UNIVERSIDAD NACIONAL DE PILAR

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

TESIS DOCTORAL

"PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA INIDÓNEA EN EL CÓDIGO PENAL DEL PARAGUAY"



La responsabilidad por la relación de los hechos y por las ideas expuestas en esta Tesis corresponde al autor

Victor Ríos Ojeda



A mí Família



ÍNDICE

PÁGINA

INT	P	0	n	T	C	CI	0	N

1

CAPÍTULO I: ANTECEDENTES HISTÓRICOS, DEFINICIONES,
DIFERENCIAS CON OTROS TIPOS DE TENTATIVA Y TEORÍAS
SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA PUNIE DAD DE LA TENTATIVA

INIDONEA	
INIDONEA A LA VISTA MONOSENTE	
1. Antecedentes Históricos	6
2. Cuestión Terminológica	8
3. Definiciones de Tentativa Inidónea	10
4. Tentativa Inidónea, Diferencias con el delito pirativo La Tentativa	
Supersticiosa y Tentativa Irreal	11
4.1. Delito Putativo	11
4.2. Tentativa Supersticiosa	13
4.3. Tentativa Irreal	15
5. Teorías sobre el Fundamento de la Punibilidad de la Tentativa Inidónea	19
5.1. Teorías Objetivas	19
5.2. Teoría de la Falta de Tipo	20
5.3. Teorías Objetivo-Materiales	23
5.4. Teoría del Peligro	23
5.5. Teoría Subjetiva	27
5.6. El Subjetivismo Contemporáneo	29

CAPÍTULO II: CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL INSTITUTO INVESTIGADO

1. Fundamento de la Punibilidad de la Tentativa	34
2. Teorías, Exposición y Crítica	36
2.1. Teoría Objetiva	36
2.2. Teoría Subjetiva	45
2.3. Teoría Dualista	52

2.4. Tentativa Como Expresión de la Fractura de la Norma Cerca al Tipo	54
2.5. Teoría de la Impresión	55
2.6. Teoría de Welzel	58
2.7. Pensamiento de Nelson Pessoa	61
3. Principio de Ejecución de la Tentativa	63
3.1. Teorias	63
3.1.1. Teorías Subjetivas	64
3.1.2. Teorías Objetivas	66
3.1.3. Teoría Objetivo-Formal	67
3.1.4. Teorías Objetivo-Materiales	67
3.1.5. Teoría del Acto Productor de la Finalidad	68
4. El Acto Productor de la Finalidad en la Tentativa con dolo eventual	74
5. Diversos Tipos de Tentativa La Tentativa Inacabada y Acabada.	
Punibilidad	80
5.1. Código Penal Alemán	82
5.2. En el Código Penal Español	89
5.3. En el Código Penal Argentino	95
5.4. En el Código Penal del Paraguay	96
6. La Tentativa en la Omisión	104
7. Tentativa en los Delitos Propios de Omisión	104
8. Tentativa en los Delitos Impropios de Omisión	105
9. Principio de Ejecución	105
CAPÍTULO III: EN LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY	
1. La Tentativa en el CP del Paraguay	113
2. El Dolo en la Tentativa CCP	120
3. Teoría del Consentimiento	120
4. Teoría de la Probabilidad	122
5. La Teoría del Dolo en la Actualidad	127
5.1. Gunter Jakobs	128
5.2. Rolf D. Herzberg	132
5.3. Ingeborg Puppe	134
6. El Dolo en el CP del Paraguay	140
7. Definición y Determinación del Dolo en el CP de Paraguay	141

8. Diferencia entre Eventual e Imprudencia. Propuesta de Solución	146
CAPÍTULO IV: MODELOS COMPARATIVOS DE APLICA	CIÓN
1. El Instituto en la Legislación Comparada y en la Doctrina	151
1.1. Estructura Típica del Delito Intentado	151
1.2. La Voluntad de Cometer el Delito y el Dolo	155
2. Dolo Eventual y Tentativa en Argentina	187
2.1. Principio de Ejecución en el CP Argentino	189
3. Principio de Ejecución en el Código Penal Español	191
4. Principio de Ejecución en el CP del Paraguay	206
CAPÍTULO V: APORTES Y CONCLUSIONES	
1. La Conflictividad en el Derecho Penal	215
2. La Conflictividad en la Tentativa Inidónea	225
3. punibilidad de la Tentativa Inidónea	233

4. Punibilidad de la Tentativa Inidónea en el CP del Paraguay

BIBLIOGRAFÍA

5. Conclusión Final



239

246

247



JUSTIFICACIÓN

El artículo 26 de nuestro Código penal define pla entativa del siguiente modo: "Hay tentativa cuando el autor ejecutara la decisión de realizar el hecho punible mediante actos que, tomada en cuenta su representación del hecho, son inmediatamente anteriores a la consumación del tipo legal".

El castigo de la tentativa se sustenta -para un sector de la doctrina- en un criterio objetivo, esto es, la proximidad del daño al bien jurídico protegido.

Por otro lado están los que fundamentan la punibilidad en un criterio subjetivo, ya que solo son punibles los hechos dolosos.

Luego de estas premisas, pasamos a exponer en que consiste la tentativa inidónea y su fundamento de castigo.

En la tentativa inidónea, un sujeto se representa las circunstancias típicas de un delito, es decir, el autor piensa equivocadamente que concurre un elemento objetivo del tipo que, en la realidad concreta de su acción, no ocurre, por eso se la denomina "error de tipo al revés".

Dice José Ignacio González Macchi; "Son varias las razones por las que la tentativa no llega a la consumación del hecho punible. Unas son de tipo jurídico, otra de tipo fáctico. En todos estos casos, la tentativa, objetivamente considerada 'ex post' [con posterioridad; una vez transcurrido un lapso o producido un vencimiento], siempre inidónea para consumar el delito y, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia dominantes aceptan, en general, que es merecedora de pena, aunque con ciertas limitaciones¹

Varias son las teorías que intentan explicar la intervención del Estado en las relaciones de los individuos para el reestablecimiento de la paz

¹ Muñoz Conde, Francisco. "introducción a la teoría general del hecho punible". Adaptada al código penal paraguayo, por José Ignacio González Macchi. Ediciones jurídicas Catena. As. Py. 2003, pg., 204.

social, una de ellas es el de la conflictividad, que dice que para una conducta sea relevante para el Estado, debe generar conflicto en las relaciones humanas, hay que tener en cuenta que al Estado solo le interesan aquellas relaciones privadas de los hombres que afecten de algún modo la convivencia social.

Trasladada esta teoría al ámbito de la tentativa inidónea, podemos decir, que debe determinarse la conflictividad en las conductas calificadas como de tentativa inidónea a fin de justificarse su punibilidad.

La tesis propuesta "La Punibilidad de la Tentativa Inidónea en el Código Penal Paraguayo", tiene un sustento constitucional, nos estamos refiriendo al articulo 4° de nuestra Carta Magna, el cual reza: "El derecho a la vida es inherente a la persona humana.(...). Toda persona será protegida por el Estado en su integridad física y psíquica, (...)". esto significa que cualquier acción dolosa que tenga como contenido la representación de por lo menos, la posibilidad de la afectación de la vida o la integridad física de una persona, debe ser reprimida por el Estado atendiendo al cumplimiento de lo preceptuado por el artículo 4° de nuestro Ley Magna.

Los supuestos de tentativa inidónea punibles son aquellos que, generan una conflictividad social de suficiente entidad y justifican — únicamente en estos casos- la actuación del poder represivo estatal. Una tentativa inidónea genera una conflictividad social grave, cuando en su ejecución, el agente se representa que actúa sobre la integridad física del sujeto pasivo, representándose la creación de una afectación o peligro concreto para la vida o la integridad física de éste.

Podemos decir en definitiva, conforme a esta tesis propuesta, que no todos los casos de tentativa inidónea son purificio sino, solo lo son en los casos en que supera el filtro de la conflictividad, conficiente a explicado con anterioridad.

HIPÓTESIS

El Estado debe intervenir en última instancia con su poder punitivo para solucionar los conflictos sociales, esto es lo que se conoce como "última ratio", es por ello que el derecho penal solo califica como hechos punibles, aquellos hechos que son relevantes como para que importe la utilización del poder punitivo del Estado.

Lo sostenido en esta tesis es que el grado de conflictividad de las conductas es la que hace intervenir al Estado, entonces cuando la tentativa inidónea genera una conflictividad social grave, amerita la intervención del Estado.

Como ya lo plantearé en mis aportes, no todas las hipótesis de tentativa inidónea previstas en el Código Penal Paraguayo, admiten la punibilidad de su forma inidónea. Esta es una postura que pregona la disminución radical de los supuestos de tentativa inidóneas punibles, acotándose el campo punitivo sin dejar de brindar protección adecuada y constitucional al valor fundamental del ser humano que es la vida de constitucional al valor fundamental del ser humano que es la vida de constitucional al valor fundamental del ser humano que es la vida de constitucional al valor fundamental del ser humano que es la vida de constitucional al valor fundamental del ser humano que es la vida de constitucional al valor fundamental del ser humano que es la vida de constitucional al valor fundamental del ser humano que es la vida de constitucional al valor fundamental del ser humano que es la vida de constitucional al valor fundamental del ser humano que es la vida de constitucional al valor fundamental del ser humano que es la vida de constitucional al valor fundamental del ser humano que es la vida de constitucional al valor fundamental del ser humano que es la vida de constitucional al valor fundamental del ser humano que es la vida de constitucional al valor fundamental del ser humano que es la vida de constitucional al valor fundamental del ser humano que es la vida de constitucional del ser humano que es la vida de constitucional al valor fundamental del ser humano que es la vida de constitucional del ser humano que es la vida de constitucional del ser humano que es la vida de constitucional del ser humano que es la vida del ser humano que

OBJETIVOS

PRIMARIOS: Lograr que los casos de tentativa inidistrat presistos en el Código Penal Paraguayo, sean punibles de acuerdo o atendiendo al grado de conflictividad social que generen.

SECUNDARIOS O ESPECIFICOS:

- Análisis del marco legal existente respecto a la figura de la tentativa, su evolución histórica y su situación actual.
- Visualizar las falencias existentes a partir de la teoría de la conflictividad (desde un punto de vista que abarque no sólo lo normativo legal sino especialmente su implementación práctica).

- Proponer modelos comparativos de aplicación empírica que basamenten esta tesis.
- Proponer los cambios necesarios, a partir de los modelos comparativos y la casuística local.

VARIABLES:

DEPENDIENTE:

• Punibilidad de la Tentativa Inidónea en el Código Penal Paraguayo

INDEPENDIENTES:

- Resistencias jurídicas, políticas, y/o socia
- Jurisprudencia nacional
- Actual Derecho consuetudinario

MARCO TEÓRICO

Si bien son varios los libros que van a ser consultados para llevar a cabo la presente investigación, y que serán incluidos en la bibliografía, estas obras que cito a continuación constituyen las bases de este trabajo.

Derecho Penal Parte General de, Eugenio R. Zaffaroni; Fundamentación Subjetiva del Ilícito y Desistimiento de la Tentativa, de Marcelo Sancineti; La Llamada Tentativa Inidónea de , Sola Reche, E.; La Teoría de los Conflictos de, Etelman Remo F.; y, Tentativa de Delito de, Elena, Farre Trepat.

Además de esto, hay que agregar el estudio crítico del Código Penal Paraguayo en lo atinente a la materia aquí investigada, es decir, la Tentativa en sus diversas formas y más específicamente a la Tentativa Inidónea.

ASPECTOS:

DEMOGRÁFICO: Personas relacionadas al tema investigado, es decir, Legisladores, Jueces, Juristas, y demás personas que podrían relacionarse con la Punibilidad de la Tentativa Inidónea.

GEOGRÁFICO: La República del Paraguay, países del MERCOSUR y otros países cuyas legislaciones han sido tomados como modelo comparativo.

CRONOLÓGICO: Del año 2004 al 2005.

TIPO DE METODOLOGÍA A IMPLEMENTAR:

Descriptiva; causal; con análisis de casos y modelos comparativos de aplicación.



CAPITULO I: ANTECEDENTES HISTÓRICOS, DEFINICION ES, DIFERENCIAS CON OTROS TIPOS DE TENTATIVA Y TEORÍAS SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA INIDONEA.

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.-

La problemática de la tentativa y, lógicamente, de la tentativa inidónea, es una cuestión que siempre ha acompañado a las legislaciones punitivas desde la antigüedad, en las que, si bien no se contaba con los instrumentos dogmáticos necesarios para un análisis técnico del problema², las autoridades tuvieron que darle alguna solución a los supuestos que se les presentaban en la vida cotidiana³.-

En Roma, la tentativa era castigada igual que el delito consumado en los casos graves, según entiende la communis opinio⁴. Eran casos graves los denominados de delicta pública, como el homicidio y el crimen de lesa majestad, en los cuales, en virtud del principio político de intimidación, siempre que el propósito criminoso fuese manifiesto, la acción reveladora de tal propósito, por débil que fuera su contenido, era equiparada al propósito realizado. En los casos menos graves de delicta privata, el resultado realizado era condición esencial para la responsabilidad del agente⁵. Ya en Roma, se procuraba hacer la distinción de las casos de voluntad por actos que no llegan a producir el resultado resultado resultado que no llegan a producir el resultado resultado resultado que no llegan a producir el resultado resultado resultado que no llegan a producir el resultado resultado resultado que no llegan a producir el resultado resultado resultado que no llegan a producir el resultado resultado resultado que no llegan a producir el resultado re

² El hecho de que no haya existido dogmática penal en tiempos de la antigredad, no significa que los supuestos hoy estudiados como de tentativa inidónea, no se hayan presentado en la práctica en aquellos tiempos, siendo resueltos fundamentalmente de acuerdo a criterios de hoy denominamos de política criminal.

³ Entre los supuestos que tuvieron que resolver los romanos figuran los de asesinato por envenenamiento, aborto, en los cuáles se hubiesen empleado medios inidóneos. Delaquis, Der untaugliche Versuch, pág 54 ss., y Shuler, Der Mangel, pág 10 s., citados por Farré Trepat Elena, Ob cit nota 4, pág 278.

⁴ Caballero, Ricardo Juan, El Delito Imposible, pág 83.-

⁵Caballero, Ricardo Juan, El Delito Imposible, nota 6, pág 84, cita de Fernández de Moreda, Blasco, Delito Imposible y putativo, L.L, t 82, p 779, quien a su vez refiere a la opinión de Enrico Pessina.

⁶ Sola Reche, Esteban, La llamada "tentativa inidónea" de delito. Aspectos básicos, pág 9, Granada 1.996

En el siglo XIII, Alberto de Gandino elaboró la fórmula siguiente, que, bien puede aplicarse en nuestros días. Obviamente, esta fórmula deberá ser sometida a las categorías analíticas de la dogmática contemporánea, pero, de todas maneras, la idea central que expresa mantiene vigencia. Según de Gandino, "quien ideara, obrara y consumara (delito consumado) sería castigado; si, por el contrario, idease y obrase, pero no consumase, habría que distinguir, si quiso y pudo, o si quiso y no pudo. El que quiso y pudo perfeccionar el delito y no lo perfeccionó (desistimiento), merecía gracia. El que quiso, pero no pudo concretar el crimen proyectado (tentativa inacabada o acabada, según el desarrollo del plan), debía ser castigado, porque en los delitos, cuenta la mala voluntad y no el éxito⁷ (Tractatus de maleficiis, de poenis reorum, n° 2)⁸.-

En la Edad Media, entre los prácticos, Farinacio mantenía las ideas que se manejaban en el Derecho romano en cuanto a la clasificación y castigo de la tentativa o conato⁹, propugnando la impunidad del delito imposible. Menocchio, en cambio, abogaba por la punición de los supuestos de delito imposible¹⁰.-

En el derecho germánico, si bien sólo se conocieros algunos casos típicos de tentativa (v gr. Acechar, desenvainar la espada), 4a, Constitutio Criminalis Carolina (año 1532), en su art 178 contenía una os finición elarado de la tentativa, definición ésta que tuvo vigencia husta comenzado el sixto XIX.-

Los estudios penales del siglo XIX sí se preocuparon con el tema de la tentativa inidónea, ofreciéndose diferentes respuestas, según la teoria de la fundamentación del castigo de la tentativa que se adoptara, o sea que, según si la razón del castigo de la tentativa se encontrara en la voluntad criminal del autor o en la puesta en peligro del bien jurídico. El Código penal prusiano de 1851, basado en el Code penal francés de 1810, excluyó la punibilidad de la tentativa inidónea, lo mismo que el RStGB del Imperio,

8 Caballero, Ricardo Juan, Ob cit, pág 84/85.-

⁷ El subrayado y los paréntesis son míos.

⁹ La idea de conato apareció en épocas del Imperio, según Pessina, citado por Blasco Fernández de Moreda, quien a su vez es referido por Caballero, Ricardo J, en Ob cit, nota 6, pág 84.

¹⁰ Caballero, Rcidardo Juan, Ob cit, pág 85.-

cuyo & 43 adoptó la regulación prusiana. En cambio, el RG (Tribunal del Imperio), integrado e influenciado por el subjetivista von Buri, consagró la punibilidad de la tentativa inidónea¹¹.-

2. CUESTIÓN TERMINOLÓGICA.-

El instituto de la tentativa inidónea plantea cuestiones discutibles desde su propia denominación, teniendo en cuenta que algunos utilizan como sinónimos tentativa inidónea y delito imposible o tentativa de delito imposible, mientras que otros establecen una distinción entre estos términos. En Alemania se la denomina untauglicher Versuch.-

Ricardo J Cavallero llega a la conclusión de que la expresión tentativa inidónea es la que designa con mayor claridad a este instituto. Según este penalista, el término delito imposible, es en verdad, contradictoria, en razón de que una conducta dolosa que carece de aptitud ex ante para realizar el tipo objetivo no puede en modo alguno calificarse de delito, porque, a lo sumo, será una tentativa. Asegura este autor, que la fórmula del delito imposible es un contrasentido. Pero a pesar de esta opinión, Ricardo J Cavallero culmina diciendo: "No obstante que tanto del protecto de vista técnico como lingüístico parécenos más ajustada la denominación cultural inidónea¹², debe tenerse en cuenta que nuestro Código inidónea¹³ emplea la denominación delito imposible (art 44)¹⁴.

Zaffaroni por su parte considera que en relación a este tema en considerable arbitrariedad terminológica, ya que por lo general se identifica la llamada tentativa inidónea con el delito imposible del último para la ley penal desconoce el art 19 constitucional¹⁵, es decir, que pretende considerar

¹¹ Jescheck, Hans H, Tratado de Derecho Penal, Parte General, & 49, págs 463/464, 4° Ed comp. correg y ampliada, Trad del Dr José Luís Manzanares Samaniego, Comares, edit, Granada, 1993.

¹² Cursiva en el original.

¹³ Se refiere al Código Penal argentino cuya redacción se mantiene igual hasta hoy.-

¹⁴ CABALLERO, Ricardo J, Ob cit p 82.-

¹⁵ Obviamente, Zaffaroni se refiere al texto constitucional argentino. La carta constitucional paraguaya consagra el mismo principio en el art 33.-

típicas acciones que no ponen en peligro el bien jurídico. Esto llevaría a considerar inconstitucional la disposición del último párrafo del art 44¹⁶.-

Cabe observar antes que nada que, conforme al texto citado del Prof. Zaffaroni, para él la cuestión no se agota en una mera discusión terminológica, sino que involucra aspectos sustantivos del tema. Según el actual Ministro de la Corte Suprema Argentina, la tentativa inidónea es un instituto diferente al delito imposible, siendo la primera impune porque sancionarla sería violatoria del art 19 de la Constitución argentina, por lo que el delito imposible legislado por el último párrafo del art 44 necesariamente debe tratarse de una figura distinta, so pena de inconstituciolidad de esta disposición legal. Zaffaroni llega a la conclusión indicada precedentemente por la vía interpretativa según la cual, antes que declarar la inconstitucionalidad de un texto legal, debe procurarse su compatibilidad constitucional y siendo la punibilidad de la tentativa inidónea violatoria del art 19 de la Constitución argentina, para salvar la constitucionalidad del último párrafo del art 44 no queda otra alternativa que concluir que el delito imposible es algo distinto a la tentativa inidónea.

Debido a la importancia del planteamiento de Zaffaroni es conveniente citar el art 19 de la Constitución Nacional argentina: "La acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservados a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados".

Teniendo en cuenta que la CN de nuestro país consagra en el art 33 el principio positivizado en el art 19 de la Carta Magna de la República Argentina, de aceptarse las ideas de Zaffaroni, también en el Paraguay sería inconstitucional la punición de la tentativa inidónes. Esta es una prestión que se dilucidará con el desarrollo que sigue.

