueba teórico-deductivo, sino de una regla de fundamentación y explicación de acciones. Con relación a la aplicación del silogismo práctico, la teoría analítica-teleológica del hecho punible asume los siguientes presupuestos.

Primero: constituye una ficción del lenguaje afirmar que el hombre esté dividido en dos entidades -espíritu y cuerpo- que interactúan entre sí. El hombre es un ser que posee la capacidad de experiencia propia, que se transmite por medio del lenguaje intersubjetivo y que adquiere significación en un contexto determinado a través de la comunicación, la interacción y las instituciones sociales.

Segundo: el hombre puede ser explicado en su corporeidad, es decir, comprendido en categorías causales. Cada movimiento puede ser descripto en forma deductiva-nomológica, en conexión con determinados datos contingentes y antecedentes, y bajo una determinada cantidad de hipótesis.

Tercero: como el hombre se reconoce e interpreta como sujeto, sus movimientos no constituyen algo externo. Es más, el hombre se realiza en sus formas de comportamiento. Entre el hombre como sujeto y sus movimientos existe una relación de potencialidad y actualidad, para la cual las categorías causales resultan inapropiadas.

Cuarto: el lenguaje, a través del cual el hombre expresa sus razones, motivos, intenciones y finalidades, presenta un carácter lógico y, por tanto, diferente del lenguaje con el que describe y explica acontecimientos contingentes. Entonces, para comprender la conducta humana en conceptos, que reflejen el sentido de las relaciones del hombre con su entorno, se debe considerar su típica estructura no contingente. La relación de intenciones y acciones se basa sobre implicaciones de significado: es analítica y objeto de una comprensión lógica.

Quinto: la posibilidad de atribuirles significado en un contexto social permite interpretar a las acciones humanas como portadoras de sentido. Así, la explicación teleológica en la forma del silogismo práctico se ocupa del análisis de implicaciones de significado, interpretaciones que, en principio, son compatibles con explicaciones de tipo causal[663].

El silogismo práctico se estructura con una premisa mayor o premisa de intención (*Intentionsprämisse*), una premisa menor o premisa de conocimiento (*Wissensprämisse*) y una conclusión. Supuesta como hipótesis de imputación, la premisa mayor o de intención asume el carácter vinculante de la norma de comportamiento en correspondencia con la suposición contrafáctica de lealtad del Derecho por parte de su destinatario[664]. Indica que el sujeto quiere seguir la norma y, por tanto, actuar de conformidad con ella, de modo que coincidan lo debido y lo querido: presupone que su única finalidad es evitar la realización del tipo penal[665]. La premisa menor o de conocimiento señala que el autor sabe que su conducta exhibe aquellas propiedades que hacen supervenir su carácter prohibido -antinormativo-[666]. Y de la relación entre ambas premisas se extrae como conclusión: para el destinatario de la norma resulta prácticamente necesario omitir su conducta en caso que físicamente pueda[667].

Esta argumentación silogística explica la concreción de normas de prohibición abstractas en deberes de omisión concretos, o bien la concreción de normas de mandato abstractas en deberes de acción concretos. Cabe apreciar, por tanto, que el silogismo práctico incluye los dos presupuestos de imputación de primer nivel: el poder físico en la conclusión -a modo de condición- y el conocimiento de las circunstancias fácticas -el dolo- en la premisa menor. En cambio, no comprende las condiciones de imputación de segundo

[663] Cfr. KINDHÄUSER, *Intentionale Handlung*…, 151-152.

[664] Este modelo de inferencia práctica se basa en la equiparación del contenido de la norma con el objeto intencional de la persona actuante: lo debido es también lo querido.

[665] La capacidad de formarse esa intención y de preferirla a otras intenciones resulta, como ya se expuso, un criterio de la imputación de culpabilidad.

[666] Transmite la conclusión del contenido de la norma como objeto intencional a la acción concreta; define las condiciones de carácter cognitivo que deben ser cumplidas para que la no adopción de una alternativa de conducta no pueda ser imputada como "infracción de deber".

[667] En este último presupuesto resulta fácilmente reconocible el requisito de la capacidad de acción en el sentido estricto de una posibilidad real y física de acción.

nivel -capacidad de motivación-, porque, en la constitución del injusto de acción, se presupone la motivación para el seguimiento de la norma, lo cual constituye la base de la premisa mayor como intención de realizar lo adecuado a la norma[668]. En consecuencia, para fundamentar la "infracción de deber" resulta irrelevante que el sujeto conozca realmente que a las propiedades fácticas de su conducta -las que sí conoce- superviene la antinormatividad de este comportamiento. En otras palabras: la presupuesta motivación al seguimiento de la norma ya incluye la suposición del conocimiento de esta. Verificar la posibilidad y la exigibilidad de aquella motivación recién es una cuestión de la imputación de segundo nivel -la culpabilidad-.

Este modelo de imputación coincide con la opinión dominante en que la capacidad de acción y el dolo constituyen presupuestos del injusto -no de la culpabilidad-, y se diferencia de ella solo a nivel categorial: no son presupuestos de la antinormatividad y de lo prohibido de la conducta, sino condiciones de imputación de primer nivel. En particular relación con el dolo, el modelo aquí desarrollado solo repara en el conocimiento de la posible relevancia causal de la conducta[669]; el elemento volitivo no caracteriza el dolo y solo aparece en la suposición -contrafáctica- de la intención de evitar la lesión.

Desde la perspectiva analítica-teleológica, en virtud del principio *ultra posse nemo obligatur*, la imputación de una conducta antinormativa como "infracción de deber" requiere que el sujeto haya podido adoptar la alternativa de conducta debida para evitar el resultado. El deber (*Pflicht*) consiste en no realizar el tipo penal mediante una conducta intencional, lo cual se puede ejemplificar con los delitos de resultado. De acuerdo con las normas de este tipo de delitos, colocar una condición para el resultado -que el tipo describe como modificación- resulta jurídicamente incorrecto y, consecuentemente, no colocarla jurídicamente correcto. Desde el punto de vista deontológico ello significa que se debe ejecutar la alternativa de aquella conducta cuyo efecto es producir el resultado. Si se trata

[668] Cfr., en este sentido, MAÑALICH, *Nötigung…*, 56.

[669] En tanto el conocimiento fáctico de la premisa menor se corresponde con el concepto dogmático del dolo, este modelo analítico trae consigo esta concepción puramente cognitiva bajo la cual el dolo eventual se presenta como forma básica de dolo. En este sentido, cfr. KINDHÄUSER, "Der Vorsatz…", 1, 22 ss.; el mismo, "¿Qué es la imprudencia?", *La ciencia penal en la Universidad de Chile, Libro homenaje a los profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, Santiago de Chile, 2013, 217, 220 ss.; EL MISMO, *Gefährdung…*, 91 ss.

de un mandato, se debe ejecutar una conducta a través de la cual se logre la no producción del resultado; si se trata de una prohibición, se debe omitir toda conducta que lo produzca. Para el seguimiento de la norma, su destinatario debe lograr que el resultado no se produzca como objeto intencional.

En este sentido, explica KINDÄUSER que la determinación de la acción necesaria para realizar el objeto intencional adecuado a la norma es resultado de la deliberación práctica. Como medio para alcanzar un fin, aquella acción es la conclusión de una inferencia práctica, cuya premisa mayor es el tipo penal formulado en forma contradictoria[670]. Repárese nuevamente en el ejemplo de un delito de resultado, en este caso el delito de lesiones. Si el autor tenía la intención de evitar una lesión y, en el momento decisivo, sabía que su conducta la produciría, entonces para él era "prácticamente necesario" evitar dicha conducta, siempre que tuviese el poder físico para hacerlo. En otros términos: para un sujeto P resulta prácticamente necesario omitir la acción H, cuando intencionalmente no quiere colocar una condición para el resultado E, y cuando está convencido que, *ceteris paribus*, puede producir el resultado E si lleva a cabo la acción H.

Por lo tanto, desde la perspectiva del sujeto actuante, el silogismo práctico exhibe la siguiente forma en caso de una prohibición[671]:

P tiene la intención de no colocar una condición para E

P parte sobre la base que, *ceteris paribus*, producirá E, si lleva a cabo H

Por tanto, P debe omitir H.

En el caso de un mandato[672] y desde la misma perspectiva del sujeto actuante, la estructura del silogismo es la siguiente:

P tiene la intención de no dejar que se produzca E

[670] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 54.

[671] Por razones de sencillez en la exposición, se excluye la cuestión de la subsunción y se asume que P considera al resultado relevante como un suceso del tipo E.

[672] Tal como pone de manifiesto KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 54 nota 17, la diferencia entre mandato y prohibición consiste en que, frente al primero, P solo debe tomar una alternativa de conducta -idónea-, mientras que, frente a la segunda, no debe adoptar ninguna de todas las formas de conducta que, según su punto de vista, producen E. Por tanto, en caso de un mandato, si P tiene, según su juicio, varias alternativas igualmente idóneas, entonces la conclusión debe formularse en forma disyuntiva.

P parte sobre la base que, *ceteris paribus*, va a dejar que E se produzca, si omite H
Por tanto, P debe llevar a cabo H.

El silogismo práctico es un modelo de deliberación práctica: su conclusión determina qué acción resulta prácticamente necesaria para un sujeto racional, dada una determinada intención y dado un determinado estado de conocimiento. Como criterio de imputación de una conducta como "infracción de deber", la conveniencia de su utilización se fundamenta en dos motivos. En primer término, comprueba que la conducta en cuestión tiene subjetivamente el significado de una "infracción de deber". Quien asume que, *ceteris paribus*, el resultado se producirá como consecuencia de una acción determinada y, a pesar de ello, no adopta una alternativa a esa acción, pudiendo hacerlo, demuestra que no quiere ejecutar la acción prescripta por la norma -omitir colocar una condición para la producción del resultado- y, en consecuencia, expresa que la intención adecuada a la norma no es para él un motivo vinculante para actuar. En segundo lugar, el silogismo práctico indica que los cosujetos esperan de la persona actuante una puesta en práctica racional de preferencias jurídicas, es decir, una decisión de acción conforme con el silogismo práctico[673].

6.6. La capacidad de acción como presupuesto pragmático de la vinculación con la norma

El cumplimiento de las condiciones del seguimiento de la norma se puede describir como el cumplimiento de las condiciones del resultado ilocucionario del acto de habla, en el cual consiste el dictado de la norma. Por esta razón, las condiciones de imputación son aquellas en virtud de las cuales cabe esperar un seguimiento de la norma por parte de los destinatarios. Ello explica por qué cada imputación penal, a pesar de tener lugar *ex post*, siempre requiere asumir una perspectiva *ex ante* con relación a las capacidades del destinatario en razón del principio *ultra posse nemo obligatur*. Además, representa el motivo por el cual la concreción de la norma abstracta en un deber concreto -que

[673] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 56; quien agrega que, en la conclusión, el silogismo práctico define la acción cuya ejecución resulta necesaria para una persona, quien, asumiendo una motivación fiel al derecho, tiene la voluntad de seguir la norma. Si el sujeto no ejecuta la acción necesaria, entonces demuestra que no quiere seguir la norma. Sin embargo, el silogismo práctico no dice si la acción definida en la conclusión es adecuada a la norma, ni tampoco dice si la correspondiente alternativa de conducta es antinormativa.

justamente vale como vinculación personal con la norma- presupone capacidad de acción en el sujeto. En consecuencia, se trata de una implicación pragmática de las normas y no de una implicación lógica, lo que tiene su importancia: la diferencia entre el carácter prohibido de una conducta y la vinculación personal a esa prohibición refleja exactamente la diferencia entre el contenido proposicional de la norma y la función pragmática de la misma[674].

El acto de habla prescriptivo no representa más la expresión de una orden individual, sino el establecimiento legal de un motivo de obligación general. A pesar de compartir la fuerza prescriptiva como característica común, los actos de ordenar y de legislar presentan dos diferencias fundamentales. Por un lado, dictar una ley representa un tipo formal de acto de habla: en consecuencia, criterios institucionales deben reemplazar a la intención del legislador. Por otro lado, el dictado de leyes se caracteriza por establecer de reglas generales que no están dirigidas a ningún destinatario en particular; destinatario puede resultar cualquiera que, a través de su conducta, pueda o pudiese realizar lo normativamente adecuado. Y ello con total independencia de que el sujeto realmente posea las capacidades necesarias en un momento dado: este último aspecto no atañe al cumplimiento de la norma, sino a la posibilidad de seguirla intencionalmente, es decir, no concierne a la antinormatividad, sino solo a la imputación. En consecuencia, la relación entre la existencia de la norma y la capacidad de acción del destinatario de realizar lo normativamente adecuado no puede ser de tipo lógico, sino de carácter pragmático.

La aplicación de normas de comportamiento siempre presupone la imputación de primer nivel[675]. Esta afirmación se puede interpretar a la luz de los razonamientos anteriores en el sentido que ya no se trata más de la posibilidad lógica de subsumir una determinada forma de conducta bajo el correspondiente contenido de la norma. Más bien, se refiere a una consideración de carácter pragmático: esperar el seguimiento de la norma no tendría sentido si el destinatario no es capaz de evitar intencionalmente la conducta antinormativa. Por tanto, la cuestión no radica en determinar si la *imputatio facti* precede

[674] Cfr., en este sentido, MAÑALICH, *Nötigung*…, 50 nota 130 in fine.

[675] Cfr. HRUSCHKA, *Strukturen*…, 30 ss.; EL MISMO, "Verhaltensregeln…", 449, 452 ss.; EL MISMO, "Imputation", 669, 672 ss.

lógicamente a la *applicatio legis ad factum* o viceversa; antes bien, se trata de apreciar que el predicado de antinormatividad de una conducta, si bien lógicamente independiente de su imputación como acción, adquiere relevancia pragmática recién cuando puede entrar en consideración la imputación de primer nivel.

Con ello, nada cambia en cuanto a que las normas de comportamiento tienen una prioridad lógica frente a las reglas de imputación, puesto que aquellas siempre determinan el objeto de imputación respectivo[676]. Qué poder físico y qué conocimiento fáctico son necesarios para evitar la conducta antinormativa depende siempre de la norma de comportamiento, que establece la proposición que debe ser hecha verdadera -en caso de mandato- o no verdadera -en caso de prohibición- a través de una acción intencional. Sin embargo, las capacidades específicas, de las que depende la evitabilidad intencional del comportamiento antinormativo, no son propiedades de la descripción del modo de conducta que el operador deóntico establece como contenido proposicional de la norma. Constituyen las condiciones para imputar una conducta como "infracción de deber" y conforman el injusto penal de acción. Como categoría trasmisora de imputación, el deber personal relaciona el deber objetivo con el poder subjetivo, a través de lo cual se realiza el principio *ultra posse nemo obligatur*[677].

6.7. La asimetría estructural entre antinormatividad e "infracción de deber"

Este modelo silogístico de fundamentación del deber revela la posibilidad de discrepancia entre antinormatividad e "infracción de deber", circunstancia que resulta de

[676] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 29; VOGEL, *Norm und Pflicht…*, 32 ss. En este sentido, cfr. MAÑALICH, *Nötigung…*, 54 nota 146, quien pone de resalto que el mismo HRUSCHKA ofrece un criterio para entender el carácter pragmático de la relación entre la aplicación de las reglas de comportamiento (*applicatio legis ad factum*) y la imputación de primer nivel (*imputatio facti*). Para ello, en cierto modo, también se debe requerir la imputación de segundo nivel (*imputatio iuris*) a través de la aplicación de las normas de comportamiento, porque, desde el punto de vista pragmático, no tendría sentido la mera aplicación de reglas de conducta sin que ello conduzca a alguna conclusión práctica.

[677] Cfr. Urs KINDHÄUSER, "Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit. Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung", *Goltdammer`s Archiv für Strafrecht GA* 1994, 197, 198, donde explica: con el concepto de deber (*Pflicht*) se quiere significar la vinculación del destinatario en cuanto a su poder con el deber objetivo. La categoría "deber" brinda información sobre la medida en la cual el destinatario debe poner sus capacidades al servicio de la realización de la norma.

suma relevancia en la estructuración del hecho punible desde la teoría de las normas. La aplicación del silogismo práctico no excluye que las circunstancias de hecho, de las que parte el destinatario de la norma, puedan ser desacertadas. En efecto, toda vez que su conclusión indica la conducta que resulta prácticamente necesaria para el seguimiento de la norma, cuando el sujeto no la ejecuta, demuestra que no quiere seguir la norma. Sin embargo, el silogismo práctico no señala si la acción definida en su conclusión es normativamente adecuada ni determina si la alternativa de conducta correspondiente resulta antinormativa. El destinatario de la norma puede no acertar en la evaluación de la situación y, por tanto, dado que la antinormatividad solo es predicable con relación a aquello que conceptualmente no se adecua a la norma, existe la posibilidad de que una conducta antinormativa no sea imputable como "infracción de deber", o bien de que sea imputable como "infracción de deber", sin ser antinormativa[678]. En este sentido, la relación entre los predicados antinormatividad e "infracción de deber" puede presentar las siguientes variantes: a) pueden concurrir ambos; b) pueden faltar ambos; c) puede presentarse antinormatividad sin "infracción de deber"; y, por último, d) puede existir "infracción de deber" sin antinormatividad.

Con relación a la primera variante, cabe señalar que antinormatividad e "infracción de deber" solo concurren juntos cuando la conducta cumple con el contenido de una prohibición o bien cuando no cumple con el contenido de un mandato, y siempre que el destinatario de la norma, en el momento decisivo, tenga la capacidad de evitar intencionalmente la conducta antinormativa. La congruencia entre "contradicción de la norma" y contradicción del deber resulta aquí contingente: mientras que la antinormatividad recién puede ser determinada deductivamente *ex post* a través de la subsunción de la conducta en el contenido de la norma, la "infracción de deber" solo se puede determinar inductivamente mediante la adopción de una perspectiva *ex ante*[679]. La imputación de la conducta antinormativa como "infracción de deber" constituye, en cualquier caso, una condición necesaria para la punibilidad como delito consumado -y aquí, también doloso-. La consumación del delito representa la congruencia entre el injusto de

[678] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 56-57.
[679] Cfr. *idem*, 53; EL MISMO, "Der subjektive Tatbestand…", 452.

resultado objetivo -con el que se corresponde la antinormatividad de la conducta- y el injusto de acción subjetivo -referido a este injusto de resultado objetivo-.[680].

En la segunda variante, la ausencia de antinormatividad y de "infracción de deber" -es decir, la falta de injusto de resultado objetivo y de injusto de acción subjetivo- excluye de antemano la cuestión sobre la relevancia penal de la conducta.

La tercera variante contempla la posibilidad de una conducta antinormativa que, sin embargo, no sea imputable como "infracción de deber" y que, por tanto, no fundamente responsabilidad penal alguna. En este caso, si bien se cumple con el contenido proposicional de una prohibición o bien no se cumple con el contenido proposicional de un mandato, falta algún presupuesto físico o cognitivo de la evitabilidad intencional en el destinatario de la norma. No obstante, para descartar totalmente la punibilidad de la conducta tampoco deberá concurrir algún criterio de subrogación que sustente una imputación extraordinaria como imprudencia.

En la cuarta variante, se presenta una "infracción de deber" sin antinormatividad de la conducta y se corresponde con la estructura de la tentativa punible[681]-idónea e inidónea-, donde la falta de antinormatividad está determinada por la no concurrencia de las propiedades fácticas que la fundamentan. Sin embargo, ello no obsta a la imputación como "contradicción de la norma" (*Normwiderpsruch*), si la conducta expresa una falta de reconocimiento de esa norma como razón eficaz para la acción. La adecuación normativa

[680] MAÑALICH, *Nötigung*…, 57.

[681] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung*…, 57 ss. Si bien reconoce que puede parecer difícil concebir una conducta adecuada a la norma que pueda ser vista como "infracción de deber", ello no presenta objeción alguna, en tanto se defina la "infracción de deber" como una declaración de no querer reconocer a la norma con eficacia para la acción, y en tanto esa conducta fuese antinormativa si las representaciones del sujeto fuesen acertadas. En el caso de un delito imposible no es *eo ipso* el caso, porque no puede ser defraudada una norma inexistente. Distinto es el caso de una norma válida. Por ejemplo, quien revuelve terrones de azúcar en el té de un tercero, creyendo que se trata de un veneno mortal, declara que él no quiere lo que debe -la omisión de un homicidio- y expresa con ello que para él la prohibición de matar no es vinculante. Así, puesto que la validez de la norma depende de su reconocimiento con eficacia para la acción y que la pena debe restituir el valor de la norma válida disminuido por su falta de reconocimiento, puede resultar contraria al deber (*pflichtwidrig*) una conducta objetivamente adecuada a la norma, pero a través de la cual se expresa su carácter no vinculante para el destinatario.

de una conducta no importa seguimiento de la norma[682]. Para esto se debe verificar si su destinatario partió de una representación del hecho que hacía prácticamente necesario[683] la omisión o ejecución de una acción para realizar intencionalmente lo adecuado a la norma. La ausencia de antinormatividad -que recién se puede determinar *ex post*- no excluye la constitución de la "infracción de deber".

A primera vista, la falta de antinormatividad en la tentativa punible puede parecer contraintuitiva. Sin embargo, ello es producto de desconocer la diferencia analítica entre el contenido proposicional de la norma y la función pragmática de la norma[684]. Un ejemplo

[682] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 42 ss., donde reitera que el seguimiento de las normas implica que estas sean reconocidas como razón eficaz para la acción, lo que sucede cuando se forma y se realiza la intención de una determinada acción por el seguimiento de la norma. Para la construcción del hecho punible, primero cabe imputar la conducta como "infracción de deber", es decir, como declaración de no querer llevar a cabo lo debido, y luego imputar como déficit relevante de motivación fiel al derecho. De allí que, para KINDHÄUSER, la finalidad de la constitución del hecho punible no pase por la reconstrucción de la génesis de la acción desde un punto de vista naturalístico, sino por la elaboración racional de la defraudación de la esperada pero ausente manifestación de disposiciones volitivas, cognitivas y física en el marco de un modelo de imputación. Por ello, define el hecho punible como un constructo teleológico de datos seleccionados, cuya ordenación se corresponde con la lógica argumentativa de la imputación. En el sistema penal no se trata de describir y explicar comprobaciones empíricas, sino de la constitución de un hecho convencional -institucional-. De allí que la facticidad empírica solo aparezca en un segundo plano con relación a las expectativas contrafácticas. Cfr. también VOGEL, *Norm und Pflicht…*, 35 ss.

[683] Con relación a la interpretación de la tentativa como una forma de acción en virtud del silogismo práctico, cfr. KINDHÄUSER, *Intentionale Handlung…*, 179-179; donde llama la atención sobre las dificultades que el concepto de tentativa provoca en los partidarios del esencialismo filosófico. La comprensión de una entidad "tentativa" resulta más difícil con relación a las formas de existencia de las acciones, ya que, entre las innumerables posibilidades de tentativas humanas que se puedan pensar, los elementos esenciales correspondientes raras veces se pueden descubrir. Una tentativa como tal no existe. Hablar de una tentativa resulta tan ficticio como hablar de una acción, solo que ese carácter ficticio es más evidente en la primera que en la segunda. Sin embargo, la tentativa es un concepto muy importante para la comprensión de las formas de conducta humana. Cualquier hacer puede tener siempre el sentido de una tentativa cuando ayuda a realizar un fin. El silogismo práctico, en este sentido, permite exponerla y comprenderla. La premisa de conocimiento sirve para la transferencia de la intención a un medio que fue elegido para le ejecución de una finalidad todavía no conseguida. Un hacer interpretado como tentativa tiene siempre su lugar en la conclusión de una inferencia práctica. Por tanto, una tentativa resulta caracterizada y al mismo tiempo valorada como tal por las premisas del silogismo práctico. Visto de este modo, no cabe preguntarse si las tentativas son acciones, salvo que se defiendan las teorías que identifican las acciones con cambios de estado. Aquí todo y nada deviene en una tentativa, ya que sin un objeto intencional la tentativa se disuelve en el aire. Por tanto, la función del conepto "tentativa" no radica en la descripción de un suceso, sino en la atribución de sentido.

[684] Lo que sucede paradigmáticamente, por ejemplo, con la concepción de Wolfgang FRISCH, *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmässigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, Heymanns, Köln, 1983, 76, donde señala que el criterio de la norma de comportamiento para especificar la forma de conducta prohibida debe estar conformado de forma tal que se pueda determinar en aquella situación en la que se deba motivar a través de la prohibición penalmente reforzada.

representativo de este tipo de objeciones contra el modelo defendido por la concepción analítica-teleológica:

> "Puesto que la antinormatividad (en caso de delitos de resultado) recién es determinable *ex post*, la norma no ofrece criterio valorativo alguno mediante el cual, en la situación de la acción, se puede distinguir entre las alternativas de conducta prohibidas y no prohibidas. En vista de dicha función valorativa, las normas en el sentido de KINDHÄUSER son, por un lado, demasiado amplias (ya que según este también son acciones antinormativas las que, consideradas *ex ante*, resultan permitidas) y, por otra parte, demasiado estrechas (ya que también resultan no antinormativas acciones prohibidas, *ex ante* consideradas, en tanto solo falta el resultado típico"[685].

El problema de esta crítica es asumir la incompatibilidad de una comprobación *ex post* de la antinormatividad con la función de determinación *ex ante* de la norma. Una forma de conducta no se encuentra prohibida *ex ante* ni tampoco *ex post*: simplemente se encuentra prohibida o no prohibida. Lo único que puede tener lugar *ex post* es la verificación de su carácter antinormativo, es decir, el juicio de subsunción del operador jurídico, porque solo *ex post* se dispone de una descripción de la conducta realmente ejecutada. Por tanto, comprobar *ex post* la antinormatividad no contradice la función de determinación *ex ante* de la norma, en tanto al destinatario le sea posible conocer *ex ante* qué conformación debería tener *ex post* una conducta, a fin de omitirla o ejecutarla de conformidad con el deber[686].

Ya se encuentra establecido *ex ante* cómo no debe ser una conducta: causal para producción de un resultado típico. Solo puede quedar más o menos abierto si, *ceteris paribus*, un comportamiento determinado producirá el resultado. Sin embargo, ninguna norma imaginable podrá liberar al destinatario de la norma del juicio sobre la relevancia lesiva de su conducta con relación a la producción del resultado, porque esa evaluación se

[685] Lothar KUHLEN, "Besprechung von Kindhäuser, Gefährdung als Straftat", *Goltdammer`s Archiv für Strafrecht GA 1990*, 477, 480.
[686] MAÑALICH, *Nötigung*…, 59.

basa en una situación de hecho concreta, en el poder físico y en el conocimiento del sujeto. Este se puede orientar muy bien mediante la prohibición de producir una lesión: si desde su punto de vista, la conducta va a producir el resultado de lesión, entonces debe omitirla para actuar conforme a lo debido[687].

En el desconocimiento de la diferencia analítica entre contenido proposicional y función pragmática de la norma de comportamiento también se sustenta una concepción muy extendida en el marco de la teoría del delito. Para esta postura, la determinación del contenido de la norma depende de su función de determinación. Así, por ejemplo, en el caso de delitos de resultado, el contenido de la norma no es la producción del resultado sino solo una acción apta para producirlo. Por cierto, este punto de vista no es exclusivo de los defensores de la teoría final de la acción[688], sino que se encuentra también en aquellas concepciones que abogan por una determinación *ex ante* objetiva de la tipicidad[689]. Sin embargo, encierra una inversión de la relación entre el contenido proposicional de la norma

[687] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 169; VOGEL, *Norm und Pflicht…*, 55-69, donde señala que, mediante la punibilidad de la tentativa inidónea, la ley ya contempla la carga para el sujeto que actúa conforme al deber, en el sentido que también debe omitir formas de conducta que *ex post* se revelen inocuas -o adecuadas a la norma-. Para la concepción contraria, por ejemplo en los delitos de resultado, el contenido de la norma prohíbe todo aquello que, según el punto de vista *ex ante* de un observador -sea del tipo que fuere-, resulte idóneo para producir el resultado típico. Esta concepción resulta problemática en muchos sentidos. Por un lado, amplía el campo de lo prohibido muchas veces y reinterpreta las normas que prohíben lesiones en normas que prohíben puestas en peligro. Por otro lado, conlleva una indeterminación del contenido de la norma incompatible con los estándares constitucionales. ¿De quién debe ser el juicio de idoneidad y de quién la base de conocimiento que deben ser decisivos? La consecuente individualización del juicio de idoneidad conduciría a que existan tantos contenidos de la norma como individuos que juzguen. En esta medida, no resulta entendible por qué una norma completada con el juicio de idoneidad sirve mejor para orientar conductas que la clara prohibición de ocasionar lesiones.

[688] Cfr. solo Hans WELZEL, *Derecho Penal Alemán, Parte General*, 11° ed., 4° ed. castellana, trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yánez Pérez, Editorial Jurídica Chile, 1997, 39 ss. El desarrollo programático del pensamiento, en el sentido que solo las acciones finales podrían conformar el objeto de las normas penales, se encuentra en el así llamado finalismo radical, que proviene de las investigaciones de Armin KAUFMANN sobre la teoría de las normas. Cfr. solo Armin KAUFMANN, *Lebendiges…*, 105 ss.; Diethart ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß*, Duncker & Humblot, Berlin, 1973, 128 ss.; Marcelo SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. A la vez, una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs,* Temis, Santa Fe de Bogotá, 1995, 24 ss. Cfr. también Nelson PESSOA, *Injusto penal y tentativa. Desvalor de acción y desvalor de resultado. Injusto tentado e injusto consumado*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, *passim*; EL MISMO, *La tentativa. Distinción entre actos impunes y actos de ejecución de delitos*, Hammurabi, Buenos Airesm 1998, *passim*. Tal como señala MAÑALICH, *Nötigung…*, 59 nota 169, la observación también vale para todas aquellas posturas que adoptaron la asimetría entre el contenido de la norma de determinación y el de la norma de valoración sostenido por KAUFMANN.

[689] Fundamentalmente, cfr. FRISCH, *Vorsatz und Risiko..*, 118 ss.; EL MISMO, *Tatbestandsmäßiges Verhalten…*, 33 ss. También cfr. FREUND, *Erfolgsdelikt und Unterlassen..*, 25 ss.; EL MISMO, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, 2° Auflage, Srpinger, Berlin-Heidelberg, 2009, § 2/23, 41 ss., entre otros.

y su función pragmática. Una norma solo puede servir para dirigir conductas, si ya existe como criterio de lo jurídicamente correcto antes de que entren en consideración las capacidades y conocimientos de sus destinatarios, porque, de lo contrario, desaparecería la distinción entre conformidad a la norma y antinormatividad. Tal como ilustra el argumento del regreso al infinito de WITTGENSTEIN, el contenido de una regla debe ser independiente del punto de vista de quien debe seguirla. De otro modo, se confunde la regla con su interpretación, lo que sucede cuando se postula una determinación *ex ante* que transforma las prohibiciones de lesión en prohibiciones de puestas en peligro.