¹⁶ ZAFFARONI, Ob cit p 797.-

3. DEFINICIONES DE TENTATIVA INIDÓNEA¹⁷.-

Antes de describir las diversas teorías concebidas para fundamentar la punibilidad de la tentativa inidónea, en este capítulo se citarán algunas definiciones del instituto del delito imposible dadas por la doctrina. Las diversas definiciones llevan, lógicamente, la impronta de la teoría fundamentadora de la punibilidad a la que se adscriben los doctrinarios que las elaboran.-

RICARDO JUAN CABALLERO, la define como la tentativa que presenta, ex ante, incapacidad de los medios empleados por el agente para la producción del resultado típico 18.-

ENRIQUE BACIGALUPO, considera que existe tentativa inidónea en los casos en que existe comienzo de ejecución sin peligro real para el bien jurídico.-

ELENA FARRÉ TREPAT, citando a Jescheck afina que conourre una tentativa inidónea cuando la consumación del delito que se intenta es imposible debido a la inidoneidad del objeto sobre el que se actual de los medios que se utilizan o de ambos 19.-

RAÚL ENRIQUE ZAFFARONI dice que estamos en presercia de intentativa inidónea o tentativa imposible cuando los medios em les despore autor son notoriamente inidóneos para causar el resultado²⁰.-

JESCHECK conceptualiza a la tentativa inidónea como aquella en que la acción del autor dirigida a la realización de un tipo penal no puede llegar a la consumación en las circunstancias dadas, sea por razones fácticas, sea por razones jurídicas²¹.-

NELSON PESSOA, define a la tentativa inidónea o delito imposible como una forma de tentativa que se caracteriza por la ineficacia del programa causal pensado y desplegado por el autor para la obtención de su finalidad delictuosa.-

¹⁷ Para esta obra tentativa inidónea y delito imposible son sinónimos.

¹⁸ Caballero, Ricardo J, Ob cit, pág 19

¹⁹ Farré T, Elena, Ob cit, Pág 277.

²⁰ Zaffaroni, Eugenio R, Manual de Derecho Penal, Pág 533, Bs As. 1979.

²¹ Jescheck, Hans H, Ob cit, P 480.-

4. TENTATIVA INIDÓNEA, DIFERENCIAS CON EL DELITO PUTATIVO. LA TENTATIVA SUPERSTICIOSA Y TENTATIVA IRREAL.-

La no inclusión en el CP paraguayo de una disposición análoga al & 23, inc 3 del StGB, ha evitado un debate similar al producido en Alemania debido a la dificultad para encontrar los límites dentro de los cuales opera esta norma, o lo que es lo mismo, establecer hasta dónde debe aplicarse el & 22 en la punición de la tentativa inidónea o, si esta forma de tentativa estaba abarcada por inc 3 del & 23 como sostienen Maurach, Gossel y Zipf²².-

4.1. DELITO PUTATIVO: En la tentativa inidónea, un sujeto se representa las circunstancias típicas de un delito, es decir, el autor piensa equivocadamente que concurre un elemento objetivo del tipo que, en la realidad concreta de su acción, no concurre, por eso se la denomina "error de tipo al revés".

En el delito putativo, el autor se representa correctamente las circunstancias de su hecho, pero se equivoca al creer que ese hecho está prohibido por el ordenamiento jurídico, porque en realidad no está prohibido, de ahí que se llame también, "error de prohibición al revés²⁴". Ej: A oculta al pasar por Aduanas un producto que compró en el exterior pensando que debe pagar impuesto a la importación condicion realidad, ese producto está liberado de dicho impuesto.

22 Maurach, Ob cit p 49.-

²³ En el error de tipo al derecho, el autor cree que no concurren los sines to your configuran el tipo objetivo de un hecho punible cuando en la realidad concurren dichos elementos. V. gri el que dispara contra algo que se mueve pensando que se trata de un lobo que resultó ser una persona.

²⁴ Error de prohibición al derecho se da cuando el autor se representa correctamente las circunstancias de su hecho que él cree permitido, pero en verdad existe una norma objetiva que prohíbe tal hecho. V.gr: el agente cree que mantener relaciones sexuales con una mujer soltera de quince años no está penalizado, estando prohibido este hecho por el tipo penal del estupro.

Un delito putativo puede generarse a partir de dos circunstancias posibles: a) inexistencia de la norma penal supuesta como existente y; b) error del autor acerca de la extensión de los elementos normativos del tipo.-

El primer supuesto no es problemático, ya que el mismo se da cuando por ej el autor considera que besar a la novia en la plaza está prohibido, pero objetivamente no existe ninguna norma que castigue penalmente dicha acción.-

La equivocación acerca de los límites dentro de los cuales es aplicable una norma existente, sí resulta problemática y de difícil solución. Vgr, el marido que lleva sin permiso de su esposa el auto que esta compró recientemente bajo el régimen de comunidad de bienes, cree que comete hurto porque piensa que el concepto de cosa ajena del tipo penal de hurto alcanza al auto comprado por su esposa y por lo tanto, su acción se tipificaría como hurto. El marido de nuestro ejemplo comete delito putativo por extensión indebida del ámbito de aplicación del tipo penal de hurto. En este caso nuestro autor se representó correctamente su hecho, pero erró en la apreciación del significado normativo de su conceta, pues al no extenderse objetivamente la norma penal de hurto hasta la como del marido del ejemplo, es como si no existiera dichamenta para la concente.

Así como el legislador únicamente puede de director, ma procenal, los conceptos incluidos en esa norma objetiva deben concepto, en cuardo a su extensión. V. gr. Si el legislador define en un tipo per debe entenderse por documento, por más que el autor considere documento cualquier escrito, su concepto no puede prevalecer sobre la definición que da la ley, por lo tanto, se excluye toda posibilidad del dolo, porque el autor no se representa los elementos del tipo objetivo. El hecho de que el agente tenga un concepto de documento más amplio que el legislador no puede tener relevancia, de lo contrario, harían crisis el principio de legalidad y el de determinación²⁵.-

²⁶ En el mismo sentido, Burkhardt, JZ, 1981, p 686, citado por Farré T, en Ob cit p 431/433. Struensee, Ob cit p 93/95.

El delito putativo es una conducta atípica, porque no existe la norma que establezca la tipicidad, por lo que la sola representación errónea del autor que la considere existente, es intrascendente. El juicio de antijuridicidad es un juicio objetivo, lo subjetivo sólo es el sustrato sobre el que recae el juicio de antijuridicidad.-

Tal como se afirma comúnmente, la tentativa inidónea es un error de tipo al revés, mientras que el delito putativo constituye un supuesto de error de prohibición al revés.-

A la luz de lo explicado hasta aquí, queda claro que una teoría subjetiva de la tentativa, como la adoptada por el CP del Paraguay, no tiene dificultades a la hora de delimitar el delito putativo de la tentativa inidónea, circunstancia ésta que queda demostrada con el sgte parafe, escrito por Sancinetti: "... la creencia no puede generar la antijuridicidad requerida objetivamente".

inidónea con esta figura es la menos problemas. La deficica de supersticiosa es aquella en la que el agente recurre a medios supersticiosos para lograr su objetivo. Estos supuestos no constituyen siquiera tentativa por ausencia de dolo, ya que, cuando una persona se vale de medios supersticiosos, no genera riesgo prohibido, en razón de que su conducta es socialmente irrelevante por su falta de razonabilidad, más aún en estos tiempos, en que vivimos en sociedades sumamente consustanciadas con los conocimientos técnicos y científicos, razón por la cual, cualquier plan de acción basado en medios mágicos o supersticiosos, no es tomado en serio. Si bien, puede haber minorías supersticiosas en una sociedad determinada, siempre va existir un claro predominio de criterios no supersticiosos. Al constituir acciones socialmente irrelevantes las que recurren a medios supersticiosos, el derecho penal no tiene porqué ocuparse de ellas.-

²⁶ SANCINETTI, Marcelo A, Teoría... p 458. En el mismo sentido MAURACH, GOSSEL, ZIPF, p 56.-

Como puede notarse, la llamada tentativa supersticiosa es un supuesto de atipicidad por falta de dolo. Quien recurre a fuerzas sobrenaturales o mágicas para obtener consecuencias en el mundo del ser, no actúa con dolo del hecho, porque su proyecto de acción supersticioso ejecutado por el mismo, es penalmente irrelevante, no constituye riesgo prohibido.-

No obstante, dos ilustres representantes del subjetivismo como Zielinski y Kaufmann, afirmaban el carácter ilícito de la tentativa supersticiosa, descartando la posibilidad de su punición por innecesariedad de pena, al respecto decía Kaufmann: "...La misma tentativa supersticiosa es, por tanto, un ilícito. Mas como lo ilícito y la culpabilidad de hecho relacionada con aquel son en verdad, condiciones necesarias, pero no suficientes de punibilidad, la pena no cabría por innecesaria, pues la prevención carecería de objeto..."

Esta tesis es insostenible y ni siquiera es admitida por los autores de tendencia subjetivis a quienes, inclusivo, centraron sus esfuerzos en demostrar que una teória sipilitativa no tiene porqué conducir necesariamente a la punición de la tentativa so estario que una teória subjetivis de la tentativa so estario que una teória por la tentativa so estario de la tentativa de la tentati

Es sabido que el riesgo prohibido es un standari, social, ne cuáles son los riesgos que una sociedad determinada esta dispuesta a soportar y cuáles no. Ahora, la ubicación del riesgo prohibido, a respecto de vigencia se encuentra en el mundo real, en la dimensión del ser regida por leyes científico-empíricas válidas y aceptadas en la sociedad. Si bien la imputación es una categoría normativa y no "empírico-causal", la misma precisa de un mínimo de causalidad natural. Precisamente, la imputación objetiva es un instrumento normativo correctivo y limitador del tipo objetivo, o sea que, de la causalidad empírica en el ámbito penal.-

A partir del momento en que una acción es ejecutada con instrumentos o medios supersticiosos (por encima o por debajo del mundo del ser), con total divorcio de la causalidad, de ninguna manera ya se la puede someter a

²⁷ Kaufmann, Zun Stande, p 161 (Sobre el estado, p 169); cf también Die Dogmatik, ps 242 y s. (La parte dogmática ps 56 y s). Según referencia de Marcelo Sancinetti en Teoría...p 491, nota 301.

las categorías de la imputación, en razón de que no configura un caso de objetivación de una finalidad prohibida bajo forma de riesgo prohibido.-

4.3. TENTATIVA IRREAL: Farré Trepat afirma que en la denominada tentativa irreal la falta de peligrosidad de la acción es debida al error del autor, producto de su burda falta de entendimiento. El autor no llega en sus conocimientos al saber medio de las personas, y, por ello, la acción que realiza carece de peligro. El confundir la taza que contiene veneno con la que contiene el azúcar puede ser un error en el que cualquiera puede incurrir, en cambio, pretender envenenar con azúcar es un error que sólo puede provenir de aquel cuyos conocimientos no llegan a los de un hombre medio²⁸. Sin embargo, ya es consabida la critica da cual es pasible este ejemplo en principio correcto de la autora españala da central de en condiciones normales el azúcar no es veneno, pero per se per en condiciones normales el azúcar no es veneno, pero per el proposiciones ser letal, como lo puede ser para un diabético por ejemplo.

El Prof. Zaffaroni, citando a Gimbernat Orden a yestere de la sumana de situaciones en que el pretendido medio ex ante resulta a company inadecuado para producir el resultado²⁹. La dificultad que se plantea ante estas afirmaciones, es la manera en que se pueda determinar ex ante cuándo un medio es absolutamente inadecuado para producir el resultado, lo cual, desde ya, nos obliga a conocer ex ante todas las condiciones, tanto objetivas como subjetivas de la acción ejecutada. Vgr, el azúcar, puede aparecer ex ante como absolutamente inadecuado para producir el resultado si no sabemos que la persona a quien se la suministra es diabética, lo que llevará al absurdo de que un medio que aparecía ex ante como absolutamente inadecuado para lograr el resultado, ex post sí sea adecuado, con lo que dejaría de ser una tentativa irreal.-

Es cierto que el carácter irreal de la tentativa ya debe aparecer ex ante, pero no se la puede determinar basado en el carácter absolutamente

²⁸ FARRÉ, T. E, Ob cit pág 403.-

²⁹ ZAFFARONI, E, R, Ob cit, pág 801.-

adecuado o no del medio empleado para generar el resultado, ya que cuando se suministra a una persona no diabética el azúcar que estaba en un frasco similar al del veneno y que inadvertidamente alguien puso en el lugar de éste, estamos ante una tentativa inidónea punible, siendo el medio empleado ex ante absolutamente inadecuado para producir el resultado.-

Maurach, Gossel y Zipf correctamente explican que la tentativa irreal no es una tentativa en el sentido del StGB. Existe una tentativa irreal cuando el autor trasgrede el límite de la realidad al intentar realizar el hecho prohibido, sirviéndose de un medio irreal (una bola de cristal) o bien de una influencia irreal (rezar pidiendo la muerte), o bien cuando se dirige en contra de un objeto irreal (la antepasada invocada en una sesión de espiritismo). Quien así actúa, no da principio inmediato a la realización del tipo de acuerdo a su representación, entre la acción irreal y la realización efectiva del tipo se requiere necesariamente la transformación de las fuerzas irreales en efectos reales³⁰. Es correcta la conceptualización de la tentativa irreal realizada por estos autores, ahora, al ejemplificarla recurren a supuestos de tentativa supersticiosa conforme a la definition ya dada supra. Es evidente que estos profesores alemanes, equiparan tentativa con supersticiosa, lo cual no tiene incidencia practica a gui a definition de la trada con supersticiosa, lo cual no tiene incidencia practica a gui a de la trada con supersticiosa, lo cual no tiene incidencia practica a gui a de la trada con supersticiosa, lo cual no tiene incidencia practica a gui a de la trada con supersticiosa, lo cual no tiene incidencia practica a gui a de la trada con supersticiosa, lo cual no tiene incidencia practica a gui a de la tentativa con supersticiosa, lo cual no tiene incidencia practica a gui a de la tentativa con supersticiosa, lo cual no tiene incidencia practica a gui a de la tentativa con supersticiosa, son supuestos de atipicidad.

Struensee, basa su concepto de tentativa irre de la causalidad, o sea que, considera que existe tentativa irre de los supuestos de causalidad putativa. Cuando el agente cree existente una relación empírico-causal en realidad inexistente_ error nomológico invertido_. Vgr, poner una dosis de veneno menor que la necesaria para matar al café de un enemigo. "La suposición de relaciones causales que no pueden ser subsumidas bajo una ley causal, y, por eso, tampoco bajo el tipo objetivo, exceden el concepto de dolo válido para el delito consumado".31.-

Debe destacarse, finalmente, que Struensee funda su teoría en la distinción entre conocimiento ontológico (referido a los objetos) y

31 STRUENSEE, Ob cit, p 103.-

³⁰ MAURACH, Gossel y Zipf, Ob cit p 56.-

nomológico (referido a las leyes de la causalidad)³². Struensee afirma que el tipo objetivo de un delito abarca solamente relaciones de causalidad válidas, siendo en consecuencia, las relaciones de causalidad putativas, supuestos de atipicidad. Otro subjetivista se encargó de demostrar los puntos débiles de la construcción de Struensee, diciendo entre otras cosas que, "el tipo objetivo abarca tan poco "medios representados como causal-naturales", como "objetos inexistentes representados como existentes", demostrando con ejemplos que, también en casos de error ontológico puede concurrir una tentativa irreal, y, a la vez, ser típicas conductas basadas en una causalidad putativa³³.-

Jakobs, en cambio, asegura que "sólo la suposición de realizarse una conducta que, según un juicio objetivo, sea idónea para lograr el resultado, podría fundamentar el dolo"³⁴. Claramente, Jakobs pregona que, el autor, debe representarse que está llevando a cabo una acción idónea para lograr el resultado, por ej, creer que mezcló cianuro con la comida de su víctima, cuando en realidad se trata de azúcar. Ahora, si el agente cree que mezclando agua con la leche que servirá a su enemigo puede lograr la muerte de este, no actúa con dolo, porque su acción. Esde un punto de vista objetivo, no despliega ninguna causalidad relevante para el derecho penal. Estos es así porque es sabido que para Jakobs, la tentalida de siste en el empleo de "medios causal-naturales o representados omo causal-naturales".

Según la definición de Jakobs, es suficient para que extratentativa, que el autor imagine que utiliza medios causal-naturales para que cuar ao sean putativas, con lo cual, extiende de manera incorrecta el ámbito de lo punible, teniendo en cuenta que, una causalidad putativa empírico-objetivamente, no puede proporcionar un sustento válido y legítimo para el juicio de disvalor. Es más, con el criterio de Jakobs, si una persona acude a medios mágicos, pero representados por ella como causal-naturales,

32 Ver, Sancinetti en Fundamentación...,p 185.-

³³ SANCINETTI, M, A, Fundamentación...p 186/187 y Teoría..., pág 497/500.-

³⁴ JAKOBS, G, Tatervorstellung, p 274.-

³⁵ JAKOBS, G, "Derecho Penal-Parte General. Fundamentos y Teorías de la Imputación Objetiva. 2° Ed, correg. Trad. Joaquín Cuello Contreras. José Luís Serrano González Murillo (Universidad Extremadura), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, SA, Madrid 1997.

cometerá un ilícito, que es la conclusión a la que arribaron Kaufmann y Zielinski, es decir, este supuesto sería un caso de error de tipo al revés.-

Marcelo Sancinetti resuelve la problemática de la tentativa irreal como un supuesto de error de subsunción al revés, tratándose de un error en la valoración de la causalidad, que es una circunstancia de hecho. Según esta posición, el autor de una tentativa irreal, considera, equivocadamente, que su acción es alcanzada por un tipo penal, se subsume en un tipo delictivo, pero, en realidad, su acción no es alcanzada por ninguna norma penal, siendo en consecuencia, su conducta atípica, comete un delito putativo.-

El autor de una tentativa irreal, se sirve para conseguir su fin ilícito de un proceso causal propio del mundo del ser, sólo que al considerar que la causalidad por él utilizada se subsume en una norma penal, comete un error que reside en la mala interpretación de la norma, considerándola aplicable a un supuesto de hecho que, en realidad, no es abarcado por dicha norma. —

El autor de tentativa irreal, se mantiene en el mundo del ser y quiere valerse de procesos causales válidos, sólo que incurre en un grave error sobre la eficacia del proceso causal que ha escogido (Ver. "A" que cree tomar tereré inmediatamente después de ingerir sandía causa tambiente por intoxicación, obliga a "B" que acaba de constant y que tomar tereré con el objetivo de matarle por intoxicación".

En casos como el del ejemplo, el autor no causa de contri a medios supersticiosos, mágicos o sobrenaturales de tener so fin delictivo, sino que pretende valerse de un curso causal relevante, natural, objetivamente válido, sólo que cae en un error, porque la causalidad elegida no tiene virtualidad consumativa. Es cierto que, cuando el agente mezcla azúcar con la comida de su víctima porque inadvertidamente le cambiaron de lugar el frasco del veneno, tampoco la causalidad desplegada tiene virtualidad consumativa en una víctima no diabética. La diferencia con un supuesto de tentativa irreal, reside en que, en este último caso, el autor quiso y cree que utiliza un medio causal objetivamente válido, siendo esa representación constitutiva del dolo de homicidio. En la tentativa irreal, el agente no se equivoca sobre la causalidad elegida, el proceso causal que

pone en marcha es exactamente el que programó, sólo se equivoca al considerar que dicho proceso causal es objetivamente válido para producir el resultado querido.-

5. TEORÍAS SOBRE EL FUNDAMENTO DE LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA INIDÓNEA.-

En este ámbito, se mantiene como es lógico la divergencia entre objetivistas y subjetivistas, cuya base doctrinaria ya vimos que se encuentra fuera del instituto de la tentativa en sí. -

Se distingue en cuanto a las teorías objetivas a las objetivo-formales de las objetivo-materiales, sobre la base de las crións de la idoneidad objetiva de la acción.

5.1. TEORÍAS OBJETIVAS: Antes que na unas líneas a Feuerbach, quien con relación al tema quien con relación con relació considerado como el creador de las teorías objetivas, habiendo plasmado sus ideas en este sentido en el art 60 del Código Penal bávaro donde asentó que: "La tentativa no se castigará cuando la acción exteriorizada no tuviera ninguna relación con el delito perseguido, de forma que, según el curso natural, este no pudiera producirse en absoluto". Demás está decir que las dificultades de esta concepción surgen ni bien se fija la atención en frases tales como "ninguna relación", ya que la misma puede implicar diferentes significados. Puede referirse, como parece que lo hace, a una relación causal natural, lo cual se deduce de otra frase que aparece en la misma redacción ("según el curso natural), pero el problema en este caso se traslada en cómo debe determinarse el curso natural, si se toman parámetros abstractos o empíricos-particulares (tal como intentaron varios autores a quienes se hará referencia oportunamente) para la determinación de la peligrosidad objetiva de la acción. Actualmente, la definición de Feuerbach, también podría utilizarse compatibilizándola con la teoría de la imputación objetiva, estableciéndose que "ninguna relación" debe interpretarse en el

marco de los presupuestos básicos de la imputación objetiva, con lo cual, en vez de decir según el curso natural, se diría, de forma que, según los principios de la imputación objetiva, "normativamente", este (el resultado) no pudiera atribuirse a la conducta del agente. De esta forma se podría adecuar la vieja teoría a los nuevos paradigmas que imperan en este ámbito, lo que no parece descabellado, teniendo en cuenta que en épocas de la elaboración de Feuerbach, reinaba también en el campo de las ciencias sociales, el criterio natural-positivista, propio de las ciencias naturales, y actualmente, la ciencia penal ha evolucionado hacia la normativización de sus criterios imputativos, por lo que las elaboraciones teóricas en este ámbito deberán responder a estas nuevas ideas, o las viejas reformularse adecuándose a estas últimas.-

Dentro de la teoría objetiva, se encuentran las denominadas objetivoformales, como la teoría de Binding o de la realização, parcial del delito y
la de la falta de tipo. En lo que sigue, una breve descripción de esta última
ya que algunos autores contemporáneos como cierta jurisprudencia de
algunos supuestos, recurren a esta teoría.

5.2. TEORÍA DE LA FALTA DE TIPO de la factar de la destipo y su concepto surgen en el siglo XVIII con la fina de la delicar una pena atenuada siempre que faltase una característica esencial del delito o bien no existiera prueba suficiente de la misma, limitando así la abusiva arbitrariedad judicial existente en aquella época³⁸.

La teoría de la falta de tipo, distingue a partir de la redacción legal (el tipo) los supuestos de falta de tipo de los de tentativa, aun cuando algunos

³⁷ Acerca del origen de esta teoría existe discrepancia en doctrina. Por una parte se sostiene que "varios autores se refirieron a la falta de tipo sin que haya podido determinarse exactamente en quién tiene esta teoría" como es el caso de Elena Farré Trepat. (Ob cit. p 288, nota 40). En cambio, RICARDO JUAN CABALLERO afirma que la teoría formulada por Frank, Donha y Beling. (Ob cit. p 125).-

38 Binding, Normen, III, pág 488, citado por Farré Trepat, Elena, ob cit, pág 287.-

³⁶ Zaffaroni,..... Caballero, Ricardo Juan, El Delito Imposible, p 126. Pessoa, Nelson, Delito Imposible, pág 105 y ss. En conversaciones personales mantenidas con el maestro Nelson Pessoa, quien actualmente está trabajando en la nueva edición de libro El Delito Imposible nos ha manifestado haber cambiado de opinión al respecto de los supuestos de inidoneidad de objeto, que como se aclara en esta nota, él los consideraba como supuestos de falta de tipo, actualmente opina que estos son supuestos de delito imposible.

sostienen que, toda tentativa es un supuesto de falta de tipo, ya que el resultado (que falta en la tentativa) es parte integrante del tipo³⁹.-

La mencionada distinción se lleva acabo de la séte manera. El tipo penal está integrado por varios elementos; uno de estos elementos es el resultado. Hay tentativa cuando el único elemento del tipo que falta es el resultado. Cuando además del resultado no concurren otros elementos del tipo penal, se da el supuesto de la falta de tipo. Ejemplo de falta de tipo constituye el caso de quien dispara a alguien con intención de matarlo cuando este alguien ya estaba muerto sin que el agresor lo sepa⁴⁰, o cuando Juan se apodera y lleva un automóvil con fines de hurto, resultando que se trataba de su propio automóvil. La doctrina a este respecto ha sido clara: Una tentativa de delito concurre siempre cuando la único que falta es la producción de resultado, como pieza final de la a sita con cambio, en la falta de tipo faltan algunas de las restantes características que considerante de tipo objetivo⁴².

Los maestros que trabajan con esta teoria afirmaban frecas premente que, en la tentativa si el autor prosigue la acció iniciata hasta el qual se producirá la consumación sin lugar a dudas⁴³. Aqui tenemos un caso de interrupción de la tentativa o de desistimiento.-

Los supuestos de falta de tipo no son siempre casos de tentativa, en la mayoría de los casos, el autor ejecuta su plan hasta el final, sólo que no obtiene el resultado disvalioso buscado porque falta otros elementos del tipo como por ejemplo, la idoneidad del objeto. Es claro que en un caso de inidoneidad de objeto por más que la acción haya sido ejecutada íntegramente no podrá haber resultado disvalioso. En esto último se apoyan algunos doctrinarios para afirmar que: "Una acción consumada no puede

⁴¹ Von Liszt /Schmidt, A.T., pág. 298, citado por Farré Trepat, E, Ob cit, pág 289.

³⁹ Maurach, A.T., 4° ed, pág 493, citado por Farré Trepat Elena, ob cit, pág 289.-

⁴⁰ En este sentido CAVALLERO, Ricardo Juan, Ob cit, p 129.-

⁴² Graf zu Dohna, Der Mangel, pág 48 s., y Havenstein, GA, 36 (1888), pág 35, citados por Farré T, Ob cit.

⁴³ Es importante aclarar que los autores de esta época denominaban tentativa a la tentativa inacabada y delito frustrado a lo que hoy en día se denomina tentativa acabada, es por ello que sostienen que si el autor prosiguiera la acción llegaría al resultado, ya que no toman en cuenta lo supuestos de tentativa acabada donde el autor prosiguió con su acción hasta el último acto necesario según su plan.

constituir un delito intentado"⁴⁴. Un supuesto de falta de tipo sería el caso del que cree que comete hurto al apoderarse de una cosa que en realidad es suya: aquí falta el elemento "ajenidad" de la cosa para la configuración del hurto.-

La teoría de la falta de tipo por medio del esfuerzo de sus sostenedores para legitimarla dogmáticamente, ha conducido en ciertos supuestos a diferenciaciones como la de inexistencia y ausencia de objeto. Si el objeto existe, pero no se encuentra en el lugar donde el autor ejecuta su acción, estamos ante una tentativa, en razón de que la inidoneidad no es del objeto sino del medio. Vgr: Pedro ingresa al garage de José con la intención de hurtarle su auto, pero justo en ese momento la esposa de Jêsé se encuentra viajando con el auto. Por otro lado, si el objeto no existe su absoluto concurre una falta de tipo. Vgr: Pedro dispara se en cuentra de los concurre una falta de tipo. Vgr: Pedro dispara se en cuentra de los concurre una falta de tipo. Vgr: Pedro dispara se en cuentra de los concurre una falta de tipo de los concurres de

Es evidente que la teoría de la falta de la falta de la comparación de punibilidad de las acciones disvaliosas. Dogmáticamente no porqué si solo falta el resultado la acción es punible como tentativa, en cambio si faltan otros elementos del tipo como la relación de causalidad debe calificarse como casos de falta de tipo. No existe razón para realizar una jerarquización de los elementos del tipo, todos ellos son igualmente importantes y la falta de cualquiera de los mismos debe conducir a las mismas consecuencias dogmáticas. El subjetivismo contemporáneo conduce a la solución correcta en este tema: la errónea representación del autor sobre la concurrencia de cualquier elemento del tipo constituye tentativa, toda vez que haya exteriorizado una conducta alcanzada por la norma prohibitiva.-

Además, desde el punto de vista practico, no hay motivo para que la tipicidad de una conducta dependa de acontecimientos azarosos externos al plan y a la conducta del autor. Nos explicamos: según la teoría de la falta de tipo, si A dispara contra B quien murió un segundo antes, su acción es

⁴⁴ Idem nota 163.-

atípica por inexistencia absoluta de objeto; pero si el disparo se producía un minuto antes, la conducta de A iba a ser típica de homicidio doloso.-

Teniendo en cuenta que la teoría de la falta de tipo no excluye en forma absoluta la punibilidad de la tentativa inidónea, también se la puede considerar justificadora de esta punibilidad. Al considerar como supuestos de tentativa por inidoneidad de medios los casos de objeto, claramente acepta la punición de una hipótesis de tentativa inidónea. Quedan fuera del alcance de los tipos penales, según esta teoría, los casos de inidoneidad de objeto y de sujeto.-

En la actual legislación penal paraguaya no visible tener operatividad las premisas desarrolladas por la teoría de la falta de tipo por la tendencia claramente subjetivista de nuestro Código Portal de la falta de tipo por la tendencia claramente subjetivista de nuestro Código Portal de la falta de tipo por la tendencia claramente subjetivista de nuestro Código Portal de la falta de tipo por la tendencia claramente subjetivista de nuestro Código Portal de la falta de tipo por la tendencia claramente subjetivista de nuestro Código Portal de la falta de tipo por la tendencia claramente subjetivista de nuestro Código Portal de la falta de tipo por la tendencia claramente subjetivista de nuestro Código Portal de la falta de tipo por la tendencia claramente subjetivista de nuestro Código Portal de la falta de tipo por la tendencia claramente subjetivista de nuestro Código Portal de la falta de tipo por la tendencia claramente subjetivista de nuestro Código Portal de la falta de tipo p

5.3. TEORÍAS OBJETIVO-MATER 183 sominadas teorías objetivo-materiales juzgan la idoneidad o de una acelan a partir de la posible relación causal existente entre la misma esta corriente la tentativa causante de peligro para el bien jurídico es punible, a contrario sensu, la no peligrosa es impune. En este sentido, estas teorías, identifican la tentativa inidónea con la tentativa no peligrosa (impune), teniendo una importancia indudable en este ámbito la denominada teoría del peligro, tanto en su formulación primigenia como en su versión moderna, por lo que esta teoría es descripta a continuación.-

5.4. TEORÍA DEL PELIGRO: La teoría del peligro originariamente elaborada por Mittermaier fundamenta la punibilidad de la tentativa en la posible relación causal entre la acción y el resultado, es decir, a partir de un parámetro abstracto, sin consideración de lo que ocurra en el caso concreto y desde un punto de vista ex post, dando lugar a la distinción entre tentativa absoluta y relativamente inidónea. La exclusión de la valoración de la situación concreta se debe a que según esta posición, toda acción de tentativa ha demostrado, en definitiva, que en concreto ha sido inidónea

 $^{^{45}}$ Sobre las teoría objetiva, también pueden consultarse Sola Reche E, Ob cit, p $17~\rm y$ ss. Caballero, Ricardo J, Ob cit pág $93~\rm y$ ss

para producir el resultado. La tentativa absolutamente inidónea es aquella que nunca puede causar el resultado final prohibido, como cuando se dispara contra un cadáver, supuesto de inidoneidad de objeto, en cambio, la relativamente inidónea es aquella que si bien, por el medio empleado en el caso concreto no puede o no pudo causar el resultado, en otras circunstancias fácticas, es posible que produzca el resultado, como es el caso de quien intentó matar con azúcar a alguien que no es diabético en la creencia de que su potencial víctima padecía esta enfermedad.-

Mittermaier ha esbozado unas ideas con las que el subjetivismo contemporáneo coincide en sus líneas esenciales, postulando que en la tentativa "no debe castigarse a causa de la mala intención o la peligrosidad subjetiva, sino sólo en aquellos casos en que la tentativa comporta una infracción de la Ley. Para determinar si existe una infracción de la Ley deberá tenerse en cuenta únicamente una medida que sea externamente reconocible, como es la naturaleza adecuada de la acción"46. No puede invocarse disidencia con estas ideas. Es más, si Mittermaier hubiera adoptado la perspectiva ex ante para la determinación del peligro, hubiera llegado a la misma conclusión que el subjetivismo contemporáneo. Lógicamente, nuestro autor hablaba de naturaleza adecuada de la acción porque en esa época primaban los paradigmas científicos elaborados por las ciencias naturales que se reflejaban en la ideas sociales, pero hoy, este mismo concepto puede adecuarse por ej a las categorías propias de la imputación objetiva y pueden conducir perfectamente a conseçuencias adecuadas a los criterios imputativos actuales muchas veces las diferencias entre las teorías y entre las pensamiento, son más pequeñas de lo que de la contrata del contrata de la contrata de la contrata del contrata de la contrata del la contrata del la contrata de la contrata del la contrata de la contra concreto por ejemplo, más que en los conceptos teorías y con el subjetivismo radica más bien la cual se mide el peligro.-

Para esta teoría, en definitiva, la tentativa absolutamente inidónea no es punible por no representar ningún peligro para el bien jurídico. La

⁴⁶ Farré, Ob cit p 294.-

tentativa con objeto inidóneo (el cadáver en el homicidio) es siempre impune, porque al no haber un objeto adecuado para la consumación de un delito, esta consumación nunca será posible, por lo que no podría hablarse en ningún caso de tentativa relativamente inidónea. La tentativa con objeto inidóneo, siempre va a ser absolutamente inidónea⁴⁷. Sin embargo, en la apreciación de los medios empleados es posible formular la distinción entre medios absolutamente inidóneos (aquellos que en ningún caso pueden conducir a la consumación) y medios relativamente inidóneos (aquellos que sólo en el caso concreto no pueden conducir a la consumación pero si en otras circunstancias). Son supuestos de tentativa inidónea punible los ejecutados con medios relativamente inidóneos.-

Ejemplo de tentativa con medio absolutamente inidóneo: "A dispara con dolo de homicidio contra B con una pistola de juguete".-

Ejemplo de tentativa con medio relativamente inidóneo: "A intenta matar a B disparándole con una pistola descargada".-

De la mano de Von List y Von Hippel ha nacido una formulación moderna de la teoría del peligro, que como toda evolución de un sistema de ideas, se cimentó en los presupuestos básicos de la antigua teoría, principalmente, en la concurrencia del peligro per una punicipalmente de la concurrencia del peligro per una periodición sine quanon para hablar de la concurrencia del peligro per una formulación del peligro p

Los cambios introducidos a la antigla decida de describado fundamentalmente en la forma de determinar la peligrosidad del hecho de la cual se refiere la misma, considerando la peligrosidad del hecho de de describación de la resultado aparece como posible, entonces hay tentativa peligrosa y por lo tanto punible. Qué efectos prácticos trajeron estos cambios? Veamos un ejemplo. Z con dolo de hurto mete la mano en el bolsillo de X que estaba vacío. En abstracto y ex post esta acción no es peligrosa, por lo tanto, es impune (antigua teoría del peligro). En concreto y ex ante aparece como una acción peligrosa y

Berner ensayó también la distinción entre objeto absoluta y relativamente inidóneo (punible) en su Lehrbuch, p 145, cita de Farré T, nota 83 p 295.

punible, ya que si alguien mete la mano en el bolsillo ajeno es porque parecía que allí podía haber algo (moderna teoría del peligro)⁴⁸.-

La moderna teoría del peligro reposa en la idea de que la tentativa es punible cuando un espectador objetivo, en la situación del autor y en el momento del hecho, que tiene en cuenta circunstancias generalmente conocidas y también las que sólo conoce el autor, considera la acción como peligrosa. Aquí queda más al descubierto la cercanía de la teoría del peligro con el subjetivismo. Primero por la consideración ex ante del peligro. En segundo lugar, en contra de lo que sostiene FARRÉ T⁴⁹, esta nueva formulación lleva a tener en cuenta el plan del autor, por más que no lo diga así expresamente. Tomar en cuenta las circunstancias que "sólo conoce el autor", implica avanzar sobre su plan del hecho. Las circunstancias solamente conocidas por el autor sólo tienen relevancia si son empleadas por éste en la elaboración o ejecución del plan, de otra forma no tiene sentido tomarlas en cuenta. El dilema de tener o no en cuenta los conocimientos especiales del autor no existe cuando la base para el juzgamiento de la acción es el plan del autor. Lo único de debe hacerse en este caso es analizar el plan elaborado, sin detenerse en si el agente recurrió a sus conocimientos especiales o simplemento su programa con los conocimientos generales die sociedad.-

La crítica de FARRÉ TREPAT a la moderna de de digrection considerar que la misma amplia notablemente el ámbite de diffición no puede compartirse. La autora española presenta como ej. de lo que ella considera indebida ampliación del ámbito de punición el de la tentativa de aborto de una mujer supuestamente embarazada, cuyo embarazo en el momento del hecho no parecía completamente imposible y el del intento de hurtar en el bolsillo vacío de otro, cuando parecía que podía haber algo en él. En las dos hipótesis aparece un plan de acción ejecutado que ex ante

⁴⁸ Farré T, E, Ob cit, págs 293 sgtes. Esta autora cita además entre las posiciones objetivistas formales las de C. Dicke v G. Spendel.

⁴⁹ ELENA FARRÉ T, señala como una de las críticas a la teoría del peligro, el hecho de que la misma, desde el punto de vista dogmático, no considera el plan del autor, al menos en forma expresa. Ob cit p 308.

representa riesgo prohibido. El disvalor o no de una acción es insito a la misma, no depende de una circunstancia casual, externa a la misma, no dominada por el autor y que solamente ex post es conocida. Este criterio llevaría a considerar a una acción "sospechada" de disvaliosa ex ante, pero todavía atípica, pero si ex post se corroboran ciertos datos (por ej el embarazo en el aborto), esa acción primeramente atípica, pasaría a ser típica. Esta es una inconsecuencia inadmisible.-

5.5. TEORÍA SUBJETIVA: Esta teoría que concede preponderancia a la exteriorización de la voluntad contraria al derecho antes que a la configuración objetiva de la acción, fue elaborada de la tenestiva inidónea, entre otros por penalistas como Tittmann al teles que la tenestiva Kostlin, Pfotenhauer⁵⁰, etc.-

Al menos en su formulación originaria y tal como los hegas les as explicaciones de las ideas de los primeros subjetivistas de autor, relegando punibilidad de la tentativa en la voluntad delictiva del autor, relegando totalmente el especto externo de la acción desplegada. Esta tendencia se impuso en la Jurisprudencia alemana, no así en la doctrina de dicho país en la segunda mitad del siglo XIX, sobre todo a partir de la vigencia del CP de 1871 y por la integración del Tribunal Supremo alemán por uno de los subjetivistas más ilustres, Von Buri, habiéndose castigado por primera vez una tentativa de aborto realizada con medio inidóneo el 24 de mayo del año 1880⁵². El caso se trataba de una mujer inexperta que creyó estar embarazada a consecuencia de un beso y tomó terrones de azúcar a fin de provocarse un aborto⁵³.-

Según Von Buri, en la tentativa concurre el tipo subjetivo del delito consumado en toda su extensión, siendo la voluntad delictiva idéntica en uno como en otro caso; el resultado no puede cambiar en nada la *voluntad*

⁵⁰ Farré T, E, Ob cita pág 309.-

⁵¹ Corresponde aclarar que el autor de este trabajo se basa en traducciones hechas por autores extranjeros de las obras originarias de los doctrinarios, en su mayoría, alemanes.⁵² Farré T, Ob cit p 311.-

⁵³ Struensee, Eberhad, Dolo, tentativa y delito putativo p. 59, tr de Marcelo Sancinetti.

manifestada⁵⁴. Esta frase "voluntad manifestada", pone en tela de juicio, la interpretación que se suele hacer de las ideas de los primeros subjetivistas, en el sentido de que solamente tienen en cuenta la voluntad delictiva, sin importarles el aspecto externo de la conducta. "Voluntad manifestada", se entiende que se trata de una voluntad exteriorizada en forma de acción, lo que desde ya descarta toda posibilidad de castigar la mera voluntad, el solo pensamiento. La dificultad que, en principio, conllevaría esta forma de construcción de la teoría subjetiva, residiría en la distinción entre actos preparatorios y comienzo de la tentativa.-

El Tribunal Supremo alemán, debido a la influencia de Von Buri y de la teoría de la equivalencia de las condiciones, consideró que no era posible la distinción entre tentativa idónea e inidónea, pues toda acción que no ha producido un resultado, demuestra que es ineficaz para tal efecto, es inidónea, no es causal para tal resultado. Tampoco puede discutirse acerca de la idoneidad del medio, pues si el acto fuera realmente idóneo, se produciría el resultado y, en vez de tentativa, estaríamos in trata que delito consumado ⁵⁵.-

En cuanto al concepto de peligro objetivo de principal de su subjetivista del máximo tribunal alemán, afirmaba la imposibilidad de su determinación, puesto que no existe ninguna entativa objetivamente peligrosa. Solamente en un sentido subjetivo, en todo caso de de ablarse de peligro para el bien jurídico. Un obstáculo que en esa época enfrentó la teoría subjetiva de la tentativa, era la teoría del injusto eminentemente objetivo.-

El surgimiento de la teoría de los elementos subjetivos del tipo, hizo que la fundamentación subjetiva de la tentativa, adquiriera coherencia. Autores como Welzel, Bockelmann, Busch, Dreher, H. Mayer y Lackner-Maasen, se manifestaron partidarios de la fundamentación subjetiva de la tentativa inidónea⁵⁶.-

⁵⁶ Farré T, E, Ob cit, p 316. Caballeo, Ricardo J, ob cit p 90

Der Gerichtssaal, 32 (1880), pág 329, citado por Farré T. El subrayado me pertenece.
 Maximilian von Buri, Versuch und Kausalitat, "Gerichtsaal", 1880 XXXII, ps 321 y ss. citado por Caballero Ricardo J, en El Delito Imposible, p. 88.-

En doctrina son citadas otras variantes del subjetivismo⁵⁷, las que no se detallarán en este trabajo, en razón de que, es la tesis elaborada por Maximilian Von Buri, la que ha evolucionado y llegado hasta nuestros días, lógicamente, con correcciones, modificaciones y adecuaciones a las necesidades y a los nuevos conceptos de la dogmática penal.-

5.6. EL SUBJETIVISMO CONTEMPORÁNEO: Actualmente, la doctrina ha asentado el criterio de que, para que estemos en presencia de una acción delictiva, la voluntad manifestada debe ser de una manera comunicativamente relevante, o, en otras palabras, debe constituir riesgo no permitido, lo que es establecido por la norma, es decir, objetivamente. "...lo subjetivo-monista no es la norma, sino su infracción"58.-

El subjetivismo en su formulación actual, ha superado las críticas hechas a subjetivistas como Kaufmann y Zielinski, a quienes se les cuestionaba el hecho de que, para ellos, los supuestos en que se recurre a medios supersticiosos, constituyen hechos ilícitos, pero exentos de punibilidad. Al respecto, Kaufmann decía: "En consecuente desarrollo del concepto de ilícito personal (y también de la teoría subjetiva de la tentativa), únicamente el sentido que el autor en el dolo de hecho da a su hecho determina el sustrato de valoración del juicio de contrariedad a la norma. La misma tentativa supersticiosa es, por tanto, un ilícito. Mas como lo ilícito y la culpabilidad de hecho relacionada con aquél son, en verdad, condiciones necesarias, pero no suficientes de la punicidad, la pena no cabría por innecesaria, pues la prevención carecer Zielinski al mismo tiempo afirma: "Este problema solucionado a partir del ilícito, sino, en todo co carencia de necesidad de pena en el caso individ

60 Zielinski, Handlungsunwert, p. 134, nota 14. Citado por Sancinetti, Marcelo A.

Teoría...pág 491, nota 303.-

⁵⁷ En detalle, Farré T, E, p. 309 y ss. También, Sola Reche, Esteban, Ob cit, pag 58 Sancinetti, Marcelo A, Fundamen...pág 56.-

⁵⁹ Kaufmann, Zum Stande, p. 161 (Sobre el estado, p. 169); Cf. también Die Dogmatik, ps. 242 y s. (La parte dogmática, ps 56 y s.). Según cita de Sancinetti Marcelo A, en Teoría del Delito y Disvalor de Acción, pág 491, nota 301.-

Struensee, en su esfuerzo por distinguir los casos de tentativa irreal, en el marco de los paradigmas subjetivistas, recurre a la diferencia entre conocimiento ontológico y nomológico, que ya fuera utilizada por Kostlin, v Kries, Halschmer, Finger⁶¹, etc. El conocimiento ontológico comprende el conocimiento de los hechos y de los objetos; el nomológico, el de las leyes de relación de un acontecimiento. Ej de conocimiento ontológico: yo sé que el objeto que tengo en mis manos es un revolver; y sé, que si realizó un disparo con el revolver contra la humanidad de alguien puedo causarle la muerte, este último es un conocimiento nomológico. Si un sujeto posee ambos conocimientos y actúa basándose en ellos, indudablemente, su conducta será dolosa. El error ontológico al revés (creo que el objeto que tengo en mis manos es un revolver de verdad, pero resulta que se trata de un juguete muy parecido al revólver verdadero), según Struensee, podría constituir una tentativa; el error nomológico al revés (creo que rezándole al diablo puedo conseguir que se muera mi enemigo), tendría que implicar una causalidad putativa y, por ende, no contendría un dolo de causación⁶².-

Las críticas arreciaron desde distintos ámbitos en contra de la posición descripta precedentemente. Algunos afirman la imposibilidad de la distinción entre conocimiento ontológico y nomológico de cambio, como Sancinetti, afirman que no se puede fundar en ello la distinción entre tentativa punible y no punible, pues, hay casos en que un error ontológico puede constituir una tentativa irreal, como podría ser el caso de quien dispara y mata a un perro negro en una noche de luna llena, creyendo que se trataba de su enemigo que se ha convertido en lobisó en cambio, bien pueden haber situaciones de error nomológico que inclustablemente constituyen casos de tentativa punible, como son los casos de apreciaciones cuantitativas equivocadas no evidentes, tal como se la cambio de común dado por la doctrina, de quien usó una docia de vine se interior a la necesaria para matar.