Por tanto, el contenido de la norma determina qué formas de conducta son jurídicamente incorrectas, limitándose a su descripción. Así, por ejemplo, en los delitos de resultado la forma de conducta se describe en vista de sus consecuencias causales. Esta dependencia con la descripción se vincula con la comprobación *ex post* de la antinormatividad, que recién puede llevarse a cabo cuando se verifiquen los elementos de la descripción de la conducta en el hecho concreto. Sin embargo, ello no impide que el destinatario de la norma pueda reconocer *ex ante* qué formas de comportamiento debe omitir o ejecutar para actuar conforme a la norma. Que el sujeto deba estar en condiciones de reconocer *ex ante* la concreta posibilidad de que su conducta cumpla con la descripción típica -para que se le pueda imputar como "infracción de deber"-, no significa que el objeto de prohibición no pueda ser descripto como una modificación de un determinado estado, es decir, como la producción de un resultado[690].

Las consideraciones anteriores permiten afirmar que la potencial discrepancia entre antinormatividad e "infracción de deber" no se puede remediar a través de la diferenciación entre norma de determinación y norma de valoración[691]. La función pragmática de la norma

[690] Cfr. MAÑALICH, *Nötigung*…, 61.

[691] Sobre la antigua controversia, cfr. Armin KAUFMANN, *Lebendiges*…, 77 ss.; ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert*…, 17 ss. En este sentido, cfr. también Jürgen WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem,* Duncker & Humblot, Berlin, 1981, 46 ss., donde intenta presentar la norma de valoración y la norma de determinación en un modelo de imputación dualista, en el entendimiento que se trata de una distinción objetiva de su contenido. Sin embargo, tal como señala KINDHÄUSER, en *Gefährdung*…, 58 nota 24, no queda claro en qué debe consistir la relación entre la elección del respectivo concepto fundamental práctico -deontológico o axiológico- en la apreciación del objeto de la imputación y la constitución del hecho punible en virtud de reglas adscriptivas. En realidad, es completamente indiferente si se hace responsable a un sujeto por una

-ya sea valorar, ya sea determinar-, no puede influir sobre el enunciado normativo desde el punto de vista semántico. No es posible que una misma conducta sea, al mismo tiempo, antinormativa y adecuada a la norma según sea objeto de una norma de valoración o de una norma de determinación, cuando son idénticos los contenidos de las mismas. La razón de aquella posible discrepancia radica en que la vinculación del destinatario con la norma precede lógicamente a la realización de lo debido y, por tanto, existe una diferencia fundamental entre los respectivos puntos de apreciación. El deber (*Pflicht*) se determina en forma inductiva, ya que no existe ningún conocimiento sobre lo futuro. Lo que debe ser ejecutado u omitido -para que concurra o no lo debido- puede ser pronosticado solo con relativa seguridad, es decir, con referencia a un determinado punto de vista *ex ante*. Por el contrario, si cumple o no con lo debido solo se puede constatar *ex post*. Antes que una persona haya muerto, por ejemplo, no se puede afirmar que una conducta constituya un homicidio antinormativo[692].

En esta línea, la corriente y uniforma distinción entre injusto de acción e injusto de resultado -en el marco del reproche de injusto- no refleja adecuadamente esta diferencia de puntos de vista en la determinación de la "infracción de deber" y de la antinormatividad. En el sentido propio de la palabra, no puede haber un injusto de resultado. Por ejemplo, si muere una persona, ese acontecimiento como tal no constituye un injusto; injusto solo puede ser una conducta que exhiba las propiedades de haber producido el resultado. En esta medida, solo existe injusto de acción, el cual se puede constituir desde distintas perspectivas. Desde el punto de vista *ex ante* del sujeto, se trata de las condiciones de su vinculación al deber y de las que permiten asumir un menosprecio punible de esa obligación: se alude al valor declarativo subjetivo de la conducta. Por el contrario, la verificación de la antinormatividad -que normalmente coincide con el cumplimiento del

---

conducta valorada negativamente o por una conducta no debida -prohibida-. Y agrega: también existe la posibilidad de concebir la norma de determinación no como norma, sino como criterio de la vinculación del destinatario con ella. En este caso, el contenido de la norma de determinación sería idéntico con el contenido del deber; en otros términos: la norma de determinación no sería entonces una razón obligatoria para las acciones, sino el deber mismo. Sin embargo, en caso de una interpretación semejante de la norma de determinación, debe quedar claro que, por ejemplo, la prohibición de matar no es una norma de determinación. Antes bien, sería el deber de querer reconocer la prohibición de matar con eficacia para la acción. Pero, como concluye KINDHÄUSER, a través de ello no se alcanza claridad alguna.

[692] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 59.

tipo- es un juicio sobre el valor declarativo objetivo de la conducta. Por tanto, no es el resultado, sino la producción del mismo -constatable solo *ex post*- lo que constituye el objeto del valor declarativo objetivo de una conducta penalmente relevante[693].

En consecuencia, para la teoría analítica-teleológica la determinación *ex ante* de la antinormatividad resulta inútil por superflua y, en tanto se base en un juicio de aptitud realizado por un observador, se enfrenta a serias objeciones en dos sentidos principales. Por un lado, el procedimiento no es susceptible de legitimación constitucional, puesto que si la norma prohíbe la colocación de una condición para el resultado, entonces solo prohíbe una conducta productora de un resultado y no una conducta que, según el punto de vista de un tercero, resulta apta para producir un resultado[694]. Una norma que prohíbe una conducta que, desde el punto de vista de quien fuere, es apta para ocasionar la muerte de una persona, es una norma distinta de la prohíbe la muerte de una persona. Por otro lado, semejante reinterpretación de la norma encubre la posibilidad de una carga a su destinatario. Sin perjuicio de que recién *ex post* -y, por ello, inútilmente- se indaga sobre la aptitud objetiva de la conducta para producir un resultado, no queda claro cómo debe estar dotado epistémicamente el observador ficticio para formular ese juicio de aptitud que se adiciona al contenido de la norma[695].

Punible es solo la conducta imputable al sujeto como "infracción de deber" culpable. Si este asume que, *ceteris paribus*, su conducta ocasionará un resultado, entonces incurre en una "infracción de deber" -punible, cuando la tentativa también lo sea-, si no omite aquella conducta y con independencia de la efectiva producción del resultado. Si el sujeto no asume que su conducta *ceteris paribus* ocasionará un resultado, entonces solo le podrá imputar como "infracción de deber", cuando también realice *de facto* el tipo penal -es decir, cuando sea antinormativa de acuerdo al objetivo valor declarativo- y cuando sea

[693] Cfr. *idem*, 60.

[694] Cfr. *idem*, 61 nota 29, donde indica que, entonces, la norma no debería rezar "está prohibido matar", sino "está prohibido comportarse en una forma que, según la opinión de un observador, resulta apta para producir una muerte". Pero, de este modo, se ampliaría muchas veces el círculo de formas de conducta prohibidas más allá de la prohibición de matar.

[695] En consecuencia, para la concepción analítica-teleológica no hay lugar para un observador objetivo, porque, en vista de la consecuencia jurídica, no hay necesidad de una objetividad ficticia.

responsable de su incapacidad para realizar la conducta adecuada a la norma. Ello demuestra el peligro que encierra el juicio de un tercero observador: la antinormatividad o la adecuación a la norma de una conducta dependen de la elección de los datos que le quedan al observador ficticio para su procesamiento *ex post*. Con ello, se confecciona selectivamente el material fáctico -bajo la cubierta de pronóstico objetivo- desde la perspectiva subjetiva del aplicador del derecho[696].

6.8. La tentativa como figura de responsabilidad subsidiaria.

La confusión entre el contenido y la función de la norma también permite afirmar erróneamente que la tentativa -acabada- constituye la forma fundamental de la conducta antinormativa, lo que, a su vez, impide concebir las normas de comportamiento como la formulación contradictoria de los tipos penales. Por cierto, las condiciones de la "infracción de deber" ya están presentes en la tentativa, es decir, su concurrencia no depende de la consumación. Por tanto, se puede imputar una conducta como "contradicción de la norma" (*Normwiderspruch*) sin que exista consumación -antinormatividad-.

Antinormatividad (*Normwidrigkeit*) y "contradicción de la norma" (*Normwiderspruch*), en consecuencia, no son conceptos coextensivos: la determinación de la antinormatividad de una conducta es lógicamente independiente de su imputación. La tentativa punible no adquiere carácter de injusto en virtud de una supuesta antinormatividad; justamente la ausencia de antinormatividad es una de sus notas características. Para la punibilidad de la tentativa solo se deben cumplir las condiciones de una "infracción de deber". Como conclusión cabe concebir el injusto de la tentativa punible exclusivamente como injusto de acción (*Handlungsunrecht*).

El error ínsito en la concepción de la tentativa punible como paradigma de la conducta antinormativa se supera entendiendo que la tentativa es solo un concepto

[696] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung*…, 62.

secundario con relación al concepto de consumación[697]. Cuando se afirma que a cada hacer le corresponde una tentativa, se desconoce que "intentar" siempre tiene un carácter derivativo: cada tentativa se refiere a una consumación. Una "consumación sin éxito" sería una *contradictio in adjecto*, porque solo cabe afirmar que alguien intentó algo, cuando precisamente su hacer no tuvo éxito, desde el punto de vista de la descripción relevante de la conducta. En el concepto práctico de tentativa, lo específico consiste en la naturaleza derivada de lo que expresa. Ello significa que el concepto de la consumación es lógicamente primario con relación al de tentativa, con independencia de cuál pueda ser la respectiva fenomenología[698]. Por tanto, la idea de la tentativa punible como forma fundamental de la conducta antinormativa conlleva una inversión de la relación derivativa entre los conceptos consumación y tentativa. La concepción del finalismo radical representa la expresión más extrema de esta inversión, en tanto sostiene como tesis que la producción del resultado típico constituye una condición objetiva de punibilidad[699].

Para la concepción analítica-teleológica, solo cabe concebir la punibilidad de una tentativa contraria al deber cuando se parte de una norma que prohíbe una forma de conducta descripta como una realización típica consumada, la cual justamente no se da en la correspondiente tentativa. Tanto en la consumación como en la tentativa, la fundamentación de la "infracción de deber" debe estar referida al objeto de la norma que el destinatario no siguió a pesar que pudo hacerlo. Dado que la determinación de la antinormatividad depende de la descripción típica de una consumación, cabe afirmar que *ex definitione* la conducta antinormativa es siempre una conducta consumada y que el concepto de consumación es formal. Por lo tanto, la caracterización como tentativa punible presupone la referencia a una realización típica consumada: las acciones prohibidas u ordenadas tienen carácter de consumación Esta consumación habría concurrido si la

[697] Cfr., en este sentido, VON WRIGHT, *Norm and action...*, 51, quien llama la atención sobre este punto en los siguientes términos "cuando una persona ha llevado a cabo exitosamente un acto, sería un error pensar que también intentó llevarlo a cabo…Normalmente cuando yo cierro la puerta o camino o leo, no puede decirse de mí que he intentado con éxito cerrar la puerta, mover mis piernas o leer las palabras correspondientes. Quien construye cada acto como resultado o consecuencia de la correspondiente tentativa, distorsiona la situación real".

[698] Cfr. MAÑALICH, *Nötigung…*, 62.

[699] Cfr. Armin KAUFMANN, *Lebendiges…*, 105 ss.; ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert…*, 128 ss.

conducta -de tentativa- imputada como "infracción de deber" hubiese cumplido con las condiciones de su antinormatividad.

De este modo se comprueba que las objeciones contra la reconstrucción del hecho punible desde la perspectiva analítica-teleológica, basada en una rigurosa separación entre reglas prescriptivas y adscriptivas, confunden la estructura locucionaria e ilocucionaria de las normas de comportamiento. La separación entre antinormatividad e "infracción de deber" permite afirmar que la verificación de la antinormatividad de una conducta no constituye todavía indicio de la responsabilidad individual de una persona. En este sentido, el concepto "conducta" no significa un momento de imputación, sino que designa movimientos corporales interpretados como acción u omisión, pero todavía sin referencia a un objeto intencional[700]. Como fuera expuesto, las normas de comportamiento no constituyen criterios de imputación, sino de corrección jurídica de una conducta y, por tanto, solo determinan el objeto de la imputación[701].

En este sentido, las reglas de imputación no se aplican conjuntamente con las normas de comportamiento, sino que entre ellas se establece una relación pragmática: la imputación sirve para fundamentar la responsabilidad por la infracción de una norma de comportamiento determinada. El deber (*Pflicht*) no prohíbe u ordena una determinada forma de conducta, sino que ello es propio de la norma de comportamiento. El deber designa la vinculación personal a la norma por parte de su destinatario, basada en el cumplimiento de las condiciones para la constitución del injusto de acción -la capacidad de acción-. En el momento relevante, si el destinatario está en condiciones de realizar intencionalmente lo adecuado a la norma, entonces se encuentra vinculado personalmente a ella, de modo que surge el deber concreto de evitar intencionalmente la conducta antinormativa.

Por ello la imputación de una conducta como "infracción de deber" solo se puede determinar en vista de las capacidades y conocimientos del sujeto actuante; el recurso a la

[700] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung*…, 52 nota 10.

[701] Por el contrario, los criterios de imputación están contenidos en reglas -de otro tipo- que definen las condiciones para atribuir responsabilidad penal a una persona por contradecir la norma.

perspectiva de un tercero observador objetivo está fuera de lugar. Con relación a la estructura de responsabilidad de la tentativa punible, ello significa solamente que no existe ninguna diferencia relevante de imputación entre la tentativa idónea y la inidónea.

6.9. La imputación extraordinaria

6.9.1. Responsabilidad por el propio déficit de responsabilidad

El valor declarativo de una conducta como "contradicción de la norma" (*Normwiderspruch*) se configura a través de la imputación penal. Presentes en el destinatario los presupuestos -ordinarios- de la capacidad de seguimiento de la norma, sin que aquel la haya seguido, entonces cabe imputarle su conducta como "contradicción de la norma". Por su parte, la ausencia de aquellos presupuestos debería conducir a la exclusión de su responsabilidad penal, excepto que esta se pueda fundamentar mediante una imputación de carácter extraordinaria.

En este sentido, cabe preguntarse si, bajo ciertas circunstancias, una determinada conducta puede expresar una falta de reconocimiento de la norma, a pesar de que las capacidades individuales de su destinatario -de las que depende la posibilidad de su seguimiento - no están presentes en el momento relevante, es decir, al comienzo de la tentativa. Dicho desde la perspectiva de la norma de sanción: en la medida en que la punición -que esta regula- está referida a la defraudación de la expectativa de reconocimiento de la norma de comportamiento como razón obligatoria para la acción, cabe analizar si esta expectativa también debe comprender la preocupación del destinatario por mantener su capacidad de seguimiento de la norma. Si la conclusión es afirmativa, entonces cabría atribuirle además responsabilidad por una conducta por la que, a pesar de haber sido incapaz de evitar -por falta de capacidad de acción o de motivación-, igualmente

deberá responder en virtud de esa incapacidad. Y por la falta de aplicación de los criterios ordinarios de imputación se la pueda denominar "imputación extraordinaria"[702].

Vale recordar que solo cabe designar como "ordinaria" a aquella imputación basada en el cumplimiento real de los criterios generales de adscripción, tanto en el nivel del injusto como en el nivel de la culpabilidad. En el primero, la imputación es ordinaria si están actualmente presentes en el destinatario el poder físico y el conocimiento de las circunstancias fácticas relevantes, de los que depende la evitabilidad intencional de la conducta antinormativa. En el segundo nivel, la imputación es ordinaria cuando el destinatario está en condiciones de formarse la intención de evitar la conducta antinormativa, es decir, cuando no concurra una causa de exclusión de la culpabilidad -por falta de capacidad de culpabilidad o por error de prohibición- ni una causa de disculpa -estado de necesidad disculpante- .

Como explica KINDHÄUSER[703], los criterios de imputación vistos hasta ahora todavía no alcanzan para la constitución del hecho punible. Por un lado, una conducta no solo expresa falta de reconocimiento de la norma cuando el sujeto -en el momento del hecho- está en condiciones físicas y de conocimiento para llevar a cabo la alternativa de conducta adecuada a la norma. Por otro lado, las expectativas puestas en el sujeto no solo se defraudan cuando -en el momento del hecho- está en condiciones de formarse y de realizar la intención adecuada a la norma. Además de ello, también se espera del destinatario que, en determinada medida, se esfuerce para ser capaz de seguir la norma, por ejemplo, adquiriendo o asegurando la capacidad física o intelectual para ello, o bien tomando conocimiento de la norma[704]. La capacidad de acción y la capacidad de motivación si bien constituyen respectivamente condiciones del deber y de la culpabilidad, la incapacidad

[702] Cfr. Joachim HRUSCHKA, "Verhaltensregeln…", 449, 456 ss.; EL MISMO, "Imputation", 669, 686 ss.; Urs KINDHÄUSER, "Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht", *Jahrbuch für Recht und Ethik JRuE*, Band 2 (1994), 339, 343; VOGEL, *Norm und Pflicht*…, 74 ss.

[703] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung*…, 39 ss.

[704] Cfr. VOGEL, *Norm und Pflicht*…, 66, quien afirma que, en este sentido, la punibilidad de la imprudencia -al igual que la punibilidad de la tentativa- representan una carga sustancialmente mayor para el destinatario de la norma que la punibilidad del delito doloso consumado. En en primer caso, tiene que ocuparse de su capacidad para seguir la norma adquiriendo o manteniendo el necesario conocimiento y poder físico; en el segundo caso, debe omitir formas de conducta que, vistas desde una perspectiva *ex post*, resultan inofensivas y no antinormativas.

correspondiente excluye la imputación de responsabilidad solo cuando el destinatario no sea responsable por esa falta de capacidad.

En este sentido, la medida de las capacidades esperadas -en el nivel del injusto y en el de la culpabilidad- no se puede extraer de las normas: no se trata del contenido de lo debido (*Sollen*), sino de la medida de vinculación con la norma. Este criterio debe corresponderse con el fin de la pena, en el sentido de asegurar la validez de la norma y de concretar las expectativas referidas al sujeto en su respectivo rol dentro de la interacción -sea el de cualquier sujeto o, por ejemplo, el de un médico, comerciante o conductor-. La medida del poder esperado se determina -en los dos niveles de imputación- según los criterios intersubjetivos que constituyen el margen de acción normativo del destinatario de la norma: las expectativas recíprocas de los cosujetos deben estar claramente constituidas. En suma, los estándares de imputación de las capacidades esperadas se corresponden con la confianza que exige un sujeto actuante a través de su rol dentro de la participación en interacciones regladas jurídicamente. Son estándares personales; no se refieren al sujeto como ser viviente definido por elementos biológicos, sino como persona, es decir, como un cosujeto definido a través de expectativas normativas[705].

Por lo tanto, existe la posibilidad de una imputación extraordinaria cuando el destinatario mismo -incapaz en el momento relevante- puede ser hecho responsable por la incapacidad en cuestión[706]. Esta imputación extraordinaria se puede entender como una excepción aparente al así llamado "principio de coincidencia", según el cual cabe exigir el cumplimiento simultáneo de todos los presupuestos de la responsabilidad penal.

6.9.2. Subrogación de la responsabilidad por infracción de una obligación (*Obliegenheitsverletzung*)

La fundamentación de una imputación a pesar de la ausencia actual de capacidad de seguimiento de la norma presenta algunos aspectos problemáticos con referencia al

[705] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 39 ss.
[706] Cfr., en este sentido, *idem,* 120 ss.

mencionado "principio de coincidencia", como ilustra la discusión en torno a la llamada *actio libera in causa*. En efecto, mientras se pronuncia por la aplicación del denominado "modelo del tipo penal" (*Tatbestandsmodell*), un sector de la literatura rechaza la admisión de una excepción al principio de coincidencia y postula la "doctrina de la anticipación" (*Vorverlagerungsdoktrin*), porque esta no precisa justificar excepción alguna. Para ello, se afirma que, en los casos de *actio libera in causa*, la inmediata disposición para la conducta antinormativa ya se presenta en un momento en el cual el destinatario de la norma todavía es capaz de motivarse para el seguimiento de la misma[707].

Sin embargo, el "modelo del tipo penal" y su *Vorverlagerungsdoktrin* se enfrentan a varios problemas. Ante todo, cabe formularle una objeción de naturaleza empírica: faltan leyes causales que, con suficiente exactitud científica, puedan explicar una conducta típica a partir de una conducta anterior mediante la cual el sujeto elimina su capacidad para orientar su acción conforme a la norma. Aquí debe tenerse en cuenta que la relación causal entre la conducta anterior -por ejemplo, embriagarse con alcohol- y la conducta típica debe basarse justamente en la eliminación de la capacidad de orientación de la acción. Semejante relación entre causa y efecto no se puede construir en el nivel de la capacidad de dirección (*Steuerungsfähigkeit*), del mismo modo que sucede en el nivel de la capacidad de acción en el marco de la responsabilidad por imprudencia. En ambos niveles es necesaria la prueba que el sujeto se habría comportado de otro modo o bien se habría decidido de otra forma, si él hubiese llevado a cabo la alternativa de su conducta previa[708].

Por otro lado, la doctrina de la anticipación no es capaz de integrar la conducta precedente en el esquema conceptual del sistema de imputación penal. Así por ejemplo, de la prohibición de robar no cabe deducir como directiva de conducta "prohibido embriagarse para poder adecuar la conducta a la prohibición de robar", porque ello se sustentaría en una simple confusión de las categorías "norma" e "imputación"[709]. La dificultad que presenta el tratamiento de estos casos, donde la realización típica tiene lugar

[707] Cfr. Günther JAKOBS, *Strafrecht..*, 506 ss.; Claus ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Band I, 4. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2006, 914 ss.

[708] Por ejemplo, que un sujeto, quien cometió un robo en forma inculpable por la fuerte ingesta de alcohol, hubiese elegido -con eficacia para la acción- la intención de omitir el robo si no hubiese ingerido alcohol.

[709] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 124 ss.

en un momento en el cual el destinatario no dispone de la necesaria capacidad de seguimiento de la norma, tampoco se puede eludir transformando el contenido de la norma, es decir, considerando como antinormativa a la conducta que genera aquella incapacidad y que se concibe como *actio precedens* de la realización típica. Más bien, resulta necesario identificar un motivo para que la responsabilidad por el propio déficit de responsabilidad pueda configurar un criterio de imputación[710].

En este sentido, el denominado "modelo de subrogación" ofrece una solución satisfactoria: reemplaza el respectivo presupuesto de imputación ordinaria -ausente- por la responsabilidad del destinatario por ese déficit[711]. Por cierto, este modelo no se limita a los casos de *actio libera in causa*, sino que se extiende a todos los supuestos donde se deba responder por un déficit propio y penalmente relevante de responsabilidad, ya sea en el primer nivel de imputación por ausencia de poder físico o de conocimiento fáctico relevante, ya sea en el segundo nivel que, junto a la *actio libera in causa*, también comprende el error evitable de prohibición y el error evitable sobre los presupuestos del estado de necesidad disculpante[712].

Desde esta perspectiva, fundamentar la imputación extraordinaria requiere disponer de una directiva de conducta a través de cuya observancia el sujeto pueda y deba asegurar su capacidad para el seguimiento de la norma. Sin embargo, no es posible identificarla con la misma norma que determina el objeto de imputación, porque, valga la reiteración, asegurar el seguimiento de la norma no puede constituir una finalidad de la norma a ser observada. De este modo, para diferenciarlas se puede aplicar la analogía con el Derecho civil y recurrir a su concepto de "obligación" (*Obliegenheit*)[713]. Este concepto de

[710] Cfr. MAÑALICH, *Nötigung*…, 69.

[711] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung*…, 126 ss.; EL MISMO, "Zur Logik…", 89 ss.

[712] El hecho que la estructura de la imputación extraordinaria esté fijada legalmente en estas dos últimas constelaciones de casos -§§ 17.2 y 35 1.2. StGB- demuestra que, contra la aplicación de la correspondiente estructura de imputación, no cabe realizar ninguna objeción dogmática a los casos de *actio libera in causa.* Cfr., en este sentido, KINDHÄUSER, "Erlaubtes Risiko…", 197, 211 ss.

[713] Tal como acertadamente señala MAÑALICH, *Nötigung*…, 70 nota 206, el traslado de este concepto de "*Obliegenheit*" a la dogmática penal en modo alguno implica que su significado permanezca inalterable. Más bien, se puede asumir que dicha transferencia solo se justifica porque las directivas de conducta, aquí consideradas, exhiben una enorme similitud con aquellas directivas que son designadas como "*Obliegenheit*" en el Derecho civil.

"obligación" trasladado a la dogmática penal representa una directiva de conducta secundaria, que le prescribe al destinatario preocuparse por su propia capacidad para el seguimiento de la norma. Se puede entender su cumplimiento como la ejecución de una acción auxiliar (*Hilfshandlung*), a través de la cual el destinatario asegura su propia capacidad para seguir la norma mediante la omisión o la ejecución de la acción principal (*Haupthandlung*).

Con relación al concepto de acciones auxiliares (*Hilfshandlungen*), el hecho que se deban ejecutar u omitir determinadas acciones para poder llevar a cabo otras resulta una obviedad de teleología práctica[714]. En este sentido, una acción auxiliar siempre está referida a otra acción, la que, por su parte, puede servir para procurar o asegurar la capacidad para ejecutar otra acción. Si una persona pretende realizar una determinada acción y, según su visión, ello recién es posible a través de la ejecución de otra acción, entonces la correspondiente acción auxiliar se puede denominar "acción preparatoria" (*Vorbereitungshandlung*). En cambio, si la ejecución de la acción principal depende de circunstancias que no le son actualmente conocidas al sujeto o cuya concurrencia no está sujeta a su control, entonces la acción auxiliar es una "acción de previsión" (*Vorsorgehandlung*), si posibilita ejecutar la acción principal en el caso en que las circunstancias relevantes concurran.

En el marco de la imputación de una "infracción de deber", las acciones de preparación (*Vorbereitungshandlungen*) recién adquieren importancia cuando su efecto -para el sujeto- tiene directa relevancia en cuanto al resultado; por tanto, cuando coincide

[714] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 64. quien señala que las distancias hasta la realización de una finalidad pueden ser muy diferentes y, por tanto, requerir diversos pasos intermedios para su consecución. Por ejemplo, quien quiere que un cuadro se encuentre en una determinada ubicación, debe colgarlo en ese lugar. Y para poder colgarlo, debe clavar un clavo en la pared; y para ello, debe conseguir un martillo y un clavo. Las acciones aisladas no pertenecen al mismo árbol de acciones, sino que son diferentes. Con adquirir un martillo y un clavo el sujeto no puede producir el resultado de una de las otras acciones. Procurarse las herramientas solo puede colocarlo en la situación de llevar a cabo los otros pasos para la realización de su objeto intencional. En dicho contexto, procurarse las herramientas es una acción auxiliar. La necesaria referencia de una acción auxiliar con una principal se refleja en este ejemplo de la siguiente manera: para lograr colgar el cuadro en el lugar adecuado, la compra del martillo y del clavo representa una acción auxiliar terciaria; con relación a clavar el clavo, una secundaria; es decir, hace posible directamente la ejecución de esta acción e indirectamente la de otra.

con la inmediata disposición a la acción principal y, así, alcanza el estadio de la tentativa[715]. Por su parte, las acciones de previsión (*Vorsorgehandlungen*) adquieren relevancia práctica en caso de ausencia de conciencia del hecho en el momento de la conducta típica, si el sujeto, de haber llevado a cabo la acción de previsión, hubiese sido capaz de actuar conforme con la norma. Motivos lógicos determinan que la norma solo puede indicar a su destinatario aquello que debe omitir o ejecutar, pero no que debe ser capaz para su seguimiento y, por tanto, tampoco puede indicarle qué acciones de previsión tiene que llevar a cabo para adquirir esa capacidad. En consecuencia, la necesidad de acciones de previsión constituye un criterio de imputación que depende del fin de la sanción: se deben ejecutar aquellas acciones auxiliares que, para una persona fiel al Derecho, resultan prácticamente necesarias para adquirir o asegurar la capacidad para actuar conforme a la norma y que, además, se esperan de esa persona[716].

Ahora bien, como la capacidad para actuar conforme a la norma no está prescripta por la misma norma, la incapacidad de seguirla en el marco de lo esperado constituye la inobservancia de una regla (*Regelwidrigkeit*) lógicamente distinta de la antinormatividad. Por esta razón se utiliza el término "obligación" (*Obliegenheit*) en referencia al requisito -secundario- de procurarse la capacidad para el seguimiento de la norma y para diferenciarlo terminológicamente de la obligación -primaria- relacionada con el seguimiento de la norma.

---

[715] Cfr., por ejemplo, VOGEL, *Norm und Pflicht*…, 74, donde expresa que, de *lege lata*, las acciones preparatorias son fundamentalmente impunes (salvo el caso del § 30 StGB). La punibilidad recién comienza, siempre de acuerdo al StGB, cuando el autor traspasa el límite de la "inmediata disposición" a la realización del tipo penal. Desde el punto de vista de la teoría de la acción, se puede precisar dicha distinción mediante la diferenciación entre acciones principales y acciones auxiliares. Estas últimas siempre están referidas a otras acciones y, por tanto, sirven para adquirir o asegurar la capacidad para la ejecución de esas otras acciones. Cuando las acciones auxiliares sirven para asegurar la capacidad de acción en posibles acciones principales, entonces cabe hablar de acciones de previsión (*Vorsorgehandlungen*). En cambio, si las acciones auxiliares están referidas a determinadas acciones principales, entonces cabe hablar de acciones preparatorias (*Vorbereitungshandlungen*). Por ejemplo, la adquisición de una ganzúa sirve como acción preparatoria para la comisión de un robo, mientras que la revisión del sistema de frenos de un vehículo sirve como acción de previsión para hacer posible una frenada efectiva en situaciones de peligro. En este sentido, VOGEL indica que las normas de comportamiento de la Parte Especial del Código Penal solo son directamente motivos para omitir acciones principales. Ellas fundamentan una contradicción al deber, que puede ser definida como infracción a deberes principales. Del mismo modo, las acciones auxiliares y los deberes auxiliares -que se refieren a acciones principales y a deberes principales- no son dogmáticamente irrelevantes. Las acciones de previsión y los deberes de previsión son penalmente relevantes en la imputación extraordinaria como imprudencia; las acciones preparatorias lo son en caso de tentativa, pero también como acciones de ayuda en la participación criminal.