61 Farré, T, E, Ob cit ps 326/27.

62 Sancinetti, Marcelo A, Teoría....p 493.-

⁶³ Gemmingen, Von, Die Rechtswidrigkeit, pág. 123, citado por Elena Farré, Ob cit p 329, nota 241. Timpe, Strafmilderungen des Allg. Teils, p. 120 y s. Jakobs, Lehrbuch, 25/n 56°, estos últimos citados por Sancinetti, Marcelo A, en Fundamentación...p 186, nota 33, quien también cita a Gemmingen.

Jakobs, en su esfuerzo por depurar el ámbito de lo punible de representaciones supersticiosas e irreales, afirma que indefectiblemente debe adoptarse una posición objetiva, el punto de vista de los ciudadanos razonables de una sociedad para determinar si una acción determinada constituye o no riesgo prohibido, porque no toda representación del autor es relevante para generar una desaprobación social, es decir, no todo lo que una persona individualmente considere riesgo no permitido es valorado como tal por las personas razonables de una sociedad. Sólo la suposición de realizarse una conducta que, según un juicio objetivo, sea idónea para el resultado, podría fundamentar el dolo. Para llegar a esta conclusión, Jakobs parte del supuesto de que el delito no puede ser explicado como una relación entre individuo y norma, ya que de esta forma se explicaría el pecado, no el delito, es decir, si el delito se configura únicamente en el ámbito de la relación entre el autor y la norma únicamente, la cuestión quedaría en el ámbito privado de las personas exento de la ingerencia estatal, por lo tanto, para que haya delito debe adoptarse indefectiblemente una perspectiva social. En resumen: "Sólo puede fundamentar un ilícito, un comportamiento que sea comunicativamente relevante". Mientras la representación del autor se mantenga en el ámbito de lo racional su comportamiento puede ser comunicativamente relerepresentación es absolutamente irracional, su comunicativamente irrelevante, desembocand

El subjetivismo contemporáneo, parte de la constitución del pian del autor, de su representación del hecho para dirimir la existención de un injusto penal. Sólo lo que está en la cabeza del autor puede proporcionar bases seguras para juzgar sin recurrir a parámetros como "un observador objetivo", "tercero imparcial", etc. Lógicamente, la norma penal no penetra en la cabeza del autor para sancionar algo que no sale de allí, un hecho psíquico, sino que opera sobre la conducta desplegada por el agente en el mundo exterior. Para determinar si una acción externa forma parte de un plan delictivo del autor, necesariamente debe recurrirse a su representación

delito putativo.-

sobre el hecho. Pero, no cualquier conducta externa legitima la investigación sobre la representación del autor, sino sólo aquella que genera un riesgo desaprobado y por tal razón sea alcanzada por un tipo penal.-

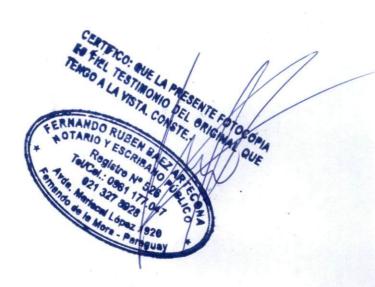
Una conducta contenida dentro de los límites de un tipo penal, pero que no pertenece a un plan delictivo del autor, desde ya no puede constituir tentativa por ausencia de dolo. Ej. "A Juan que se encontraba manipulando un arma de fuego se le escapa un disparo que hiere a su amigo Pedro en un brazo". Este supuesto de lesión culposa, si formara parte de un plan de Juan para matar a Pedro, hubiera constituido un caso de tentativa de homicidio.-

El análisis de la acción debe hacerse de un punto de vista ex ante, con todos los elementos que se había representado el autor al momento de la ejecución de su plan. Todo aquello que el agente no se haya representado al momento de realizar su conducta, no forma parte de su dolo. Este déficit en la representación, no puede computarse en contra del autor.-

La cuestión a ser resuelta en relación a la punibilidad de la tentativa inidónea radica en decidir qué hacer con los errores en la representación del autor. Vgr, A vierte en el café de B una sobredosis de azúcar pensando que se trataba de un veneno. Aquí hay un error en la representación del autor al momento de la ejecución de la acción, si bien su plan estaba bien elaborado, era matar con veneno. Hay otros supuestos en los cuales el error reside ya en el plan en sí. Vgr: "A provoca un corte con cuchillo a B porque creía que B era hemofilico y que tras el corte moriría desangrado, pero en realidad B goza de muy buena salud". Esta es una ka directamente el plan del autor contiene un error que caso es la sgte: ¿Son alcanzados ambos supuestos por la sanciona la tentativa de homicidio? Desde el subjetivismo la respuesta es sí y esta respuesta debe ser co fundamentos dogmáticos y, además, por ser la que se adecua a la legislación positiva paraguaya.-

Los dos ejemplos del párrafo anterior, son supuestos de acciones concretamente desplegadas en el marco de un plan potencialmente

homicida. Se tratan de activaciones de programas correctamente elaborados para matar. Los errores en la ejecución en el primero (verter azúcar en vez del veneno) y de los datos conocidos en el segundo (representarse erróneamente la hemofilia de la víctima) son irrelevantes a los efectos de la imputación de las dos acciones, ya que ambas constituyen supuestos de riesgos prohibidos. Representan conflictos sociales que por significar rechazo a la vigencia de la norma que prohíbe matar y, consecuentemente, constituir atentados contra el bien jurídico vida, deben ser reprimidos por la ley penal. Una sociedad en la que las personas puedan intentar impunemente matar a sus semejantes cuántas veces quiera en condiciones similares a las de los ejemplos citados, no representa un modelo de convivencia pacífica entre los ciudadanos, ya que el Estado no intervendría para solucionar claros hechos de violencia, de conflictos sociales en los que están en juego la subsistencia de los bienes jurídicos más importantes.-



CAPÍTULO II: CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL INSTITUTO INVESTIGADO

1. FUNDAMENTO DE LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA.-

La discusión sobre el fundamento de la punibilidad de la tentativa, que para algunos reside en la puesta en peligro de bienes jurídicos y, para otros en la expresión de sentido contraria a la norma que conlleva la acción exteriorizada, tiene indudablemente un trasfondo normativo. Siempre la norma es la que decide el porqué y cuando se castiga una tentativa.-

La tendencia que afirma que el peligro creado para un bien jurídicamente protegido es la razón de ser del castigo de la tentativa, debe conceder indefectiblemente, que algo es bien jurídico en la medida en que sea consagrado "bien jurídico" por una norma vigente. No existe bien jurídico dado a priori para el derecho, el ordenamiento jurídico decide autónomamente qué datos o valores convertir en bienes intelicos y, a su vez, selecciona a cuáles conceder una protección penal.-

En cambio, quienes asumen la idea de la processión la viole de la normas como razón de ser de la punición penal, no nutrien cerder de vista, que con la sanción penal no se busca la protection de vista, que con la sanción penal no se busca la protection de vista, que con la sanción penal no se busca la protection de la norma en sí, como realidad independiente, sino que de la recedera de la medida en que busque el afianzamiento de ciertos valores o realidades sociales indispensables para la convivencia pacífica de los ciudadanos. La norma penal obtiene legitimidad a partir de su finalidad de preservar determinadas relaciones humanas valoradas positivamente para la convivencia social, tales como el respeto a la vida del otro, la integridad física del prójimo, al medio ambiente, etc; Que a estas relaciones valoradas positivamente se las denominen bienes jurídicos, no resulta problemático.

Con el devenir de la evolución humana, las condiciones básicas para la convivencia cambian paulatinamente, así, tiempos atrás, nadie pensaba en crear los denominados delitos ecológicos, porque los recursos naturales aparecían como abundantes, creando, inclusive, la ilusión de ser inagotables, sobre todo en las personas con menores niveles de información. En la actualidad, la posibilidad del agotamiento de los recursos naturales con la consiguiente eventualidad de un cataclismo mundial, ha generado sensibilidad, que las legislaciones, tanto nacionales internacionales, han promulgado normas penalizando ciertas acciones que provoquen una disminución inaceptable de los recursos naturales en estos tiempos, estableciendo sanciones de distinta índole.-

Es evidente, que por más que ciertos valores o realidades sociales sean altamente justipreciados por una sociedad, si no son acogidos normativamente, no podrán experimentar ese cambio cualitativo para convertirse en bienes jurídicos susceptibles de protección penal.-

Mientras las normas penales se enmarquen dentro del principio de la racionalidad, decir que protegen bienes jurídicos o la vigencia de la norma es una cuestión secundaria. No parece convincente el argumento de quienes afirman que, sólo sosteniendo que el derecho penal protege bienes jurídicos se puede garantizar un derecho penal liberal y respetuoso del principio de ultima ratio, ya que, cualquier poder político despótico puede principio de ultima ratio, ya que, cualquier poder político despótico puede perar" bienes jurídicos conforme a su designio arbitrario, teniendo en cuerto pera concepto de bien jurídico es un concepto normativo, pera que, basta con promulgar una norma para imponer un bien jurídica aun cuarra so un citar a este respecto la opinión de Manuel Cancio Melia de proposito de los dueños de proposito de principio de que puede parecer a veces que piensan algunos, no existen de principadas opciones teóricas que garanticen mejores resultados político-criminales o una determinada orientación política a secas. Y si no que pregunten a los redactores del Código Penal español, que encontraron bienes jurídicos

hasta debajo de las piedras con los que crear nuevas infracciones o justificar nuevas penas".-

Es importante no olvidar que las dictaduras militares de América Latina, nunca han prescindido del concepto de bien jurídico, pero se las arreglaron muy bien para masacrar a sus pueblos. Sólo la racionalidad puede embridar un avance peligroso del poder punitivo sobre las garantías de los ciudadanos, pero racionalidad entendida como aquella que se asienta en el respeto irrestricto a la dignidad humana en la búsqueda de una convivencia social pacífica.-

En la medida en que nuestras sociedades comprendan que el derecho penal no es la panacea para los problemas estructurales que padecen, irá desapareciendo del centro del debate "la pena" como una de las alternativas de solución para dichos problemas, con lo cual se alejarán los peligros de los desbordes punitivos, tan latentes en la actualidad.-

La dogmática penal no puede imponer frenos a dichos desbordes punitivos, pues estos son resultados del manejo del poder real, por lo que solamente serán contenidos por medio de fuertes contrapesos sociopolíticos que deberán ser construidos por quienes asumimos como postulado un derecho penal liberal. El desafío actual de la dogmática penal no se agota en el análisis descarnado de los institutos penales, ni siquiera en la elaboración de figuras que se pretenden funcional se un derecho penal de última ratio, sino que se extiende a la necesidad de crear diques de contención para contrarrestar un eventual desbo de contención para contrarrestar un eventual desbo de contención de contención para contrarrestar un eventual desbo de contención de contención para contrarrestar un eventual desbo de contención de contención para contrarrestar un eventual desbo de contención para contrarrestar un eventual desbo de contención de contención para contrarrestar un eventual desbo de contención de contención para contrarrestar un eventual desbo de contención de contención para contrarrestar un eventual desbo de contención de contención para contrarrestar un eventual desbo de contención de contención para contrarrestar un eventual desbo de contención de contención para contrarrestar un eventual desbo de contención de contención

2. TEORÍAS. EXPOSICIÓN Y CRÍTICA.-

2.1. TEORÍA OBJETIVA: Esta teoría, cuya primera formulación se adjudica al alemán FEUERBACH, en lo esencial afirma, que la acción de la

⁶⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel, en Conferencias Sobre Temas Penales, p 147 Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas, Rubinzal- Culzoni Editores, Bs As 2000.-

tentativa debe ser castigada, por la peligrosidad objetiva de la misma en referencia a un determinado bien jurídico, con lo cual, en principio, en su elaboración primigenia y más pura, prescindía por completo de cualquier elemento subjetivo, ya se trate del dolo o de cualquier otro elemento subjetivo distinto del dolo. Precisamente, la crisis de esta teoría empezó a notarse, cuando fueron unánimemente admitidos los elementos subjetivos del tipo (intención de lucrar por ej en el tipo de la estafa) y, más aún, cuando el dolo cambió de lugar sistemático desde la culpabilidad a la tipicidad.-

Tras aparecer estas dificultades teóricas, hubo autores que reformularon los lineamientos teóricos originales, con la finalidad de compatibilizar la dimensión subjetiva del injusto con los postulados centrales del objetivismo. RITTER, OEHLER y DICKER⁶⁵, fueron algunos de los que se embarcaron en el esfuerzo intelectual de tratar de acoger los elementos subjetivos en el marco de la teoría objetiva sin que la misma pierda coherencia.-

Ritter, por su lado, no encuentra el fundamento de la punición de la tentativa en la parte subjetiva de la acción, sino en el per objetivo, en el apuntar objetivamente de la acción a la lesión de un determinado bien jurídico⁶⁶.-

Oehler, prosiguiendo con el desarrollo de la fassina (considero que el motivo de punición de la tentativa reside de la "inolatid de la acción objetivamente reconocible" de lesionar un bien juridado puede notarse que el elemento subjetivo de la finalidad define en última instancia si una acción merece o no ser sancionada como tentativa, toda vez que sea objetivamente determinable, o sea que pueda probarse. Dicke es el continuador de la tesis de Oehler.-

En la tesis de Oehler y Dicke, no existen diferencias sustanciales con la teoría subjetiva, al menos en la formulación contemporánea de esta última, ya que al fundarse la punibilidad de la tentativa y de cualquier hecho

² FARRÉ TREPAT, Elena, Tentativa de Delito, p 5 y sgts, LIBRERÍA BOSCH, Ronda Universidad, Barcelona 1986.-

⁶⁶ Lehrbuch, pág 125 y 254 s, citado por Farré T, Ob cit, p 10.-

punible en el dolo, es decir en la finalidad⁶⁷ prohibida de la misma y, siendo la finalidad un hecho psíquico, la misma deberá ser probada como cualquier otro hecho, o sea que, deberá ser "objetivamente reconocible⁶⁸". Las críticas de todas maneras no se hicieron esperar, las que se pusieron de manifiesto a través de la doctrina de Hegler, Engisch y Zielinski. En resumen, estos autores sostuvieron, con algunas diferencias más bien de lenguaje que sustancial, que la punibilidad de la acción de la tentativa se deriva de la tendencia misma hacia la lesión de un bien jurídico determinado.-

La formulación elaborada por G Spendel merece una mención aparte por su originalidad, si bien para él, el fundamento del castigo de la tentativa sigue siendo el peligro para el bien jurídico, pero la particularidad de su construcción reside en la forma de determinación del peligro. Para determinar cuándo concurre un peligro para el bien jurídico, debe hacerse un análisis ex ante de la acción, mientras que de aquellas circunstancias actuales del hecho, independientes del autor, sobre todo del objeto de la acción, requieren una consideración ex post. La acción es algo que va conformándose progresivamente, va desarrollándos, hacia el futuro condicionada por las circunstancias en las que se desen hacen incierta, por lo que el estudio de su peli realidades, lo que obviamente exige que el apálisis hay circunstancias del hecho, ante todo el otro de establecidas en un principio, que no cambian, si los pueda comprobar con posterioridad, siendo la co adecuada para ellas⁶⁹. La crítica a esta tesis surge evidente, ya que no existen motivos ni argumentos válidos para diseccionar el análisis de una

69 FARRÉ T, E, Ob cit p 304 y sgts y, SANCINETTI, M, Teoría del Delito y Disvalor de Acción p 359, HAMMURABI, Bs As, 1991.

⁶⁷ En el trascurso de este trabajo será construido y desarrollado un concepto de dolo que se considera compatible con la legislación penal paraguaya, además de considerarlo dogmáticamente correcto, en el cual la finalidad no aparece como el elemento fundante del dolo. Pero a efectos de facilitar una explicación lo más clara posible, en esta parte del trabajo aún se da por sentado que la finalidad define el dolo.

⁶⁸ Acerca de la prueba de la finalidad son ilustrativas las expresiones de LLUIS MUÑOZ I SABATÉ, en su Tratado de Probática Judicial, TI, p 135, AGREGAR EDITORIAL donde al referirse a la prueba de la intencionalidad dice: "...la intencionalidad ...se reconstruye o constata a través de las exteriorizaciones puestas de manifiesto por su (la) conducta. Y tales manifestaciones son ponderadas conforme a la praxis social-jurídica".

misma acción, o se la analiza en su integridad desde un punto de vista ex ante o ex post, pero no ambos al mismo tiempo.-

Sin embargo, una vertiente del objetivismo denominada teoría de la peligrosidad representada por v. Liszt y v. Hippel, basaba la apreciación de la peligrosidad en una consideración ex ante, afirmando que hay tentativa cuando un hombre inteligente hubiese tenido por probable el resultado al tiempo del hecho⁷⁰. La dificultad en establecer el standard del hombre inteligente cuyo criterio debe ser tenido en cuenta, hace desde ya inviable la aplicación practica de esta teoría.-

Un objetivista reconocido como Mezger tuvo que otorgar una concesión a favor de la teoría subjetiva al estudiar el tema de la tentativa: "...la tentativa es un concepto que sólo puede ser determinado desde el punto de vista subjetivo del agente" manifiesta este tratadista alemán, aceptando de esta manera la imposibilidad de explicar la sanción de la tentativa desde los presupuestos teóricos de la teoría objetiva.-

La teoría objetiva es derivación inmediata de las ideas y principios liberales que cultivaban sus propulsores, partiendo de la base de que el contrato social es la razón de ser de la legitimidad del Estado, como así también de sus límites. El Estado no puede infaiscuirse en el ámbito de libertad individual de cada cual, porque se trata de una esfera de libertad que los participantes del contrato social preservaron porque de la condición de persona. El instrumento de la condición de persona. El instrumento de la condición de persona de la condición de persona de la condición de persona. El instrumento de la condición de persona de la condición de persona de la condición de persona. El instrumento de la condición de persona de la condición de persona de la condición de persona de la condición de persona. El instrumento de la condición de persona de la condición de la condición

En función de los postulados filosóficos- políticos del liberalismo receptados por el derecho penal, la construcción de bienes jurídicos debe basarse en la necesidad que tienen las personas de que se les proteja ciertos datos esenciales para una convivencia pacífica y segura en comunidad, razón por lo cual, solamente se justifica una intervención y la consecuente

⁷¹ MEZGER, E, Tratado, T II, p. 260, cita tomada de Sancinetti, M, Teoría ...p 361.

Welzel, Hans, Derecho Penal Alemán, Parte General, 11° Ed, 4° Ed Castellana, Trad por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yánez Pérez.

sanción penal en aquellos casos en que esos datos esenciales, denominados bienes jurídicos, fuesen efectivamente dañados o destruidos o, por lo menos, puestos objetivamente en peligro. Lo subjetivo sólo tiene la función de determinar la culpabilidad personal porque, según la teoría objetiva, apoyar la antijuridicidad de una acción en elementos puramente subjetivos, va a implicar irremediablemente, confundir ámbitos propios del derecho penal con los de la moral, destruyéndose en consecuencia todo límite a la intervención estatal en las esferas privadas de los hombres, lo que a su vez consumaría una violación arbitraria de los términos del contrato social.-

El camino tomado por la teoría objetiva para evitar que el derecho penal irrumpa en ámbitos de libertad interna utilizando como excusa la tentativa, es el de la lesión objetiva para los casos de consumación y el del peligro objetivo para los supuestos de tentativa, es decir, una acción no consumada sólo es merecedora de una sanción penal, cuando resulte efectivamente peligrosa para un determinado bien jurídico, siendo a estos efectos irrelevante la representación del autor. Si estos límites no se establecen, abriendo paso a la consideración de aspectos subjetivos al momento de fundamentar un injusto, desde la óptica de la consideración de

En la Argentina, Carlos Nino defendió los puntos de parte de la teoría objetiva afirmando que también en la tentada de parte de la sanción penal puede basarse en el peligro corrido per la tien jurídico, expresando que el requisito del dolo solo refirmaba ese peligro, precisamente, porque una acción dolosa es más peligrosa para el bien jurídico que una acción imprudente. A este respecto sentencia: "En situaciones cotidianas advertimos cuánto más fácil es determinar la realidad y magnitud de un riesgo creado por quien quiere causar un daño, que las de un riesgo creado en el curso de una actividad movida por un propósito inocente". Sancinetti replica rotundamente esta posición, sosteniendo que "si se parte de la base de que el hombre puede influir razonablemente sobre

⁷² Nino C, Los límites, p 436, cita por Sancinetti en Teoría...p 364.-

los cursos causales, parece correcto el punto de partida de que, en general, un comportamiento doloso implicaría, ex ante, más riesgo que uno imprudente".... "Naturalmente, esta idea siempre puede fallar desde el punto de vista ex post, dado que una tentativa fracasada produce un menor disvalor "objetivo" que un delito imprudente consumado. Pero, aun desde el punto de vista ante-actum, la idea de que el dolo es, en general, más peligroso, es inaplicable a los casos particulares, y, por tanto, resulta inútil para dar una explicación uniforme del concepto de ilícito". Sancinetti, demuestra por medio de ejemplos prácticos que el dolo no presupone, en concreto, ninguna cuota mayor de riesgo sobre el comportamiento imprudente, he aquí un ejemplo citado y la solución elaborada por Sancinetti: "El cazador "A" confunde al señor "C" con una presa de caza, y dispara contra él. Al mismo tiempo, el cazador "B", que está también en el lugar, reconoce a su enemigo "C" y decide matarlo bajo condiciones de hecho (capacidad como tirador, arma y municiones utilizados, distancia de tiro, etc.) que resultan "objetivamente" análogas a las cazadores disparan al mismo tiempo".-

Suponiendo ahora, en cuanto al desenlace efectivo, que social suporte de la posible víctima, ambos de la sien de "C", pero que no dan en el blanco por el contre de la posible víctima, ambos de la posible víctima, ambos

⁷³ SANCINETTI, Marcelo, Teoría del Delito y Disvalor de Acción, p 364 y sgts

Es correcta la conclusión de Sancinetti, pudiendo agregarse que, posiblemente tiende a confundirse la intencionalidad de una acción determinada y la dirección de esa intencionalidad, con el grado de peligro que la misma pueda crear. El dolo, en todo caso, indica una diferencia actitudinal con relación al derecho, teniendo en cuenta que quien opera con dolo, pone en movimiento un plan concebido conscientemente, específicamente para violentar reglas jurídicas, mientras que quien obra imprudentemente, si bien puede ser que actúe conscientemente (en el caso de la culpa con representación), no actúa bajo un plan que tenga por finalidad específica o como consecuencia probable la trasgresión de una determinada norma jurídica y si bien advierte esta posibilidad, considera que podrá evitarla o que por las circunstancias particularis que rodean a su acción, esta trasgresión no se consumaría y, si ver de muy probablemente su conducta desemboque en un riesgo prohibido se abstendría de ejecutarla.

El peligro propio de una acción dolosa se diferencia del peligro de acción imprudente, en que aquel está específicamente de acción a designar un derecho o al bien jurídico o, por lo menos, la probabilidad de causar un resultado prohibido no inhibe de la prosecución de la acción, mientras que el peligro propio de la acción imprudente, es un peligro meramente causalnatural, sin conducción volitiva (dolo directo), ni su visión cognoscitiva (dolo eventual) hace reparar al autor acerca de la probabilidad de producción del resultado, le es indiferente que la lesión al bien jurídico se consume.-

La diferencia entre el peligro del dolo y el peligro por imprudencia reposada en la intervención, ya sea de la voluntad o el conocimiento del hombre en el desenvolvimiento de la causalidad, demuestra claramente que la faz objetiva no puede brindar ningún material legitimador de la punición de la tentativa, porque es evidente que la nota distintiva de "los peligros" de la acción dolosa y de la imprudente, se encuentran en el ámbito subjetivo, ya sea en la voluntad o en la representación del autor.-

Debe mencionarse que hay casos en que el peligro creado por una acción dolosa afecta menos a la colectividad que un peligro creado por una conducta imprudente, piénsese en la acción de quien dispara en un despoblado en contra de su enemigo a quien lo encontró caminando en solitario por el lugar; aquí el peligro concreto se circunscribe pura y exclusivamente en la víctima en forma individual; mientras que el peligro creado por el conductor imprudente que maneja a 120 km/h por la avenida central de una populosa ciudad, es un peligro expansivo, porque se extiende a todas las personas y los bienes que existan por los lugares por donde realiza su alocada carrera. Objetivamente, mirando de des siemplos, puede decirse que el peligro creado por nuestro conductor improducto es macho más abarcante y tiene más trascendencia socia.

Es sabido que cuando la doctrina habla de m acción para un bien jurídico, se refiere al gi dicho peligro, entendida como mayor o menor daño efectivamente buscado o propio del riesgo prohibido creado con la conducta, o sea que, la acción de una tentativa de homicidio es más peligrosa cuando más cerca estuvo objetivamente de causar la muerte de la víctima, esto, lógicamente para quienes sostienen la teoría objetiva. La intensidad del peligro se refiere a la cantidad de peligro creado por una acción, cuánto más cerca estuvo de la consumación es mayor la cantidad de peligro puesto en movimiento, ahora, la mayor o menor cantidad de peligro generado no guarda proporción con la mayor o menor cantidad de dolo, porque son abundantes los casos en que una acción motorizada por un "intenso" dolo, genera "objetivamente" un peligro leve o directamente no causa "objetivamente" peligro alguno y viceversa, un dolo eventual o una imprudencia, pueden causar según las circunstancias un peligro más intenso. A la luz de estas consideraciones, basar la punición de la tentativa en el mayor peligro objetivo que representa la acción dolosa para los bienes jurídicos es incorrecto, es más "el peligro objetivo" no es un criterio válido para la sanción de la tentativa porque no está intimamente ligado al dolo, razón por la cual, tal como se ve con los ejemplos, en algunos supuestos

concurre un intenso peligro sin que exista dolo y, en otros, existe el mayor dolo imaginable sin que genere un mínimo de peligro⁷⁴. En síntesis, el "peligro objetivo" para un bien jurídico, no representa con relación al dolo ningún indicador válido en todos los casos, situación esta que lo descalifica para ser tomado como un axioma.-

Ahora, tal como quedó demostrado con el ejemplo, el conductor imprudente, con su endiablada carrera por la Avenida de una populosa ciudad, pone en peligro no sólo la vida de una víctima individual, sino las vidas de todas las personas que estén por la zona por donde el ejecuta su acción imprudente, además del peligro que también genera para otros bienes jurídicos. Es innegable que el peligro menos intenso de la imprudencia del ejemplo, extensivamente es mayor que el de la acción dolosa del que dispara contra su víctima solitaria, situación que se da en la mayoría de los casos de la realidad cotidiana. Cada vez son más las acciones riesgosas imprudentes que ponen en peligro a gran número de personas, pudiendo determinarse esta circunstancia de manera objetiva. En síntesis, puede afirmarse que la única diferencia que can simpre concurre "objetivamente" entre el peligro creado por una acción dolosa y tato creado por una acción imprudente, reside en que por lo general el petigro de la conducta imprudente es más extensivo que el de la acción dolosa y tato creado conducta imprudente es más extensivo que el de la acción dolosa y tato creado conducta imprudente es más extensivo que el de la acción dolosa y tato creado conducta imprudente es más extensivo que el de la acción dolosa y tato.

La teoría objetiva en su pura y primiteria, formulación es notoriamente insuficiente para explicar el fundamento de la publicada la tentativa y, sus reformulaciones posteriores, se muesta muy po o convincentes por ser incoherentes al pretender adaptar elementos subjetivos de la acción a una matriz teórica objetiva. Un ejemplo claro de la inconsecuencia teórica de algunas de esas reformulaciones lo constituye Nowakosky, quien admite que en la tentativa, la voluntad del autor no es antijurídica, sino sólo culpable. No se puede dejar de mencionar, sin

⁷⁴ Lógicamente, según los postulados de la teoría objetiva, al no existir peligro alguno para un bien jurídico no puede haber sanción, pero tal como se vio, esto lleva a la incoherencia de dejar impunes acciones dolosas objetivamente no peligrosas y, siendo el peligro objetivo el parámetro para la punibilidad de una acción, no habría motivo para no sancionar las acciones imprudentes peligrosas, lo que llevaría a la inconsecuencia de admitir la punibilidad de la tentativa imprudente, con lo que la teoría objetiva, en última instancia coincidiría con la doctrina subjetivista de autores como Sancinetti que admiten la posibilidad de punir la tentativa imprudente.

embargo, que la teoría objetiva es tributaria, además del sistema causalista, del pensamiento liberal, cuya más loable misión ha sido la de limitar lo más que se pueda la intervención punitiva del Estado, a efectos de evitar los abusos del soberano, tratando de delinear de la forma más precisa posible las fronteras de la mencionada intervención punitiva estatal, a través del principio de lesividad que se funda, a su vez, en el concepto de bien jurídico.-

2.2. TEORÍA SUBJETIVA: Esta teoría tiene innumerables formulaciones debidas a sus muchos sostenedores y a los diferentes argumentos esgrimidos por los mismos. Es importante señalar que ha tenido y sigue teniendo preeminencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán, cuerpo este que la adoptara a raíz de la influencia ejercida en su momento por von Buri.-

Según esta concepción, el fundamento de la punibilidad de la tentativa lo constituye la manifestación de una voluntad contraria al derecho⁷⁵, idea que con el finalismo retomó fuerzas, puesto que la norma prohíbe una acción final que ya está completa en la tentativa.-

Welzel no consideraba como condición indispensable la peligrosidad de la realización exterior de la voluntad, sino que es suficiente que la voluntad que, con su actuación, cree ponerse ya inmediatamente a la realización del delito⁷⁶; basta que el autor considere que un medio es idóneo o que actúa sobre un objeto idóneo, aun cuando en realidad no lo sean. A diferencia de la formulación actual de la teoría subjetiva, welzel justificaba la mayor pena del delito consumado por la mayor energía criminal del autor.-

La doctrina afirma que la fundamentación subjetiva de la principio e la tentativa no tiene una base ideológica unitaria como la teória objetiva que se apoyó pura y exclusivamente en los principios del liberalisme

⁷⁵ SANCINETTI, Ob cit, p 375 y sgts.

⁷⁶ WELZEL, Strafrech, p. 189, citado por Sancinetti en Ob cit p 380.-

Al subjetivismo se lo ve por un lado como consecuencia necesaria de una concepción totalitaria del Estado, sobre todo del totalitarismo engendrado en el seno del idealismo alemán, según la cual el Estado está por encima del individuo, la razón de ser del individuo reside en la pertenencia al Estado que es la expresión sintetizadora de todos los individuos, por lo tanto, el Estado no encuentra límites en la esfera de libertad individual como sí lo tiene el Estado liberal. En el totalitarismo, el individuo antes que ámbitos de intimidad, tiene obligaciones ineludibles con la comunidad, con el Estado sintetizador y garantizador del bien común, por lo que el delito, antes que la puesta en peligro o el daño bienes jurídicos, representa la violación de las normas que son instrumentos del bien común, es el incumplimiento de la obligaciones del individuo frente a la colectividad. Lógicamente, el delito al consistir en la violación de normas de convivencia colectiva, el mismo ya está completo con la acción de la tentativa y el resultado no cumple ninguna función a este efecto.

Es fácil advertir que un derecho penal que encuent. Si debto en la exteriorización de una mala voluntad, indefectiblemente deberá concerna un derecho penal de autor tal como lo fue v.gr el del nazismo.

Por otra parte el subjetivismo tuvo su origen en la restricción de causalismo para explicar la punición de la tentativa, la voluntad de como el accepcionalmente, forma parte del injusto al mismo tiempo que de la culpabilidad. El injusto penal continúa siendo eminentemente objetivo, pero como en la tentativa se produce un adelanto en la protección de los bienes jurídicos, en ella la voluntad es el elemento fundamentador, la cual es sustituida en esta función por el resultado si se produce la consumación. No se necesita ser muy perspicaz para advertir en el estado actual de la dogmática penal que es inadmisible el salto del dolo desde el injusto a la culpabilidad dependiendo de la concurrencia o no del resultado querido, por esta razón esta tesis fue desde siempre criticada a uno y otro lado de las dos tendencias, es decir, tanto en el ámbito objetivista como en el subjetivista.

El tercer origen teórico del subjetivismo se halla en la concepción preventiva de la norma, según la cual, la finalidad del derecho penal no es prohibir la causación de resultado, sino tender voluntariamente y conscientemente a causar un resultado disvalioso; con esto, el dolo definitivamente encuentra su lugar en el injusto y la acción disvaliosa lo prohibido, con lo que, tanto el fundamento de la punición de la tentativa como del delito consumado se encuentra en la acción disvaliosa ejecutada por el agente⁷⁷.-

Es interesante transcribir un párrafo del pensamiento del jurista conocido como responsable de la inclinación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán hacia el subjetivismo que es Von Buri, cuyo pensamiento sobre este tema se expresa de la sgte manera: "...Ahora bien, en la tentativa, el tipo subjetivo del delito consumado se encuentra...en toda su extensión, y, precisamente por eso, es punible la tentativa. Mas al tipo objetivo del delito consumado, por el contrario, la tentativa no lo contiene, ya que precisamente la esencia de la tentativa está en que en ella falta algunos de los elementos del tipo objetivo del delito consumado. Pero si falta en el aspecto objetivo del delito consumado aun el masso significante elemento, toda la exteriorización objetiva se torna algoritamente irrelevante; objetivamente no existe una lesión jurídia procesa de la consumado aun el masso significante delemento, toda la exteriorización objetiva se torna algoritamente irrelevante; objetivamente no existe una lesión jurídia procesa de la consumado aun el masso significante elemento, toda la exteriorización objetiva se torna algoritamente irrelevante; objetivamente no existe una lesión jurídia procesa de la consumado aun el masso significante elemento, toda la exteriorización objetiva se torna algoritamente irrelevante; objetivamente no existe una lesión jurídia procesa de la consumado aun el masso significante elemento, toda la exteriorización objetiva se torna algoritamente irrelevante; objetivamente no existe una lesión jurídia procesa de la consumado aun el masso significante elemento, toda la exteriorización objetivo del delito consumado aun el masso significante elemento, toda la exteriorización objetivo del delito consumado aun el masso significante elemento, toda la exteriorización objetivo del delito consumado aun el masso significante elemento, toda la exteriorización objetivo del delito consumado aun elemento del consumado aun elemento del consumado aun elemento del consumado aun elemento del consumado aun element

La comprobación de la voluntad hostil al derecho es punible a la tentativa afirma Bacigalupo⁷⁹. Garófalo representante del positivismo italiano en su momento ha dicho: "Desde el momento que no existe daño no es posible castigar más que la voluntad, por tanto, poco importa que ésta se haya servido de un medio que no ofrecía probabilidades de éxito. Cuando un proyecto no se ha podido realizar, la falta debe

⁷⁷ Por todos, Farré T Elena, Ob cit, p 12 y sgts

⁷⁹ BACIGALUPO, Enrique, Derecho Penal, Parte General, p 288, HAMMURABI, Bs As 1987.-

⁷⁸ Cita tomada de Sancinetti M, Teoría ...p 375, quien a su vez trascribe la versión de Soler (Dpa, & 50, V), quien a su vez cita a través de Binding.

atribuírsele al agente, el cual no ha previsto la circunstancia que impide la realización de aquel"⁸⁰. También la jurisprudencia de tendencia subjetivista alemana, principalmente el Tribunal del Imperio, ensayó una interpretación del \$ 59 del StGB vigente hasta 1.975, elaborando una fórmula denominada de la inversión. Según el mencionado \$ 59, el desconocimiento de circunstancias del hecho por parte del autor, se computa a favor del mismo, o sea que, no puede imputarse al autor circunstancias fácticas desconocidas por él al momento de realizar el hecho. La inversión de esta fórmula consiste en los sgte: "La equivocada suposición de circunstancias de hecho inexistentes, debe computarse en contra del autor, es decir, debe imputarse al autor las circunstancias fácticas por él imaginadas pero que en realidad no concurren". La arbitrariedad de esta fórmula se denuncia por sí sola, ya que como la doctrina en su momento señaló, llega a conclusiones forzadas, no previstas por el legislador, porque si la fórmula del \$59 reza que las circunstancias no conocidas por el autor no le son imputables, lo inverso de esto es que solamente son imputables las circunstancias conocidas por él.-

Es un hecho notorio que el subjetivismo alemán cobró renovadas fuerzas en Alemania tras la reforma penal de 1.939, a partir de la cual, la atenuación de la pena de la tentativa pasó a ser sólo facultativa. 81, los jueces no están constreñidos por la ley a reducir la pena, circunstructo (sea que sirvió al mismo a los críticos del subjetivismo para dentificarlo como en grave peligio, para las garantías liberales.

Según la formulación contemporánea de la teoria subjetiva no existe motivo alguno para una mayor punibilidad del delito consunado en relación con la tentativa acabada, por la misma razón de que la acción final prohibida es la misma en ambas circunstancias, siendo los representantes de esta tendencia autores como Armin Kaufmann, Zielinski, Struensee y Sancinetti.-

⁶⁰ GARÓFALO, La Criminilogía, p 415, citado por Ricardo Juan Caballero, El Delito Imposible, p 91.-

 ⁸¹ ZAFFARONI, Eugenio R, Derecho Penal, Parte General, EDIAR, Ed 2000, p 778.
 ⁸² FIANDACA- MUSCO, p 408; Cobos Vives, p 559, cita tomada de ZAFFARONI, Ob cit p 779, nota 28.

Armin Kaufmann y Zielinski pueden ser considerados exponentes de un subjetivismo puro, extremo, que, inclusive considera ilícito a la acción supersticiosa y a la tentativa irreal, solamente que este ilícito no merece la aplicación de pena alguna. Kaufmann lo dice claramente en algunos pasajes: "Inclusive la tentativa supersticiosa es, por tanto, un ilícito⁸³", siendo esta una conclusión coherente con la premisa de que el sustrato de todo ilícito es la voluntad contraria al derecho exteriorizada por el agente. Zielinski por su parte explica: "Para el juicio de valor acerca de este proyecto de acción, que siempre es emitido desde el elevado punto de observación objetivo del ordenamiento jurídico, resultan obviamente gradaciones del disvalor de acción, las cuales pueden disminuir hasta ámbitos que, desde el punto de vistas jurídico penal, ya no fundamentan un ilícito considerable, merecedor de pena, en el caso individ en la tentativa supersticiosa-.... Este problema no podrá ser reste del ilícito, sino, en todo caso, por medio de una carone pena en el caso individual..."84.-

Justamente, Marcelo Sancinetti se encara de terratorio inconsecuencia dogmática de considerar ilícito a las acciona si perstacionas e irreales y lo logra de una manera magistral aclarando que: "la decisión de acción, actuada dentro del exclusivo marco de las representaciones del autor, es la única que puede configurar el hecho a juzgar; pero, a su vez, la cuestión de si ese objeto es ya el hecho típico no depende más del significado atribuido por el autor al mismo, sino de un "esquema de interpretación". El esquema de interpretación al que se refiere Sancinetti es la norma objetiva, establecida por el legislador. Con esta conclusión nos dice acertadamente el Prof de Bs As, que el hecho a ser considerado por el juez es aquel que responde a lo que el autor se representa, a lo que sabe, lo que es lógico, pues no puede atribuirse a una persona circunstancias no

⁸⁴ Zielinski, D, Handlungsunwert, p 134, citado por Sancinetti, M, en Fundamentación ...p 178.-

⁸³ KAUFMANN, A, Zum Stande (Strafrechtsdogmatik), p 161, citado por Sancinetti, M en Fundamentación Subjetiva del Ilícito y Desistimiento de la Tentativa, p 178. FARRE, T, Ob cit p 344.-

⁸⁵ SANCINETTI, M, Fundamentación...p 194 y sgts, TEMIS, Santa Fe de Bogotá- Colombia, 1995.-

conocidas por la misma, ahora, decidir si el hecho ejecutado como fruto de la representación de autor es típico es función de la norma objetiva, definida con anterioridad por el legislador, v.gr, por más que el autor considere que una cosa es ajena, no lo será si desde el punto de vista del ordenamiento jurídico dicha cosa no reúne los requisitos de la ajenidad. De esta manera, se destierra la posibilidad de considera como ilícito tanto a la tentativa supersticiosa como a la irreal, como así también, tampoco podrá castigarse el mero pensamiento, ya que el límite de lo punible no depende de lo que piense el autor, sino de la norma.-

Tal como se ve la teoría subjetiva en su elaboración actual, aleja toda posibilidad de que pueda imputársele que la misma conlleva el castigo de los actos preparatorios como así también de la tentativa supersticiosa y de la irreal, ya que aclara expresamente que, la voluntad exteriorizada y que según la representación del autor implica el comienzo de ejecución del hecho punible, debe haber ingresado al campo típico, al terreno de lo prohibido que es una cuestión determinada por una norma objetiva, al igual que las características mínimas que debe reunir la acción para ser considerada típica. Esto significa que, por más que el autor crea que su acción implica un principio de ejecución o que su proyecto supersticioso o irreal configura un proyecto típico, si según una norma bietiva dicha voluntad exteriorizada no constituye aún principio de ejecución de ejecución de la tipicidad, no se la puede constenda típica ni cumple con los requisitos de la tipicidad, no se la puede constenda tentativa.