[716] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung*…, 65.

Consecuentemente, la infracción de esta obligación secundaria (*Obliegenheitsverletzung*) es motivo de imputación de una conducta que no resulta imputable como "infracción de deber" por ausencia de la capacidad de dirección (*Steuerungsbewußtsein*), y que es cometida por no ejecutar acciones de previsión, cuando esta ejecución era lo esperable de un sujeto que se supone fiel al Derecho[717].

El concepto "infracción de la obligación" (*Obliegenheitsverletzung*) tiene la función de representar formalmente como inobservancia deontológica de una regla (*Regelwidrigkeit*) a la discrepancia entre las expectativas en la capacidad de acción del sujeto y el concreto incumplimiento de esas expectativas. Y ello, con el fin de poder utilizar analógicamente para su imputación nuevamente los principios generales de la imputación de la conducta antinormativa como "infracción de deber". Si el autor no cumple con su obligación, no actúa todavía en contra del deber y, por tanto, su conducta no resulta punible. En esa medida, la "infracción de la obligación" (*Obliegenheitsverletzung*) es más bien una "culpa contra uno mismo", en tanto impide la invocación de la propia incapacidad para el seguimiento de la norma y, de este modo, posibilita imputar una conducta como "infracción de deber". Desde esta perspectiva por tanto, las "obligaciones"

[717] Cfr., en este sentido, *idem*, 66, donde resalta, por un lado, que así se trazan los límites de la imputación objetiva de una conducta típica como "infracción de deber" en caso de incapacidad para actuar conforme a la norma. Tal conducta no resulta contraria al deber (*pflichtwidrig*) entonces, cuando un destinatario con capacidad de acción -según las expectativas- no habría podido seguir intencionalmente la norma. Por otro lado, señala que así se establece el marco de la imputación personal en el nivel del injusto: el criterio de imputación fáctico de capacidad de dirección actual es sustituible mediante un criterio normativo cuando el sujeto pudo alcanzar la esperada capacidad de acción. En consecuencia, en la imputación de una conducta como "contradicción de la norma" (*Normwiderspruch*) en el sentido de una infracción de una obligación (*Obliegenheitsverletzung*) se trata de la capacidad de acción individual del autor. Sin perjuicio de lo expuesto, KINDHÄUSER agrega que, con relación a la imputabilidad objetiva de una conducta como "infracción de deber" por causa de una infracción de una obligación (*Obliegenheitsverletzung*), hay que tener presente una restricción estructuralmente condicionada. Entre la capacidad de acción esperada y la acción conforme a la norma existe un paralelismo con la relación entre acción y resultado de dicha acción. Del mismo modo como una transformación recién puede ser designada como resultado de una acción, cuando el sujeto no la habría producido de haber optado por la correspondiente alternativa, una conducta antinormativa recién puede ser reputada como resultado de una incapacidad -para seguir la norma- contraria a la obligación (*obliegenheitswidrig*), cuando el autor habría podido adoptar la alternativa de conducta adecuada a la norma, en caso de tener la esperada capacidad de acción. En el primer caso, la imputación del resultado se basa sobre una hipótesis causal sobre sucesos; en el segundo, sobre una hipótesis dispositiva sobre capacidades del sujeto bajo determinadas condiciones marco. Por ejemplo, si una enfermera, que está concentrada en una charla telefónica, administra equivocadamente al paciente un medicamento no prescripto y mortal, entonces solo se le puede imputar dicha conducta como una "infracción de deber", si ella, en caso de la atención esperada, hubiera estado en condiciones de no ocasionar la muerte del paciente. En cambio, no le sería imputable si el medicamento prescripto -por causa de un error de diagnóstico del médico- también habría producido esa muerte.

(*Obliegenheiten*) presentan un carácter hipotético y no categórico, ya que su cumplimiento sirve al interés del destinatario en asegurar su capacidad para el seguimiento de la norma, lo cual le es presupuesto contrafácticamente como motivación dominante.

6.9.3. Criterios de la "infracción de la obligación" (*Obliegenheitsverletzung*)

La imputación extraordinaria supone la atribución de responsabilidad al sujeto por su falta de capacidad de acción o de motivación. En otras palabras: se le imputa el no cumplimiento de la obligación (*Obliegenheit)* en cuestión, a través de la cual se explica su incapacidad para seguir la norma en el momento relevante de decisión. Por tanto, importa un reproche por no haber estado en condiciones de actuar intencionalmente conforme a la obligación (*obliegenheitsgemäβ*)[718].

Al igual que en la imputación como "infracción de deber", las condiciones correspondientes a la imputación como "infracción de la obligación" se pueden formular *mutatis mutandi* mediante el modelo del silogismo práctico[719]. La premisa intencional está conformada por el aseguramiento de la capacidad de seguimiento de la norma; la premisa de conocimiento, por el contrario, está constituida por el conocimiento de las circunstancias fácticas bajo las cuales aquella capacidad podría ser suprimida; y la conclusión práctica consiste en la ejecución de la acción a través de la cual el destinatario de la norma, en el momento relevante, debería estar en condiciones de seguir actualmente la norma. Si no se verifica el cumplimiento de las condiciones de imputación como "infracción de la obligación", aun cabe analizar si no se le podría responsabilizar al sujeto por su incapacidad de seguimiento de la correspondiente obligación (*Obliegenheit)*, es decir, por la "infracción de la obligación" secundaria[720].

---

[718] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 66 ss.; EL MISMO, "Zur Rechtfertigung…", 339, 345; MAÑALICH, *Nötigung…*, 72.

[719] Así, cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 73 ss.; EL MISMO, "Zur Rechtfertigung…", 339, 345 ss.

[720] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 74 ss.; de allí surge la explicación dogmática de la diferencia entre la imprudencia consciente y la inconsciente. La primera es aquella mediante la cual se fundamenta una imputación extraordinaria como "infracción de deber" por causa de una inobservancia de una obligación de previsión primaria. La segunda es aquella a través de la cual se puede fundamentar una imputación

La determinación de la "infracción de la obligación" depende de las capacidades individuales del destinatario de la norma, puesto que solo así cabe legitimar la imputación extraordinaria -en el sentido de un modelo de subrogación- frente al principio *ultra posse nemo obligatur*. Sin embargo, para determinar la obligación misma - es decir, la extensión de la medida referida al aseguramiento de la propia capacidad- son imprescindibles criterios objetivos. En la afirmación de la responsabilidad imprudente, que exhibe exactamente la estructura de una imputación extraordinaria en el nivel del injusto, lo dicho resulta significativo en un doble sentido.

Por un lado, no existe "infracción de la obligación" si está jurídicamente permitido omitir la acción de previsión que habría sido necesaria para el aseguramiento de la capacidad esperada[721]; se trata de las constelaciones de casos denominadas "riesgo permitido". En consecuencia, la incapacidad de actuar conforme a la norma, producto del no cumplimiento de la acción de previsión, excluye la imputación de una conducta típica como "infracción de deber" por causa de inobservancia de una obligación (*Obliegenheitsverletzung*)[722]. Desde el punto de vista dogmático, el "riesgo permitido"

---

extraordinaria recién por causa de la inobservancia de una obligación de previsión secundaria. En este sentido, la imprudencia inconsciente es una imprudencia de segundo orden.

[721] Como el sujeto está facultado jurídicamente para no ejecutar una acción de previsión, entonces no está obligado a realizar esa acción auxiliar y, así, procurar su capacidad para un eventualmente necesario seguimiento de la norma.

[722] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 69-70, donde pone de manifiesto que esta constelación de "riesgo permitido" debe ser diferenciada de la colisión de deberes, en la cual el destinatario no puede seguir varias normas al mismo tiempo (o bien seguir normas y aprovechar permisos), de modo que se debe decidir, según las reglas de la ponderación de bienes, a qué conducta el destinatario está obligado o facultado. La colisión de deberes, por tanto, presupone que el destinatario puede cumplir con cualquiera de las normas que colisionan a cargo de las otras o que podría cumplir en caso de capacidad de acción conforme a lo esperable. En el caso de riesgo permitido, el sujeto es incapaz de seguir la norma como consecuencia del no cumplimiento permitido de una acción de previsión. Por falta de deberes que colisionen (o bien de derechos y deberes), el riesgo permitido no constituye el resultado de una ponderación de bienes. Por el contrario, la norma infringida puede tener prioridad con relación a la que excluye la imputación. Así, en el tráfico viario, una ordenanza de tránsito puede impedir la imputación de un homicidio como "infracción de deber". Por ejemplo, si un conductor, que circula por su mano respetando la velocidad, divisa a un peatón que camina por la calle, entonces allí colisionan un derecho y un deber, cuando el conductor no puede simultáneamente mantener la velocidad permitida y evitar la lesión del peatón. Puesto que la prohibición de lesiones tiene preferencia jurídica con respecto al permiso de mantener una determinada velocidad, el conductor debe seguir la prohibición a costa del permiso. Si no frena y lesiona al peatón, entonces el permiso de mantener dicha velocidad no se opone a la imputación de la conducta antinormativa como "infracción de deber". Y ello, porque, como consecuencia de la ponderación de bienes, el permiso ya no existe más; el conductor ya no tenía más el derecho de mantener una determinada velocidad. Distinto es el caso, cuando el conductor divisa al peatón en un momento en el

constituye un criterio negativo de la imputación extraordinaria como "infracción de deber"; no excluye la tipicidad ni importa una causa de justificación. Se fundamenta en la siguiente consideración: el no aseguramiento jurídicamente permitido de la propia capacidad para el seguimiento de la norma no expresa indicio alguno de falta de lealtad al Derecho.

Por otro lado, el incumplimiento de una obligación de previsión solo sustenta una imputación extraordinaria como imprudencia, cuando el destinatario de la norma, a través de la ejecución de la acción de previsión esperada, se habría puesto en condiciones de evitar realmente la conducta antinormativa. No obstante, si no fuere este el caso, quedará excluida la imputación extraordinaria por imprudencia como sucede con la denominada "conducta alternativa conforme al deber", donde "conforme al deber" (*plichtgemäβ*) debe ser entendido como "conforme a la obligación" (*obliegenheitsgemäβ*). De este modo, una conducta objetivamente antinormativa no se imputa como "infracción de deber", cuando el sujeto, aun en caso de capacidad de acción conforme a la obligación, no hubiese estado en condiciones de actuar conforme a la norma[723].

Al igual que en el nivel del injusto, también cabe una imputación extraordinaria en el nivel de la culpabilidad, siempre que el déficit de imputación ordinaria se explique por la correspondiente "infracción de la obligación"[724]. Ello ocurre en los casos de *actio libera in causa*, así como en los de error de prohibición vencible y de error evitable sobre los presupuestos del estado de necesidad disculpante.

---

cual ya no puede impedir la lesión. Aquí ya no colisionan derechos y deberes, porque el conductor en ningún momento tiene la decisión entre el cumplimiento de su deber de omisión y el ejercicio de su derecho a mantener una determinada velocidad. Por ello ya no cabe analizar qué norma tiene prioridad. En el caso de riesgo permitido, la imputabilidad de una conducta típica como "infracción de deber" solo resulta excluida, en la medida en que la incapacidad no sea contraria a la obligación (*obliegenheitswidrig*), es decir, que sea producto de la permitida omisión de la acción de previsión. Si, por caso, el conductor hablase con su acompañante y, por ello, viese al peatón demasiado tarde, entonces para él existió la posibilidad de evitar el resultado, y ello en un momento en el que era capaz y estaba obligado -según la colisión de deberes resuelta a través de la ponderación de bienes- a reducir su velocidad para evitar la lesión. La infracción de una obligación, que ahora actúa como subrogado de la falta de capacidad, es la falta de atención producto de la conversación con su acompañante; la omisión de tal conversación es una acción de previsión para el aseguramiento de la capacidad de acción esperada del conductor. Cfr. también, EL MISMO, "Erlaubtes Risiko…", 197, 216; EL MISMO, "Der subjektive Tatbestand…", 447, 462.

[723] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 71 ss.

[724] Cfr. *idem*, 81 ss.

En suma, las estructuras de imputación extraordinaria permiten el reemplazo de la falta de imputabilidad en virtud de una deficiente capacidad para el seguimiento de la norma por la fundamentación de la propia responsabilidad por el déficit de responsabilidad respetivo. Desde una reconstrucción del hecho punible basada en la filosofía del lenguaje, las reglas de la imputación extraordinaria se caracterizan por impedir la posibilidad de invocar la propia incapacidad para el seguimiento de la norma, cuando el sujeto es responsable por ello. Por esta razón, la imputación extraordinaria representa una imputación ficticia.

Si la imputación sirve para la constitución del hecho punible como "contradicción de la norma", a través de la cual el sujeto expresa una reprochable falta de fidelidad al Derecho, entonces la imputación de responsabilidad penal también puede justificarse, cuando la expectativa penalmente relevante de reconocimiento de la norma de comportamiento resulta defraudada mediante un no aseguramiento -contrario a la obligación- de la propia capacidad de seguimiento de la norma.

7. Prescripción y adscripción como la gramática profunda del Derecho penal

7.1. La separación lógica entre reglas de comportamiento y reglas de imputación

La reconstrucción del hecho punible como "contradicción de la norma" se sustenta en la distinción analítica entre dos categorías: normas e imputación. Sin embargo, esta separación no se opone al reconocimiento de una relación pragmática entre ellas, ya que los conceptos "antinormatividad" e "imputación" se refieren recíprocamente, tal como surge de la siguiente explicación funcional. Por un lado, la aplicación de normas de comportamiento presupone una referencia pragmática a las reglas de imputación, toda vez que solo cabe hablar de la posibilidad de seguimiento de la norma, cuando su destinatario es capaz de acción y de motivación. Por su parte, el empleo de reglas de imputación también presupone una referencia pragmática a las normas de comportamiento, ya que el objeto de la

imputación penal siempre es una conducta solo identificable a través de la norma que debe ser seguida[725]. De este modo, la separación estricta entre prescripción - ordenar- y adscripción -imputar-, que constituye la base de la antinormatividad y de la imputación propiamente dicha, no implica una definición de esos conceptos como si fuesen átomos independientes. Antes bien, la separación lógica entre antinormatividad e imputación sirve para identificar y aclarar los componentes prescriptivos y adscriptivos de la punibilidad de una conducta.

Desde esta perspectiva, se afirma que antinormatividad e imputación constituyen elementos de la gramática profunda del Derecho penal, concepto este que se remonta a la filosofía del segundo WITTGENSTEIN, a través de lo cual definió la dimensión del uso de las expresiones del lenguaje que no se podían comprender con el oído[726]. La referencia a aquellos dos conceptos como la "gramática profunda" del Derecho penal solo quiere significar que ellos explican los componentes fundamentales de dicha práctica, a pesar de que su uso no se pueda comprender con el oído. Por tanto, una reconstrucción dogmática de la práctica penal, destinada a aclarar la diferencia entre las cuestiones de la antinormatividad y de la imputación, requiere el desarrollo de un sistema de categorías que se pueda deducir de la profundización de aquella distinción fundamental[727].

---

[725] Con relación a la referencia pragmática, cfr. HRUSCHKA, "Verhaltensregeln…", 449, 454; GÜNTHER, "Individuelle Zurechnung…", 143, 145.

[726] Cfr. WITTGENSTEIN, *Investigaciones…*, § 664, donde señala: "En el uso de una palabra, se podría distinguir una 'gramática superficial' de una 'gramática profunda'. Lo que se nos impone de manera inmediata en el uso de una palabra es su modo de uso en la construcción de la proposición, la parte de su uso -podría decirse- que se puede percibir con el oído. Y ahora compárese la gramática profunda de las palabras 'querer decir', por ejemplo, con lo que su gramática superficial nos haría suponer. No es de extrañar que nos sea difícil orientarnos". Sobre esto, cfr. MAÑALICH, *Nötigung…*, 75 nota 231, donde afirma que esos conceptos de WITTGENSTEIN sobre la gramática no se refieren, sin embargo, a los elementos sintácticos del lenguaje. Más bien se refiere a la descripción de los modos en los que se usan las expresiones lingüísticas.

[727] Cfr. Joachim HRUSCHKA, "Das Strafrecht neu durchdenken! Überlegungen aus Anlaß des Buches von George P. Fletcher, Rethinking Criminal Law", *Goltdammer`s Archiv für Strafrecht GA* 1981, 237, 241 ss. Según este autor, el objeto del análisis de la estructura del Derecho penal no son tanto las regulaciones del derecho positivo, sino, más bien, las categorías que pueden servir como base a las regulaciones del derecho positivo. Dicho con mayor exactitud: el sistema de dichas categorías. Aquí cabe partir sobre la base de un concepto de sistema exacto, tal como ha sido desarrollado en la lógica y en las matemáticas, donde un sistema se distingue de un simple montón de proposiciones a través de su carácter consistente y libre de contradicciones. Por ello, no puede quedar librado discrecionalmente a la teoría del delito si persigue o no la elaboración de un sistema, y ello, ante todo, en virtud del principio de no contradicción, que en el caso de la ciencia jurídica no solo comprende la no contradicción lógica, sino también la axiológica, es decir, la evitación de contradicciones valorativas. La renuncia a tal postulado -o sea, el reconocimiento como correcto o verdadero tanto de una proposición como de su opuesto- echaría por tierra cualquier pretensión de

Cuando se afirma que la separación entre norma y reglas de imputación tiene carácter de gramática profunda, solo se expresa que ella se encuentra en la base de las habituales categorías dogmáticas fundamentales. La distinción dogmática entre injusto y culpabilidad presupone la separación de las cuestiones relativas a la norma y a la imputación, y lo hace también cuando el injusto penal incluye una referencia a las capacidades individuales del sujeto[728]. La diferenciación entre injusto de resultado objetivo e injusto de acción subjetivo se explica exactamente como la separación entre las propiedades del injusto penal -del que depende la antinormatividad- y los presupuestos de imputación de una conducta como "infracción de deber" personal.

En tanto se parta sobre esta base, no puede sorprender que la reconstrucción de las condiciones para la responsabilidad penal sea considerada como una metateoría del Derecho penal independientemente del derecho positivo de que se trate[729]. Esta última afirmación se demuestra con el hecho que, en los sistemas jurídicos angloamericanos, la separación entre norma e imputación encuentra cada vez mayor atención desde el punto de vista teórico[730].

7.2. La distinción entre Parte General y Parte Especial

racionalidad inherente a cualquier actividad intelectual y haría de una teoría una simple estructura de fantasía sin interés alguno. El postulado de completitud sirve al aseguramiento de la consistencia en el sentido de no contradicción, en tanto esta consistencia solo pueda ser determinada positivamente en un sistema completo. Por tanto, resulta una obviedad que los conceptos utilizados deben ser claros e inequívocos, es decir, que no deben estar sometidos a redefiniciones arbitrarias. Solo el carácter inequívoco de los conceptos empleados permite un juicio sobre la consistencia o inconsistencia de las distintas proposiciones. Durante la primera mitad del siglo pasado, la ciencia penal buscó su modelo en la física a causa del gran desarrollo de las ciencias naturales. Pero si debería haber una ciencia comparable con la estructura del Derecho penal, entonces debería ser más bien la geometría antes que la física, comparación que, de cualquier modo, debe ser entendida con un poco de sano escepticismo, ya que el modelo estructural del Derecho penal no es matemática. Aquí debe ser buscado el nuevo modelo. A la vez, el modelo de la geometría explicita que una doctrina, cuando debe desarrollar un sistema de proposiciones completo y consistente, en modo alguno necesita ser cerrado.

[728] Cfr. KINDHÄUSER, "Der subjektive Tatbestand…" 447, 450.

[729] Cfr. HRUSCHKA, "Das Strafrecht neu durchdenken..." 237, 241 ss.

[730] Por todos, ver H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, second edition, Oxford University Press, Oxford, 2008, 6 ss.

La diferenciación entre normas de comportamiento y reglas de imputación importa un criterio cualitativo para distinguir entre las dos partes del Código Penal. En este sentido, la Parte Especial contiene las normas de comportamiento y sirve para la protección de los bienes jurídicos, mientras que reglas de validez y reglas de imputación integran la Parte General[731].

Esta diferencia cualitativa se basa en las funciones específicas que deben cumplir paradigmáticamente cada tipo de reglas[732]. Por cierto, aquí no se trata de cuestionar la usual distinción didáctica entre Parte General y Especial, que está orientada sobre todo a la estructura del Código Penal. Antes bien, junto con -o mejor dicho, debajo de- ese criterio superficial de separación, se trata de reconocer un parámetro más profundo que se refiera a la cuestión nuclear -normativamente distinta- de cada parte.

De la diferenciación entre prescripción y adscripción como juicios prácticos de distinto tipo resulta la separación funcional de las dos partes: la función de la Parte General consiste en identificar las condiciones generales de imputación de responsabilidad personal por la infracción de aquellas normas, cuya sistematización jurídica es función de la Parte Especial. Ello significa que las reglas adscriptivas de la Parte General son aplicables principalmente a cada forma de conducta, cuya antinormatividad debe ser determinada mediante las reglas prescriptivas de la Parte Especial[733]. Esta neutralidad de las reglas de imputación frente a la específica antinormatividad de la conducta imputable se puede denominar como la "formalidad materialmente ciega" de la Parte General. Sin embargo, ello no significa que la conformación de las reglas de imputación, a pesar de su neutralidad, sea libre de valoración[734]. De acuerdo con aquella diferenciación funcional, las reglas de

[731] Cfr. TIEDEMANN, "Zum Verhältnis…", 7, 11.

[732] Sobre la distinción entre cuestiones cualitativas y cuantitativas de las partes general y especial, cfr. VOGEL, *Norm und Pflicht…*, 302 ss.; Carlos GONZÁLEZ GUERRA, "¿Amenaza, coacción o libertad? Un propuesta de distinción entre los tipos penales de amenazas y coacciones", en *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, IJ-LXX-89 del 13-03-2014.

[733] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 20.

[734] Antes bien, las reglas de imputación, al igual que el correspondiente concepto de persona, son objeto de la deliberación política. En este sentido, cfr. GÜNTHER, "Individuelle Zurechnung…", 143 ss.; EL MISMO, *Schuld und kommunikative Freiheit…*, 214 ss.; EL MISMO, "Die Zuschreibung strafrechtlicher Verantwortlichkeit auf der Grundlage des Verstehens", *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band I: Legitimationen*, Lüderssen (Hrg.), Nomos, Baden-Baden, 1998, 319, 328 ss.; EL MISMO, "Strafrechtliche

imputación de la Parte General deben ser vistas como reglas secundarias, porque definen las condiciones bajo las cuales encuentran aplicación las normas de comportamiento de la Parte Especial en la fundamentación de la responsabilidad penal[735].

Esta comprensión de la relación entre ambas partes del Código Penal tiene importantes implicancias para la aclaración y clasificación de cuestiones dogmáticas. Así, por ejemplo, las causas de justificación deberían ser concebidas como parte integrante de la Parte Especial, en tanto se refieren al carácter prohibido o permitido de una determinada forma de conducta y no se relacionan con la cuestión de su imputabilidad[736]. Ante todo, ya se puede constatar que algunas causas de justificación solo son aplicables con relación a determinadas normas de comportamiento[737] . Pero más allá de ello, lo más importante es que se vinculan con las condiciones de permisión de una conducta que, de no mediar esas condiciones, sería antinormativa; algo que, por lo demás, debería ser obvio para un representante de la teoría de los elementos negativos del tipo.

La codificación de ciertas causas de justificación en la Parte General del Código Penal no obsta a lo expuesto anteriormente. Se trata de una técnica legislativa útil para fijar la prioridad de las correspondientes normas permisivas o de exención, que luego, bajo ciertas condiciones, excluyen determinadas normas de prohibición o de mandato. Así, la regulación de la legítima defensa y la del estado de necesidad justificante en la Parte General indica que las normas de permiso de la legítima defensa y del estado de necesidad justificante excluyen normas de prohibición penales bajo determinadas condiciones "generales". No obstante, la aplicación de las causas de justificación también presenta auténticas cuestiones de imputación. En este sentido, el error sobre sus presupuestos fácticos -error de tipo permisivo- o el error sobre su base normativa -error de prohibición indirecto- deben ser considerados como temas de la teoría de la Parte General[738].

Verantwortlichkeit in der Zivilgesellschaft", *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende*, Prittwitz (Hrgs.), Nomos, Baden-Baden, 2000, 27, 38 ss.

[735] Cfr. TIEDEMANN, "Zum Verhältnis…", 10 ss.

[736] Cfr. Michael S. MOORE, *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*, Clarendon, Oxford, 1997, 42 ss.

[737] Así, por ejemplo, los §§ 218a Abs. 2,3 y 193 StGB.

[738] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 111 ss.; VOGEL, *Norm und Pflicht…*, 72.

La implicancia más importante de la separación funcional consiste, sin embargo, en la prioridad lógica de las normas de comportamiento de la Parte Especial con respecto a las reglas de imputación de la Parte General. Ello significa, por un lado, que la Parte General no se puede concebir como una abstracción de la regulación de la Parte Especial. Pero, por otro lado, también significa que una generalización de la Parte Especial resulta inadmisible desde la perspectiva aquí desarrollada, porque importaría negar la diferencia tanto lógica como teleológica entre las reglas jurídicas que conforman el objeto de ambas partes respectivamente. Mientras que el lenguaje de gramática profunda de la Parte Especial es prescriptivo, el de la Parte General es adscriptivo[739], lo que permite deducir que la Parte Especial y la Parte General son irreductibles.

8. La punibilidad de la tentativa

El modelo de "infracción del deber" (*Pflichtwidrigkeit*) desarrollado por la teoría analítica-teleológica acarrea evidentes consecuencias para la punibilidad de la tentativa. En efecto, mediante la aplicación del silogismo práctico y presuponiendo su intención de actuar conforme a la norma, el conocimiento y el poder físico, presentes en el autor de tentativa, hacen que resulte prácticamente necesario omitir la conducta de tentativa. En consecuencia, según aquella concepción, la tentativa no es una categoría de la antinormatividad -puesto que falta la producción del resultado descripto en la norma de comportamiento-, sino una categoría de la "infracción del deber" (*Pflichtwidrigkeit*) y de la norma de sanción. La tentativa es una acción que infringe el deber y que no produce el resultado típico. Sin embargo, resulta legítimo su castigo, toda vez que en el autor de tentativa también concurre el fundamento de su punibilidad: la expresión del no reconocimiento de la norma.

Desde esta perspectiva, cabe apreciar que el injusto de la tentativa se determina de forma distinta del injusto del hecho consumado y que tiene una calidad propia. Por ello,

[739] Cfr. VOGEL, *Norm und Pflicht*…, 303.

resulta desacertada la objeción, en el sentido que esta concepción lleve a una imputación sin objeto de imputación: objeto de cada imputación es una conducta -ya sea antinormativa o conforme a la norma-, que el sujeto habría debido omitir -o ejecutar en caso de mandato-, si tenía la intención de actuar conforme a la norma[740].

Los defensores de la teoría del injusto personal argumentan que las normas del Derecho penal no prohíben causaciones de lesiones a bienes jurídicos, sino que prohíben acciones finales de lesión. Es decir, para la prohibición resultaría determinante -principal o exclusivamente- la finalidad de lesionar y no la lesión misma. En consecuencia, la finalidad de lesión podría ser concebida como un elemento común de todos los delitos, donde el ataque a un bien jurídico constituya el núcleo de la antinormatividad de todos ellos[741].

Identificando el dolo con la finalidad de lesión, parecería que esta concepción finalista logra fundamentar la antinormatividad de la tentativa, en virtud de una norma que establece "está prohibido querer matar a otro" y no de una que prescriba "está prohibido matar a otro". Si la conducta exhibe realmente los elementos de un homicidio resulta irrelevante para valorarla como prohibida: la prohibición ya se ha infringido con la voluntad de matar exteriorizada en la tentativa de homicidio.

No obstante, la teoría del injusto personal resulta insatisfactoria, tal como acierta la crítica de KINDHÄUSER[742]. Su incompatibilidad con el texto legal constituye la primera dificultad, ya que, por ejemplo, del homicidio imprudente del § 222 StGB surge con toda evidencia que no solo se prohíben tentativas de homicidio. Sin embargo, el problema verdadero es más profundo. Veamos: si la protección de bienes jurídicos se asume como criterio de corrección jurídica de lo debido y si se pretende coherencia sistemática, la norma de comportamiento, por la posibilidad del error, no puede hacer depender lo debido (*das Sollen*) de las representaciones del destinatario de la norma.

---

[740] Cfr. *idem*, 73-74.

[741] Por la teoría del injusto personal, cfr. Hans WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung*, 11° Auflage, de Gruyter, Berlin, 1969, 62; ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert…*, 143 y 199 ss.

[742] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 16 ss.

Aquí no solo cabe pensar en la prohibición de la tentativa inidónea -que no se puede legitimar a través la protección de bienes jurídicos-, sino también en el caso del garante de un bien que tiene la intención de menoscabarlo, pero que termina protegiéndolo por equivocarse en la elección del medio. Así lo ilustra, por ejemplo, el siguiente caso de la enfermera. Mediante una sobredosis del medicamento cardíaco prescripto, una enfermera intentó matar a su paciente -quien la había instituido como heredera-, pero justamente gracias a la administración de esa sobredosis le salvó la vida. En este ejemplo además, si la enfermera hubiese puesto el suficiente cuidado, habría podido efectuar una correcta evaluación de la situación y concluir que era necesaria la administración de la sobredosis, de manera que su omisión habría permitido imputarle la muerte del paciente como homicidio imprudente.

Con relación a este ejemplo, si identifica el querer (*das Wollen*) con lo debido o con el deber abstracto (*das Sollen*), entonces la enfermera obró en forma antinormativa; solo que ese deber no se puede fundamentar con la protección de bienes jurídicos, porque la norma prescribe exactamente lo contrario de aquello que debe ser hecho para la conservación del bien. Tampoco se puede objetar que la protección de bienes jurídicos resulta limitada necesariamente por el poder (*das Können*) del respectivo destinatario de la norma, o sea que la protección de bienes jurídicos dependa de lo realizable finalmente. Resulta que *ex hypothesi* la enfermera habría estado en condiciones de hacer lo necesario para la conservación del bien. Finalmente, no queda claro por qué la valoración del hecho desde la imprudencia arriba a un resultado opuesto, a pesar de que dolo e imprudencia difícilmente sean objeto de prohibiciones con distintas finalidades. Para superar estas dificultades, se debe concebir la protección de bienes jurídicos frente a lesiones y la finalidad de lesión como medidas contingentes, con la consecuencia que esta finalidad no es necesariamente objeto de una prohibición, cuyo fin sea evitar lesiones de bienes jurídicos[743].

[743] Cfr. *idem*, 17.

Si el destinatario estuviese vinculado a la norma solo en el marco de su poder (*Können*) -es decir, en el marco de su capacidad de acción y de motivación-, entonces habría que preguntarse si no se podrían prohibir solamente acciones e intenciones de lesión. Sin embargo, este razonamiento se basa en la confusión de los criterios de la norma y los criterios de la vinculación personal a la norma: el deber (*Pflicht*). El hecho que, en virtud del principio *ultra posse nemo obligatur*, el destinatario de la norma solo se vincule a ella en el marco de su poder (*Können*) significa simplemente que la responsabilidad por una conducta antinormativa presupone la posibilidad de actuar conforme a la norma. Si el sujeto, del que se presupone querer seguir la norma, no pudiese optar por la alternativa normativamente adecuada de una conducta antinormativa, no cabría la imputación como "infracción de deber" con relación a esta última conducta. Sin embargo, ello no importa afirmar que la antinormatividad de una conducta dependa de la capacidad del sujeto de actuar conforme a la norma. Lo jurídicamente correcto no constituye una función de la capacidad de realizar lo jurídicamente correcto. En consecuencia, se debe diferenciar entre la legitimación de la norma orientada a la protección de bienes jurídicos y la responsabilidad por el no reconocimiento de esa norma.

Por su parte, la tentativa es una categoría de la norma de sanción. Para fundamentar su punibilidad, es importante reiterar que la norma de sanción tiene una finalidad distinta a la de la norma de comportamiento. Tal como demuestra el ejemplo de la enfermera, la punibilidad de la tentativa no se puede legitimar directamente a través del criterio de la protección de bienes jurídicos, sino mediante la finalidad de la norma de sanción, a saber: la protección de la validez de la norma de comportamiento, es decir, su reconocimiento con eficacia para la acción. De allí que se pueda afirmar que las normas de sanción de los distintos tipos de delito son idénticas tanto en cuanto al contenido como a la finalidad[744].

A diferencia de lo que sostienen los partidarios de la teoría del injusto personal, la tentativa no es objeto de prohibición por la finalidad de lesionar, sino que se trata de una conducta mediante la cual el sujeto expresa su deficiente reconocimiento de la norma como razón para la acción. La tentativa es punible porque pone en tela de juicio la validez de la

[744] Cfr. *idem*, 20.

norma y porque, como "infracción de deber" culpable, constituye una "contradicción de la norma" (*Normwiderspruch*). En este sentido, la estricta separación entre norma de sanción y norma de comportamiento permite solucionar el ejemplo de la enfermera sin mayores dificultades. La prohibición de matar -norma de comportamiento- sirve para proteger la vida, mientras que la norma de sanción, por el contrario, tiene la tarea de asegurar el reconocimiento de esa prohibición con eficacia para la acción. Esta finalidad y no la de proteger bienes jurídicos- es la que contraviene la conducta de la enfermera: Si la norma de comportamiento hubiese sido razón eficaz para su acción, ella debió haber omitido administrarle una sobredosis del medicamente al paciente; por tanto, se le puede imputar su conducta como expresión del no reconocimiento de aquella norma de comportamiento, es decir, como "infracción de deber".

Desde esta perspectiva, la imprudencia -más exactamente, la inobservancia del cuidado necesario- también constituye un criterio para el aseguramiento del reconocimiento de la norma, que es fin de la norma de sanción, y no un elemento de la prohibición, que se legitima a través de la protección de bienes jurídicos. Como regla de excepción con respecto a la responsabilidad dolosa, la responsabilidad imprudente solo concurre cuando falta el dolo. Mediante el cumplimiento de la previsión necesaria se debe garantizar la capacidad para el seguimiento de la norma. Que la enfermera hubiera estado en condiciones de seguir la norma, si hubiese observado el cuidado necesario resulta irrelevante con respecto su manifestada voluntad de no reconocer la norma como razón vinculante para actuar -finalidad de la norma de sanción-. De acuerdo con su valor declarativo objetivo, la conducta de la enfermera no fue antinormativa; es más, ella se comportó exactamente como se debía comportar objetivamente para la protección de los bienes jurídicos. Sin embargo, en función del valor declarativo subjetivo, su conducta fue contraria al deber (*pflichtwidrig*): a pesar de su conformidad objetiva con la norma, desconoció su validez como motivo vinculante de acción y, por tanto, resultó legítimamente punible[745].

Todo lo expuesto a partir del ejemplo de la enfermera no implica afirmar que no se puedan armonizar las finalidades de la norma de comportamiento y las de la norma de

[745] Cfr. *idem*, 21.

sanción. Sin embargo, algo debe quedar en claro: el punto de referencia de la norma de sanción es la validez de la norma de comportamiento y no su contenido, que se legitima a través de la protección de bienes jurídicos. Por tanto, la tentativa es una categoría de la norma de sanción -de todos los tipos de delitos- y no una categoría de la norma de comportamiento.

Este razonamiento permite apreciar que distinción entre pérdida de validez y afectación de bien jurídico resulta de suma utilidad para el esclarecimiento de cuestiones dogmáticas como la punibilidad de la tentativa inidónea. Por ejemplo, resulta incorrecto formular la pregunta sobre la compatibilidad de la tentativa inidónea con respecto a la protección de bienes jurídicos. En tanto se sostenga que la lesión de bienes jurídicos es realmente el daño cuya evitación constituye la finalidad de la prohibición de lesionar, entonces, ya conceptualmente, se ve que la tentativa inidónea no puede ser dañosa. La imposibilidad de una afectación de bienes jurídicos es justamente su característica distintiva, de lo que permite afirmar que tentativa inidónea no puede ser punible por el menoscabo de un bien jurídico[746]. En cambio, si se repara en la finalidad de la norma de sanción -asegurar la validez de la norma y solo indirectamente proteger bienes jurídicos-, entonces una conducta puede ser punible cuando exprese un deficitario reconocimiento de la norma. La tentativa inidónea bien puede ser entendida en este sentido, si se la define como aquella conducta cuya alternativa el sujeto debió adoptar según la apreciación subjetiva[747] de los datos típicamente relevantes, en el caso que hubiese tenido la intención de actuar conforme a la norma[748].

---

[746] Cfr. *idem*, 135, donde objeta el recurso a la relevancia lesiva de la exteriorización de la voluntad delictiva para explicar la tentativa inidónea, ya que excluye la protección de bienes jurídicos como criterio de legitimación de las normas de comportamiento. Si es este el criterio que cabe asumir, entonces una conducta debe estar prohibida no por la voluntad delictiva del sujeto, sino por su real relevancia lesiva. De modo que si la protección de bienes jurídicos debe erigirse como criterio de legitimación de la punibilidad, entonces solo caben dos posibilidades. O se niega la punibilidad de la tentativa inidónea, o bien se la desvincula de dicho fundamento y se le destina a otro subsistema específico, sin que ello constituya un aporte a la dogmática de *lege lata*, tal como sucede en el caso de FRISCH, *Vorsatz und Risiko…*, 86 ss.

[747] No objetiva.

[748] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 36, donde también hace referencia a las normas de comportamiento flanqueantes. En efecto, se señala que, junto con las normas de sanción, también se pueden establecer directamente normas de comportamiento vinculantes con la finalidad de garantizar el seguimiento de otras normas de comportamiento. Por ejemplo, tales normas flanqueantes pueden prohibir la ejecución de acciones objetivamente idóneas como preparación de una infracción a la norma, o bien prohibir la realización u omisión de acciones de previsión (*Vorsorgehandlungen*) aptas objetivamente para el seguimiento de la norma.

En suma, el quebrantamiento de la vigencia de la norma, como única consecuencia susceptible de reparación simbólica, constituye el fundamento de la punibilidad de la tentativa. En otras palabras: se trata de una "infracción de deber" culpable, en el sentido de una contradicción de la norma" por su no reconocimiento como razón eficaz para la acción.

En lo fundamental, esta postura coincide con la denominada "teoría de la impresión" (*Eindruckstheorie*)[749], según la cual cabe afirmar la punibilidad de la tentativa cuando la exteriorizada voluntad hostil al Derecho resulta objetivamente idónea para conmover la confianza en la validez del ordenamiento jurídico y el sentimiento de seguridad jurídica. La "teoría de la impresión" se puede precisar sobre la base de la teoría de la prevención general positiva, para la cual el fin de la pena radica en reforzar la fidelidad al Derecho y la confianza en el ordenamiento jurídico, en el sentido de garantizar las expectativas en la observancia recíproca de las normas de comportamiento. De conformidad con ello, la tentativa resulta punible entonces cuando desautoriza la validez de la norma. Este es precisamente el caso del sujeto que, con su conducta, expresa inequívocamente que no quiere seguir la norma[750].

9. El desistimiento

9.1. Concepto

Aquí, es evidente que la finalidad relevante de la norma no solo es una protección indirecta de bienes jurídicos, es decir, mediado a través de la validez de la norma primaria. Antes bien, se refuerza la confianza en la validez de la norma primaria y, de este modo, se posibilita o asegura la planificación de acciones.

[749] Con diferentes acentos, cfr., entre otros, Johannes WESSELS / Werner BEULKE, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau*, 35°, neu bearbeitete Auflage, C.F. Müller Verlag, heidelberg, 2005, 219; JESCHECK/WEIGEND, *Strafrecht AT,* 513; LOS MISMOS, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, trad. de Miguel Cardonete, 5° ed. corregida y ampliada, Comares, Granada, 2002, 552; ZACZYK, *Das Unrecht…*, 126 ss.; Urs KINDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6° Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2013, 241-242.

[750] Con relación a las otras teorías relacionadas con el fundamento de la punibilidad de la tentativa, cfr. por todos JESCHECK/WEIGEND, *Strafrecht AT,* 512-514, y KINDHÄUSER, *Strafrecht…*, 241-242.

De acuerdo con la teoría analítica-teleológica, el contenido y el fin de la norma de sanción son iguales en todos los tipos de delitos. Ya ha quedado establecido que la finalidad de cada norma de sanción es garantizar el reconocimiento - con eficacia para la acción- de la respectiva norma de comportamiento. En correspondencia con esta finalidad, para todos los delitos valen los mismos criterios de imputación de una conducta como "contradicción de la norma" (*Normwiderspruch*).

Desde este punto de vista, resulta ociosa la pregunta por la delimitación -en cuanto al contenido- entre el dolo de lesión y dolo de puesta en peligro, ya que lo único relevante para esta distinción es el tipo penal como el objeto de las representaciones del autor. Según el concepto de puesta en peligro sostenido por la teoría analítica-teleológica, lo que un sujeto -que tiene la intención de evitar una lesión o una puesta en peligro- debe hacer u omitir es siempre lo mismo. Cuando el sujeto asume que, a través de su conducta, pone a un bien en una situación en la cual no se puede suprimir la relevancia lesiva de la condición que él colocó, debe omitir aquella conducta para evitar la lesión. La delimitación entre lesión y puesta en peligro se refiere al objeto y no a los criterios de imputación[751].

En este sentido, el desistimiento constituye un presupuesto negativo de la norma de sanción: en caso de desistimiento no se le aplica una pena al autor. Por tanto, no configura un elemento -negativo- del tipo ni una causa de justificación. Según este punto de vista, la determinación del desistimiento debe partir del fin de la norma de sanción y no de la finalidad de la norma de comportamiento: el desistimiento no se refiere al carácter prohibido de una conducta, sino a la responsabilidad penal por una contradicción de la norma. Lo expuesto permite ubicar sistemáticamente al desistimiento como una causa personal de supresión de la pena (*Strafaufhebungsgrund*).

[751] Cfr. KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 215. Esta posición es incompatible con la fundamentación de la prohibición a través de criterios de imputación y debe ser defendida contra la interpretación de la concreta puesta en peligro como una tentativa de lesión. Más bien, se trata de un resultado que, en determinadas situaciones, puede exhibir el carácter de acabado. En consecuencia, la posibilidad de arrepentimiento activo (*tätige Reue*) luego de la terminación de un delito de peligro concreto significa solo que la puesta en peligro -a diferencia de la lesión- constituye un estado susceptible de acabamiento.

Como la antinormatividad -material- de una conducta no es condición suficiente de la punibilidad -como demuestran las causas de disculpa-, tampoco la punibilidad es condición necesaria de la antinormatividad -material-. Por tanto, de la impunidad de una conducta -por ejemplo, en virtud de una causa de supresión de la pena - no cabe deducir la falta de antinormatividad -material- en aquella. Los motivos para la punibilidad o para la impunidad de una conducta no son criterios para fundamentar su prohibición. De nuevo se muestra que los criterios de la vinculación a la norma (*Pflciht*) deben ser separados estrictamente de lo debido (*Sollen*) y de su fundamento[752].

Desde esta perspectiva, asumiendo como premisa que fin de la pena es asegurar la validez de la norma de comportamiento, el desistimiento solo puede conducir a la impunidad cuando el sujeto revierte o rectifica el déficit de reconocimiento de la norma que su conducta ha puesto de manifiesto. Mediante la acción de desistimiento debe expresar que, en última instancia, quiere seguir la norma, de modo tal que ya no sea necesario restituir su validez aplicando una pena. A fin de cuentas, se puede seguir confiando en ella como pauta de conducta vinculante. El sujeto rectifica únicamente el valor declarativo subjetivo de su conducta, es decir, toma distancia de una contradicción de la norma ya iniciada. Vale reiterar que, según su valor declarativo objetivo, la tentativa no constituye una conducta antinormativa por falta de realización del tipo penal, mientras que en el delito consumado se verifica tanto antinormatividad como "infracción de deber" culpable.

Como rectificación de la "contradicción de la norma" (*Revision des Normwiderspruchs*), el desistimiento mismo debe ser atribuido mediante los dos niveles de imputación, al igual que la conducta que contradice la norma. En este último caso, el sujeto declara que no quiere lo debido (*Sollen*); cuando desiste, manifiesta que ahora quiere aquello no querido originariamente. Como consecuencia del primer nivel de imputación, debe ejecutar aquella acción que para él resulte prácticamente necesaria a fin de neutralizar la relevancia causal de su conducta previa para la realización del tipo. La voluntariedad se analiza en el segundo nivel de imputación y, al igual que la culpabilidad, se determina en forma negativa: no deben existir motivos evidentes que impidan interpretar la conducta

[752] Cfr. *idem*, 217-218.

como reconocimiento de la norma, sobre todo ninguna presión motivacional externa que prive de autonomía a la eliminación del déficit de lealtad del Derecho expresado en la tentativa. Por el contrario, en virtud del principio de neutralidad del Derecho, resultan irrelevantes la sinceridad y la pureza del motivo, ya que tampoco son consideradas para la comprensión de una conducta como reconocimiento de la norma[753].

9.2. Ubicación sistemática

A lo largo de esta investigación, se ha afirmado que la reconstrucción del hecho punible como "contradicción de la norma" (*Normwiderspruch*) se sustenta en la distinción analítica entre dos categorías: normas e imputación. Asimismo, se ha afirmado la existencia de una relación pragmática entre ellas, caracterizada por una recíproca referencia entre los conceptos "antinormatividad" e "imputación"[754], cuya separación lógica permite identificar y aclarar a los componentes prescriptivos y adscriptivos de la punibilidad de una conducta.

También se puso de manifiesto que la finalidad de la constitución del hecho punible está orientada al fin de la pena, razón por la cual la existencia del hecho punible requiere el cumplimiento de los presupuestos necesarios y suficientes para imponer legítimamente una sanción penal. Desde esta perspectiva, el fin de la sistematización dogmática es el esclarecimiento de la responsabilidad penal. En este sentido, como las reglas de imputación permiten interpretar la conducta como déficit de reconocimiento de la norma como razón eficaz para la acción -es decir, explican el hecho punible como contradicción de esa norma-, de su verificación depende la legitimidad y justicia de la respuesta punitiva. Por tanto, las reglas de imputación constituyen un complemento indispensable de las normas de sanción.

En este sentido, el desistimiento se vincula con la norma de sanción por su directa referencia a la responsabilidad penal por la contradicción de la norma que conlleva la

[753] Cfr. *idem*, 218-219.

[754] Así, la aplicación de normas de comportamiento remite pragmáticamente a las reglas de imputación, ya que solo cabe hablar de la posibilidad de seguimiento de la norma, cuando su destinatario es capaz de acción y de motivación. Por su parte, el empleo de reglas de imputación también presupone una referencia pragmática a las normas de comportamiento, ya que el objeto de la imputación penal siempre es una conducta que solo es identificable a través de la norma que debe ser seguida.

acción de tentativa. Desde esta perspectiva, constituye un presupuesto negativo de la norma de sanción, porque su concurrencia determina la no aplicación de una pena al autor, de modo que corresponde ubicarlo sistemáticamente como una causa personal de supresión de la pena (*Strafaufhebungsgrund*)[755].

Sin perjuicio de lo expuesto, desde un punto de vista meramente didáctico y asumiendo que la controversia sobre la estructura del delito apenas tiene consecuencias prácticas, resulta más coherente una estructura bipartita que la clásica tripartición entre tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad. Luce sistemáticamente más adecuado optar por dos categorías, que se puedan reconducir al campo de actuación de las normas primarias y secundarias[756] respectivamente. La decisión de construir las categorías sistemáticas sobre la base del ámbito de lo "prohibido" y lo "punible" ofrece, como ventaja, una mayor orientación teleológica, desde el momento en que se edifica desde los fines del Derecho penal[757]. Como corolario de ello, las dos categorías dogmáticas fundamentales deberían corresponderse con las dos decisiones político-criminales básicas, la norma primaria y la secundaria. En tal sentido, haciendo reserva de la necesidad de una investigación autónoma de esta problemática, cabe postular una bipartición integrada por dos categorías principales: el "injusto culpable" y la "punibilidad. La acción del desistimiento, que es posterior al inicio de la tentativa, ya no puede afectar la existencia misma del injusto de acción; puede operar únicamente dentro del ámbito de lo "punible", circunstancia que define,

[755] Con relación a la distinción entre causas de exclusión y de supresión de la pena, cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado DP PG*, 593 ss., y LOS MISMOS, *Strafrecht AT,* 551 ss.; ROXIN, *DP PG I*, 970 ss. y EL MISMO, *Strafrecht AT I*, 1036 ss. Por un lado, las causas personales de exclusión de la pena (*Strafausschließungsgrung*) son determinadas circunstancias que existen en el momento de la comisión del hecho y excluyen su punibilidad; por ejemplo, la impunidad de las expresiones parlamentarias, citada por la doctrina alemana. Por otro lado, las causas personales de supresión o levantamiento de la pena (*Strafaufhebungsgrung*) se verifican luego del surgimiento de la punibilidad y, por tanto, la eliminan retroactivamente. Se aprecia que, en las primeras, la exigencia de pena nunca llega a originarse; en las segundas, si bien se produce, es suprimida con posterioridad y con carácter retroactivo. La utilización del adjetivo "personales" indica claramente que la supresión beneficia únicamente al sujeto que desiste; de esta manera, se salva el problema del desistimiento y de la participación criminal.

[756] Incluyendo dentro de las normas secundarias a las reglas de imputación como complemento indispensable.

[757] Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación…*, 362-383. Este autor opta por la bipartición entre "antijuridicidad penal" y "sancionabilidad penal", incluyendo, en esta última, a la culpabilidad y la lesividad, en el sentido de resultado de lesión para el bien jurídico. No obstante, en su disertación inédita "La crisis de la teoría el Delito" -conferencia organizada por la Universidad Austral, el lunes 13 de noviembre de 2006, en Buenos Aires-, se refirió a la necesidad de un mayor desarrollo en el campo de la norma secundaria, aludiendo a "todo lo que viene después del injusto culpable".

precisamente, su ubicación sistemática dentro del ámbito de la norma secundaria o de sanción (*Sanktionsnorm*), es decir, dentro de la "punibilidad"[758].

9.3. El fundamento de la impunidad del desistimiento

Como punto de partida, cabe considerar que la impunidad del desistimiento se puede fundamentar desde dos grandes perspectivas, según se parta del fin de la norma de comportamiento o del fin de la norma de sanción[759].

Desde el punto de vista de la protección de los bienes jurídicos -fin de la norma de comportamiento-, la impunidad del desistimiento se base en la efectiva salvación del bien jurídico -u objeto de acción- puesto en peligro por la acción de tentativa. Se pone el acento sobre el "valor de resultado", de modo que evitar la lesión es lo único relevante. Desde el fin de la norma de comportamiento, la determinación del desistimiento se refiera al carácter prohibido de la conducta.

Desde el aseguramiento de la vigencia de la norma de comportamiento -fin de la norma de sanción-, quebrantada por la acción de tentativa, solo el restablecimiento de su validez podrá sustentar la impunidad del desistimiento. Esta perspectiva le otorga mayor relevancia al "valor de acción", puesto que la supresión de la pena dependerá de que la conducta de desistimiento pueda interpretarse como expresión de reconocimiento de la norma como razón eficaz para la acción. Desde el fin de la norma de sanción, la determinación del desistimiento se vincula con la responsabilidad penal por una contradicción de la norma.

---

[758] En el caso particular de la "punibilidad", el debate gira básicamente en torno al reconocimiento o no de su autonomía sistemática. Para un completo análisis del tema, cfr. GARCÍA PÉREZ, *La Punibilidad…*, 304-312, *passim*, donde el autor expone las diferentes posiciones, toma partido por su independencia sistemática y concibe a la principio de "subsidiariedad" como el criterio rector, al que materialmente pueden reconducirse todas las circunstancias que las legislaciones vinculan con el tema de la punibilidad.

[759] Puede comprobarse cierta correspondencia de ambas fundamentaciones con las orientaciones opuestas en torno a los fines del Derecho penal. Cfr., en este sentido, ALCÁCER GUIRAO, *Los fines…*, *passim*. Asimismo, la oposición entre aquellas dos fundamentaciones también es planteada por BLOY, "Zurechnungsstrukturen des Rücktritts…", 528, 530.

No resulta convincente la primera perspectiva que considera la salvación del objeto de acción amenazado como fundamento del privilegio del desistimiento. En primer lugar, es incompatible con el concepto de desistimiento de la teoría analítica-teleológica defendida en este trabajo. En efecto, toda vez que se lo concibe como presupuesto negativo de la norma de sanción, la mera referencia a esta determina la falta de plausibilidad del punto de vista de los bienes jurídicos. No solo confunde los fines de las normas de comportamiento y los de la norma de sanción, sino que implícitamente desconoce la distinción entre norma e imputación como categorías del hecho punible. Por lo demás, se torna inaplicable en el caso de tentativa inidónea, donde precisamente no hay nada que salvar[760].

En consecuencia, el fundamento de la impunidad del desistimiento debe buscarse partiendo de la norma de sanción. La corrección de esta segunda perspectiva deriva de una consideración lógica: los argumentos en favor de la supresión de pena en caso de desistimiento deben ser de la misma índole que aquellos que sustentan la punibilidad de la tentativa[761]. La razón es evidente, ya que, más allá de que tanto tentativa como desistimiento constituyen categorías de la norma de sanción, las consecuencias jurídicas del desistimiento consisten precisamente en desvirtuar las razones que fundamentan el castigo de la tentativa.

Por lo tanto, cabe afirmar como tesis de esta investigación que el fundamento de la impunidad del desistimiento consiste en la ausencia de necesidad de pena de la tentativa, porque el desistimiento suprime el fundamento de la punibilidad de la tentativa.

Para sustentar esta afirmación y como paso lógicamente previo a desentrañar la *ratio* de la impunidad del desistimiento, habrá que partir de la determinación del

[760] Tal como expone KINDHÄUSER, *Gefährdung…*, 218 nota 9, esta objeción también se aplica a la teoría del puente de oro y a la teoría del premio, en tanto ambas se basan en el argumento que el desistimiento resulta impune en pos de la protección de los bienes jurídicos.

[761] En sentido similar, cfr. JAKOBS, "El desistimiento...", 325; Uwe MURMANN, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, C.F. Müller, Heidelberg, 1999, 27 ss.; Bernd VON HEINTSCHEL-HEINEGG, "Versuch und Rücktritt", *Zeitschrift fur die Gesamte Strafrechtswissenschaft ZStW* 109 (1997), 29, 37.

fundamento de la punibilidad de la tentativa, es decir, las razones por las que resulta necesario aplicar una pena en caso de tentativa.

En esta línea, vale reiterar que, como categoría de la norma de sanción, la tentativa no se legitima directamente a través de la protección de bienes jurídicos, en tanto ella no resulta prohibida por la finalidad de lesionar. Su legitimidad deriva del fin de la norma de sanción, a saber: garantizar la validez de la norma de comportamiento, y su prohibición radica en que, como conducta, expresa su no reconocimiento como razón eficaz para la acción. La tentativa resulta punible porque importa una "contradicción de la norma" (*Normwiderspruch*), ya que la pone en tela de juicio, la desautoriza. Y dado que las normas de sanción de los distintos tipos de delito son idénticas en cuanto al contenido y la finalidad, el fundamento del castigo de la tentativa, de hecho, es el mismo que el de cualquier otro hecho punible: la necesidad de restablecer la vigencia de la norma menoscabada[762]. Así, tras la imputación de una conducta como "infracción de deber" culpable, con el consiguiente detrimento de la confianza intersubjetiva en la validez quebrantada, deviene necesaria la imposición de una pena al infractor para restablecer su autoridad normativa y reinstaurar entre los cosujetos la confianza en que esa norma sigue siendo una pauta válida de orientación, a pesar de su contradicción.

En suma, a diferencia de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, el quebrantamiento de la vigencia de la norma constituye el fundamento de la punibilidad de la tentativa como única consecuencia susceptible de reparación simbólica *ex post*, en tanto la imposición de la pena reafirma comunicativamente la vigencia de la expectativa de conducta como pauta vinculante, a pesar de su defraudación y de manera contrafáctica.

Desde esta perspectiva del fundamento de la necesidad de pena de la tentativa, cabe apreciar que el desistimiento se caracteriza por operar de igual modo que la pena. Con la acción de desistimiento como rectificación del déficit de reconocimiento de la norma -y al

[762] Cfr. ALCÁCER GUIRAO, *Los fines…*, 180 ss. Desde su concepción, la noción de la vigencia de la norma debe entenderse tanto en su vertiente fáctica, como confianza en que los demás ciudadanos respetarán las normas de conducta, como en su vertiente normativa -"validez"-, concebida como la afirmación por la pena de que la norma es una pauta de comportamiento correcta y vinculante, razón por la cual debe respetarse.

expresar que, en última instancia, la quiere seguir-, el sujeto manifiesta que se puede continuar confiando en ella como pauta de conducta vinculante, de modo tal que ya no sea necesario restituir su validez aplicando una pena. Al tomar distancia de una contradicción de la norma ya iniciada, el sujeto devuelve a *Alter* -los cosujetos- la confianza en que la norma será respetada, dado que su conducta evidencia que la norma ha ejercido su autoridad sobre él y, en consecuencia, ha retornado a la senda del Derecho[763].

De esta forma, el desistimiento cumple la misma función que la norma de sanción: restablece la vigencia de la norma de comportamiento y, por tanto, hace innecesaria la aplicación de una pena. Con el inicio de la tentativa, verificados los presupuestos de imputación, se configura irremediablemente el injusto de acción culpable y, en consecuencia, se ingresa en el ámbito de la responsabilidad penal del sujeto: lo punible -más allá que también ingrese en el ámbito de lo prohibido-. La conducta posterior de desistimiento, aun cuando deje intacta la existencia del aquel injusto de acción, restaura la validez de la norma y suprime la necesidad de pena de la tentativa, porque la pena innecesaria carece de fundamento legítimo. Ello permite concluir que el desistimiento constituye un subrogado de la pena, un "equivalente funcional" porque satisface su misma finalidad simbólica[764] y, en consecuencia, torna innecesaria su imposición.

9.4. La imputación del desistimiento y su requisito objetivo. Repercusiones prácticas del fundamento de su impunidad

[763] En esta línea, cfr. MURMANN, *Versuchsunrecht…*, 28.

[764] Cfr. ALCÁCER GUIRAO, *Estudios…*, 280, quien, sin embargo, señala que la concepción del desistimiento como subrogado de la pena no implica abandonar la protección de bienes jurídicos como fin esencial del Derecho penal, ni renunciar a una configuración del injusto de tentativa basada en el peligro para el bien jurídico. Desde su perspectiva, establece una nítida distinción entre los presupuestos para el castigo de la tentativa -el peligro para el bien jurídico como merecimiento de pena- y el fundamento de su sanción -el quebrantamiento de la vigencia de la norma como necesidad de pena-. Con relación al fundamento de la tentativa, cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Marcial Pons, Buenos Aires-Madrid-Barceloma, 2013, 350 ss. Sobre la distinción entre merecimiento y necesidad de pena, cfr. Frank ALTPETER, *Strafwürdigkeit und Straftatsystem*, Peter Lang, Frankfurt/M, 1990, *passim*; Diego Manuel LUZÓN PEÑA, "La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito", *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Tomo 46, I, Enero-Abril 1993, 21, 25.

Habiendo llegado a esta instancia, resulta conveniente volver sobre la regulación legal del desistimiento por parte de los ordenamientos jurídicos que constituyen el marco positivo de referencia. El § 24 StGB establece que: "…no será castigado por tentativa, quien voluntariamente abandona la ulterior ejecución del hecho o impide su consumación…", el art. 16.2 CP español dispone que "… quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado…" y el art. 43 CP argentino determina que "el autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito".

Estos textos legales establecen una doble exigencia:[765] la concurrencia de un requisito objetivo -eficacia como evitación de la consumación - y la de un requisito subjetivo -voluntariedad-, donde el primero se plantea sobre la base de la distinción entre tentativa acabada e inacabada. En este sentido, con relación a esta diferenciación se aprecia la existencia de un acuerdo generalizado: en la tentativa inacabada, el sujeto, según su representación, todavía no ha realizado todo lo necesario para producir el resultado, mientras que en la tentativa acabada sí ha efectuado todo lo necesario para la consumación, siempre según su representación. Por ello, las regulaciones alemana y española requieren expresamente para la tentativa inacabada: el abandono de la ulterior ejecución del hecho, mientras que para la tentativa acabada: la evitación de la consumación o del resultado.

Estas consideraciones preliminares conducen a otro de los puntos centrales de este trabajo: las repercusiones prácticas del fundamento de la impunidad del desistimiento. La posición que, sobre este se adopte, no solo se proyectará sobre los requisitos de eficacia y voluntariedad, sino sobre todas las variantes del desistimiento, especialmente al momento analizar las soluciones para los casos concretos que se presentan[766]. Sin embargo, en lo que aquí respecta, esta investigación se limitará al análisis específico del requisito objetivo de eficacia. Sin embargo, ello no importa desconocer la importancia de la voluntariedad; más

[765] Expresamente el § 24 StGB y el art. 16.2 del CP español e implícitamente el art. 43 del CP argentino.