Sobre la base de estas ideas, la punibilidad de la tental applicação aparece como no problemática, no pudiéndose afirma la mismo con relación a la teoría objetiva, ya que al exigir esta última la pengresidad objetiva de la conducta como presupuesto de su punibilidad, le resulta sumamente dificultosa la justificación del delito imposible, que se trata de una acción objetivamente no peligrosa.-

La observación crítica que esta teoría generó desde su nacimiento es su imposibilidad de delimitar los actos preparatorios de los de tentativa, ya que en aquellos, la voluntad contraria a la norma ya existe plenamente, en

igual intensidad que en la tentativa, necesitándose, indefectiblemente, de una exteriorización u objetivación de la decisión contraria a la norma para justificarse una punición no arbitraria de parte del derecho penal. Esta critica, al menos para JAKOBS, no tiene razón de ser, ya que este Prof alemán, ha elaborado su teoría sobre la fundamentación del ilícito exigiendo expresamente el requisito de la exteriorización, así lo aclara en su obra Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung⁸⁶: "La pregunta por lo interno esta permitida sólo para la interpretación de lo que ya es, de cualquier modo, algo externo perturbador...". Reforzando la idea en otra parte de la misma obra de la sgte manera: "Una conducta externa, que perturba, permite la pregunta por el contexto interno"87. Estas ideas de JAKOBS son consecuencia de su particular posición de rechazar la lesión del bien jurídico como constitutivo del ilícito, pero acepta, sin embargo, que el delito consumado es un ilícito diferente y más grave que la tentativa acabada, va que implica una lesión efectiva de un objeto de bien jurídico. Esta postura doctrinaria del Prof de Bonn, ha sido motivo de crítica por parte de su discípulo-disidente MARCELO SANCINE que, "el reconocimiento de un papel propio para la consur en un principio que proviene de otra teoría", refiriéndos causalista.-

Acerca de la incoherencia de la tesis de que el delito consumaçõe de la ilícito diferente a la tentativa, Zielinski manifiesta que el delito consumado sólo puede ser, sin más ni más, el acerca de la lesión del objeto de un bien jurídico como lo es también para la norma del delito tentado. Tanto la norma de determinación del ilícito de consumación como la norma de determinación del ilícito de la tentativa tienen por objeto- qua finalidad- la misma acción 88°...

Precisamente, Sancinetti, sin abandonar la fundamentación subjetivomonista del ilícito, fue quien se ocupó de contestar el cuestionamiento

⁸⁶ JAKOBS, Gunter, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, p 751, citado por Marcelo Sancinetti en Fundamentación Subjetiva del Ilícito y Desistimiento de la Tentativa.

²² JAKOBS, Ob cit. p, 761.
88 Zielinski, D, Disvalor de Acción y Disvalor de Resultado, p 155, traducción de Marcelo Sancinetti, HAMMURABI, Bs As, 1990.-

mencionado supra: "Los fundamentos de la teoría subjetiva de ningún modo borran la delimitación entre preparación y tentativa: por sí misma, ella no se refiere a la discusión sobre el comienzo de la realización del tipo. Esta es una discusión normativa, que se refiere al derecho positivo, en la que se trata de determinar qué significa objetivamente "ponerse directamente a", aun cuando, para ello, deba preguntarse por las circunstancias representadas por el autor⁸⁹".-

Ante estas dos teorías contrapuestas, sin punto de contacto alguno en principio, surgieron las infaltables e híbridas posiciones intermedias, pudiendo citarse a la Teoría Dualista de Schmidhanselo, feoría de la Impresión, sostenido entre otros por Jeschek y la de la Expresión de la Fractura de la Norma Cercana al Tipo de Jakobs.-

2.3. TEORÍA DUALISTA: La teoría dualista cuy

Schmidhauser recibe esta denominación a raíz de postular dos distintos para la sanción de la tentativa, siendo válido uno u otro fundamento según la clase de tentativa que se trate. Para lograr su cometido, Schmidhauser, que luego fue seguido por Alwart, realiza una distinción empírica, separando los casos en que el bien jurídico efectivamente corrió peligro de aquellos en este peligro no concurre. Si se trata de una tentativa peligrosa, no hay razón para que el peligro no sea la razón de ser del castigo de esta acción; ahora, si se trata de una acción intencional de lesionar un bien jurídico que objetivamente no sea peligrosa, lógicamente, no puede tener al peligro inexistente como fundamento de su punibilidad, por lo que en supuestos como éste, Schmidhauser recurre a un elemento presente en la acción, que en este caso es la intención disvaliosa. En la tentativa idónea peligrosa es admisible tanto del dolo directo de primer y segundo grado como el dolo eventual, lo cual es normal, ya que en realidad, aquí la punibilidad de la tentativa tiene un fundamento objetivo como lo es el peligro efectivamente soportado por el bien jurídico, mientras que en la tentativa inidónea necesariamente deberá concurrir el dolo directo, la

⁸⁹ SANCINETTI, Marcelo A, Fundamentación...p 56

intención del autor de consumar el tipo penal, resultando impune la tentativa inidónea con dolo directo de segundo grado como la tentativa inidónea con dolo eventual.-

Schmidhauser y Alwart justifican la teoría que sostienen afirmando que, cuando no hubo peligro para el bien jurídico, no hay motivos para castigar una acción, salvo cuando haya sido ejecutada con intención de consumar el resultado típico, teniendo en cuenta que es indudable que quien actúa con intención, lleva a cabo una acción más peligrosa, porque se supone que tomará todos los recaudos necesarios para lograr su cometido, por lo que su emprendimiento conlleva una mayor injusto, mientras que quien actúa con dolo directo de segundo grado o con dolo eventual, no se pone a organizar un plan dirigido a la producción del resultado típico y, en caso de fracaso, quien no actúa con dolo directo no repetirá su acción, repetición que sí es sumamente probable en aquellos casos en que el agente actúa con dolo directo. A este respecto afirma Schmidhauser: "La intención determina – como cualquier motor- la dirección del hacer. En general, si una situación es deseada, hay una amenaza mayor a que si ella es considerada sólo como una consecuencia segura o posible de una acción dirigida a otra meta. A partir de eso, la intención puede fundamentar también un claro peligro de repetición: le tiro porque di tiro con tanta frecuencia hasta que le acierte mortalmente. En b al aire porque quiero asustarlo, y tiro sólo una vez esto, puede ser puesta en peligro también la vida ajer

Esta teoría dualista no es enteramente convincente corque de la mano tanto sobre el elemento objetivo que es el peligro como del suste ivo que es la intención para explicar el porqué debe ser punible una acción tentada idónea o inidónea, dependiendo de que concurra o no efectivamente uno de estos elementos, lo cual implica un empirismo sin consistencia ya que no se buscan argumentos lógicos de validez general, sino que simplemente se toman los materiales de la realidad según que concurran o no, si concurren

⁹⁰ SCMICHDHAUSER, E, Studienbuch, 11/29, cita tomada de Sancinetti Marcelo, Teoría...p 368.-

sirven de fundamento si no concurren no sirven, lo que de por sí es endeble y peligroso. Endeble porque no puede tener consistencia dogmática una teoría que para justificar sus puntos de partida recurre a lo que encuentre a su alcance antes que a un razonamiento lógico coherente y peligroso, porque con empirismo así puede justificarse cualquier cosa por el simple hecho de existir sin someterla al cedazo de la axiología o de la razonabilidad.-

Por otra parte, a la teoría dualista le son imputables todas las críticas formuladas al objetivismo sobre todo en cuanto a la dificultad de determinar el peligro y además, tal como lo demuestra Sancinetti, la intención no conlleva mayor peligro para el bien jurídico, ni tampoco la posibilidad de repetición no puede considerarse como factor de mayor peligrosidad de la acción⁹¹, ya que es una cuestión externa independiente del acto concreto ya realizado, el cual de por sí ya generó todo el peligro del cual era capaz. El mismo Sancinetti demuestra que la intención, por principio, no implica mayor cuota de peligro con el sgte ejemplo: "..." inas grave por una bomba donde se sabe que habrá un hombre, que trian de son un revólver desde trescientos metros, contra un hombre.

2.4. TENTATIVA COMO EXPRESIÓN DE LA NORMA CERCANA AL TIPO: Jakobs, consciente en la teoría subjetiva, encuentra un mismo fundamento para la tentativa y para el delito consumado, ya que ambas formas del hecho punible, representan agresiones a la validez de la norma. Tanto el autor de la tentativa como el delito consumado, tiene que hacer expresivo que él no se atiene a la norma. Tratándose el hecho punible de la agresión a la norma y no del peligro para un bien o un objeto de agresión, no se requiere la aptitud de la conducta para producir la consumación, sino una lesión objetiva de la vigencia de la norma, como en el delito consumado⁹³. Puede verse que Jakobs no basa la punición de la tentativa en la conmoción general de la comunidad como lo

⁹¹ SANCINETTI, M, Teoría ...p 369 y sgts.-

⁹² Idem nota anterior.

⁹³ SANCINETTI, M, Teoría...p 374.-

hace la teoría de la impresión, sino que centra la cuestión en la relación de desautorización hacia la norma que implica la acción delictiva, la que al contradecir la norma que configura la prohibición y el tipo, realiza una fractura, un rompimiento de la norma cercana al tipo, o sea al delito consumado.-

Las críticas que arrecian en contra de las formulaciones de Jakobs y que puede aplicarse a estas sobre la tentativa, consisten principalmente en que la teoría sistémica desplaza al hombre como sujeto y lo reemplaza por la idea de sistema y la estabilidad de la misma. Observan los críticos, que al no constituir el hombre, sino la estabilización de las normas, o lo que és lo mismo del sistema, puede legitimarse cualquier sistema legislativo y/social/ por más injusto y arbitrario que fueren, por ser actual⁹⁴.-GEL ONIGINAL

2.5. TEORÍA DE LA IMPRESIÓN95

tiene como fundador a Horn, siendo desarrollada por como esfuerzo de combinación de elementos objetivos y subjetivos, pretendiendo con este criterio fundamentar tanto la punición de la tentativa como la delimitación entre actos preparatorios y el principio de ejecución constitutivo de la tentativa. Reinhart Maurach, Karl Heinz Gossel y Heinz Zipf, afirman: "Además de las razones señaladas, cabe adherirse a la teoría de la impresión, puesto que ella, acertadamente, pone en el primer plano la defensa del ordenamiento jurídico en cuanto fin genérico de la pena, considerando además que ya con anterioridad a la consumación del perjuicio típico del bien jurídico se compone de criterios objetivos y subjetivos"96.-

Con la cita del párrafo anterior queda claro que en realidad y en última instancia es la norma la que define lo que debe protegerse a través de la

⁹⁴ Por todos, Zaffaroni, Ob cit p 330 y sgts. En estas páginas, el Prof de Bs As despliega sus ideas críticas al funcionalismo sistémico de Luhmann del cual es tributaria la dogmática construida por Jakobs.

⁹⁵ MAURACH, Reinhart, GOSSEL HEINZ Karl, ZIPF Heinz, Derecho Penal, Parte General, T II, p 29. AGREGAR EDITORIAL

⁹⁶ Idem nota anterior

tipificación de ciertas conductas. Invocar como mérito para apoyar una teoría su finalidad de defensa del ordenamiento jurídico, es reconocer que lo que debe protegerse es un elemento de carácter normativo, llámese bien jurídico o vigencia de la norma. Siendo el fin de la pena de la acción constitutiva de tentativa la defensa del ordenamiento jurídico que es el conjunto de normas vigentes en un espacio territorial determinado, ese fin no puede transmutarse cuando esa misma acción culmina en la producción de un resultado típico material, empíricamente demostrable. En definitiva: si cuando se castiga la acción de tentativa la finalidad perseguida es la defensa del ordenamiento jurídico, es inconcebible que al producirse el resultado típico a consecuencia de la misma acción la finalidad sea otra y deje de ser la defensa del ordenamiento jurídico; a la finalidad sea otra y deje de ser la defensa del ordenamiento jurídico; a la finalidad complementaria, pero no puede anularse la protección del ordenamiento jurídico.-

Basada en la teoría subjetiva, aparentemente forificial para soperar ciertas insuficiencias del subjetivismo, sobre tedo se la referente a la tentativa irreal o supersticiosa, afirma que la tentativa es púnistre en razón de la impresión causada por la acción en la comunidad, se la desminución de la confianza de la generalidad de los ciudadanos en el ordenamiento jurídico. La sanción, consecuentemente, buscara que la comunidad recupere la confianza en la vigencia de la norma, con lo cual queda patente su compatibilidad con la teoría de la prevención general positiva en el ámbito de las teorías de la pena.-

Como se puede notar fácilmente, esta teoría presenta una dificultad en sus postulados y, la misma reside en la determinación de la impresión que cause o no una acción en la comunidad. Cómo y quién determina dicha impresión, es un problema de solución complicada, al menos si se trata de una impresión realmente existente. Indudablemente, siendo el juez el encargado de la aplicación de la sanción, será el único que, eventualmente, podrá tener, por lo menos, una endeble legitimidad para interpretar en el caso concreto la existencia y el grado de la impresión causada por una acción determinada.-

Desde el momento en que la mencionada determinación queda al arbitrio de una persona, por más que sea el juez, la arbitrariedad emergerá siempre amenazante, aun cuando se exija que la decisión judicial se adecue a los parámetros de la racionalidad, siempre quedará una zona de discreción subjetiva para el juez, que no podrá ser anulada por la racionalidad, desde el momento en que esta no tiene contornos rígidos y precisos, pero dicha zona de discreción, que en abstracto aparece como una mera categoría analítica, en la práctica, puede significar nada menos que la condena de una persona.-

Ahora, supuesto que se pueda demostrar empíricamente la concurrencia de la impresión, surge otro obstáculo de monos dificil de superar y, consiste en la poca o nula compatibilidad de los presupuestos de la impresión de la comunidad y los presupuestos de impresión de

Una comunidad determinada puede totalmente diferentes y en medida distinta a otra contra comunidad altamente instruida y no supersticiosa, no se versiones apocalípticas de un brujo, lo cual, sí puede crear inclusive una psicosis en una comunidad poco instruida, cuyos lazos comunitarios sean eminentemente irracionales y supersticiosa. Es cierto que estas afirmaciones no se pueden tomar como verdades absolutas; el mismo hecho descrito puede impresionar a la generalidad de la primera comunidad en una coyuntura determinada, por ej, el mismo brujo recientemente realizó conjuros por la muerte del gobernador, quién efectivamente falleció tras dicha predicción. En cambio, los principios de la imputación penal son siempre los mismos o, por lo menos, responden a paradigmas similares en cualquier Estado de Derecho y en cualquier circunstancia. Por el principio de legalidad por ej, no podrá considerarse típica la acción de maldecir públicamente en una comunidad y atípica en otra, cuando ambas comunidades se rigen por los mismos principios de imputación penal.-

Demás está decir que, estos planteamientos pierden todo sentido si la impresión a que se refiere esta teoría no es la empírica, sino una supuesta,

normativamente, con lo cual el debate saltaría los límites de la tentativa para instalarse en el ámbito de la política criminal.-

este tema tiene una importancia indudable como para dedicarle un apartado especial, teniendo en cuenta que este penalista alemán ha dado origen una corriente dogmática denominada finalismo, lo que significó en su momento una revolución y evolución trascendental en la doctrina penal, habiéndose mantenido los presupuestos teóricos definidos por él hasta nuestros días, procurándose su superación por medio de la denominada teoría de la imputación objetiva, cuyos perfiles dogmáticos aún sufren las debilidades propias de una construcción teórica novel sin poder desprenderse del material teórico elaborado por el finalismo. Es de hace destar, que a traves de la denominada teoría de la imputación objetiva, hay africintento de normativización de los criterios de la imputación objetiva, hay africintento de ciernes.

El padre de la dogmática finalista consideraba al delito como "ana lesión del ordenamiento de la comunidad, insoperable socialmente y especialmente ofensiva" habiendo tenido en claro dese el principo que el derecho penal no prohíbe resultados, sino acciones, una actividad plena de sentido, lo cual se refleja en las sgtes expresiones:

"Sin embargo una acción dirigida a un resultado reprobado, también es valorativamente reprobable, con independencia de que se alcance el resultado (desvalor de acto de la acción, por ejemplo la acción del ratero que introduce la mano en el bolsillo vacío)...Esta protección de los bienes jurídicos la cumple cuando prohíbe y castiga las acciones dirigidas a la lesión de bienes jurídicos. Luego, se impide el desvalor material o de resultado mediante la punición del desvalor de acto. Así asegura la vigencia de los valores de acto ético-sociales de carácter positivo, como el respeto a la vida ajena, a la salud, a la libertad, a la propiedad, etc...El Derecho Penal asegura su real acatamiento, en cuanto castiga la inobservancia manifiesta a

⁹⁷ Welzel, Derecho Penal Alemán, 11° Edic. Traducc Juan Bustos Ramírez y Sergio Yánez Pérez, p 222.-

través de acciones desleales, de rebeldía, indignas, fraudulentas...la misión primaria del Derecho Penal no es la protección de bienes jurídicos...El valor de acto es relativamente independiente del valor material (bien jurídico)....Ante el beneficio permanente que significa la conciencia del ciudadano constantemente fiel al Derecho, el mero provecho o daño actual pasa a segundo término en relación con los valores de acto."

Las ideas citadas, provocaron ciertas sospechas en la dogmática liberal debido a que según esta, al hablar da valores ético-sociales, Welzel por lo menos abría la posibilidad de que el poder punitivo penetre a la conciencia de las personas, temor que sin lugar a dudas era infundado. El temor es infundado, debido a que Welzel más que nadie tuvo bien en claro que los pensamientos son inexpugnables para el castigo penal, así lo demuestra al decir que "la simple decisión de acción no es punible:...", citando a continuación la célebre frase de Ulpiano; agrega, además, "...en el Derecho Penal de la voluntad no se castiga la voluntad mala como tal, sino sólo la voluntad mala en realización; esto, no sólo porque la coluntad mala no es aprehensible y la moralidad no puede ser impuesta a liter a sino también por el profundo abismo que separa en último caso los persumentos del hecho"."

Indudablemente cuando Welzel habla le valore de la mace referencia a valores de acción, los cuáles son percentibles de la medida en que se exteriorizan por medio de las accións valores ético-sociales son aquellos que guían, que determinan la conducta del ciudadano y la violación de los valores ético-sociales no puede traslucirse de otra manera que a través de una actuación. Lógicamente que el ordenamiento social y la conciencia jurídica se verán fortalecidos si las personas orientan sus conductas por los valores ético-sociales. Ahora, a fin de que nadie decida arbitrariamente que en un caso ha sido desautorizado un valor ético-social, están las normas que representan la objetivación y legalización de esos valores, cuya legitimidad está supeditada a que estén dirigidas a la salvaguarda de ciertos datos o estados fundamentales para la

⁹⁸ Welzel, Ob cit, p 2 y sgts.

⁹⁹ Welzel, Ob cit, p 221.-

sociedad o el individuo, en muchas ocasiones corporizados o materializados ya sea en el cuerpo humano cuando se trata de la vida, la integridad física, o, en un inmueble u otro objeto cuando se trata de la propiedad, etc.-

No existe ninguna razón para acusar de promover un derecho penal de ánimo a aquella doctrina que encuentra la justificación de la sanción penal en sí, no sólo de la tentativa, en el disvalor de la acción, pues los meros resultados físicos o materiales no indican nada por sí solos, salvo que se los considera imputables a una acción. En conclusión, lo que no es admisible es un derecho penal que base su sanción exclusivamente en el daño material o físico derivado de una acción, sin analizar la relación de imputabilidad, pero no sólo por esto, sino también, tienen que admitir que cada vez aparecen más bienes jurídicos incorporales, sin materialidad como el medio ambiente, la paz pública, etc, los cuáles no tienen un objeto material cuyo daño, destrucción o puesta en peligro pueda llevarnos a pensar directamente en la concurrencia de ciertos hechos punibles, como sí se da v.gr con el cuerpo humando objeto material de bienes jurídicos como la vida y la integridad física, cuya puesta en peligro, daño o destrucción por una acción indica indudablemente que estamos ante un delito contra el vida. Misión del derecho penal, no es evitar que la bala incruste cabeza de la víctima, sino evitar que alguien dispare confrction,

Con relación al fundamento de la punición de la tentario de la tentario de como es sabido, pregona un fundamento común con el catico de dente consumado, afirmando en cuanto a esto que, "el derecho penal como su acatamiento, en cuanto castiga la inobservancia manifestada a traves de acciones desleales, de rebeldía, indignas, fraudulentas" en el ataque al ordenamiento jurídico que implica la acción que configura la tentativa, la cual se da con el principio de ejecución de la acción típica. Siendo la finalidad de la sanción de la acción tentada la protección de la integridad del ordenamiento jurídico como poder organizador de la convivencia ordenada en sociedad, no existe problema en considerar punible la tentativa

¹⁰⁰ Welzel, Ob cit p 2.-

inidónea toda vez que su ejecución conlleve un acto de agresión contra el ordenamiento jurídico.-

Sancinetti considera las ideas de Welzel como antecedentes de la teoría de la impresión. Al respecto afirma: por detrás de esta formulación se halla en ciernes, para la tentativa- así como se halla en ciernes la teoría de la prevención general positiva para el delito consumado-, la teoría de la impresión", citando a continuación el sgte párrafo: "...la teoría subjetiva considera el ordenamiento jurídico en un sentido amplio como poder espiritual que configura la vida del pueblo. La realidad y vigencia de este poder espiritual, sin embargo, ya es lesionada con una voluntad que emprende acciones que considera acciones de ejecución idóneas de un delito. Ella no se mueve aquí ya en el terreno de las meras acciones preparatorias, sino se pone en actividad inmediata hacia la realización del delito. Para el ordenamiento jurídico, como poder configurador del orden, va tal acción es insoportable"101 . Además de ser correcta la conclusión de Sancinetti, surge evidente que Welzel tenía bien claro que la norma jurídica es la que define lo que debe protegerse y prohibirse, debiendo mirarse esta decisión normativa desde un punto de vista teleológico razón de ser legitimador, que en este caso es "todo esta que el Derecho quiere resguardar de lesiones102", jurídico.-

Surge también del párrafo en mención que para el Piet de Boria lo decisivo es lo que el autor se representa como idóneo a comento de decidir la concurrencia o no de tentativa; si el auto considera que su acción es idónea para la ejecución de un delito, este hecho es suficiente para considerar menoscabado el ordenamiento jurídico, con lo que queda justificada plenamente la punibilidad de la tentativa inidónea.-

2.7. PENSAMIENTO DE NELSON PESSOA: Por la profundidad de sus reflexiones haremos mención aparte de la tesis postulada por Nelson

¹⁰¹ Sancinetti, M, Teoría...p 379, cita tomada de Welzel, Strafecht, p 193 (Derecho Penal, p. 267).-

¹⁰² Welzel, Ob cit p 5.-

Pessoa, quien explicara sus ideas en el marco de las Jornadas Internacionales de Derecho Penal celebradas en Córdoba-Argentina, en Homenaje a Claus Roxin, el 18 de octubre de 2001. -

Nelson Pessoa sostiene que el fundamento de la punición de la tentativa radica en que el acto de tentativa es expresión objetivada bajo forma de riesgo prohibido de una voluntad final prohibida. Esto se explica del sgte modo: La simple voluntad, aunque exteriorizada, no es suficiente para determinar el disvalor de la conducta penalmente relevante, ya que la misma está presente, tanto en los actos preparatorios como en la tentativa irreal, habiendo en estos casos una acción final pero no-dolo, ya que dolo no sólo es lo que determina el disvalor de la acción, sino la concreción objetiva en forma de riesgo prohibido a través de la cual se exterioriza el conocimiento y la voluntad de esa subjetividad que deviene en dolo. De esta manera, considera Pessoa, se logra un equilibrio razonable de aspectos objetivos y subjetivos en función del injusto del delito tentado.-

Una discusión medular a partir de las ideas de Pessoa debe centrarse en el concepto y determinación del riesgo prohibido. Este aparece, según Pessoa, a partir de la exteriorización del conocimiento y la voluntad final prohibida, es decir, a partir del comienzo de ejecución de farección típica. Este comienzo de ejecución, o sea, la exteriorización de farección típica prohibida, o lo que es lo mismo, la concurrencia del riesgo prohibido de de determinarse normativamente, a partir de un elemento objetivo.

Las conclusiones extraídas por Pessoa pueden compatibilitare a la de Sancinetti, solo que este último asegura que sus los se eficuatoran dentro de una teoría subjetivo-monista. El Prof. de Bs As, afirma que sus verdad que para un subjetivista, la realización del tipo objetivo en el mundo exterior es superflua para fundamentar el ilícito: este se agota en la convicción del autor de crear justamente aquel riesgo que, según un juicio objetivo, es un riesgo no permitido. Para determinar si el marco representado por el autor configura un riesgo reprobado, no hace falta

consultar al autor. A este respecto, decide el derecho 103. Para que quede más claro todavía que para un subjetivista como Sancinetti, el dolo no es simplemente una voluntad contraria a derecho, una voluntad defectuosa, basta con citar algunas frases del mismo autor: "Lo relevante para actuar con dolo,..., no es cuanto desee el autor el resultado disvalioso, sino qué grado de riesgo reprobado asume como posible". "Lo que fundamenta el ilícito es el conocimiento del autor de entrar en el ámbito de riesgo propio del delito respectivo." "...el dolo no equivale a la intención, esta no es necesaria, ni es suficiente.

3. PRINCIPIO DE EJECUCIÓN DE LA TENTATIVA.-

Discernir esta cuestión ha causado desde siempre serás dificultades a los penalistas, habiendo sido motivo de arduas discusiones y de argunes elaboraciones doctrinarias.-

3.1. TEORÍAS: A medida que la dogmática penal evoluçionabas mismo tiempo avanzaban las discusiones sobre temas ales como principio de ejecución de un delito.-

La doctrina alemana comienza por analizar el papel que juega el componente subjetivo de la acción de tentativa, es decir, la concepción del autor sobre el hecho, su plan del hecho.-

Para la doctrina subjetiva predominante, el elemento subjetivo, el plan del autor, es la base para establecer en qué momento se inicia directamente la acción típica, discutiéndose en el ámbito de esta tendencia subjetivista, el momento que según la representación del autor, se inicia la realización o ejecución inmediata del tipo.-

Una posición subjetivista extrema, considera que la representación del autor es la única que puede determinar el comienzo de la ejecución típica. Según este criterio, la concepción del autor, en forma exclusiva, pone el

¹⁰³ SANCINETTI, Marcelo A, Subjetivismo e Imputación Objetiva en Derecho Penal, p 90.AD- HOC Bs As, 1997.-

límite entre el acto preparatorio y la tentativa. Este subjetivismo extremo, recurre a una categoría unidimensional como criterio delimitador del comienzo de la tentativa, sin tener en cuenta el aspecto objetivo de la conducta, ni la dispuesto por la norma objetiva.-

3.1.1. TEORÍAS SUBJETIVAS: Las teorías subjetivas, tal como lo adelantamos, conceden preponderancia a la voluntad del autor, siendo este su denominador común, tanto en sus formulaciones más primitivas y extremas, hasta en las más actuales y moderadas. En principio consideraban que la "sola exteriorización de la voluntad delictiva" era suficiente para considerar iniciada la tentativa, surgiendo sucesivas correcciones de esta primigenia formulación, correcciones que buscaron otorgarle mayor precisión a la misma a través de instrumentos teóricos especialmente elaborados. Así apareció el criterio del Dolus-ex re, que exige la exteriorización de la voluntad delictiva correspondiente a un concreto hecho punible para considerar que hay tentativa, con lo cual de la crestringir el campo de lo punible, que se torna peligrosamente amplio con la contrata de la simple exteriorización de la voluntad delictiva

Igualmente hubo quienes recurrieron al parámetro de la firmeza de resolución delictiva para marcar el límite entre actos parametor es y acto de tentativa, en este caso, debe tenerse en cuenta si el auto un voluntad irrevocable de cometer el delito para que concurra la tentativa.

Jakobs, en su crítica al subjetivismo-monista, afirma que "la subjetivización es una de las razones que sustentan la tendencia al adelantamiento de la criminalización" y, lógicamente, la inclinación a la anticipación punitiva, es una fuente nutritiva del subjetivismo, fortaleciéndose ambas tendencias mutuamente¹⁰⁴. Siendo la teoría subjetiva útil para explicar la punición anterior a la consumación, no podría explicar, según Jakobs, la impunidad de todo acto preparatorio actuado¹⁰⁵, con lo cual

JAKOBS, Kriminalisierung, S. 752.-JAKOBS, Lehrbuch, 25/17.-

sus axiomas demostrarían insuficiencia para proporcionar criterios válidos de distinción entre actos preparatorios y tentativa.-

Según Sancinetti, la critica precedente parte del presupuesto equivocado de que el dolo es siempre el mismo, sin variaciones valorativas tanto en la preparación, en la ejecución como en la consumación, lo cual lo caracterizaría como una mera mala voluntad, indeseable, despreciable. En la práctica esto significa equiparar el disvalor de un deseo con el disvalor de la ejecución efectiva de un acto ilícito (pecado=delito). No habría discriminación valorativa, entre el mero desear la mujer o el hombre de tu prójimo/a y, la acción concreta de realizar el acto adúltero. Aun habiendo una norma, un juicio de valor objetivo que penalice semejante deseo, la misma no puede ser válida para el derecho penal, ya que la susodicha voluntad aún se mantiene, inclusive para el propio autor, en su esfera de organización, es decir, que esa acción de desear, permanece de dominio absoluto del autor, sin ninguna vinculación comuna relevante con terceros. El dolo adquiere matices y relevane la medida en que se desarrolla la acción en el mundo emplí tener el mismo significado dice el Prof de Bs As, el heoro de de adulterio "actúe" una decisión de combinar una cita con deseada, que el hecho de que, en el último momento, el ya pecado incluso al acto de adulterio...". Cada acto realizado por el tentado de adulterio, ej, discar el número de teléfono de la mujer casada deseada, le propongo encontrarnos en la Universidad, le pido que nos tratemos de tu, etc, es un acto distinto, con una norma de valoración propia, diferente 106.-

La consecuencia del principio ético expuesto en el párrafo anterior en el ámbito del derecho penal implica que cada actuación de una decisión de acción, es decir, cada acto, sólo puede realizar un ilícito, toda vez que exista una norma objetiva que específicamente se refiera a dicho acto.-

Dolo existe sólo referido a una decisión actuada, acto voluntario, ya prohibido por una norma, por lo que, aun cuando el presupuesto para considerar presente el dolo sea la existencia de una voluntad referida a una

¹⁰⁶ SANCINETTI, Marcelo, Fundamentación...p 54.-

ejecución futura, dolosa solo es la parte de la acción que se realiza actualmente; lo que falta o lo que queda, es un elemento subjetivo del ilícito, no actuado, que no puede ser alcanzado por ninguna norma jurídicopenal. En la tentativa inacabada, el dolo se desarrolla progresivamente, en desmedro del elemento subjetivo (futuro según Sancinetti), hasta alcanzar el tipo subjetivo de la tentativa acabada (dolo completo)¹⁰⁷. Esta parte de la tesis de Sancinetti merece una aclaración.

Hay que aclarar, que la intención de cometer el ilícito, la tiene el autor desde los actos preparatorios e inclusive, puede darse el caso de que esa intención sea mucho más contundente en esos primeros momentos, por lo que, la mala voluntad o la intención criminal ya está completa cuando se empieza la ejecución de un hecho punible, por eso es preciso tener en claro que, la mala voluntad o la intención criminal no se desarrolla progresivamente, pues ya está íntegra al iniciarse la tentativa, o si se quiere desde los actos preparatorios. Lo que se desarrolla progresivamente es el dolo entendido como "exteriorización de la voluntad criminal bajo la forma de riesgo prohibido, mediante actos que, tomada ri uenta la representación del hecho que tenga el autor, son inmediatamente anteriores a la consumación del tipo legal".-

3.1.2. TEORÍAS OBJETIVAS: Las teorías objetivas, como hijos dilectas de la Revolución Francesa, llevan en sí la loable procupación liberal de otorgarle seguridad jurídica a los ciudadanos, para lo cual incorporan un elemento de trascendental importancia para el debate abierto en torno a los actos preparatorios y a la tentativa.-

El elemento introducido por las teorías objetivas es el "principio de ejecución", como límite que separa lo impune de lo punible, lo atípico de lo típico. Para que haya comienzo de tentativa, tiene que haber principio de ejecución de la acción típica, de la acción representada por el verbo que constituye el núcleo del tipo.-

¹⁰⁷ SANCINETTI, Marcelo, Fundamentación...p 55.-

TEORÍA **OBJETIVO-FORMAL:** 3.1.3. Esta teoría. cuyo representante más conocido es Beling, en su afán de reducir el ámbito de lo punible como una forma de corrección de las posturas subjetivistas, introdujo la idea de que las acciones ejecutivas son acciones típicas, es decir, el comienzo de la tentativa consiste en comenzar a realizar la acción típica, lo que se determina a partir del verbo activo que integra el tipo penal correspondiente, por ej, matar, robar, hurtar, etc. Conforme a esta tesis, hay inicio de tentativa cuando se empieza a matar, robar, hurtar, etc, para cuya determinación debe recurrirse al uso del lenguaje y a la consideración natural de la vida. Como se verá, esta teoría ha trazado correctamente las líneas doctrinarias que debe seguirse en el análisis de marcar el momento inicial de la tentativa debe trabajarse su núcleo verbal.-

3.1.4. TEORÍAS OBJETIVO-MATERIALES. Istas teste buscar en el criterio diferenciador entre actos preparatorios de los actos en función el destritado buscado, sosteniendo una de sus vertientes que tentativa constituyen aquellos actos que son causa del resultado y actos preparatorios aquellos que son simple condición del mismo.-

Frank desde otra posición, afirmaba que si un acto aparece como parte integrante de la acción típica según una concepción natural, es tentativa.-

La teoría del peligro para un bien jurídico, sustenta la idea de que para que haya tentativa, debe haber un peligro objetivo para un bien jurídico. Sostenedores de esta teoría, entre otros son, Sauer, Maurach, Von Hipel, etc. Kohler, en cambio, consideraba que había comienzo de tentativa, cuando concurría un ataque al bien jurídico, y en un intento de darle mayor precisión a esta teoría, M E Mayer, entre otros, afirmaron que para saber si una acción puede considerarse acción ejecutiva, debemos preguntarnos si cabe o no legítima defensa. Todas estas tesis, en algún momento fueron

adoptadas por el Tribunal Supremo alemán, pero ante la insuficiencia de cada una de las teorías, el máximo tribunal alemán, terminó por asumir una posición ecléctica tomando una porción de idea de cada una de las teorías.-

Surgen de por sí las deficiencias que presentan cada una de las tesis objetivo-materiales citadas, pues los conceptos de causa, condición, concepción natural, peligro, ataque, son suficientemente ambiguos como para constituir criterios seguros de la distinción buscada. Una mención especial merece la doctrina que sustenta la idea de que el parámetro para discernir un acto de tentativa es de si en relación al mismo cabe o no legítima defensa, idea esta ingeniosa pero inútil, pues, hoy sabemos que hay actos atípicos, es decir, que no pueden ser considerados como principio de ejecución de ningún delito, que pueden provocar una legítima defensa, vgr, el borracho bullanguero que no deja dormir la siesta a su vecino, puede ser objeto de una legítima defensa de parte del vecino, quien a fin de repeler esa agresión ilegítima, puede derramarle agua al borracho los.

Otra corriente considera que existe principio de ejecución inmediata del tipo, cuando concurren acciones que sin actos intermedios deben desembocar en la realización del tipo. (Entre otros Blei).-

Por otra parte, hablan de acciones constitutivas de tensale cuando las mismas estén próximas temporal y/ o espacialidades acción típica. (Otto, Wessels, etc).-

3.1.5. TEORÍA DEL ACTO PRODUCTOR DE LA FINACIA DE Consideramos que quien ha elaborado el instrumento intelectual más certero para la determinación del comienzo de la tentativa, es el maestro argentino Nelson Pessoa, quien en su obra específicamente dedicada a encontrar los límites entre actos preparatorios y comienzo de tentativa, expone su propia teoría, elaborada en base a una distinción conceptual-funcional entre los diversos actos desplegados por el agente en el marco de

¹⁰⁸ Este ejemplo es tomado de la obra del Profesor Nelson Pessoa "Legítima Defensa en el Código Penal del Paraguay", p 40, MAVE, Mario Viera Editor, Bs As 2000.

su plan del hecho, distinguiendo entre actos posibilitadores del acto productor de la finalidad y actos productores de la finalidad.

Para poder entrar a analizar la teoría expuesta por Nelson Pessoa, debemos exponer primeramente la teoría welzeniana sobre el comienzo de la tentativa, por constituir ésta la base teórica a partir de la cual Pessoa elabora su pensamiento sobre este tema.-

Welzel es el padre de la teoría denominada "del plan concreto del autor", que considera que la tentativa comienza con aquella actividad que según el plan delictivo del autor, éste se pone en relación inmediata con la realización del tipo delictivo.-

Es sumamente ilustrativo lo manifestado por Welzel al proponerse corregir la insuficiencia que observaba en la teoría de la univocidad de Frank, sosteniendo que, "sería más conveniente determinar el principio de ejecución no desde adentro (desde la acción típica), são desde fuera, como el ponerse en una actividad inmediata a la acción típica". Claramente Welzel ubicaba el momento inicial de la tentativa fuera del una del será que se plasmó en la actual redacción del & 22 del StGB.-

Welzel abre las puertas al elemento subjetivo, ubica do en el confro de su construcción al plan concreto del autor, al cual aconstant con la denominada fórmula de aproximación o de inmediatez, con lo que se considera el grado de aproximación o de inmediación alcanzado con relación al tipo.-

La teoría del plan concreto del autor, produce una concretización de los elementos de análisis, indicando que para la determinación del principio de ejecución, no debe recurrirse a parámetros generales o abstractos, sino al proyecto particular elaborado por el autor y a los elementos con los cuales pretende consumar el hecho. Parafraseando a Pessoa, "no existen acciones abstractas de matar, dañar, etc, sino casos particulares, concretos de matar, dañar, etc". Welzel ejemplifica el comienzo de la tentativa diciendo que la tentativa de homicidio, no comienza sólo con el hecho de disparar el arma, sino ya con el hecho de hacer la puntería, y, aún, según las circunstancias,

con el desenfundar del revólver cargado, en la medida que el autor, según su plan delictivo, se pone en actividad inmediata para matar. Otro ejemplo citado por Welzel en su obra, es el caso en que el autor construye un dispositivo de incendio que es accionado al prenderse la luz por un tercero. Si, según el plan del autor, este tercero sería un instrumento de buena fe, el autor ya con la construcción del dispositivo se ha desprendido del hecho, para que lo consume un instrumento ciego, y, con ello, inició el principio de ejecución. Si el dispositivo ha de ponerlo en actividad un tercero que actúa como coautor, el principio de ejecución empezó según el plan del hecho común sólo al prenderse la luz por el coautor, mientras que la colocación del dispositivo era una acción preparatoria. En este ejemplo, se ve claramente la importancia de las circunstancias concretas de la ejecución del plan y el plan mismo. Un mismo hecho con diversos protagonistas: en una primera hipótesis, el principio de ejecución está en otro momento y hay un solo autor (el momento de la construcción del dispositivo y autor es quien construye el dispositivo), en la segunda hipótesis, el principio de ejecución se ubica en el momento en que se prende la luz y coautor con el constructor del dispositivo, es quien prende la luz. En la primera hipótesis, en el plan del hecho, el que prende la luz, cumple el 🏂 dispositivo mecánico, sin voluntad, es decir, la voluntad del luz no cuenta en el plan del autor, voluntad que sí el hipótesis.-

Sometamos a variaciones el ejemplo planteado y camos y tear objetivo-individual puede dar respuestas razonables a supuestos.-

En el mismo caso, imaginemos que en el plan del autor, quien prende la luz es un mero dispositivo mecánico, es decir, el autor cree que el ejecutor no sabe nada del plan, pero resulta que, éste, sabe del plan y prende la luz a sabiendas de la finalidad delictiva del autor. El momento inicial de la tentativa seguiría en el momento de la construcción del dispositivo y el autor sería el mismo, pero quien prendió la luz a sabiendas es un partícipe del hecho, siguiendo la terminología adoptada por el CP

paraguayo. No cambia el principio de ejecución, porque, de todas maneras, el plan del hecho fue elaborado independientemente de la voluntad del segundo interviniente, cuya voluntad no era decisiva para la marcha del plan, si después concurrió la voluntad del segundo interviniente, sólo influye en la condición de partícipe o no de éste.-

Supongamos ahora la situación inversa, o sea, en el plan del autor, quien debe prender la luz lo debe hacer voluntariamente, ubicándose el principio de ejecución, tal como vimos, al prenderse la luz por el tercero que actúa voluntariamente. Si quien prende la luz es una persona diferente del que aparecía en el plan y, por supuesto, prende la luz "a ciegas", la situación se vuelve sumamente dificultosa para esta teoría, porque, la acción del que construye el dispositivo de incendio, en esta hipótesis, queda como acción preparatoria, según lo vimos más arriba, "...la colocación del dispositivo era una acción preparatoria", nos dice Welzel en su obra citada. Si la colocación del dispositivo queda como acción preparatoria y el tercero que prende la luz fuera de buena fe, nadie sería autor de tentativa, ni nadie sería autor doloso por ej del hecho punible de homicidio por medio de Esta una solución injusta y político-criminalmente incendio. es inconveniente, ya que decir que quien construyó el dispositivo de incendio y lo coloca con la finalidad de matar a alguien que pieza, faltando únicamente que alguien prenda la luz par incendio, comete acción preparatoria de homicia incompatible, a su vez, con la regulación d paraguayo .-

El Prof. Nelson Pessoa, afirma que las imprecisiones concreto de la teoría del plan concreto del autor, pueden superarse profundizando el análisis de la estructura del plan concreto por vía del concepto final de la acción. Este quedarse a mitad del camino analítico de los partidarios de la teoría del plan concreto, impidió, según el maestro correntino, captar "el núcleo del plan concreto".-

Vamos a detenernos convenientemente en la descripción y análisis de la teoría del acto productor de la finalidad, por constituir un monumental esfuerzo doctrinario por dotar de precisión a la diferenciación de los actos preparatorios y el principio de ejecución de la acción típica y, además, el pensamiento de su creador, el maestro Nelson Pessoa, tiene una influencia e importancia extraordinarias en la interpretación de nuestra legislación penal contemporánea.-

Conviene aclarar, que Pessoa elabora su teoría basado en el plan concreto del autor, pretendiendo extraer el mayor rendimiento posible de la misma, misión que nos parece ha logrado ampliamente.-

Pessoa, comienza aclarando que la noción de tentativa desde su punto de vista, debe construirse sobre la base del tipo penal, pues el acto de tentativa es un acto típico, es comienzo de ejecución de la acción típica; ampliar el campo de la tentativa a "actos anteriores a la acción típica es violatorio de los arts 18 y 19 de la CN, refiriéndose a la Constitución argentina.-

En el punto de partida, ya Pessoa se aparta de los sostenedores de la teoría del plan concreto del autor en su versión tradicional, principalmente de Welzel y Zaffaroni, para quienes el comienzo de la tentativa está configurado por el acto inmediatamente anterior a la ejecación de la acción típica. Conste que otros sostenedores de esta teoría como Stratenweth y Rudolphi, afirman que el acto que implica principio de ejecución oforma parte de la acción típica.