[766] Por ejemplo, resulta especialmente relevante en la resolución de los supuestos de tentativa fracasada, susceptible de ser continuada ("*fehlgeschlagener Versuch*"), que constituyen, probablemente, la problemática que mayor atención ha recibido. En este sentido, cfr. JAKOBS, "La conducta…", 549, 561; ROXIN, *Strafrecht AT II*, 502-516; KINDHÄUSER, *Strafrecht..*, 257 ss.

allá que esta representa el requisito que más ha concitado la atención de doctrina y jurisprudencia[767], hasta el punto de haberse escrito mucho más sobre la voluntariedad que sobre el fundamento mismo del desistimiento, su tratamiento excedería con creces el objeto de este trabajo.

Planteado, entonces, el tema a ser analizado, cabe preguntarse ¿cuándo cabe afirmar la existencia de un desistimiento eficaz? Si la respuesta fuese "cuando se evite el resultado", entonces la misma pregunta se podría reformular en los siguientes términos: ¿cuándo se puede interpretar la acción del sujeto como evitación del resultado? Por cierto, este cuestionamiento da por sentado implícitamente que no siempre que se evita el resultado concurre un desistimiento eficaz. En este sentido, la tesis de partida será que solo se cumplirá con el requisito de eficacia cuando pueda imputársele al sujeto la evitación del resultado. El tema consistirá, entonces, en determinar cuáles han de ser estos criterios de imputación.

Y a pesar de que este análisis debería realizarse en forma separada respetando la distinción entre tentativa inacabada y acabada, en el mismo sentido que las disposiciones legales citadas, lo cierto es que la cuestión solo tiene relevancia práctica para la tentativa acabada, es decir, para los supuestos de desistimiento activo, en los cuales el sujeto ya ha realizado -según su representación- todo lo necesario para la realización del resultado. Por definición, en la tentativa inacabada el sujeto todavía ostenta el control del suceso de conformidad con preferencias normativas[768], es decir, mantiene el dominio del curso causal lesivo por él iniciado, de modo que evitar o no el resultado dependerá totalmente de su decisión de abandonar la ejecución ulterior del hecho o de continuar actuando[769]. Frente a estos, los supuestos de tentativa acabada se caracterizan porque el curso causal lesivo se

[767] Mientras que se le deparó una atención mucho más modesta al requisito de eficacia. Incluso, hasta no hace mucho tiempo, ni siquiera era objeto de análisis en la literatura de habla hispana.

[768] Como el criterio decisivo de atribución de responsabilidad por acciones y omisiones.

[769] Cfr. ALCÁCER GUIRAO, *Estudios…*, 262; HEINTSCHEL-HEINEGG, "Versuch und Rücktritt", 29, 52: en la tentativa inacabada, el no continuar con la acción importa ya la opción óptima para evitar el resultado. Y ello más allá de las discrepancias en torno a qué significa "abandonar la ulterior ejecución del hecho"; sobre esto, cfr. por todos KINDHÄUSER, *Strafrecht...*, 261.

encuentra fuera del dominio del sujeto, por lo que, para evitar el resultado, deberá iniciar otro curso causal que neutralice la relevancia lesiva de aquel.

De este modo, centrado el análisis de la cuestión en la eficacia del desistimiento de la tentativa acabada, ya se vislumbra que la solución dependerá de la perspectiva que se adopte con relación al fundamento de la impunidad del desistimiento. Si se parte de la protección de bienes jurídicos, lo importante será que evitar el resultado, en el sentido de la efectiva salvación del objeto de acción y, por tanto, alcanzaría con la mera colocación de una causa para que ello no se produzca, sin que tenga mayor relevancia la calidad de la acción intencional. Por el contrario, desde la perspectiva del fin de la norma de sanción, cuya corrección es defendida en esta investigación, se planteará la exigencia de una cierta cualidad o calificación de la conducta para que se le pueda atribuir el significado de rectificación de la contradicción de la norma.

Si la tentativa constituye una conducta a la que se le adscribe el carácter de una "infracción de deber" culpable, como un injusto personal de acción con una cualidad propia, y si el desistimiento consiste en su rectificación, en el sentido de reafirmar la validez de la norma contrafácticamente y a pesar de su contradicción, pareciera que la mera salvación del bien jurídico a través de la colocación de una causa para ello no permite interpretar al desistimiento como restablecimiento de la validez normativa. Con el inicio de la tentativa el injusto de acción ya quedó indefectiblemente afirmado -máxime en el caso de la tentativa acabada- y como tal no puede ser suprimido ni anulado. Lo único susceptible de reparación simbólica es la vigencia de la norma quebrantada y para ello el sujeto debe expresar que, a pesar de haberla infringido, ahora quiere seguirla, de manera que su conducta debe poner de manifiesto su fidelidad al Derecho.

Desde esta última perspectiva -que se asume como tesis-, cabe afirmar que, como rectificación de la "contradicción de la norma" (*Revision des Normwiderspruchs*) que revoca el déficit de reconocimiento ya expresado, el desistimiento mismo también debe ser objeto de imputación en los dos niveles, al igual que la conducta previa a la que se le atribuyó el carácter de "infracción de deber" culpable. La necesidad de aplicar las reglas de

imputación surge de una consideración lógica: cuando contradice la norma, el sujeto declara que no quiere lo debido (*Sollen*); cuando desiste, manifiesta que ahora quiere aquello no querido originariamente.

Por tanto, con relación al desistimiento y como consecuencia del primer nivel de imputación, el sujeto debe ejecutar aquella acción que para él resulte prácticamente necesaria a fin de neutralizar la relevancia causal lesiva de su conducta previa para la realización del tipo[770]. El segundo nivel de imputación se ocupa de la cuestión de la voluntariedad que, al igual que la culpabilidad, se determina en forma negativa: no deben existir motivos evidentes que impidan interpretar la conducta como reconocimiento de la norma. Sobre todo, no debe concurrir ninguna presión motivacional externa que prive de autonomía a la eliminación del déficit de lealtad del Derecho expresado en la tentativa, y, por imperio del principio de neutralidad del Derecho, la sinceridad y la pureza del motivo del desistimiento carecen de relevancia. En este sentido, se aprecia la correspondencia entre los dos niveles de imputación del desistimiento y los dos requisitos que establece su regulación legal.

En lo que sigue, para poder darle un cierre a esta primera investigación[771], corresponderá determinar qué características deberá tener la acción que neutralice la relevancia lesiva de la conducta previa de tentativa y que el sujeto debe realizar en virtud de primer nivel de imputación para cumplir con el requisito objetivo de eficacia. No obstante, previo a la correspondiente toma de postura, conviene hacer referencia a la discusión que suscitó este tema en la doctrina y jurisprudencia alemanas especialmente a partir de la década del 80 y que ido ganando en intensidad. En este sentido, en primer término, se expondrá los casos tratados por el BGH y, luego, se desarrollará los términos del debate en la doctrina alemana.

---

[770] Cfr. KINDHÄUSER, en *Gefährdung…*, 218, donde sostiene que el autor debe realizar la acción que le resulte prácticamente necesaria "um die kausale Relevanz sienes Vorverhaltens für die Tatbestandsverwirlichung abzuschirmen", lo que cabe traducir como "para neutralizar la relevancia causal de su conducta previa para la realización del tipo". En este sentido, cabe interpretar al verbo "abschirmen" en sus acepciones de "neutralizar", "aislar", "blindar".

[771] Lo cual, en modo alguno, significa agotarla. Solo importa poner término a un primer nivel de investigación bajo la reserva de su necesidad de profundización, tanto en cuanto a las cuestiones abordadas en ella como a las que quedaron abiertas. Ello debería ser objeto de trabajos futuros.

9.5. La jurisprudencia del BGH

A continuación, en forma cronológica, se mencionan los principales casos de la jurisprudencia del BGH, en los cuales resulta discutible la atribución de la evitación del resultado al agente; primero, se describe la situación de hecho y, luego, se expone la solución adoptada por el tribunal.

1) El "caso de la madre"[772].

El acusado, tras haber asestado una puñalada a su mujer, con dolo de matar, abandonó el lugar, pero antes exigió a su madre hacer todo lo posible para salvarla. A solicitud de aquella, el administrador del hospedaje se ocupó de la hospitalización de la víctima, quien, finalmente, pudo ser salvada.

La 3° Cámara Penal del BGH, que falló bajo la vigencia del antiguo § 46, no apreció la existencia de una acción de evitación y, por tanto, un desistimiento, a pesar de reconocer que el acusado puso en marcha el curso causal salvador. En tal sentido, señaló que el sujeto le había manifestado el pedido a su madre recién al abandonar el lugar, "sin haber permanecido allí y sin haber insistido, con vehemencia, en su solicitud", tampoco "indicó medida concreta alguna", "no exhortó a la urgencia" ni ejecutó los primeros auxilios o dio indicaciones para ello.

2) El "caso de la frenada"[773]

Con intención de matarla, el acusado impulsó su camión contra el auto de su ex novia, pero, en el último instante, atenuó el impacto mediante una frenada a fondo; aquella resultó ilesa.

[772] BGH MDR (D) 1972, 751, sentencia de la 3° Cámara Penal.
[773] BGH StV 1981, 514, sentencia de la 4° Cámara Penal.

La 4° Cámara Penal del BGH apreció un desistimiento voluntario, señalando que "el autor evita el hecho cuando inicia intencionalmente un nuevo curso causal, que, al menos, resulta también causal para la no consumación del hecho…, la posibilidad, de hacer más o de hacer alguna otra cosa para evitar la consumación del hecho con mayor seguridad", por ejemplo, esquivar el auto, no excluye el desistimiento.

3) El "caso del hospital" ("*Krankenhaus-Fall*")[774]

Con dolo eventual de matar, el acusado, al igual que en ocasiones anteriores, propinó una paliza brutal a su esposa porque no accedía a otorgarle el divorcio. Golpeó violentamente su cabeza con una botella de cerveza ocho veces al menos, con un pesado cenicero de cristal y finalmente con una silla, cuyas patas al romperse también fueron utilizadas como elementos contundentes. Al advertir que la mujer sangraba profusamente y que perdía el conocimiento, decidió poner fin a su agresión y llevarla al hospital, como lo había hecho en otras oportunidades. A unos 95 metros de la entrada del nosocomio, abandonó a la víctima para que llegara sola y se alejó del lugar. Esta, que ya había perdido el 30% de la sangre, fue encontrada inconsciente por unos transeúntes a unos 40 metros de la entrada, quienes la ingresaron al hospital, donde lograron salvarle finalmente de la muerte. Entre tanto, dudando si su mujer había podido llegar, el acusado regresó a las inmediaciones del lugar y comprobó que efectivamente aquella había accedido al hospital, por lo que retornó a su casa.

La 1° Cámara Penal del BGH denegó la exención de pena por desistimiento, porque, aun cuando al sujeto se le puede imputar la salvación de su mujer, las medidas fueron insuficientes a pesar de haber sido causales. En este sentido, se señaló que "él no debe conformarse con medidas que, como él reconoce, son (posiblemente) insuficientes, cuando tiene a disposición mejores posibilidades de evitación, las cuales debe agotar. Donde él pueda evitarlo, no debe ofrecer espacio alguno al azar. Si lo hace, él no evita la consumación del hecho a través de su actividad. El siempre acarrea el riesgo completo de la realización del resultado".

[774] BGHSt. 31, 46, 1 StR 873/81, sentencia de la 1° Cámara Penal, del 27 de abril de 1982.

4) El "caso del incendio" ("*Brand-Fall*")[775]

El acusado había prendido fuego la casa del matrimonio M, quienes se encontraban en un restaurante. Por remordimientos de conciencia, producto de la presencia de un niño pequeño en aquella vivienda, llamó al restaurante en forma anónima y, sin hacer mención alguna sobre el incendio, se limitó a indicar que "la señora M debería ir a su casa". Informada sobre tal llamado, esta se dirigió allí, descubrió el incendio y llamó a los bomberos, quienes pudieron apagarlo. Ya antes que estos aparecieran, el acusado había pasado por la vivienda para asegurarse de que el incendio había sido advertido y, al ver allí a la señora M, se marchó del lugar.

En este caso, la 2° Cámara Penal del BHG aceptó la concurrencia de un desistimiento voluntario, bajo utilización de la fórmula de la puesta en marcha intencional de un curso causal salvador y considerando como adecuada la acción del sujeto. Sin embargo, tuvo la precaución de señalar que el agente se había asegurado de que el incendio se había sido extinguido.

5) El "caso del vendedor de autos" ("*Schläfenschuß-Fall*")[776]

Mientras dormía en su despacho, el acusado disparó contra un vendedor de autos usados, a quien quería "castigar" por cuestiones de dinero. Al comprobar que aun estaba con vida, a pesar de sangrar profusamente, se alejó de la habitación y al cruzarse con dos empleados les dijo: "ustedes deberían ir a ver a su jefe, a quien le habría pasado algo". Los dependientes, que se dirigían al despacho alarmados por el ruido del disparo, llamaron a una ambulancia y lograron que su jefe fuera salvado en un hospital, aunque terminó perdiendo su ojo derecho.

[775] BGH, NJW 1985, 813, sentencia de la 2° Cámara Penal, del 7 de noviembre de 1984.
[776] BGH 33, 295, 4 StR 326/85, sentencia de la 4° Cámara Penal, del 22 de agosto de 1985; cfr. también JR 1986, 420.

La 4° Cámara Penal del BGH descartó la posibilidad de un desistimiento, "por la ausencia de la causalidad o co-causalidad de la conducta del acusado en la evitación del resultado…La indicación no fue causa del salvamento, porque los dos empleados habían escuchado el ruido del disparo y se dirigían a la oficina para ver lo sucedido. Por ello, el auxilio, que condujo a la evitación del resultado, tuvo lugar sin participación del acusado". En suma, el BGH estableció como requisito mínimo la relación de causalidad entre la acción del sujeto y la evitación del resultado, en tanto exigió que "inicie un curso causal nuevo, que contribuya causalmente a la no consumación del resultado".

Asimismo, el BGH señaló que "no es necesario que el autor mismo lleve a cabo las medidas de auxilio necesarias, desde su perspectiva. Alcanza con procurar una ambulancia, cuyos integrantes estén en condiciones de salvar al herido. De otra forma, el autor también puede servirse de la ayuda de terceros o del mismo herido de ser posible. De cualquier manera, cuando como aquí está en juego una vida humana, se deben establecer altas exigencias. El autor de debe esforzar por la mejor medida posible para la evitación del resultado. Si el mismo no auxilia, entonces debe cerciorarse, por lo menos, de que dispongan lo necesario las personas que lo hacen. Esto es precisamente lo que no ha hecho el acusado. Más bien, él ha dejado las medidas de salvamento a los empleados de la víctima; no les hizo sugerencias ni se aseguró que ellos hubieren tomaron algún tipo de medidas necesarias para la evitación del resultado. Por ello, pudiendo evitarlo, dejó espacio al azar. Su esfuerzo para la evitación del resultado no alcanza".

6) El "caso de la guía telefónica" ("*Telefonbuch-Fall*")[777]

El acusado hirió de gravedad a su padre, luego de asestarle varias puñaladas con un cuchillo de cocina. Al rogarle la víctima que llame a una ambulancia, el sujeto se puso a hojear la guía telefónica, hasta que dejó de hacerlo porque no encontraba el número. En ese momento, le alcanzó el teléfono al padre, quien, a pesar de su estado, consiguió llamar a un médico de urgencia a través del número de emergencias, salvándose la vida.

[777] BGH, JR 1986, 423, sentencia de la 4° Cámara Penal, del 5 de diciembre de 1985.

La Cámara Penal 4° del BGH parece contentarse aquí con la mera relación de causalidad; se limitó a señalar que, para negar la exención de pena, "no puede oponerse al autor que podía haber empleado otro medio de salvación". Para arribar a dicha conclusión, se procedió a distinguir si el padre, a pesar de las heridas, habría podido alcanzar el teléfono por sus propios medios, o si la llamada telefónica fue posibilitada por la intervención causal del hijo, opción esta que se terminó aceptando para afirmar el desistimiento.

7) El "caso del veneno" ("*Gift-Fall*")[778]

La acusada intentó matar a su marido suministrándole una dosis mortal del veneno "E-605". Ante la enérgica solicitud de aquel, porque la sustancia ya había comenzado a producir sus efectos, la mujer llamó a un médico de urgencia, pero omitió manifestarle que la ingesta era veneno; se limitó señalar que había tomado café y unas píldoras de color azul. No obstante, el médico consiguió salvarle la vida.

La 2° Cámara Penal del BGH descartó la existencia de un desistimiento por falta de voluntad de salvación y porque la mujer había omitido "contribuir en mayor medida a la evitación del resultado lesivo". En un comienzo, se apreció la realización de lo necesario para la salvación de su esposo, en tanto la mujer había iniciado inmediatamente las medidas de auxilio. Pero dicha "voluntad de salvación" fue abandonada en un punto luego de la llegada del médico, porque era posible y, a su vez, necesario hacer más para salvar a su cónyuge. Concretamente, se hizo mención a la falta de advertencia al profesional sobre el hecho mismo del envenenamiento. En tal sentido, se indicó que "la exención por desistimiento en la tentativa acabada decae cuando el autor, no obstante realizar lo necesario desde su punto de vista para salvar a la víctima, omite la realización de una contribución posterior, aun sabiendo que es necesaria para que la acción de salvación sea exitosa".

8) El "caso del acompañante"[779]

[778] BGH, NStZ 1989, 525, sentencia de la 2° Cámara Penal, del 1° de febrero de 1989.

El acusado, con dolo de matar, apuñaló a su novia en el estómago, hiriéndola de gravedad. Luego de impedir, en un principio, que llamara al médico, terminó accediendo a ello y además bajó a esperarlo en la calle. Cuando llegó, el acusado lo acompañó hasta el piso que habitaban y lo condujo hasta donde se encontraba su novia, quien yacía inconsciente. Mediante la intervención del médico se pudo salvar la vida de la víctima.

El BGH denegó el desistimiento, porque no se le podía atribuir al sujeto la evitación del resultado, toda vez que el médico podría haber accedido a la habitación de la víctima sin necesidad de que el novio le acompañare.

9) El "caso del bate de béisbol" ("*Baseballschläger-Fall*")[780]

El acusado se dirigió al domicilio de su rival sentimental, a quien descubrió intimando con su ex novia. Preso de celos, tomó un bate de béisbol y le asestó tres golpes en la cabeza con dolo eventual de muerte hasta que aquel cayó inconsciente. Se llevó por la fuerza a su ex novia, aunque luego de dos minutos de viaje, esta pudo convencerlo de retornar. El acusado la dejó en el domicilio de la víctima para que se ocupara de que lo llevasen al hospital, a donde finalmente pudo trasladarlo una ambulancia, llamada por la mujer. Luego de una operación compleja de urgencia, se le pudo salvar la vida.

En este caso, la 5° Cámara Penal del BGH afirmó un desistimiento voluntario, señalando que no eran relevantes la falta de voluntad de salvación inicial ni el alejamiento

[779] BGH, NWJ 1990, 3219, sentencia del 15 de mayo de 1990. Un caso similar se registra en la jurisprudencia argentina, donde el sujeto, con dolo directo de matar, disparó un tiro de escopeta a quemarropa sobre el rostro de su concubina, a quien acusaba de infidelidad. Luego de alejarse del lugar y de permanecer por más de una hora dentro de un galpón con intenciones suicidas, regresó a la vivienda rural y, al comprobar que la mujer aun vivía, fue en busca de auxilio médico al pueblo, ubicado a unos seis kilómetros de distancia. La víctima pudo ser salvada, aunque sufrió heridas gravísimas. En este caso, la mayoría de la Cámara de Apelaciones en lo Penal de Rafaela descartó la existencia de un desistimiento voluntario, combinando argumentos causales con el dominio del hecho. En tal sentido, señaló que "No se puede desistir a los fines penales cuando el dominio del hecho quedó fuera del control del autor porque él mismo lo interrumpió al alejarse luego de cumplimentar el plan elaborado, siendo, la ulterior actuación, un elemento que no integra el hecho penal". Por su parte, el voto en minoría afirmó el desistimiento, sosteniendo que alcanzaba con el inicio de un curso causal salvador que termine, efectivamente, evitando el resultado; cfr. CPenalRafaela, "Flores, Facundo", del 7-11-02, publicado en La Ley 2004-A, 246.

[780] BGH, NWJ 1999, 128, sentencia de la 5° Cámara Penal, del 9 de diciembre de 1998.

del lugar de los hechos. También estimó indiferente la evaluación si el autor había podido hacer más para salvar a la víctima.

10) El "caso de las minas en la zona de frontera"[781]

Un fugitivo, al atravesar el campo minado de la frontera de la ex República Democrática Alemana, fue herido gravemente por un explosivo que detonó, permaneciendo en esas circunstancias por una hora y media hasta que fue cargado en un transporte militar y tratado por médicos militares, los únicos autorizados para ello. Finalmente pudo ser salvado en un hospital. La cuestión debatida era si los responsables de la colocación de las minas en la frontera, a quienes en caso de la muerte de los fugitivos se los consideraba autores mediatos bajo aparatos organizados de poder, podían invocar un desistimiento liberatorio en este caso particular.

El BGH, a pesar de admitir que habían aceptado la posibilidad de la muerte debido a la tardanza en el rescate, afirmó la existencia de un desistimiento, para lo cual consideró suficiente la causación imputable del salvamento, a la vez que desechó la exigencia de la prestación óptima. En este sentido, señaló: "Si en el marco de una orden de matar, dentro de un sistema organizado de poder, para el caso de una muerte tentada se libra la orden de salvar en lo posible a la víctima de dicha tentativa (acabada) de homicidio, entonces el rescate exitoso de la persona beneficia al acusado como autor mediato bajo el punto de vista de un desistimiento de la tentativa".

11) El "caso de amenaza de explosión por gas"[782]

Con intención de suicidarse, el acusado abrió dos llaves de gas en su departamento, ubicado en la planta baja de un edificio con doce viviendas familiares, conformándose, en ese momento, con la posibilidad de la producción de consecuencias mortales para sus vecinos. Luego de un tiempo, cambió de parecer, llamó telefónicamente a los bomberos y a

[781] BGH NStZ 1999, 238.
[782] BGHSt 48, 147, 2 StR 251/02, sentencia de la 2° Cámara Penal, del 20 de diciembre de 2002.

la policía, indicando su nombre y dirección y manifestando que no quería ocasionar daños a aquellos. A pesar de ello, no cortó las llaves de gas, tal como se lo habían solicitado los bomberos; luego de los llamados telefónicos, cayó inconsciente. Minutos después, los bomberos evacuaron a cincuenta vecinos y cortaron el gas. La capacidad de generar una explosión de la mezcla del gas no pudo ser constatada en la causa.

La 2° Cámara Penal del BGH afirmó la existencia de un desistimiento voluntario. En tal sentido, señaló que "si la acción dirigida a la evitación del resultado se muestra exitosa y es causal de la evitación de la consumación, no importa si el autor tenía a disposición posibilidades de evitación más rápidas o seguras; la exigencia del 'esfuerzo serio' del § 24.1, segunda parte, StGB no rige en este caso". Agregó que "solo es necesario que el autor abandone su dolo de consumación totalmente; en caso de dolo eventual, que no se conforme más con el resultado reconocido como posible, y que él -exitosamente- elija una posibilidad de salvación, que considere apropiada para evitar la consumación".

Como cabe apreciar en todos estos precedentes reseñados, se trata de valorar la existencia de desistimiento de tentativas de homicidio, la mayoría cometidas con dolo eventual y en las que la vida de la víctima se encuentra en grave peligro. Queda claro que algunos supuestos podrían resolverse a través del requisito subjetivo, ya sea excluyendo la voluntariedad, ya sea negando la existencia de un verdadero dolo de salvación, al aceptar el mismo sujeto que su acción no implicaba una posibilidad muy elevada para evitar el resultado lesivo (dolo eventual). Ello, sin embargo, no obsta a la corrección metodológica de analizar estos supuestos a partir del requisito objetivo de eficacia, perspectiva de aproximación utilizada por el BGH, especialmente a partir del "caso del hospital". Aun así, cabe advertir en sus pronunciamientos que, en ocasiones, también se incluyen conjuntamente consideraciones de carácter subjetivo. Por esta razón, es preferible abordar primero el tema desde el aspecto objetivo y, recién cuando se llegue a afirmar la concurrencia del elemento eficacia -imputación de primer nivel-, corresponderá considerar la imputación del segundo nivel: la voluntariedad.

9.6. El debate de la doctrina alemana

La intensa discusión sobre los requisitos objetivos de la acción de desistimiento, suscitada en el seno de la literatura alemana, puede reconducirse a tres grandes concepciones que se encuentran presentes, de un modo u otro, en aquellos pronunciamientos del BGH. Su clasificación responde a los distintos niveles de exigencia con relación a los criterios de imputación, así como al peso relativo que ostentan el valor de resultado y la calidad de la acción. En algunos casos, se recurre a consideraciones vinculadas con la *ratio* de la impunidad del desistimiento, mientras que, en otros, priman argumentos dogmáticos. En lo que sigue, se expone las tres posturas principales: primero, aquella que se limita a la mera exigencia de una relación de causalidad natural; en segundo lugar, la que además exige el incremento de las chances de salvación del bien jurídico; y, en tercer lugar, la que reclama la acción óptima. Por último, se desarrollará la toma de postura de esta investigación sobre la base de la teoría analítica-teleológica.

9.6.1. La exigencia causal

No hay duda alguna sobre la necesidad de una relación causal, como requisito mínimo, entre la acción del sujeto que desiste y la evitación del resultado. En efecto, tal como toda la doctrina pone de manifiesto, la causalidad está implícita en la exigencia que el sujeto evite la consumación, prevista expresamente en el art. 16.2 del Código Penal español y en el § 24 del StGB[783] e, implícitamente, en el art. 43 del Código Penal argentino. Cuestión distinta es si, además, dicha exigencia alcanza para erigirse en único requisito objetivo del desistimiento.

Al menos hasta comienzos de la década de los noventa, la mayoría de la doctrina alemana[784], también la española[785], se limitó a exigir la relación de causalidad entre acción

[783] En este sentido, cfr. ROXIN, *Strafrecht AT II…*, 546, señala que "no hay duda que la evitación del resultado presupone, como mínimo, una relación de causalidad del autor de tentativa para con aquella evitación"; ALCÁCER GUIRAO, *Estudios…*, 269.

[784] Cfr. JESCHECK/WEIGEND, *Tratado DP PG*, 587, nota 40, y LOS MISMOS, *Strafrecht AT,* 546, nota 40; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht AT*, 241.

y evitación de la consumación, sin indicar expresamente la necesidad de algo más. En otras palabras, se fundamentaba "por omisión" la suficiencia de la causalidad para otorgar la exención de pena[786], junto con el resto de los aspectos subjetivos.

Sin embargo, desde un sector de la doctrina alemana se defiende expresamente la corrección político-criminal de la causalidad como requisito objetivo único. En tal sentido, se esgrimen dos argumentos principales. Por un lado, el mismo tenor literal de la norma -"evitar el resultado"- implica la necesidad y suficiencia del curso causal. Por otro lado, desde el punto de vista teleológico, se alude a la necesidad de proporcionar al autor, en aras de la posibilidad de salvación de la víctima, un "puente de plata" para la evitación del resultado, el cual se debe mantener todo el tiempo que sea posible. Desde esta perspectiva, solo el burdo criterio "está bien, lo que bien acaba" justifica la regulación del desistimiento[787].

En cuanto a la jurisprudencia del BGH, se puede apreciar que, en el "caso del vendedor de autos", se utilizó la inexistencia de la relación de causalidad para negar el desistimiento, sin perjuicio que, en el desarrollo argumental, parece haberse adoptado una posición cercana al aumento de la probabilidad de salvación. Dentro la línea causal, en el "caso de la guía telefónica", el BGH se conformó con la mera causalidad, al señalar que "no puede oponerse al autor que podía haber empleado otro medio de salvación". También el "caso del acompañante", exhibe argumentos propios de esta concepción, cuando que el

---

[785] Incluso, en la actualidad, la jurisprudencia española sigue aferrada a los criterios causales, tal como puede apreciarse a través de la STS del 17 de septiembre de 2001 (res. 1573/2001), STS del 3 de abril de 2001 (res. 818/2001), STS del 17 de mayo de 2002 (res. 873/2002) y STS del 16 de diciembre de 2002 (res. 2126/2002); en esta última se afirma que "el desistimiento activo opera incluso cuando la conducta activa de quien desiste es eficaz a través de la actuación de otras personas, siempre que el autor del hecho delictivo, ejecutado totalmente pero aun no consumado, sea quien provoca con su conducta personal y voluntaria la actuación de quienes prestaron el auxilio correspondiente".

[786] Cfr. ALCÁCER GUIRAO, *Estudios…*, 270-271, quien, a pesar de propiciar la teoría de la máxima seguridad de salvación, señala que "en principio, nada impediría partir de una consideración exclusivamente limitada al (valor de) resultado en el desistimiento, y hacer depender la exención de pena de un elevado margen de azar", paréntesis en original. El autor agrega que la garantía de exigir, en la configuración del injusto, que lo prohibido se delimite desde lo previsible, es decir, que el azar -lo imprevisible- no pueda justificar el injusto, no implica necesariamente que el azar no pueda venir a eximir de pena. Ello, precisamente, acontece en el caso del delito imprudente y en la reducción obligatoria, en caso de tentativa, de la pena del delito consumado.

[787] Cfr. PUPPE, "Der halbherzige Rücktritt...", 490; en sentido similar, cfr. WEINHOLD, *Rettungsverhalten...*, 30.

médico igualmente hubiera podido llegar hasta la víctima, sin necesidad de ser acompañado por el acusado. De igual forma, cabe apreciar una fuerte influencia de la teoría causal en el "caso del bate de béisbol".

9.6.2. La teoría del "incremento de la probabilidad de salvación" (*Chancenerhöhungstheorie*)

Esta concepción, denominada "teoría del incremento de chances" ("*Chancenerhöhungstheorie*"), se ha abierto paso en los últimos años a partir de la recepción de los criterios propios de la teoría de la imputación objetiva[788]. Además de la relación causal, se exige, por un lado, que la acción aparezca -desde un punto de vista *ex ante*- adecuada para evitar la producción del resultado (criterio de previsibilidad), es decir, que incremente las posibilidades de salvación, y, por el otro, que dicho incremento sea el que se realice en el resultado "evitación".

Desde esta perspectiva, el sujeto puede decidirse por cualquier opción, mientras se la considere "adecuada". Por tanto, no es preciso que se escoja a la alternativa óptima: perfectamente puede tratarse de la variante menos "adecuada". Asimismo, desde el punto de vista temporal, puede dejar transcurrir varios momentos aunque se disminuyan las posibilidades de éxito, mientras realice, aun en el último instante, una acción adecuada *ex ante* para evitar la consumación.

Motivada por el desarrollo de la teoría de la imputación objetiva en el injusto, esta concepción exhibe una creciente acogida por parte de la doctrina[789]. Esta importante

[788] Para una concepción crítica de la denominada teoría de la imputación objetiva, con la que cabe coincidir, cfr. KINDHÄUSER,"Der subjektive Tatbestand…", 447-468.

[789] Cfr., entre otros, RUDOLPHI, "Rücktritt... ", 508, 511; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht AT*, 241-242, donde expresan que "la consumación o no consumación no deben depender del meramente del azar"; SCHÖNKE / SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch…*, § 24/59; STRATENWERTH, *Derecho Penal..*, 364, donde señala que "...no hay ninguna razón para exigirle al autor una conducta *óptima* de evitación…Lo que se le puede exigir es, solamente, que pueda serle imputado a él, como su obra, la falta de consumación del hecho". Para ROXIN, *Strafrecht AT II…*, 552, se trata de la teoría de mayoritaria acogida dentro de la doctrina y jurisprudencia alemanas. En cuanto a la literatura argentina, existen concepciones compatibles con esta posición doctrinal que, si bien no aluden expresamente al requisito objetivo del desistimiento, tratan el tema, indirectamente, bajo la exigencia de voluntariedad. Así, por ejemplo, RIGHI, *Derecho Penal PG*, 428-429, se refiere a la

aceptación se manifiesta especialmente a partir de la premisa de la "relación simétrica" entre tipo de injusto y el desistimiento, según la cual este es concebido como la "inversión" de aquel. Toda vez que el peligro generado para el bien jurídico se erige como fundamento del injusto, la impunidad del desistimiento se funda en la "reversión" de aquel peligro. Para la realización del resultado típico, es suficiente la creación de un riesgo no permitido que luego se realice en el resultado, aunque no se trate del riesgo máximo. Por tanto, se corresponde con esta lógica exigir, para la evitación de la consumación, solo la creación de una chance de salvación, que luego se realice en el resultado evitación. Dicho de otro modo, para la evitación del resultado deben regir los mismos principios de imputación que para su producción[790].

Desde un sector de la doctrina, se llama la atención sobre la proximidad de esta teoría con la concepción causalista. Más allá de las diferencias del planteo, aquella comparte muchos argumentos de esta como, por ejemplo, la defensa del criterio "bien está, lo que bien acaba" o el recurso al tenor literal de la disposición legal; se llega, incluso, a asumir esta concepción como una mera corrección basada en la causalidad. Aquella proximidad se evidencia, aun más, desde el punto de vista práctico: será muy difícil encontrar casos en que, requisitos subjetivos mediante, la efectiva evitación causal del resultado pueda considerarse imprevisible. Mucho más, cuando no se establecen exigencias

---

adecuación de las acciones de evitación, al considerar la posibilidad de desistimiento de la tentativa acabada. También Raúl ZAFFARONI / Alejandro ALAGIA / Alejandro SLOKAR, *Derecho Penal, Parte General*, 2° ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, 840-845, desarrollan los requisitos del desistimiento sobre la base exclusiva de la voluntariedad. No obstante, al admitir, con referencia al art. 43 del Código Penal argentino, la distinción entre tentativa acabada e inacabada, aluden a la necesidad de impedir la consumación del delito. Y, en este sentido, se pronuncian por el requerimiento de una "actividad seria y adecuadamente encaminada a evitar el resultado", aun cuando también otorguen virtualidad eximente de pena al supuesto de consumación en virtud de una desviación esencial del curso causal respecto de lo imaginado por el autor. Sin embargo, para estos casos parecería que los autores exigen una algo más que la mera adecuación, toda vez que afirman: "si el resultado igualmente sobreviene habrá que considerar si el curso de acción con el fin de evitación era seguro *ex-ante* (evitabilidad segura)", paréntesis en original.

[790] Cfr. JÄGER, *Der Rücktritt...*, 63-96. Asimismo, cfr. ALCÁCER GUIRAO, *Estudios…*, 273, donde señala que, aun cuando no todos los partidarios de la teoría del incremento de posibilidad de salvación han vinculado aquella simetría con el fundamento de la impunidad del desistimiento, como sí lo hace JÄGER, establece una cierta relación entre los defensores del criterio causal y la teoría del "puente de oro", por un lado, y los que propician el criterio de previsibilidad y las concepciones cercanas a los fines de la pena, por otro.

muy elevadas en cuanto al grado de adecuación de la conducta, tal como sucede con los defensores de esta concepción[791].

En el marco de los pronunciamientos del BGH, en el "caso de la frenada", se señala que la posibilidad de hacer algo más seguro, como esquivar el auto, no excluye el desistimiento. En el "caso del incendio", el tribunal se conformó con que la acción fuera adecuada para la evitación del resultado, al igual que en el "caso de amenaza de explosión por gas", donde también se recurriera al criterio de adecuación de la acción. También en el "caso de las minas de la frontera de la ex Alemania Democrática", el BGH utilizó el argumento de la causación imputable, más allá de si se trataba realmente de un caso de autoría mediata o no.

9.6.3. La teoría de la "prestación más segura" (*Bestleistungstheorie*)

A diferencia de las dos concepciones anteriores, que ponen el foco primordialmente sobre el valor de resultado y, por tanto, rechazan la exigencia la prestación más segura, esta tercera perspectiva, denominada "teoría de la mejor prestación o de la prestación óptima" ("*Bestleistungstheorie"*), asigna particular relevancia a la calidad de la acción de salvación. En este sentido, importa la postura más estricta con referencia a la concurrencia del elemento objetivo, al requerir que el agente escoja la opción más segura para la evitación del resultado lesivo. Este criterio restrictivo encuentra justificación a través de dos tipos de argumentos. Mientras cierto sector de la doctrina se sirve de consideraciones de índole dogmática, desde la perspectiva de este trabajo se privilegia la vinculación de aquella exigencia con el fundamento mismo de la impunidad del desistimiento. A continuación, se exponen las razones de carácter dogmático que presenta la literatura científica, mientras que, en el acápite siguiente, se intentará defender la tesis de la exigencia cualitativa de la acción como derivación de las razones que eximen de pena al desistimiento.

[791] Cfr. ALCÁCER GUIRAO, *Estudios…*, 274-275, donde agrega que los únicos casos que quedarían fuera serían los de desistimiento irreal, realizado por medios supersticiosos o manifiestamente inadecuados.

Tres son los principales motivos de carácter dogmático, esgrimidos a favor de la prestación óptima, a saber: el argumento de la omisión, el de la tentativa inidónea y el del dolo eventual.

Primero, en el marco de la omisión, el deber de injerencia del autor le obliga a eliminar completamente el riesgo por el que debe responder. En consecuencia, no se debería exigir menos del autor de una tentativa acabada, quien también exhibe una posición de garante por injerencia. En otras palabras: si el sujeto se limita a disminuir el riesgo de realización del resultado sin eliminarlo por completo, entonces es responsable por la tentativa relacionada con el riesgo residual y, si este se realiza efectivamente, por la consumación. Si se contenta con una prestación no óptima queda una tentativa de omisión punible, vinculada al riesgo residual[792]. Asimismo, desde esta perspectiva, también se llama la atención sobre otras incoherencias sistemáticas que conlleva la teoría del incremento de posibilidades de salvación; por ejemplo, cabría preguntarse qué sucede si el autor disminuye el riesgo antes del inicio de la tentativa. En el caso de la "amenaza de explosión por gas", por ejemplo, "difícilmente lo decisivo pueda ser si el autor pone en marcha a los servicios de salvamento un poco antes o un poco después de abrir la válvula de gas"[793].

En segundo lugar, de la regulación legal de tentativa inidónea en el StGB se extrae otro argumento dogmático en favor de la teoría de la prestación óptima. De conformidad con el § 24 I 2 y II 2[794], un "esfuerzo serio y voluntario" para impedir la consumación del hecho es presupuesto para la impunidad de la tentativa inidónea. En este sentido, no es difícil convenir en que solo cabe predicar tal seriedad, cuando el autor realiza lo mejor,

[792] Cfr. JAKOBS, *Derecho Penal PG*, 911-912 y *Strafrecht AT,* 752-753; EL MISMO, "El desistimiento…", 325, 331-336; EL MISMO, "La conducta…", 559-560; cfr., también, ROXIN, *Strafrecht AT II…*, 554; ALCÁCER GUIRAO, *Estudios…*, 276. En cuanto a ROXIN, cabe indicar que adopta una posición que distingue entre la evitación del resultado de propia mano –por sí mismo- y la evitación con intervención de terceras personas. Para el primer caso, aplica la "*Chancenerhöhungstheorie*", mientras que para el segundo, en la práctica la inmensa mayoría de supuestos, aplica la "*Bestleistungstheorie*"; al respecto cfr. ROXIN, *Strafrecht AT II…*, 555-557.

[793] Cfr. JAKOBS, "La conducta…", 560.

[794] El § 24 I 2 y II 2 StGB disponen, respectivamente: "...Cuando, sin contribución del que desiste, el hecho no llega a consumarse, este quedará impune si, de manera seria y voluntaria, se hubiere esforzado en impedir su consumación" y § 24 I, segunda parte, StGB "… Sin embargo, para su impunidad, será suficiente su esfuerzo voluntario y serio para impedir la consumación del hecho, cuando este no se consuma sin su intervención o cuando se cometa con independencia de su aporte anterior al hecho".

desde su perspectiva, para la evitación del resultado. Por tanto, si ya en la tentativa inidónea se exige la prestación óptima para el desistimiento, no debe regir menos para el caso de la tentativa idónea. El requisito de seriedad de la tentativa inidónea exige, pues, seriedad en toda empresa de desistimiento generadora de impunidad. Desde este punto de vista, se sostiene que, ante la reducción de un riesgo global a uno residual, este aparece como el riesgo de una tentativa inidónea, toda vez que no llega a realizarse a pesar de que el autor deja seguir su curso[795] y, por lo tanto, exige un "esfuerzo serio". La opinión contraria conduce a una contradicción dogmática inexplicable, que se pone de manifiesto en los casos del BGH citados, donde el autor le ocasiona a la víctima considerables heridas con alto riesgo de muerte. En efecto, si esas heridas llevasen a la muerte de la víctima sin ulterior intervención del autor -tentativa acabada-, de conformidad con la teoría del aumento de la probabilidad de salvación, para el desistimiento impune deberían ser suficientes medidas no óptimas de evitación. Pero, si posteriormente esas heridas demostrasen que, de entrada y en contra de lo previsto por el autor, no eran mortales (tentativa inidónea), se exigiría una prestación óptima. La contradicción es evidente y le quita cualquier significado a la afirmación extendida en la doctrina, en el sentido que para la tentativa idónea es la propia ley la que no exige seriedad en el desistimiento[796].

El dolo eventual es el tercer y último argumento dogmático en favor de la teoría de la prestación óptima. Quien, en lugar de optar por la prestación más segura, realiza acciones no óptimas para evitar el resultado -por ejemplo los casos "del hospital" y "del incendio"-, tiene en claro que las probabilidades éxito son menores, es decir, se conforma con una evitable realización del resultado. Así, quien actúa con dolo eventual, no realiza una prestación suficiente para el desistimiento, toda vez que el dolo eventual alcanza para la imputación de la consumación dolosa del hecho. Así, en la mayoría de los casos del BGH citados, se puede advertir que se trata de supuestos de tentativa acabada, donde precisamente adquiere particular relevancia el aspecto del dolo eventual. En efecto, el tránsito de la tentativa inacabada a la acabada se da a partir de que el autor ya ha hecho todo lo necesario para que la consumación se produzca sin su ulterior intervención; en otros

[795] Cfr. JAKOBS, "La conducta…", 556.
[796] Cfr. ROXIN, *Strafrecht AT II*…, 554-555; JAKOBS, "La conducta…", 557.

términos: cuando se conforma con la probabilidad de acaecimiento del resultado, actúa con dolo eventual. Por ello, para el desistimiento de la tentativa acabada, se exige un comportamiento activo consistente en impedir y no en abandonar su conducta, como en la tentativa inacabada. Es aquí, nuevamente, donde aparece la contradicción que se le achaca a la teoría del incremento de probabilidades y que resulta sumamente ilustrativa de la mano del siguiente ejemplo. El pirómano que, a fin de evitar las consecuencias mortales del incendio, pone sobre aviso a los habitantes de la vivienda "antes" del hecho -y tiene éxito-, comete una tentativa de homicidio si, a pesar de la advertencia, juzga no improbable la producción de esa consecuencia; pero, podrá desistir cuando, dada igual situación subjetiva, realiza el aviso "luego" que inicia el incendio[797].

Asimismo, para esta doctrina, el argumento de la "relación simétrica" entre el injusto y el desistimiento, con la consecuente equiparación de exigencias para la producción del resultado y para su evitación -ni riesgo máximo ni prestación óptima-, constituye un intento de emboscar la situación errónea. Desde esta perspectiva centrada en aquella "simetría", la corrección de esa equiparación se vincula exclusivamente con la cuestión de la consumación, ya que por ella no responde tanto quien haya evitado efectivamente la producción del resultado, como quien haya quedado varado en el estadio de tentativa. En consecuencia, no resulta de aplicación en el caso de tentativa. En tan sentido, se señala que "si la ausencia de consumación es obra del autor, ello constituye una razón para ya no gravarle con el riesgo que, de otro modo, se habría realizado, pero ello no dice nada acerca de si los riesgos residuales no son obras de tentativa del autor"[798].

Responden a la teoría de la prestación óptima, los precedentes del BGH que imponen niveles de exigencia elevados en cuanto a la acción. Si bien el "caso del hospital"

[797] Cfr. JAKOBS, *Derecho Penal PG*, 913 y *Strafrecht AT,* 753; cfr., también, ROXIN, *Strafrecht AT II…*, 554.

[798] JAKOBS, "La conducta…", 559, quien, para ilustrar tal aserto, pone el siguiente ejemplo: "quien administra veneno a su víctima y la arroja al agua, se arrepiente instantáneamente y la vuelve a sacar, pero nada hace contra el envenenamiento que amenaza, si bien ha anulado su obra 'homicidio por inmersión', pero no la de 'envenenamiento' ", comillas en original. En el caso de la reducción de las cantidades de un único tipo de riesgo, no rige una regla distinta; dicho con un nuevo ejemplo "quien ofrece a su víctima una bebida envenenada en una dosis que conducirá con certeza a la muerte, y, después que la víctima haya bebido la cantidad suficiente como para que exista un 40 por ciento de posibilidades de que morirá, aparta de un golpe el resto del líquido, de modo que la víctima se salva, ha anulado el homicidio seguro, pero no el riesgo residual, que se halla nítidamente dentro de lo no permitido":

se sindica como el desencadenante del debate e iniciador de esta concepción, ya se había argumentado en este sentido en el "caso de la madre". El "caso del veneno" también responde a esta comprensión restrictiva, ya que allí se indicó, concretamente, qué acción se esperaba de la mujer para que pueda concurrir un desistimiento.

9.7. La exigencia de una acción calificada -prestación óptima- como consecuencia de la *ratio* de la impunidad del desistimiento

Para que la acción de desistimiento suprima la necesidad de pena de la tentativa se le debe atribuir el significado intersubjetivo de expresión personal de reconocimiento del Derecho.

Vale recordar que la capacidad de acción -la capacidad personal de evitar la conducta antinormativa o de realizar lo normativamente adecuado- posibilita la concreción pragmática de de la norma de prohibición abstracta en un deber personal de omisión concreto -es decir, la vinculación personal del destinatario con la norma-. Ahora bien, al infringir el deber de omisión concreto -en caso prohibición-, en otros términos, con la puesta en peligro dolosa de un bien jurídico generada por la tentativa, el sujeto pone de manifiesto su rechazo a la norma de comportamiento como pauta vinculante y eficaz para la acción -cuyo fin es la protección de bienes jurídicos para lo cual prohíbe lesionarlos o ponerlos en peligro[799]-.

Por lo tanto, para rectificar ese mensaje, no bastará con realizar lo que la norma de comportamiento prescribe: evitar intencionalmente la conducta antinormativa -por ejemplo, la lesión de un bien jurídico-.

Será necesaria una acción que vaya más allá de lo exigido por la norma de conducta, que exprese un reconocimiento reforzado, indudable, inequívoco de la norma[800]. Por eso, ya

[799] O bien ordena su protección o cuidado a través de un mandato.

[800] Fundamentación lógica de este plus cualitativo: no está en la misma situación el sujeto que no infringió el deber que el sujeto que sí lo hizo mediante una acción de tentativa, es decir, un sujeto que ya puso de manifiesto que no quiere seguir la norma, que no la reconoce como una razón eficaz para la acción.

no será suficiente con evitar el resultado -o colocar una condición para la evitación del resultado-, sino que tendrá que realizar todo lo que resulta prácticamente necesario para ello -todo lo que esté en sus manos-: solo esta aportación óptima podrá ser interpretado como rectificación de la contradicción de la norma, como reconocimiento firme del Derecho, como manifestación inequívoca de, en última instancia, querer seguir la norma, como expresión personal de un reconocimiento pleno de la validez del Derecho.

Solo cuando el sujeto se esfuerce por anular por completo el riesgo generado por su acción anterior[801], el desistimiento podrá ser considerado como restablecimiento de la vigencia de la norma; si conscientemente deja de realizar la acción más segura -la más óptima- , solo estará anulando parte del riesgo creado -es decir, no habrá neutralizado la relevancia causal lesiva de la conducta previa-, por lo que habrá dejado la evitación del resultado parcialmente en manos del azar, lo que cabe interpretar como una postura de indiferencia frente al ordenamiento jurídico. Se trata de realizar la prestación más segura de las que dispone el agente para neutralizar la relevancia causal de su conducta previa. La fidelidad al Derecho tiene carácter absoluto: o se es fiel o no se es fiel; no existe una posibilidad intermedia[802], del mismo modo que la norma se sigue o no se sigue. La rectificación debe ser completa, desplazar totalmente el riesgo creado y no dejar ningún espacio para el azar en la evitación del resultado.

En suma: la mera evitación del resultado, por puro azar u por la simple colocación de una condición causal pero sin neutralizar totalmente la relevancia causal, no puede eximir de pena, porque no expresará una rectificación de la contradicción de la norma en el sentido de su pleno reconocimiento como pauta vinculante de comportamiento. Aquella acción no será suficiente para suprimir el fundamento de la punibilidad de la tentativa ya iniciada, es decir, desvirtuar su potencial simbólico negativo -la conmoción de la confianza en la validez del ordenamiento jurídico- y, por tanto, no alcanzará para la consecución de la finalidad de la prevención general positiva.

---

[801] Siempre y cuando, además, que no se produzca efectivamente el resultado típico. Por ello también se habla del "requisito de eficacia" del desistimiento.

[802] En el sentido de una posición de indiferencia o poco comprometida con los bienes jurídicos, cfr. MURMANN, *Versuchsunrecht…*, 64.

Ahora bien, puesto que en el desistimiento se trata de evitar que la antinormatividad supervenga a "la infracción de deber" ya iniciada, es decir, que se consume el delito doloso de resultado, a fin de determinar si la acción de desistimiento cumple con el requisito de prestación óptima -primer nivel de imputación-, resulta ineludible la referencia al bien jurídico u objeto de acción como parámetro de la relevancia causal de la conducta de tentativa para lesionarlo -o, en su caso, ponerlo en peligro-.

La dicotomía entre las dos perspectivas teleológicas desde las cuales se puede fundamentar la impunidad del desistimiento -protección de bienes jurídicos o garantía de la vigencia de la norma- no implica una oposición de fondo[803]. Es cierto que replica la estricta distinción entre fin de la norma de comportamiento y fin de la norma de sanción; y, en tanto las reglas de imputación se incluyan dentro de estas últimas como su complemento indispensable, también respeta la distinción analítica entre normas e imputación como categorías del hecho punible. Sin embargo, en esta investigación también se ha afirmado la recíproca referencia entre los conceptos "antinormatividad" e "imputación" como una relación pragmática[804] que no se opone a aquella separación. En rigor, bajo el concepto analítico-teleológico de hecho punible, como constructo interpretativo constituido por

[803] En el mismo sentido, cfr. ALCÁCER GUIRAO, *Estudios*…, 17 y 284 ss. Desde la perspectiva de este autor, el fin de protección de bienes jurídicos no está alejado del fin de protección de la vigencia de la norma como pudiera parecer. En este sentido, afirma que "…la protección de ese grado de seguridad persigue garantizarle al ciudadano que sus bienes jurídicos serán respetados por terceras personas…En otras palabras: mientras el fin de protección de bienes jurídicos protege las condiciones materiales de la libertad: vida, salud, propiedad…, el fin de protección de la vigencia de la norma protege las condiciones subjetivas de desarrollo de esa libertad, en tanto rodea la disposición personal de dichos bienes de un entorno de seguridad y tranquilidad. Podría hablarse, en este sentido, de una relación complementaria entre ambos fines: la protección de bienes jurídicos implicará *eo ipso* la protección de la vigencia de la norma y, de forma inversa, la protección de la vigencia de las normas motivará al respeto de las normas y, por ello, a la protección de bienes jurídicos..." En cualquier caso, para ALCÁCER GUIRAO, la protección de bienes jurídicos constituye el fin principal, del que depende y, por tanto, se subordina axiológicamente el fin de garantizar esa confianza de seguridad. La razón es evidente: para la libertad del ciudadano lo fundamental es la disponibilidad del bien jurídico, antes que la confianza en que no será lesionado. Sin la disponibilidad del bien no hay nada que asegurar. El ciudadano está interesado prioritariamente en su vida y solo secundariamente en la seguridad de que será respetada.

[804] Así, se expuso que, de un lado, la aplicación de normas de comportamiento presupone una referencia pragmática a las reglas de imputación, toda vez que solo cabe hablar de la posibilidad de seguimiento de la norma, cuando su destinatario es capaz de acción y de motivación. Pero, por otro lado, también se sostuvo que el empleo de reglas de imputación también presupone una referencia pragmática a las normas de comportamiento, ya que el objeto de la imputación penal siempre es una conducta solo es identificable a través de la norma que debe ser seguida.

reglas prescriptivas y adscriptivas con un valor declarativo específico como contradicción de una norma de comportamiento, subyace una relación complementaria de integración entre antinormatividad y reglas de imputación y, en especial, entre los fines específicos de las normas de comportamiento y las normas de sanción[805]. Se trata de dos aspectos de un único sistema de normas institucionalizado, que se realzan de acuerdo con la dirección del enfoque que se adopte[806], pero donde siempre está presente una referencia mediata o inmediata a la protección de los bienes jurídicos, definidos a la luz de la autonomía comunicativa como propiedades de personas, cosas o instituciones que posibilitan o aseguran la participación libre e igual en el entendimiento normativo. En efecto, si bien las normas de comportamiento penales tienen por finalidad inmediata proteger a los bienes

[805] Cfr. DAVID, *El desistimiento…*, 129 ss., donde se pone de manifiesto que el núcleo del planteo sobre la teoría del delito se reduce a determinar si se trata de una teoría de la infracción personal de la directiva de conducta o, por el contrario, de una teoría de la imputación de la defraudación de una expectativa institucionalizada. La comprensión de la teoría del delito, como infracción de una norma de determinación, fundamenta la teoría de la antinormatividad; se trata de un modelo que parte de la idea de persona, como destinatario de la directiva de conducta, preexistente al derecho. La noción de persona "real" constituye, en este sentido, un límite ontológico, sin perjuicio de las correcciones normativas que experimente, en virtud de la atribución de responsabilidad por la infracción a la norma y en el marco de una determinada configuración social. Esta perspectiva exhibe una dimensión "prospectiva" o de futuro, que coloca, en el centro, a la relación entre norma y destinatario y que, por su tendencia subjetivista, constituye la base dogmática de las doctrinas del "injusto personal". Frente a ello, se concibe la teoría del delito como una teoría de la imputación de la defraudación de una expectativa institucionalizada, a efectos de la imposición de una pena. Este modelo parte de la idea de persona "construida" por el sistema jurídico, en función de las necesidades de procesamiento de aquella defraudación. Los presupuestos de aplicación de la norma secundaria o de sanción no los proporciona la misma norma desautorizada, sino la teoría de la imputación que opera desde una perspectiva retrospectiva, propia de la asignación de una consecuencia jurídica. En este sentido, se desplaza en centro de gravedad de la teoría del delito hacia el momento analíticamente posterior al hecho antinormativo. De esta concepción, cabe rescatar la referencia social, fundamental en todos los niveles de atribución de responsabilidad.

[806] Cuando se considera la norma como directiva de conducta, el foco apunta al ciudadano, en tanto "delincuente potencial", prohibiéndole u ordenándole un determinado comportamiento. Por el contrario, cuando se contempla la norma como expectativa de conducta, la mirada se centra en la relación del individuo, en tanto integrante de la interacción social, "potencial víctima" o simplemente "no delincuente potencial". Desde este aspecto, supone una fuente de orientación para que los individuos puedan organizar sus correspondientes esferas de libertad; la norma les indica lo que pueden esperar de los demás y, viceversa, lo que los demás pueden esperar de ellos. Ambas perspectivas operan, por ejemplo, como lo hacen el semáforo rojo y el semáforo verde en el marco de la normativa viaria; ambos forman parte de un único sistema de tránsito. Lo que sucede es que, para unos, constituye una directiva de conducta (fuente de deberes abstractos), mientras que, para otros, significa una fuente de orientación y organización (fuente de derechos). Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Normas…*, 26-33, de quien se toma el ejemplo de los semáforos. Allí, el autor describe que, como fuente de orientación, "la luz verde explica de modo institucionalizado la expectativa (normativa) del conductor de que no se le crucen otros vehículos…esta expectativa es compatible obviamente con el fenómeno cognitivo de que hay conductores que no respetan el semáforo y defraudan (cognitivamente) la expectativa del conductor al que el semáforo verde le da vía". Por el contrario, como mandato o prohibición, el semáforo rojo expresa, ciertamente, frente al conductor que lo tiene ante sí, "la expectativa normativa de quien, por su parte, lo tiene verde, de que no se produzca una colisión. Pero difícilmente puede afirmarse que no prohíbe nada a nadie o que en todo caso esa dimensión directiva constituye simplemente un efecto secundario"; paréntesis en original.

jurídicos, también las normas de sanción cargan con esa misión aunque de forma mediata a través de la protección de la validez de aquellas normas de comportamiento[807].

La validez de la norma de comportamiento guarda estrecha relación con la "culpabilidad material" que, en el marco de un Estado democrático, asume la forma de reproche por la falta de fidelidad al Derecho, expresado en el quebrantamiento de una norma jurídica-penal que protege los bienes jurídicos. Aquí también se pone en evidencia no solo aquella conexión entre el fin de la norma quebrantada y el reproche de culpabilidad -producto de las reglas de imputación- que fundamenta la pena, sino el fin mismo del Derecho penal: proteger las condiciones elementales de la integración social orientada al entendimiento no violento[808].

Retomando la cuestión sobre la calidad de la acción de desistimiento, cabe asumir como punto de partida que la situación ante el Derecho de quien ya ha quebrantado la norma de conducta mediante su acción de tentativa no es la misma que la del sujeto que no lo ha hecho. En efecto, para todos los ciudadanos rige, como deber abstracto, el criterio de corrección jurídica de la norma de comportamiento: por ejemplo, en los delitos de resultado, la prohibición de colocar una causa para su producción. Ya se encuentra establecido *ex ante* cómo no debe ser una conducta: causal para producción de un resultado típico; solo puede quedar más o menos abierto si, *ceteris paribus*, un comportamiento determinado lo producirá. Ahora bien, si frente a una situación de hecho concreta, el sujeto tiene capacidad de acción para realizar lo normativamente adecuado, aquella norma abstracta se concreta pragmáticamente en el deber concreto de evitar intencionalmente la conducta antinormativa. Si, en virtud de su poder físico y de sus conocimientos, el sujeto asume que su conducta exhibe las características que, *ceteris paribus*, harán supervenir la antinormatividad -producción del resultado típico-, entonces su deber concreto es omitirla. Si no lo hace, se le imputa una "infracción de deber" - punible si además es culpable- con independencia de la efectiva producción del resultado. Este es justamente el caso del sujeto

[807] En este sentido, ALCÁCER GUIRAO, *Estudios…*, 284, afirma que "el código de comunicación socialmente relevante para efectos jurídico-penales es el respeto a los bienes jurídicos".
[808] Cfr. KINDHÄUSER, "Rechtstreue…", 727.

que, con su acción de tentativa, ha quebrantado la vigencia de la norma de comportamiento y que, por tanto ha ingresado al ámbito de lo punible.

Esta evidencia de situaciones diferentes entre este sujeto -autor de tentativa- y los demás debe repercutir en una exigencia calificada para la acción de desistimiento que torne innecesaria la pena de la tentativa. Veamos: con el inicio de la tentativa, el sujeto ya infringió el deber concreto (*Pflicht*) de evitar intencionalmente la conducta antinormativa. Sin embargo y a pesar de la contradicción de la norma que ello implica, ese deber concreto sigue vigente: sería absurdo sostener que cesa y que el autor de tentativa dispone de un "espacio de libertad" o algo similar. Sigue vigente, pero transformado en un deber concreto de desistir, al menos, en la forma de cualquier acción adecuada para evitar la producción del resultado. Pero como este deber concreto de desistir representa la continuación de aquel deber concreto de evitar intencionalmente la realización del tipo penal -antinormatividad-, la mera observancia de esa exigencia, luego de haber desautorizado la norma de comportamiento, no puede conducir a una exención extraordinaria como la impunidad del desistimiento. Por tanto, quien, con su conducta previa de tentativa, ya ha cuestionado la validez de la norma, no reconociéndola como razón eficaz para la acción, deberá realizar una aportación extraordinaria para que su rectificación pueda ser interpretada intersubjetivamente como reconocimiento personal del Derecho. Y esa prestación extraordinaria debe ir más allá del contenido del deber concreto transformado en deber de desistir.

De este modo, como no cesa la vigencia del deber concreto de evitar la realización del tipo de resultado después de contradecir la norma, una vez quebrantada, la impunidad que ofrece el ordenamiento jurídico con la institución del desistimiento constituye una oportunidad extraordinaria. En este sentido, a pesar de que pueda parecer contradictorio, el desistimiento constituye, por un lado, un deber y, por el otro, una oportunidad. Una visión aritmética ayudará para aclarar estos términos y despejar la aparente contradicción: tras el inicio de la tentativa, especialmente luego de la pérdida del control del riesgo que implica la tentativa acabada, el sujeto ya resulta punible -con la pena de la tentativa- por el injusto de acción imputado. Si, además, se produce el resultado, es decir, si al valor declarativo

subjetivo de la conducta como "infracción de deber" se le añade el valor declarativo objetivo, se le impondrá una pena distinta: la del delito consumado correspondiente.

Una vez que se dio inicio a la tentativa, el deber concreto como vinculación personal con la norma de comportamiento sigue vigente, como lo demuestra la amenaza de pena por el delito consumado en caso de su inobservancia. Por tanto, el sujeto puede eludir la imposición de esta sanción por delito consumado, para lo cual tiene que observar aquel deber, evitando el resultado mediante cualquier tipo de acción. En otras palabras, la observancia del deber actualizado tras el inicio de la tentativa solo impedirá el castigo por el delito consumado[809]y no el de la tentativa ya realizada. No obstante, el ordenamiento jurídico la ofrece al sujeto la posibilidad extraordinaria de quedar exento también de la pena por la tentativa anterior sobre la base de la falta de necesidad de pena, pero siempre y cuando realice una prestación calificada, cualitativamente distinta de la mera evitación causal del resultado. En consecuencia, puede afirmarse que la acción posterior de evitación del resultado es al mismo tiempo un deber y una oportunidad.

Desde esta perspectiva, cabe destacar que las diferencias entre el deber y la oportunidad no son solo analíticas, sino también materiales, en tanto se asuma un mayor nivel de exigencia para la exención de la pena del desistimiento. De este modo, mientras que el deber concreto de evitar el resultado se satisface con cualquier acción en ese sentido y, así, en tanto se evite efectivamente, se exime de la pena por el delito consumado, la oportunidad de la impunidad deberá exigir, además de ausencia de resultado, la realización de la prestación óptima, de todo lo que esté en las manos del sujeto para ello. Este es el sentido con el que cabe interpretar de *lege lata* el requisito de "evitar la consumación" del § 24 StGB o de "impedir la producción del resultado" del art. 16.2 del CP español.

[809] Podría afirmarse que dicha consecuencia se debe a la inexistencia de merecimiento de pena del delito consumado, en tanto se acepte la distinción entre merecimiento y necesidad de pena en correspondencia con la distinción entre norma de comportamiento y norma de sanción. En este sentido, cfr. VOGEL, *Norm und Pflicht…*, 39 nota 73, donde afirma que el merecimiento de pena es decidido por el legislador en vista de las normas de conducta penales, y la necesidad específicamente penal de aseguramiento de una medida suficiente de reconocimiento con eficacia para la acción de las normas forma parte de la determinación de las reglas de imputación. De todas manera, no está lo suficientemente clara cuál es la relevancia dogmática del merecimiento de pena dentro de la teoría del delito.

Conclusiones

Desde la perspectiva analítica-teleológica, cuya corrección dogmática se asume en esta tesis, el hecho punible es un constructo interpretativo constituido por reglas prescriptivas y adscriptivas, cuyo valor declarativo específico es su contradicción con una norma de comportamiento (*Normwidespruch*).

Norma e imputación constituyen las categorías del hecho punible. La finalidad de su reconstrucción está orientada al fin de la pena y a la legitimidad de su imposición.

Se asume una teoría de las normas orientada al principio de las ventajas distributivas, según la cual el fin general del Derecho es posibilitar el desenvolvimiento personal de cada uno a través de una coordinación justa y segura de las respectivas esferas de libertad. El Derecho penal no es un derecho de planificación, sino que se limita a declarar como incorrectas a aquellas conductas en cuya no ejecución cabe confiar a fin de posibilitar una convivencia ordenada según preferencias jurídicas.

Los tipos penales se presentan como proposiciones jurídicas que, en formulación contradictoria, expresan normas de comportamiento. La norma de comportamiento no puede ser criterio de imputación, porque la imputación tiene por objeto la comprobación de la responsabilidad por el apartamiento de esa norma de comportamiento.

Para una perspectiva de prevención general, que se refleja en el elemental factor estabilizador del Derecho, la pena es una reacción por la "contradicción de la norma".

El elemento esencial de la conducta punible es expresar el no reconocimiento de la norma como razón eficaz y vinculante para la acción, mientras que la característica esencial de la pena es establecer la obligatoriedad de la orientación de la conducta conforme a la norma.

Las normas de sanción exhiben una estructura condicional, compuesta por un supuesto de hecho y por la enunciación de una determinada consecuencia jurídica. Su finalidad es el aseguramiento de la validez de la norma de comportamiento. La pena expresa una reprobación ética-jurídica a través de la irrogación coactiva de un mal como respuesta a otro mal: el hecho punible. De este modo, la justificación de la pena tiene por objeto tres elementos: la coacción, la reprobación y el mal al cual debe corresponder la irrogación del otro mal que constituye la pena.

Las normas de comportamiento conforman un *prius* lógico con relación a las normas de sanción; desde el punto de vista axiológico, indican qué conducta es buena o mala, mientras que, desde el punto de vista deontológico, indican qué conducta está prohibida, ordenada, permitida o exenta de mandato. La razón de su existencia radica en una consideración de orden pragmático: solo a partir de ellas es posible entender a la pena como una reacción a un comportamiento jurídicamente reprochable y, en tal medida, incorrecto.

La relación lógica entre normas de comportamiento y normas de sanción se corresponde con la relación entre normas primaria y secundaria respectivamente. La norma de sanción es una regla secundaria que habilita al aplicador del Derecho a imponer una pena como consecuencia jurídica de la contravención de una norma primaria que es lógicamente prioritaria.

Las normas de comportamiento tienen por finalidad la protección de los bienes jurídicos, que se definen como aquellas propiedades, cualidades o atributos de las personas o de entidades institucionales que cumplen con los presupuestos de una norma de valoración. Su disponibilidad o su validez fáctica son necesarias para el libre desarrollo de la persona, lo que justifica la protección contra su afectación.

Desde la teoría analítica-teleológica, las normas de comportamiento son razones excluyentes para la acción: son razones de primer orden para la omisión o la ejecución de

una acción y, a la vez, son razones de segundo orden que excluyen eventuales razones conflictivas en favor de la omisión o ejecución de esa misma acción.

También constituyen reglas de coordinación como resultado de la solución universalizada de un conflicto de libertades referido a bienes jurídicos de acuerdo con criterios jurídicos-constitucionales, donde resulta indiferente que se las conciba desde su función de determinación o desde su función de valoración. El concepto fundamental deontológico -lo jurídicamente debido- y el concepto fundamental axiológico -lo jurídicamente bueno- se pueden sustituir recíprocamente, porque tienen como común denominador al concepto de lo jurídicamente correcto.

La norma de comportamiento es legítima cuando resulta racional en cuanto a fines, pragmática socialmente y distributivamente beneficiosas para todos. La utilidad distributiva determina, además, su carácter de justa.

A su vez, la validez de la norma de comportamiento guarda una estrecha relación con la culpabilidad material, respecto de la cual cabe partir de un concepto discursivo que respete el mandato de neutralidad del Derecho.

La integración social se fundamenta en el entendimiento comunicativo discursivo y se alcanza cuando todos los partícipes circunscriben su comportamiento al ámbito de lo debido. Ello constituye el núcleo del concepto analítico de la culpabilidad material de tradición europea-occidental y se vincula con la teoría de la acción comunicativa, lo cual marca la diferencia con el funcionalismo. En este sentido, resulta fundamental el rol que cumplen el Derecho y las normas jurídicas para la integración social.

Mediante la validez de sus normas, el Derecho contribuye a la integración de un doble modo. Por un lado, en el plano instrumental y con los medios coactivos que le caracterizan, el Derecho reduce fácticamente el campo de acción del individuo al ámbito de lo debido. Por otro lado, realiza su principal aporte a través del proceso discursivo, cuya función es la correcta demarcación de los espacios de libertad mediante la aplicación de sus

reglas pragmáticas: los intervinientes en la comunicación se declaran competentes para el cumplimiento de las pretensiones que ellos mismos han entablado.

Esta dimensión de la integración social -que da sentido, racionalidad y justicia al ordenamiento- es la dimensión de la legitimidad y constituye el primer momento de la integración social desde la perspectiva interna del entendimiento comunicativo mediante normas. Por ello, la fuerza socialmente integradora del Derecho solo pueda desplegarse si, al seguimiento fáctico de las normas -reforzado por las conminaciones sancionatorias-, se asocia su legitimidad, cuya perspectiva interna resulta determinante: la imputación de culpabilidad está conceptualmente relacionada con la función de integración social del Derecho.

El concepto fundamental de la coordinación de la acción orientada al entendimiento es el concepto de autonomía comunicativa del individuo, que vincula la cooperación discursiva con los derechos subjetivos de la libertad y se sustenta en cierta lealtad comunicativa, entendida como corresponsabilidad solidaria por la obtención del entendimiento. En este proceso, el individuo asume un doble rol: es autor de la norma -autonomía pública- y también su destinatario -autonomía privada relacionada con los espacios de libertad-.

El Derecho legitimado democráticamente debe ser neutral frente a los motivos para el seguimiento de las normas -mandato de neutralidad-; no puede regularlos debido a su falta de coercibilidad empírica y a la ausencia de fuerza de convicción racionalmente vinculante en la argumentación -dada la falibilidad de la norma-. Ello excluye cualquier pretensión de corrección sustantiva susceptible de comprobación.

El concepto de culpabilidad material está referido a la autonomía y lealtad comunicativas como constituyentes del Derecho legislado. La fidelidad al Derecho es aquella lealtad comunicativa que, en general, hace posible el entendimiento que asume forma jurídica.

En un Estado democrático de Derecho, la culpabilidad material consiste en un reproche por la falta de fidelidad al Derecho expresada a través de la conducta del sujeto y puesta de manifiesto en el quebrantamiento de una norma jurídica-penal, que protege condiciones de una integración social no violenta.

El modelo analítico-teleológico del hecho punible parte de una clara delimitación entre normas de conducta y reglas de imputación. Las normas de comportamiento no constituyen criterios de imputación, ya que, desde un punto de vista lógico, no pueden prescribir su propio seguimiento: la responsabilidad por una conducta jurídicamente prohibida no se puede deducir de la misma prohibición. En la atribución de la responsabilidad penal, lo único relevante es la consecuencia jurídica, cuya aplicación depende de la verificación de los criterios de imputación. Un sujeto resulta penalmente responsable cuando sea legítima su punición como reacción a su conducta.

La conducta antinormativa constituye el objeto de la imputación penal, cuyas reglas permiten interpretar ese comportamiento como expresión de un deficitario reconocimiento de la norma como razón eficaz para la acción. De la verificación de las reglas de imputación depende la legitimidad y justicia de la respuesta punitiva, razón por la cual se presentan como un complemento indispensable de las normas de sanción.

Desde la filosofía analítica del lenguaje, cabe distinguir tres niveles con relación a las normas de comportamiento. El nivel "locucionario" se refiere al análisis del contenido de la norma. El nivel "ilocucionario" se vincula con su validez jurídica, es decir, con las condiciones que permiten adjudicarle el significado pragmático de una directiva de conducta jurídicamente vinculante. El nivel "perlocucionrio" alude a la validez fáctica en el sentido de eficacia social de la norma.

Con relación a su estructura locucionaria, la norma de comportamiento combina un operador deóntico con un determinado contenido proposicional. El primero señala el carácter de la norma como prohibición o mandato, o también como permiso o exención. El segundo describe la forma de conducta prohibida u ordenada, o bien permitida o exenta, y

se corresponde con una proposición que, a través de la conducta del destinatario de la norma, debe ser hecha como verdadera -en caso de un mandato- o como no verdadera -en caso de una prohibición-.

De la diferenciación entre los niveles locucionario -proposicional- e ilocucionario en el establecimiento de las normas de comportamiento deriva la correspondiente distinción entre antinormatividad e imputación como constituyentes del hecho punible. La estructura locucionaria solo determina los elementos de la antinormatividad, pero no define los presupuestos de imputación de la conducta como "contradicción de la norma". Antinormatividad e imputación constituyen categorías distintas de la estructura del delito y son lógicamente independientes.

La antinormatividad significa que una conducta ha cumplido con el contenido proposicional de prohibición o que no ha cumplido con el contenido proposicional de un mandato, siempre que la norma correspondiente no haya sido excluida por otra norma permisiva o de exención.

La antinormatividad representa una propiedad superviniente o secundaria de aquellas formas de conducta que exhiben la propiedad primaria, es decir, la que se corresponde con la descripción típica: por ejemplo, en los delitos de resultado, la propiedad de ser causal para su producción.

Como comprobación lógica-deductiva, solo *ex post* es posible determinar la antinormatividad de una conducta. La verificación de su correspondencia con el contenido proposicional de la norma –su cumplimiento o su no cumplimiento- constituye un juicio de subsunción objetivo e independiente de las capacidades o conocimientos del respectivo destinatario.

La constatación de la antinormatividad no comprende los elementos subjetivos generales del hecho punible, como el dolo y la imprudencia, ni los elementos subjetivos de la culpabilidad. El dolo y la imprudencia pertenecen lógica y teleológicamente a un nivel distinto: la contrariedad al deber (*Pflichtwidrigkeit*).

Los conceptos de antinormatividad y tipicidad son coextensivos. Su equiparación permite concluir que la caracterización de la realización típica como "nivel de imputación" constituye un error categorial. Una realización típica -no justificada-, que se corresponda con el mal llamado injusto de resultado solo entra en consideración -y únicamente en caso de delito consumado- como objeto de la imputación penal, pero no como un nivel de esta realización típica.

Corresponde distinguir entre el contenido de la norma de comportamiento y sus dos funciones pragmáticas de determinación y valoración. El contenido siempre es la misma forma de conducta, con independencia de su utilización como norma de determinación o como norma de valoración.

El punto de vista de los destinatarios de la norma, actuales o ideales, no puede determinar o modificar el contenido de la norma de comportamiento. Esta independencia fundamenta la posibilidad de su pretensión vinculante. La relevancia de las capacidades y conocimientos de los destinatarios está vinculada con la posibilidad del seguimiento de la norma, pero no con el juicio objetivo de seguimiento o no seguimiento, que implica la realización de su contenido proposicional -antinormatividad-.

Esta posibilidad de seguimiento de la norma según las propias capacidades y conocimientos del destinatario se relaciona específicamente con la concreción pragmática de la norma en el deber. Si bien debe tener lugar *ex ante* para que el destinatario pueda reconocer la norma con eficacia para la acción en el momento relevante de la decisión, la comprobación de la antinormatividad de la conducta siempre se realiza *ex post*. Por tanto, asumir que la función de motivación *ex ante* de la norma implica que la antinormatividad misma deba ser determinada *ex ante* significa confundir el contenido con la función de la norma.

Las reglas de imputación definen las condiciones para la atribución de responsabilidad penal por una conducta como "infracción de deber" culpable. Desde la

lógica del lenguaje, exhiben un carácter adscriptivo, a diferencia del carácter prescriptivo o valorativo propio de las normas de comportamiento.

El esclarecimiento de la cuestión de la responsabilidad penal constituye la finalidad de la sistematización dogmática y demuestra que, cuando están ordenadas racionalmente, las reglas de imputación se orientan al fin de la pena. La finalidad pragmática y, al mismo tiempo, la razón de cada imputación es responsabilizar a alguien por su conducta.

La imposición de una pena resulta necesaria para restituir simbólicamente, desde una perspectiva comunicativa, la validez de la norma de comportamiento desautorizada, de modo que pueda seguir cumpliendo su función como pauta de orientación para la acción. Esta interpretación permite defender a la prevención general positiva como fin de la pena, en el sentido de un fortalecimiento de la confianza en la validez de la norma y no de intimidación disuasiva. De este modo, la concepción retribucionista recibe una nueva y más adecuada interpretación: la imposición de la pena demuestra el valor de la norma violada y su *quantum* se corresponde con la pérdida de validez.

La imputación penal se encuentra estrechamente ligada a los presupuestos del seguimiento de la norma por parte de sus destinatarios, quienes tienen el deber de reconocerla como razón eficaz para la acción. Expresado en forma positiva, las condiciones de imputación son aquellas bajo las cuales el destinatario está en condiciones de seguir intencionalmente la norma.

La imputación penal asume contrafácticamente que el seguimiento de la norma constituye el motivo dominante de su destinatario. La motivación real, en principio, no tiene importancia: lo decisivo es el déficit de la motivación jurídicamente esperable para el seguimiento de la norma.

La imputación de una conducta como "contradicción de la norma" requiere que el destinatario haya estado en condiciones de formarse y de realizar la intención de evitar intencionalmente la conducta antinormativa. Para atribuir responsabilidad penal, la teoría

de las normas ofrece un modelo de intenciones escalonadas que se corresponde con los dos niveles de imputación: la capacidad de acción y la capacidad de motivación.

La imputación de la conducta como acción negativa que infringe el deber no requiere que el sujeto haya tenido positivamente la intención de llevar a cabo esa conducta prohibida por la norma. Lo único relevante es que no haya tenido la intención de querer la conducta adecuada a la norma: evitar intencionalmente la conducta antinormativa.

La distinción entre intenciones de primer orden -ejecutar una determinada acción- y de segundo orden -preferir la intención de primer orden con relación a otras intenciones- se corresponde con los niveles de imputación del hecho punible: la "capacidad de acción" como imputación del injusto y la "capacidad de motivación" como imputación de la culpabilidad.

La imputación de primer nivel consiste en la atribución de una conducta como acción u omisión, cuyo presupuesto es la capacidad personal de evitar intencionalmente la conducta antinormativa. La "capacidad de acción" intencional comprende tanto el poder físico como el conocimiento de las circunstancias fácticas relevantes: el dolo. La concurrencia de estos presupuestos permite imputar la conducta antinormativa como "infracción de deber". Conforma el "injusto personal de acción" que se refiere a la evitabilidad intencional de la conducta antinormativa, cuyo objeto de reproche es precisamente no haber materializado la intención de evitar la realización del tipo penal.

Aun cuando no se verifiquen aquellas condiciones ordinarias de imputación, todavía es posible fundamentar una "infracción de deber" mediante una imputación "extraordinaria" de primer nivel. Ello se logra a través de la aplicación de ciertas reglas que permiten responsabilizar al destinatario de la norma por su propio déficit de capacidad de acción. Es la función que, en el Derecho penal, cumple la imprudencia como estructura de imputación en el nivel del injusto de acción. Tanto en el delito doloso como en el imprudente, la norma quebrantada imputablemente es la misma -por ejemplo, la prohibición de matar- ; la diferencia radica el correspondiente criterio de imputación.

En el segundo nivel de imputación se trata de la atribución definitiva de responsabilidad por la conducta antinormativa: la imputación del injusto personal de acción a la culpabilidad. Aquí se debe comprobar si el destinatario de la norma tuvo la capacidad de formarse y realizar la intención -de segundo orden- de evitar intencionalmente la realización del tipo penal.

En el segundo nivel, a pesar de la falta de capacidad de motivación o de inexigibilidad, también se puede fundamentar una imputación extraordinaria en la medida en que el sujeto sea responsable por ese déficit relevante, tal como sucede con la *actio libera in causa* o los casos de error de prohibición vencible.

El cumplimiento de los presupuestos de los dos niveles de imputación constituye la base de la responsabilidad penal: la "infracción de deber" culpable. Solo entonces cabe interpretar la conducta del sujeto como un déficit de reconocimiento de la norma.

Para la imputación de una conducta como "infracción de deber" corresponde aplicar el silogismo práctico: su conclusión determina qué acción resulta prácticamente necesaria para un sujeto racional, dada una determinada intención y dado un determinado estado de conocimiento. Su utilización revela la asimetría estructural entre antinormatividad e "infracción de deber", es decir, la posibilidad de discrepancia, la cual resulta de suma relevancia en la estructuración del hecho punible desde la teoría de las normas.

Antinormatividad e "infracción de deber" solo concurren cuando la conducta cumple con el contenido de una prohibición o bien cuando no cumple con el contenido de un mandato, y siempre que el destinatario de la norma, en el momento decisivo, tenga la capacidad de evitar intencionalmente la conducta antinormativa. La consumación del delito representa la congruencia entre el injusto de resultado objetivo -con el que se corresponde la antinormatividad de la conducta- y el injusto de acción subjetivo -referido a este injusto de resultado objetivo-.

La posibilidad de "infracción de deber" sin antinormatividad de la conducta se relaciona con la estructura de la tentativa punible, idónea e inidónea, donde la falta de antinormatividad está determinada por la no concurrencia de las propiedades fácticas que la fundamentan, lo que no obsta a la imputación como "contradicción de la norma". La adecuación normativa de una conducta no importa seguimiento de la norma. La ausencia de antinormatividad -que recién se puede determinar *ex post*- no excluye la constitución de la "infracción de deber".

Los reparos contra la falta de antinormatividad en la tentativa punible es producto del desconocimiento de la diferencia analítica entre el contenido proposicional de la norma y su función pragmática.

Antinormatividad y "contradicción de la norma" no son conceptos coextensivos: la determinación de la antinormatividad de una conducta es lógicamente independiente de su imputación. La tentativa punible no adquiere carácter de injusto en virtud de una supuesta antinormatividad; justamente la ausencia de antinormatividad es una de sus notas características. Para la punibilidad de la tentativa solo se deben cumplir las condiciones de una "infracción de deber". El injusto de la tentativa punible es exclusivamente injusto de acción.

El error ínsito en la concepción de la tentativa punible como paradigma de la conducta antinormativa conlleva una inversión de la relación derivativa entre los conceptos consumación y tentativa. Este último es secundario con relación al concepto de consumación, el cual resulta lógicamente primario con independencia de cuál pueda ser la respectiva fenomenología.

La punibilidad de una tentativa debe partir de una norma que prohíbe una forma de conducta descripta como una realización típica consumada, aunque no concurra en la correspondiente tentativa.

Las reglas de imputación no se aplican conjuntamente con las normas de comportamiento, sino que entre ellas se establece una relación pragmática: la imputación sirve para fundamentar la responsabilidad por la infracción de una norma de comportamiento determinada. El deber no prohíbe u ordena una determinada forma de conducta -ello es propio de la norma de comportamiento-, sino que designa la vinculación personal a la norma por parte de su destinatario, basada en el cumplimiento de las condiciones para la constitución del injusto de acción: la capacidad de acción. En el momento relevante, si el destinatario está en condiciones de realizar intencionalmente lo adecuado a la norma, entonces se encuentra vinculado personalmente a ella, de modo que surge el deber concreto de evitar intencionalmente la conducta antinormativa.

Entre normas e imputación existe una relación pragmática y de recíproca referencia. La aplicación de normas de comportamiento presupone una referencia pragmática a las reglas de imputación: solo cabe hablar de la posibilidad de seguimiento de la norma cuando su destinatario es capaz de acción y de motivación. El empleo de reglas de imputación también presupone una referencia pragmática a las normas de comportamiento: el objeto de la imputación penal es una conducta solo identificable a través de la norma que debe ser seguida. La separación lógica entre antinormatividad e imputación sirve para identificar los componentes prescriptivos y adscriptivos de la punibilidad de una conducta.

La tentativa no es una categoría de la antinormatividad, sino una categoría de la "infracción del deber" y de la norma de sanción. Se trata de una acción que infringe el deber, no produce el resultado típico y, sin embargo, su castigo resulta legítimo porque expresa el no reconocimiento de la norma. El injusto de la tentativa se determina de forma distinta del injusto del hecho consumado y exhibe una calidad propia.

A diferencia de la teoría del injusto personal, la tentativa no es objeto de prohibición por la finalidad de lesionar, sino que se trata de una conducta mediante la cual el sujeto expresa su deficiente reconocimiento de la norma como razón eficaz para la acción. La tentativa es punible porque pone en tela de juicio la validez de la norma y porque, como "infracción de deber" culpable, constituye una "contradicción de la norma".

La punibilidad de la tentativa se fundamenta a partir de la finalidad de la norma de sanción: la protección de la validez de la norma de comportamiento. El quebrantamiento de la vigencia de la norma, como única consecuencia susceptible de reparación simbólica *ex post*, constituye el fundamento de la punibilidad de la tentativa. Las normas de sanción de los distintos tipos de delito son idénticas en su contenido y en su finalidad.

El desistimiento constituye un presupuesto negativo de la norma de sanción, ya que su concurrencia determina la no aplicación de la pena. No configura un elemento negativo del tipo ni una causa de justificación. No se refiere al carácter prohibido de una conducta, sino a la responsabilidad penal por una contradicción de la norma.

La estrecha vinculación con la norma de sanción determina la ubicación sistemática del desistimiento como una causa personal de supresión de la pena o excusa absolutoria.

Sobre la base del fin de la pena, el desistimiento solo puede conducir a la impunidad cuando el sujeto revierte o rectifica el déficit de reconocimiento de la norma manifestado en su conducta. Mediante la acción de desistimiento debe expresar que, en última instancia, quiere seguir la norma y que ya no existe necesidad de restituir su validez aplicando una pena. El sujeto rectifica únicamente el valor declarativo subjetivo de su conducta, es decir, toma distancia de una contradicción de la norma ya iniciada.

El fundamento de la impunidad del desistimiento debe buscarse a partir del fundamento de la punibilidad de la tentativa y del fin de la norma de sanción, en función de una consideración lógica: los argumentos en favor de la supresión de pena en caso de desistimiento deben ser de la misma índole que aquellos que sustentan la punibilidad de la tentativa. Las consecuencias jurídicas del desistimiento consisten precisamente en desvirtuar las razones que fundamentan el castigo de la tentativa.

Por lo tanto, el fundamento de la impunidad del desistimiento consiste en la ausencia de necesidad de pena de la tentativa: el desistimiento suprime el fundamento de su

punibilidad. En este sentido, cumple la misma función que la norma de sanción: restablece la vigencia de la norma de comportamiento previamente desautorizada. Constituye un subrogado de la pena, un "equivalente funcional" porque satisface su misma finalidad simbólica y, en consecuencia, torna innecesaria su imposición, porque toda pena innecesaria carece de legitimidad.

Con relación al desistimiento, los textos legales establecen una doble exigencia: la concurrencia de un requisito objetivo -eficacia como evitación de la consumación - y un requisito subjetivo -voluntariedad-. El primer requisito se plantea sobre la base de la distinción entre tentativa inacabada y acabada: en la primera, se requiere el abandono de la ulterior ejecución del hecho; en la segunda, la evitación de la consumación o del resultado.

El fundamento de la impunidad del desistimiento tiene repercusiones prácticas que se proyectan más allá de los requisitos de eficacia y voluntariedad sobre todas las variantes del desistimiento.

Específicamente con relación al requisito objetivo de eficacia, su concurrencia requiere que se le pueda imputar al sujeto la evitación del resultado. Como rectificación de la "contradicción de la norma", el desistimiento mismo también debe ser objeto de imputación en los dos niveles, al igual que la conducta previa a la que se le atribuyó el carácter de "infracción de deber" culpable. La necesidad de aplicar las reglas de imputación surge de una consideración lógica: cuando contradice la norma, el sujeto declara que no quiere lo debido; cuando desiste, manifiesta que ahora quiere aquello no querido originariamente.

Si la tentativa constituye una conducta a la que se le adscribe el carácter de una "infracción de deber" culpable, como un injusto personal de acción con una cualidad propia, y si el desistimiento consiste en su rectificación, en el sentido de reafirmar la validez de la norma contrafácticamente y a pesar de su contradicción, la mera salvación del bien jurídico -a través de la colocación de una causa para tal fin- no permite interpretar al desistimiento como restablecimiento de la validez de la norma.

La mera evitación del resultado, por puro azar u por la simple colocación de una condición pero sin neutralizar totalmente la relevancia causal, no puede eximir de pena por su insuficiencia para desvirtuar el potencial simbólico negativo de la tentativa: la conmoción de la confianza en la validez del ordenamiento jurídico. Por tanto, no alcanzará para la consecución de la finalidad de la prevención general positiva.

Con el inicio de la tentativa el injusto de acción ya quedó indefectiblemente afirmado -máxime en el caso de la tentativa acabada- y como tal no puede ser suprimido ni anulado. Lo único susceptible de reparación simbólica es la vigencia de la norma quebrantada y para ello el sujeto debe expresar que, a pesar de haberla infringido, ahora quiere seguirla, de manera que su conducta debe poner de manifiesto su fidelidad al Derecho.

Como consecuencia del primer nivel de imputación, el sujeto debe ejecutar aquella acción que para él resulte prácticamente necesaria a fin de neutralizar la relevancia causal lesiva de su conducta previa para la realización del tipo. El segundo nivel de imputación se ocupa de la cuestión de la voluntariedad que, al igual que la culpabilidad, se determina en forma negativa: no deben existir motivos evidentes que impidan interpretar la conducta como reconocimiento de la norma.

Para que la acción de desistimiento suprima la necesidad de pena de la tentativa se le debe atribuir el significado intersubjetivo de expresión personal de reconocimiento del Derecho. Ello determina la exigencia de una acción calificada -prestación óptima- como consecuencia de la *ratio* de la impunidad del desistimiento.

Al infringir el deber de omisión concreto -en caso prohibición-, es decir, con la puesta en peligro dolosa de un bien jurídico generada por la tentativa, el sujeto pone de manifiesto su rechazo a la norma de comportamiento como pauta vinculante y eficaz para la acción. Por tanto, para rectificar ese mensaje, no bastará con realizar lo que la norma de comportamiento prescribe: evitar intencionalmente la conducta antinormativa, por ejemplo,

la lesión de un bien jurídico. Será necesaria una acción que vaya más allá de lo exigido por la norma de conducta, que exprese un reconocimiento reforzado, indudable, inequívoco de la norma.

En consecuencia, no alcanzará con evitar el resultado -o colocar una condición para su evitación-, sino que el sujeto tendrá que realizar todo lo que esté en sus manos. Solo esta aportación óptima podrá ser interpretada como rectificación de la contradicción de la norma y como expresión personal de un reconocimiento pleno de la validez del Derecho. Esa prestación extraordinaria debe ir más allá del contenido del deber concreto transformado en el deber de desistir.

ABREVIATURAS

ALR	Das preuβische Allgemeine Landsrecht (Derecho general territorial)
AT	Allgemeiner Teil (Parte General)
BGH	Bundesgerichsthof (Tribunal Supremo alemán)
BGHSt	Bundesgerichsthof Strafsenat (Cámara Penal)
cit.	citado
CNCrim. y Corr.	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional
CNCrim. y Corr. Fed.	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal
DP	Derecho Penal
JA	Jurisprudencia Argentina
JA	Juristische Ausbildung
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
MDR (D)	Monatsschrift für Deutsches Recht, bei Dallinger
MDR (H)	Monatsschrift für Deutsches Recht, bei Holtz
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	Neue Juristiche Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
Pr.StGB	Preuβisches Strafgesetzbuch (Código penal prusiano)
PG	Parte General
RECPC	Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología
RG	Reichsgericht (Tribunal del Reich)
RPDJP	Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal
RStGB	Reichsstrafgesetzbuch (Código Penal del Reich)
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal alemán)
STS	Sentencia del Tribunal Supremo español
StV	Strafverteidiger
TS	Tribunal Supremo
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

BIBLIOGRAFIA

ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *¿Está bien lo que bien acaba? La imputación de la evitación del resultado en el desistimiento,* Comares, Granada, 2002.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *¿Lesión del bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito*, Atelier, Barcelona, 2003.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Estudios sobre la tentativa y el desistimiento en el derecho penal*, Temis, Bogotá, 2006.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Marcial Pons, Buenos Aires-Madrid-Barcelona, 2013.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política*, 1° ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

ALLFELD, Philipp, "Der Rücktritt vom Versuch nach geltendem Recht und dem Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs von 1927", *Festgabe für Reinhard v. Frank zum 70. Geburtstag,* Hegler*,* Aalen, 1969, 74-106.

ALTPETER, Frank, *Strafwürdigkeit und Straftatsystem*, Peter Lang, Frankfurt/M, 1990.

AMELUNG, Knut, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Athenäum, Frankfurt/M, 1972.

ANSCOMBE, Gertrude Elizabeth Margaret, "On Brute facts", *Analysis* Vol. 18 N°3, Oxford University Press, Oxford, 1958, 69–72.

AUSTIN, John Langshaw, *How to Do Things with Words*, Oxford University Press, Oxford, 1962.

AUSTIN, John Langshaw, *Zur Theorie der Sprechakte*, bearbeitet von Eike von Savigny, Reclam, Stuttgart, 1972.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Derecho Penal, Parte General,* 2° ed. totalmente renovada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

BAUMANN, Jürgen / MITSCH, Wolfgang / WEBER, Ulrich, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 11., neu bearbeitete Auflage, Gieseking, Bielefeld, 2003.

BELING, Ernst, *Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung. Zugleich ein Beitrag zur Würdigung des Strafgesetzbuchentwurfs von 1919*, Rothschild, Berlin, 1922.

BENLLOCH PETIT, Guillermo, *El desistimiento voluntario del delito. El tipo objetivo del desistimiento,* tesis doctoral inédita dirigida por Jesús-María Silva Sánchez, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 1998.

BERNER, Albert Friedrich, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Tauchnitz, Leipzig, 1898.

BINDING, Karl, "Das bedingte Verbrechen", *Gerichtssaal*, Band 68, 1906, 1-26.

BINDING, Karl, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts*, Band 1, Neudruck der 4. Auflage (Leipzig 1922), Scientia Verlag, Aalen, 1965.

BLEI, Hermann, *Strafrecht. Allgemeiner Teil.* Studienbuch, 18., neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck, München, 1983.

BLOY, René, "Zurechnungsstrukturen des Rücktritts vom beendeten Versuch und Mitwirkung Dritter an der Verhinderung der Tatvollendung", *Juristische Schulung (JuS)* 1987, 528-535.

BOCKELMANN, Paul, "Wann ist der Rücktritt vom Versuch freiwillig?", *Neue Juristiche Wochenschrift (NJW),* 1955, 1417-1421, y en *Strafrechtliche Untersuchungen*, Göttingen, 1957.

BOSS, Hendrik, *Der Halbherzige Rucktritt: Zum Rucktritt des Alleintaters vom beendeten Versuch*, Duncker & Humblot, Berlin, 2002.

BOTTKE, Wilfried, *Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und strafmildernden Taterverhalten*, Rolf Gremer, Ebelsbach, 1979.

BURKHARDT, Björn, *Der Rücktritt als Rechtsfolgebestimmung: eine Untersuchung anhand des Abgrenzungsproblems von beendetem und unbeendetem Versuch*, Duncker & Humblot, Berlin, 1975.

CANCIO MELIÁ, Manuel y FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo "¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar", en JAKOBS, Günther, *La pena estatal: significado y finalidad*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Civitas, Madrid, 2006

CEREZO MIR, José, "Actos preparatorios y tentativa", en ASÚA BATARRITA, Adela (comp.): *Jornadas sobre el nuevo Código Penal de 1995*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1997.

CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte General*, 3° ed. ampliada y actualizada, Astrea, Buenos Aires, 1992.

DAHLMANN, Ernst, *Der Freiwillige Rücktritt vom Versuch*, Buchdruckerei von F. Hierowski, Kiel, 1911.

DAVID, Héctor Alejandro, *El desistimiento de la tentativa. Repercusiones prácticas del fundamento de su impunidad*, Marcial Pons, Buenos Aires-Madrid-Barcelona, 2009.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón, Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.

FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de Derecho Penal (Parte General)*, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.

FREUND, Georg, "Sobre la función legitimadora de la idea del fin en el sistema integral del derecho penal", trad. de Ramón Ragués I Vallés, en WOLTER, Jürgen / FREUND, Georg, *El sistema integral del derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Marcial Pons, Barcelona, 2004, 91-128.

FREUND, Georg, *Erfolgsdelikt und Unterlassen. Zu den Legitimationsbedingungen von Schuldspruch und Strafe*, Heymanns, Köln, 1992.

FREUND, Georg, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, 2° Auflage, Srpinger, Berlin-Heidelberg, 2009.

FREUND, Georg, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, Springer, Berlin, 1998.

FRIELE, Guillermo, *El desistimiento en la tentativa, Estudio del art. 43 del C.P.*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.

FRISCH, Wolfgang, "Delito y sistema del delito", trad. de Ricardo Robles Planas, en WOLTER, Jürgen / FREUND, Georg, *El sistema integral del derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal*, Marcial Pons, Barcelona, 2004, 193-280.

FRISCH, Wolfgang, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, C.F. Müller, Heidelberg, 1988.

FRISCH, Wolfgang, *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandsmässigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung aussertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, Heymanns, Köln, 1983.

GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico, Parte General*, Tomo I, 2° edición, Grijley, Lima, 2007.

GARCÍA PÉREZ, Octavio, *La Punibilidad en el Derecho Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

GEORGIADIS, Georgs, *Rücktritt vom Versuch und tätige Reue in vergleichender Darstellung des griechischen, deutschen und französischen Rechts*, Ebering, Berlin, 1939.

GIL LAVEDRA, Ricardo, "El desistimiento voluntario de la tentativa", *Doctrina Penal*, 1977, año 1 n° 0.

GOLTDAMMER, Theodor, "Zur Lehre vom Versuche; Ein Rechtsfall", en *Archiv für Preußisches Strafrecht,* Berlin, 1860, Band VIII.

GONZÁLEZ GUERRA, Carlos, "¿Amenaza, coacción o libertad? Un propuesta de distinción entre los tipos penales de amenazas y coacciones", en *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, IJ-LXX-89 del 13-03-2014.

GÜNTHER, Klaus, "Möglichkeiten einer diskursethischen Begründung des Strafrechts", *Recht und Moral. Beiträge zu einer Standortbestimmung*, Heike Jung/Heinz Müller-Dietz/Ulfrid Neumann (Hrsg.), Nomos, Baden-Baden, 1991.

GÜNTHER, Klaus, "Die Zuschreibung strafrechtlicherVerantwortlichkeit auf der Grundlage des Verstehens", *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band I: Legitimationen*, Lüderssen (Hrg.), Nomos, Baden-Baden, 1998, 319-349.

GÜNTHER, Klaus, "Individuelle Zurechnung im demokratischen Verfassungsstaat", *Jahrbuch für Recht und Ethik (JRuE)*, Band 2 (1994), 143-157.

GÜNTHER, Klaus, "Strafrechtliche Verantwortlichkeit in der Zivilgesellschaft", *Strafrechtsprobleme an der Jahrtausendwende*, Prittwitz (Hrgs.), Nomos, Baden-Baden, 2000, 27-42.

GÜNTHER, Klaus, *Schuld und kommunikative Freiheit. Studien zur personalen Zurechnung strafbaren Unrechts im demokratischen Rechtsstaat*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2005.

HABERMAS, Jürgen, *Theorie des kommunikativen Handelns*, 2 Bände, 4° Auflage, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1987.

HABERMAS, Jürgen, *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 5° Auflage, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1998.

HABERMAS, Jürgen, *Vorstudien und Ergänzungen zur Theorie des kommunikativen Handelns*, 3° Auflage, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1995.

HÄLSCHNER, Hugo, *System des Preußischen Strafrechtes, Erster oder Allgemeiner Theil des Systems*, Bonn, 1858.

HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, trad. de Genaro Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963.

HART, H.L.A., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, second edition, Oxford University Press, Oxford, 2008.

HART, H.L.A., *The concept of law*, second edition, Clarendon Press, Oxford, 1994.

HEGEL, G.W.F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Werke 7, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986.

HERZBERG, Rolf Dietrich / HOFFMANN-HOLLAND, Klaus, *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Band 1 §§ 1-37 StGB, 2. Auflage, C.H. Beck, München, 2011.

HERZBERG, Rolf Dietrich, "Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch. Von der Strafzwecklehre zur Schulderfüllungstheorie", *Festschrift für Karl Lanckner zum 70. Geburtstag*, W. Küper, Berlin, 1987, 325-366.

HERZBERG, Rolf Dietrich, "Zum Grundgedanken des § 24 StGB", *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, 1989, 49-56.

HERZOG, Reinhold, *Rücktritt vom Versuch und tätige Reue. Die dogmatische Begründung der Straflosigkeit*, Pierer, Würzburg, 1889.

HOBBES, Thomas, *Leviatán: o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*, Fondo de Cultura Económica, México, 1980.

HÖFFE, Otfried, *Politische Gerechtigkeit: Grundlegung einer kritischen Philosophie von Recht und Staat,* Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1987.

HOYER, Andreas, *Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann. Lebendiges und Totes in Armin Kaufmanns Normentherie*, Duncker & Humblot, Berlin, 1997.

HRUSCHKA, Joachim, "Das Strafrecht neu durchdenken! Überlegungen aus Anlaß des Buches von George P. Fletcher, Rethinking Criminal Law", *Goltdammer`s Archiv für Strafrecht (GA)* 1981, 237-250.

HRUSCHKA, Joachim, "Imputation", *Brigham Young University Law Review*, 1986, 669-710.

HRUSCHKA, Joachim, "Verhaltensregeln und Zurechnungsregeln", *Rechtstheorie* 22 (1991), Duncker & Humblot, Berlin, 449-460.

HRUSCHKA, Joachim, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode. Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil*, Walter de Gruyter, Berlin, 1983.

HRUSCHKA, Joachim, *Strukturen der Zurechnung*, Walter de Gruyter, Berlin, 1976.

JÄGER, Christian, *Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr*, C. H. Beck, München, 1996.

JAKOBS, Günther, "Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem" Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des 'alteuropäischen' Strafrechts?", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaf (ZStW) 107* (1995), 843-876.

JAKOBS, Günther, "El concepto jurídico-penal de acción", en *Moderna Dogmática Penal. Estudios compilados*, trad. Manuel Cancio Melía, Editorial Porrúa, México, 2006, 43-76.

JAKOBS, Günther, "Der strafrechtlihe Handlungsbegriff", *Schriften der Juristischen Studiengesellschaft Regensburg e.V.,* Heft 10, C.H. Beck, München, 1992.

JAKOBS, Günther, "El desistimiento como modificación del hecho", en *Estudios de Derecho Penal*, trad. de Enrique Peñaranda Ramos, Civitas, Madrid, 1997, 325-345.

JAKOBS, Günther, "Rücktritt als Tatänderung *versus* allgemeines Nachtatverhalten", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 1992, 82-104.

JAKOBS, Günther, "El principio de culpabilidad", *Anuario de Derecho penal y Ciencias ADPCP*, Tomo XLV, Fascículo III, trad. Manuel Cancio Melia, 1992, 1051-1083.

JAKOBS, Günther, "La conducta de desistimiento", en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 1° ed., trad. de Manuel Cancio Meliá, Thomson-Civitas, Madrid, 2005, 549-564.

JAKOBS, Günther, "La prohibición de regreso en los delitos de resultado. Estudio sobre el fundamento de la responsabilidad jurídico-penal en la comisión", en *Estudios de Derecho Penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1997, 241-270.

JAKOBS, Günther, "Regreßverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 89 (1977), 1-35.

JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2° ed., Marcial Pons, Madrid, 1997.

JAKOBS, Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá, reimpresión, Civitas, Madrid, 1999.

JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Lehrbuch, 2° neubearbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1993.

JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5° vollständig neubearbeitete und erweiterte Auflage, Duncker & Humblot, Berlin, 1996.

JESCHECK, Hans-Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, trad. de Miguel Cardonete, 5° ed. corregida y ampliada, Comares, Granada, 2002.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal. El Delito y su Exteriorización*, Tomo VII, Losada, Buenos Aires, 1970.

KANT, Immanuel, *Metaphysik der Sitten*, Werke, Band IV, Weischedel, Insel, Wiesbaden / Frankfurt am Main, 1975.

KAUFMANN Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Verlag Otto Schwartz, Göttingen, 1954.

KAUFMANN Armin, *Teoría de las normas, Fundamentos de la dogmática penal moderna*, trad. de Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Depalma, Buenos Aires, 1977.

KAUFMANN, Arthur, "Die Lehre vom negativen Utilitarismus", *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, (1994) 80 Heft 4, 476-488.

KEMSIES, Herbert, *Die tätige Reue als Strafaufhebungsgrung*, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 259, Breslau, 1929.

KINDHÄUSER, Urs, "¿Qué es la imprudencia?", *La ciencia penal en la Universidad de Chile, Libro homenaje a los profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, Santiago de Chile, 2013, 217-228.

KINDHÄUSER, Urs, "Der subjektive Tatbestand im Verbrechensaufbau. Zugleich eine Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung", *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA) 2007*, 447-468.

KINDHÄUSER, Urs, "Der Vorsatz als Zurechnungskriterium", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (*ZStW)* 96 (1984), 1-35.

KINDHÄUSER, Urs, "Erlaubtes Risiko und Sorgfaltswidrigkeit. Zur Struktur strafrechtlicher Fahrlässigkeitshaftung", *Goltdammer`s Archiv für Strafrecht (GA) 1994*, 197-223.

KINDHÄUSER, Urs, "Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal", *InDret Revista para el análisis del derecho* 1/2009, trad. de Nuria Pastor Muñoz, Barcelona, 2009, 1-19.

KINDHÄUSER, Urs, "Geltung. Der rechtliche Begriff der Geltung", *Staatslexikon der Görres-Gesellschaft*, 7 Auflage, Freiburg/Basel, 1986.

KINDHÄUSER, Urs, "Objektive und subjektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt", in B. Sharon Byrd u.a. (Hrsg.), Philosophia Practica Universalis, *Festschrift für Joachim Hruschka zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 2005, 527-542.

KINDHÄUSER, Urs, "Personalität, Schuld und Vergeltung. Zur rechtsethischen Legitimation und Begrenzung der Kriminalstrafe", *Goltdammer`s Archiv für Strafrecht (GA) 1989*, 493-507.

KINDHÄUSER, Urs, "Rechtsgüterschutz durch Gefährdungsdelikte", *Festschrift für Volker Krey zum 70. Geburtstag*, Kohlhammer, Stuttgart, 2010, 249-268.

KINDHÄUSER, Urs, "Rechtstreue als Schuldkategorie", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, 107 (1995), 701-733.

KINDHÄUSER, Urs, "Rohe Tatsachen und normative Tatbestandsmerkmale", *Juristische Ausbildung (JA)* 1984, 465-478.

KINDHÄUSER, Urs, "Zum strafrechtlichen Handlungsbegriff"**,** *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Hans-Ullrich Paeffgen (Hrgs.), Duncker & Humblot, Berlin, 2011, 39-63.

KINDHÄUSER, Urs, "Zur Logik des Verbrechensaufbaus", Harald Koch (Hrgs.), *Herausforderungen an das Recht: Alte Antworten auf neue Fragen?*, 1997, 77-94.

KINDHÄUSER, Urs, "Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht", *Jahrbuch für Recht und Ethik (JRuE)*, Band 2 (1994), 339-351.

KINDHÄUSER, Urs, *Gefährdung als Straftat. Rechtstheoretische Untersuchungen zur Dogmatik der abstrakten und konkreten Gefährdungsdelikte*, 1. Auflage, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1989.

KINDHÄUSER, Urs, *Intentionale Handlung. Sprachphilosophische Untersuchungen zum Verständnis vonHandlung im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1980.

KINDHÄUSER, Urs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6° Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2013.

KÖHLER, Michael, *Der Begriff der Strafe*, R.v. Decker, Heidelberg, 1986.

KÖHLER, Michael, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Springer, Berlin, 1997.

KÖSTLIN, Christian Reinhold, *System des deutschen Strafrechts. Erste Abtheilung. Allgemeiner Theil*, Tübingen, 1855

KÜHL, Kristian, *Strafrecht. Allgemeiner Teil.* 7., neu bearbeitete Auflage, Vahlen, München, 2012.

KUHLEN, Lothar, "Besprechung von Kindhäuser, Gefährdung als Straftat", *Goltdammer`s Archiv für Strafrecht (GA) 1990*, 477-480.

LACKNER, Karl / KÜHL, Kristian , *Strafgesetzbuch : StGB. Kommentar*, 27., neu bearbeitete Auflage, C.H. Beck, München, 2011.

LANG-HINRICHSEN, Dietrich, "Bemerkungen zum Begriff der Tat im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Strafzumessung, des Rücktritts und der tätigen Reue beim Versuch und der Teilnahme (Normativer Tatbegriff)", *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, (Hrsg.) Paul Bockelmann, Arthur Kaufmann und Ulrich Klug, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1969, 353-379.

LAPORTA, Mario H., *Delito Fiscal. El hecho punible, determinación del comportamiento típico*, BdeF, Montevideo - Buenos Aires, 2013.

LILIE , Hans / ALBRECHT, Dietlinde, *Leipziger Kommentar zum StGB, Einleitung*, §§ 1-31, Band I, 12. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 2007.

LUDEN, Heinrich, *Handbuch des deutschen gemeinen und partikularen Strafrechts*, Göttingen, 1836.

LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, "La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 46, I, Enero-Abril 1993, 21-34.

MANTOVANI, Fernando, *Diritto Penale, Parte Generale. Il Reato*, 4° ed., Cedam, Padua, 2001.

MAÑALICH, Juan Pablo, "Norma e imputación como categorías del hecho punible", *REJ - Revista de Estudios de la Justicia de la Universidad de Chile*, n°12, 2010, 169-190.

MAÑALICH, Juan Pablo, *Nötigung und Verantwortung. Rechtstheoretische Untersuchungen zum präskriptiven und askriptiven Nötigungsbegriff im Strafrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2009.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *El desistimiento en derecho penal. Estudio de algunos de sus problemas fundamentales,* Gráficas Arias Montano, Madrid, 1994.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, "Dos cuestiones básicas del desistimiento en derecho penal", 331-340, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús, (comp.) *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin,* Bosch, Barcelona, 1997.

MAURACH, Reinhardt / GÖSSEL, Karl Heinz / ZIPF, Heinz, *Derecho Penal. Parte General. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*, trad. de Jorge Bofill Grenzsch de la 7° ed. alemana, Astrea, Buenos Aires, 1995.

MAURACH, Reinhart, *Tratado de derecho penal,* trad. de Juan Córdoba Roda, Ariel, Barcelona, 1962.

MAYER, M.E., *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2. Auflage, Heidelberg, 1923.

MEZGER, Edmund, *Derecho Penal. Libro de Estudio. Parte General*, trad. del Dr. Conrado A. Finzi de la 6° ed. alemana, Librería El Foro, I, 1963.

MIR PUIG, Santiago, "Límites del normativismo en derecho penal", en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 1° ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2005, y también en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* RECPC 07-18 (2005).

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 7° ed., BdeF-Julio César Faira Editor, Montevideo-Buenos Aires, 2005.

MOORE, Michael S., *Placing Blame: A Theory of the Criminal Law*, Clarendon Press, Oxford, 1997.

MORESO, José Juan, *Principio de legalidad y causas de justificación (Sobre el alcance de la taxatividad)*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, ponencia presentada en el III Seminario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal: *Principio de legalidad, interpretación y Derecho Penal*, los días 30 de mayo y 1 de junio de 2001, en la Universidad de León.

MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 6°ed. revisada, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *El desistimiento voluntario de consumar el delito,* Bosch, Barcelona, 1972.

MURMANN, Uwe, *Versuchsunrecht und Rücktritt*, C.F. Müller, Heidelberg, 1999.

NÚÑEZ, Ricardo, *Tratado de derecho penal*, Lerner, Córdoba, 1978.

OETKER, Friedrich, "Rechtsgüterschutz und Strafe", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* (17) 1897, 493-589.

PESSOA, Nelson, *Injusto penal y tentativa. Desvalor de acción y desvalor de resultado. Injusto tentado e injusto consumado*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007.

PESSOA, Nelson, *La tentativa. Distinción entre actos impunes y actos de ejecución de delitos*, Hammurabi, Buenos Airesm 1998.

POZUELO PÉREZ, Laura, *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

PUPPE, Ingeborg, "Der halbherzige Rücktritt. Zugleich eine Besprechung von BGHSt. 31, 467", *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, 1984, 488-491.

RADBRUCH, Gustav, "Zur Systematik der Verbrechenslehre", *Festgabe für Reinhard v. Frank zum 70. Geburtstag*, Band I, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1930, 158-173

RAGUÉS I VALLÉS, Ramón, "Tres grandes dilemas de la dogmática penal del siglo XXI", *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penal (RPDJP)*, N°2 (2001), 523-547.

RAMÍREZ, Nicolás D., "Interrupción de cursos causales salvadores (los llamados delitos de comisión por omisión), en *El Derecho Penal*, Revista n° 9, septiembre de 2007, 5-13.

RAWLS, John, "Two concepts of rules", *The Philosophical Review* 64 (1955), 3-32.

RAZ, Joseph, *Practical reasons and norms*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

RAZ, Joseph, *The concept of a legal system. An introduction to the theory of legal system*, second edition, Clarendon Press, Oxford, 1980.

REAÑO PESCHIERA, José Leandro, "Sobre los fundamentos de la exención de pena por 'desistimiento voluntario' de la tentativa", *Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI, Libro homenaje al profesor Dr. Günther Jakobs*, dir. Guillermo Jorge Yacobucci, ARA Editores, Lima, 2005. p. 341-381.

REY SANFIZ, Luis Carlos, "La tentativa jurídico-penal. Acercamiento al tratamiento doctrinal del fundamento de los criterios de imputación entre naturalismo y normativismo", *Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa"*, N° 13, Dykinson, Madrid, 2001, 94-104.

RIGHI, Esteban, *Derecho Penal, Parte General*, 1° ed., Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

ROXIN, Claus, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Walter de Gruyter, Berlin, 1973.

ROXIN, Claus, "Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch", *Festschrift für Ernst Heinitz zum 70. Geburtstag*, (Hrgb.) Lüttger, Walter de Gruyter, Berlin, 1972, 251-276.

ROXIN, Claus, "Über die Ratio des Rücktrittsprivilegs im Strafrecht", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC*, n° 2, año 2000, artículo 02-06, publicado en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_02.html (disponible el 23/9/06).

ROXIN, Claus, *Derecho Penal - Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Tomo I, trad. de la 2° ed. por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, 2003.

ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, Band II, C.H. Beck, München, 2003.

ROXIN, Claus, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, Band I, 4. Auflage, C.H. Beck, München, 2006.

RUDOLPHI, Hans Joachim, "Rücktritt vom beendeten Versuch durch erfolgreiches, wenngleich nicht optimales Rettungsverhalten", *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, 1989, 508-514.

RUDOLPHI, Hans-Joachim, *SK-StGB. Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I §§ 1 - 45 StGB*, 8. Auflage, Heymanns, Köln, 2012.

SAMSON, Erich, "Das Verhältnis von Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Strafrecht", *Festschrift für Gerald Grunwald zum siebzigsten Geburtstag*, Erich Samson et al. (Hrsg.), 1° Auflage, Nomos, Baden-Baden, 1999, 585-605.

SANCINETTI, Marcelo, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. A la vez, una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs,* Temis, Santa Fe de Bogotá, 1995.

SANDRO, Jorge A., "La norma penal: ¿enunciado prescriptivo o descriptivo?", en *Dogmática Penal entre Naturalismo y Normativismo. Libro homenaje a Eberhrd Struensee*,

Directores Julio B. J. Maier, Marcelo A. Sancinetti y Wolfgang Schöne, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2011, 577-603.

SAUER, Wilhelm, *Derecho Penal*, trad. a cargo de Cerezo y del Rosal, Bosch, Barcelona, 1956.

SCHIMIDHÄUSER, Eberhard, *Strafrecht. Allgemeiner Teil: Studienbuch*, 2° ed., J.C.B. Mohr, Tübingen, 1984.

SCHÖNKE, Adolf / SCHRÖDER, Horst, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. Auflage, C.H. Beck, München, 2010.

SCHRÖDER, Horst, "Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch", *Juristische Schulung (JuS)* 1962, 81-87.

SCHUMANN, Antje, *Zum Standort des Rücktritts vom Versuch im Verbrechensaufbau. Eine Untersuchung anhand der Dogmatik zum System von Versuch und Rücktritt seit dem 19. Jahrhundert*, Duncker & Humblot, Berlin, 2006.

SEARLE, John R., *La construcción de la realidad social*, trad. de Antoni Doménech, Paidós, Barcelona, 1997.

SEARLE, John R., *Speech Acts. An essay in the philosophy of language*, Cambridge Univertisy Press, Cambridge, 1969.

SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio, en AA.VV., *Código Penal de 1995 (comentari*o *y jurisprudencia),* Comares, Granada, 1998.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "La crisis de la teoría el Delito", conferencia inédita ofrecida en la Universidad Austral, el lunes 13 de noviembre de 2006, en Buenos Aires.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "La regulación de la 'comisión por omisión' "*, en El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales,* Bosch, Barcelona, 1997, 51-78.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "La regulación del *iter criminis",* en *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales,* Bosch, Barcelona, 1997, 121-158.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, "Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites", en *Política criminal y nuevo derecho penal (Libro Homenaje a Claus Roxin)*, Bosch, Barcelona, 1997.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Normas y acciones en Derecho Penal,* 1° ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2003.

SOLER, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, Tomo II, Tea, Buenos Aires, 1978.

STILKE, Georg, *Die Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch nach geltendem und künftigem Recht*, Röhrscheid, Bonn, 1928.

STRATENWERTH, Günter / KUHLEN, Lothar, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat*, 6., neu bearbeitete Auflage, Vahlen, München, 2011.

STRATENWERTH, Günter, *Acción y resultado en derecho penal*, trad. de Marcelo A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.

STRATENWERTH, Günter, *Derecho Penal, Parte General I. El hecho punible*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti, 4° ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2005.

STRENG, Franz, "Schuld ohne Freiheit? Der funktionale Schuldbegriff auf dem Prüfstand", *Zeitschrift fur die Gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 101 (1989), 273-334.

TAYLOR, Charles, "Aneinander vorbei. Die Debatte zwischen Liberalismus und Kommunitarismus", in: Axel Honneth, *Kommunitarismus. Eine Debatte über die moralischen Grundlagen moderner Gesellschaften*, Frankfurt am Main 1993, 103-130.

TIEDEMANN, Klaus, "Zum Verhältnis von Allgemeinem und Besonderem Teil des Strafrechts", *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag*, Arzt (Hrg.), Gieseking, Bielefeld, 1992, 7-20.

ULSENHEIMER, Klaus, *Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis*, Walter de Gruyter, Berlin, 1976.

VOGEL, Joachim, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993.

VON BAR, Ludwig, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, Band II, Guttentag, Berlin, 1907.

VON FEUERBACH, J.P. Anselm Ritter, *Kritik des kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuch für die Chur-Pfalz-Bayrischen Staaten*, Giessen, 1804.

VON FEUERBACH, J.P. Anselm Ritter, *Lehrbuch des in Deutschland geltenden peinlichen Rechts*, 11° ed., Giessen, 1833.

VON HEINTSCHEL-HEINEGG, Bernd, "Versuch und Rücktritt", *Zeitschrift fur die Gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)* 109 (1997), 29-57.

VON LISZT, Franz, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 3. Auflage, Guttentag, Berlin/Leipzig, 1888.

VON LISZT, Franz, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, trad. de Luis Jiménez de Asúa, 4° ed., Editorial Reus S.A., Madrid, 1999.

VON SCHEURL, Guntram, *Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer*, Duncker & Humblot, Berlin, 1972.

VON SCHWARZE, Friedrich Oskar, *Versuch und Vollendung*, von Holzendorff, Berlin, 1871.

VON WRIGHT, Georg Henrik, *Norm and action. A logical enquiry*, Routledge & Kegan, London, 1963.

VON HIPPEL, Reinhard, *Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch. Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Versuchslehre*, Walter de Gruyter, Berlin, 1966.

WEBER, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriss der verstehenden Soziologie*, 5° Auflage, Mohr Siebeck, Tübingen, 1980.

WEINBERGER, Otta, *Studien zur Normlogik und Rechtsinformatik*, Schweizer Verlag, Berlin, 1974.

WEINHOLD, Ina, *Rettungsverhalten und Rettungsvorsatz beim Rücktritt vom Versuch,* Nomos Verlag, Baden-Baden, 1990.

WELZEL, Hans, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*, Walter de Gruyter, Berlin, 1940.

WELZEL, Hans, "Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre", *Juristische Schulung (JuS)* 1966, 421-425.

WELZEL, Hans, *Das Deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung*, 11° Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1969.

WELZEL, Hans, *Derecho Penal Alemán, Parte General*, 11° ed., trad. de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yánez Pérez, Editorial Jurídica Chile, 1997.

WESSELS, Johannes / BEULKE, Werner, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Straftat und ihr Aufbau*, 35°, neu bearbeitete Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2005.

WITTGENSTEIN, Ludwig, *Investigaciones filosóficas*, trad. Alfonso García Suárez y Ulises Moulines, Altaya, Barcelona, 1999.

WOLTER, Jürgen, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem,* Duncker & Humblot, Berlin, 1981.

YACOBUCCI, Guillermo, *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal,* Ábaco, Buenos Aires, 2002.

ZACHARIÄ, Heinrich Albert, *Die Lehre vom Versuch der Verbrechen*, Zweiter Teil, Göttingen, 1839.

ZACZYK, Rainer, *Das Unrecht der versuchten Tat*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989.

ZACZYK, Rainer, en KINDHÄUSER, Urs / NEUMANN, Ulfrid / PAEFFGEN, Hans-Ullrich, *Strafgesetzbuch Großkommentar*, 4. Auflage, Nomos, Baden-Baden, 2013.

ZAFFARONI, Raúl / ALAGIA, Alejandro / SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal, Parte General*, 2° ed., Ediar, Buenos Aires, 2002.

ZIELINSKI, Diethart, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß*, Duncker & Humblot, Berlin, 1973.