El penalista correntino, parte de la concepción aralista de la corrente destacando que cada acción humana es singularísima en contexto de tiempo y espacio, debiendo ser analizada en su interrelación en las particularísimas circunstancias que le rodean, y no en abstracto, siendo también sus finalidades singularísimas y concretas. Para entender esta idea con más claridad se puede decir que el CP prohíbe matar en abstracto, en forma general, pero, en el mundo real, se dan acciones singularísimas de matar que son las que deben ser analizadas y juzgadas.-

Una vez escogida la finalidad concreta, el autor escoge los medios para la obtención de aquella, por ej, elijo la finalidad de irme a Asunción, luego, retrocedo, mentalmente por supuesto, y selecciono el medio para lograr mi finalidad en las circunstancias concretas, por ejemplo, puedo viajar en avión, en ómnibus o con un amigo en auto, entre estas posibilidades opto por viajar en avión. Terminado este proceso denominado por Welzel de retroceso mental, actúo en el mundo real, voy hasta el aeropuerto, me despido de mi novia o de mi señora, abordo el avión y emprendo el viaje. Pessoa nos dice que este proceso de la conducta humana, tiene particulares modalidades de tipo estructural y funcional 109 que hasta el presente no fueron consideradas en toda su importancia y es ahí, según él, donde radica el punto central del problema de la tentativa.

El Prof. de la UNNE, analiza lo que él denomina, "núcleo del proceso de selección de medios", pues este proceso está integrado por una pluralidad de actos unidos por una finalidad, los cuales se diferencian funcionalmente entre sí. Ej Una persona decide romper una vidriera arrojando contra ella una piedra. Si observamos la cadena causal, ésta no se agota con el acto de arrojar la piedra, sino que presupone la acción de buscar y la de tomar la piedra. En este plan concreto, existe un acto que está específicamente destinado a obtener el fin del autor, que es la acción de arrojar la piedra, pero esta es posible gracias a las otras dos acciones, las otras dos, buscar y tomar el objeto que será arrojado, posibilitar la acción productora de la finalidad¹¹⁰.

El concepto de acto productor de la finalidad, otorga un grate de determinación antes no conocida a la idea de principio de siecución, y a la efectos de darle mayor precisión al momento inicia de la tentativa, debemos proporcionarle contornos bien definidos al concepto de acto productor de la finalidad, es decir, qué se entiende por él. Imaginemos a una persona que coloca una bomba que segundos después será activada por otra por control remoto. En principio se puede pensar que el acto de colocar la

 $^{^{109}}$ PESSOA, Nelson, La Tentativa. Distinción entre Actos Preparatorios y Comienzo de Ejecución, p $70.^{\circ}$

¹¹⁰ PESSOA, Nelson, Ob cit p 71.-

bomba, es un acto posibilitador del acto productor de la finalidad que es activarla por control remoto. Pero esta solución es inaceptable, no es razonable político-criminalmente sostener que quien colocó la bomba realizó un acto preparatorio, pues, en nuestra opinión ya comete acto de tentativa. El fundamento de esta conclusión se halla en las ideas del mismo Pessoa, quien al explicar qué es el dolo dice que es la finalidad expresada bajo forma de riesgo prohibido y, colocar una bomba que será activada por control remoto es sin lugar a dudas un riesgo no permitido en nuestra sociedad.-

En conclusión, acto productor de la finalidad, es aquel que fue escogido específicamente para producir el resultado, que no es un solo comportamiento entendido como unidad fisiológica¹¹¹, sino como aquellos actos, que si bien no son los últimos y sean diferentes de éstos (colocar la bomba es diferente a detonarla por control remoto), constituyan riesgo prohibido y ya constituyan antecedentes necesarios del resultado típico.-

Un antecedente jurisprudencial remoto de la tesis de Pessoa se encuentra en una sentencia del Tribunal Supremo español, que esbozó en su momento una doctrina parecida a la del acto productor de la finalidad en una resolución que en su parte medular decía: "...hoy resulta pacífico entre los penalistas que si tales actos exteriores inciden en el llamado núcleo del tipo, es decir, si suponen la realización del verbo activo que rige la figura delictiva, deben ser considerados de ejecución, mientras que aquellos otros que mantienen su actividad en la llamada zona periférica por no ir dirigidos a la ejecución del verbo rector, sino solamente a posibilitar vera fitar éste vienen siendo calificados como preparatorios..."

4. EL ACTO PRODUCTOR DE LA TENTATIVA CON DOLO EVENTUAL.-

¹¹¹ Pessoa, Nelson, Ob cit p 73.-

¹¹² Farré, Trepat, E Tentativa de Delito, págs 195/96.-

Al colocar el Prof. Pessoa el comienzo de ejecución de la tentativa en lo que él denomina "acto productor de la finalidad", puede interpretarse que esta teoría sólo es aplicable a las hipótesis de tentativas con dolo directo. Pessoa dice claramente que el principio de ejecución de la tentativa se asienta en aquel "acto dirigido específicamente al fin concreto propuesto" por el agente y esto, en el lenguaje tradicional, implica dolo directo de primer grado, pues se entiende que el fin propuesto por el agente para constituir comienzo de ejecución de la tentativa debe tratarse de un fin prohibido. De esta manera podría afirmarse que la teoría del acto productor de la finalidad no puede explicar el comienzo de ejecución de la tentativa con dolo eventual porque en esta hipótesis el autor no persigue una finalidad prohibida.-

Sin embargo, la teoría del actor productor de la finalidad puede explicar perfectamente el principio de ejecución de una tentativa con dolo eventual. Es sabido que toda acción penalmente relevante es acción final. En un supuesto de dolo eventual, el actuante puede no tener por finalidad la producción de un resultado ilícito o, en todo caso, puede tener una finalidad dolosa pero distinta de la que se produjo o comenzó a ejecutar. Ejemplo del primer supuesto es el del que dispara a una presa de casa finas por su valor sabiendo que su compañero está en la misma dirección detras el mos arbustos y que si falla la puntería muy probabientente esta cual como intención de causarle una lesión que la desmaye, sa cirto que esta productor el la finalidad también es un instrumento teórico válido para explicar el principio de ejecución en estos supuestos de tentativa de homicidio con dolo eventual. A continuación se demuestra esta hipótesis.-

Partiendo de la base de que todas las acciones son finales, no puede concebirse acciones sin finalidad. Todas están dirigidas a la producción de una finalidad. Cuando la finalidad en sí es prohibida, la acción será con dolo directo. El principio de ejecución de la tentativa con dolo directo está representado por aquel acto dirigido directamente a la producción de esa

finalidad. Este mismo acto dirigido a la producción de la finalidad constituye el principio de ejecución en la tentativa con dolo eventual, sólo que esta afirmación requiere de argumentación.-

La circunstancia de que el acto destinado a la producción de una finalidad lícita, no es óbice para constituir la génesis de un hecho ilícito, toda vez que su contenido subjetivo permita considerarlo como tal. Tomemos el ejemplo del cazador que dispara a la presa que está en la misma dirección que su compañero de zafari. El acto de disparar a la presa de caza en su dimensión objetiva es perfectamente lícito, pero tomando en cuenta el contenido subjetivo del mismo (el autor se representó la posibilidad de matar a su compañero de caza), es un acto prohibido. El acto en cuestión está dirigido a la obtención de la finalidad lícita, pero al mismo tiempo lleva en sí la probabilidad de producción de un resultado ilícito y esta situación es conocida por el agente. He aquí el comienzo de ejecución de la tentativa con dolo eventual. Si el cazador disparó sin representarse la probabilidad de matar a su compañero, no hay dolo, el acto es lícito.-

La sencilla explicación brindada demuestra que la teoría del acto productor de la finalidad concebida por el Past Nelson Pessoa, es un instrumento teórico plenamente válido para la determinación del principio de ejecución de la tentativa, tanto con dolo directo como con solo exentual.

En el StGB.-

El StGB en su párrafo 22 legisla la tentariva la sete manera: "Intentará realizar un hecho penado el que, de acuerdo a su concepción del hecho, se proponga inmediatamente a realizar la acción tipificada".-

Se afirma que la acción de tentativa es una acción típica, comienzo de ejecución de la acción típica, constituye los primeros instantes del hecho punible, los primeros tramos de la tipicidad.-

El párrafo & 22 al definir la tentativa habla del que, de acuerdo a su concepción del hecho, "se proponga inmediatamente a realizar la acción típica". Según el diccionario de la lengua española, proponer significa "determinar o hacer propósito de ejecutar o no una cosa". En el caso del & 22 de la StGB, al decir "se proponga inmediatamente a realizar la acción típica", nos indicaría que la tentativa es un momento anterior a la tipicidad, no constituiría aún una acción típica, ya que si recién se propone inmediatamente a realizar la acción típica, estrictamente aún no empezó la ejecución del hecho punible, en consecuencia, si nos atenemos a la acepción estricta de las palabras empleadas en la redacción de la ley alemana, la tentativa según el StGB no sería típica, sino pretípica. Esta posición parece ser la de ELENA FARRÉ TREPAT, quien en su obra la tentativa de delito, al referirse a la redacción del & 22 del StGB afirma "...y reconoce la teoría objetivo-material que amplía la tentativa más allá del tipo, limita el comienzo de la tentativa a aquellos actos que "rayarten el límite mismo de la acción típica"113, construyéndose las diversas terres de la tentativa, basadas en que la misma aún no ha ingresado al típico.

El & 22 del StGB fija el principio de ejecución, no processo que, "según la representación del autor se inicia directa pente el desarrollo del tipo", fórmula ésta que tiene su progenitor intelectual en principio de que para la distinción entre actos preparatorios y principio de ejecución, debe acudirse a criterios tanto objetivos como subjetivos. "El hacer acreedor de pena empieza con la actividad con que el autor se pone en relación inmediata con la acción típica", ha dicho el Prof de la Escuela de Bonn¹¹⁴. Refiriéndose específicamente a la forma de distinción entre actos preparatorios y comienzo de ejecución, este penalista ha escrito que "es siempre importante que el enjuiciamiento del principio resulte sobre la base del plan individual del autor"; agrega que "la tentativa comienza con aquella actividad con la cual el autor, según su plan delictivo,

¹¹³ FARRÉ T, Elena, Ob cit, p 174, citando en nota 181 como sostenedores de las mismas ideas a Roxin, Schonke/ Schoder/Eser, Bockelmann.
¹¹⁴ WELZEL, H, Ob cit p 222.-

se pone en relación inmediata con la realización del tipo delictivo". Sostiene que para la distinción entre actos preparatorios y principio de ejecución son insuficientes las teorías formal objetiva y objetiva material, las cuales colocan al principio de ejecución dentro de la acción típica proponiendo como forma de superación de la apuntada insuficiencia de la sgte manera: "Sin embargo, sería más inequívoco determinar el principio de ejecución no desde adentro (desde la acción típica), sino desde fuera, como el ponerse en una actividad inmediata a la acción típica" Con esto, Welzel ratifica la tesis de que en la fórmula alemana "el principio de ejecución" se ubica fuera del tipo penal, es decir, es aún un acto atípico.-

Jescheck es categórico en sus expresiones sobre la atipicidad del principio de ejecución: "Las acciones de la tentativa sólo son, por consiguiente, sucesos "que se encuentran situados inmediatamente antes de la realización del elemento del tipo". Lo decisivo ahí es que ese comportamiento, que todavía no es típico116, se encuentre vinculado tan estrechamente con la propia acción ejecutiva, conforme al plan total del autor,.."117 También Zaffaroni en apariencia llega a la misma conclusión al interpretar el & 22 del StGB afirmando: "En conclusión proque (a) el comienzo de ejecución del delito no es estrictamente el de ejecución de la acción señalada objetivamente po sino que también abarca los actos que, conforme al plan de de realización concreto de la acción típica escogido inmediatamente anteriores al comienzo de la ejecución de la importan objetivamente un peligro para el bien jurídico, bien entendido (c) un acto parcial será inmediatamente precedente de la realización de la acción típica cuando entre éste y aquélla no haya otro acto parcial en el plan concreto del autor"118.-

Autores como Kratzsch, Maurach, Gössel y Zipf interpretan el texto del & 22 del StGB considerando que para que haya tentativa el autor debe

¹¹⁶ Idem anterior p 224.

¹¹⁶ Negritas son mías.

¹¹⁷ JESCEHCK, Hans- Heinrich Tratado de Derecho Penal, Parte General ps 470/71, Traducción del Dr José Luís Manzanares Samaniego, COMARES, Granada, 1993. - ¹¹⁸ ZAFFARONI, E, Ob cit p 794. -

"haber dado principio inmediato a todos los actos que forman parte de la realización del tipo" 119. Debe coincidirse sobre este punto con autores como Jescheck que hacen notar el deficiente estilo legislativo reflejado en el & 22, destacando la superioridad de la redacción del Proyecto Alternativo de 1.962 que sobre el tema decía. "El principio de ejecución lo constituye la acción mediante la cual el autor comienza el desarrollo del tipo..." 120.-

La doctrina dominante en Alemania es coincidente en sostener que la representación del autor, el elemento subjetivo de la acción, es el fundamento de la distinción entre actos preparatorios y principio de ejecución; si según la creencia del autor del plan, con dicha acción principia en forma inmediata la ejecución del tipo habrá tentativa. Lógicamente, el carácter de prohibido de la acción iniciadora de la ejecución conforme al plan del autor es una decisión de la norma, específicamente, de la compa en que se concreta el tipo penal cuya consumación se pretende.

Surge evidente que el criterio de la proximidad a la acc adoptado por el texto alemán a partir de las ideas de Welzek pr de indeterminación y no proporciona una herramienta in separación de lo impune y lo punible. La doctrina aleman solucionar la cuestión recurriendo a la representación del autor como bade la distinción, pero dejando en un observador objetivo la decisión de establecer si tal acto que según el plan del autor constituye un principio de ejecución, objetivamente se trata de un acto inmediatamente anterior a la acción típica y es aquí donde la cuestión puede prestarse a soluciones arbitrarias por parte del intérprete. Por eso, recurriendo al plan del autor puede encontrase la forma más segura de la mencionada distinción. Si el agente no se representa que su acto es un principio de ejecución del delito, por más que objetivamente haya peligro para el bien jurídico, no puede hablarse de tentativa, en cambio, si lo considera como tal, salvo que recurra a medios sobrenaturales o no admitidos por la experiencia general o los conocimientos vigentes en la sociedad como formas válidas de acción, deberá considerarse que hay tentativa. Si ex post se demuestra que en

¹¹⁹ MAURACH, GÖSSEL y ZIPF, Ob cit, T II p 29.

¹²⁰ Cita tomada de Farré T, Ob cit nota 200 p 177.-

ningún momento hubo peligro efectivo para el bien jurídico es irrelevante, toda vez que esa circunstancia no haya sido conocida por el ejecutor de la acción ex ante. A la previsible y ya conocida crítica que de esta manera cualquier representación del autor, por más absurda o alejada que se encuentre de la consumación deberá castigarse como tentativa, puede responderse con la aplicación del criterio correctivo y limitador aportado por Pessoa consistente en que un acto para sea considerado principio de ejecución, debe estar dirigido a la producción de la finalidad prohibida que el autor pretende con su plan, con lo que se asegura que el mismo necesariamente debe tratarse del último acto antes de la consumación.-

Debe entenderse, sin embargo, que la redacción actual del & 22, que al menos en su textura avanza sobre la zona normalmente impune de los actos preparatorios, en su momento significó un avance importante en materia de seguridad jurídica, ya que de alguna manera puso límite a una jurisprudencia que preñada de subjetivismo, era constantemente observada por ampliar en exceso el territorio de la tentativa. Jescheck, sin embargo, sostiene que esta ampliación se explica por la insatisfacción de las necesidades prácticas por la fórmula muy estrecha del antiguo & 43¹²¹.-

5. DIVERSOS TIPOS DE TENTATIVA. INACABADA Y ACABADA, PUNIBILIDAD.-

La necesidad de delimitar con claridad los contornos oncepidado en el ámbito de la tentativa no sólo aparece en el momento de establicario principio de ejecución de la misma, sino también, una vez iniciada la ejecución, debe continuarse con el análisis del recorrido realizado por el autor en la concreción de su plan típico a fin de precisar si el agente ha concluido o no con la realización de los actos que había programado para la consumación del hecho punible. En esto último reside la diferencia entre tentativa inacabada y acabada.-

¹²¹ JESCHECK, H, Ob cit p 469.-

La cuestión de definir si se está ante una tentativa inacabada o acabada es de singular importancia practica, sobre en todo en función a la pena aplicable en uno u otro caso, como así también en lo referente a la posibilidad de desistimiento de la acción intentada.-

Puede hablarse de tentativa inacabada en aquellos casos en que el agente se representa que todavía conserva el poder de dominio sobre su hecho. Mientras el autor considere, según su plan del hecho, que puede manejar a voluntad la decisión acerca de la producción o no del resultado ilícito, nos encontraremos ante un caso de tentativa inacabada, por más que objetivamente el autor ya no tenga el dominio sobre el desarrollo de la acción. Vgr, la mujer le sirve café con veneno al esposo, pero se queda sentada en la mesa mientras el marido unta los panes antes de servirse el café, este es un caso en que ya hubo principio de ejecución, pero la mujer aún no ha perdido el dominio sobre el hecho, ya que puede tetral sataza o en todo caso advertir al marido acerca del café envenenado, sobre demuestra que estamos ante un caso de tentativa inacabada.

Puede darse el caso de alguien que coloca una bomba pa enemigo y se retira para hacerlo detonar con un control previamente el autor se había cerciorado que el control reine funcionar desde una distancia de hasta 1000 mts, por lo que para asegurarse el éxito se ubica a una distancia de 500 mts, pero justo cuando se acercaba su enemigo al lugar se da cuenta de que venía acompañado de una criatura y para evitar una tragedia mayor activa el control remoto a fin de hacer explotar la bomba antes de que las dos personas puedan ser alcanzadas por la onda expansiva, pero resultó que el control remoto tuvo un desperfecto técnico imprevisto por lo que no pudo detonar la bomba, llegando las dos personas hasta el lugar y tras pisar una de ellas el explosivo éste detonó matando a las dos víctimas. Aquí tenemos un ejemplo en el que el autor pensó que aún conservaba el dominio sobre el desenlace de la acción, cuando en realidad este dominio ya lo había perdido. Este caso deberá ser resuelto como tentativa inacabada de homicidio en concurso real con doble homicidio culposo. No puede calificarse como dolosos los dos homicidios

por el hecho de que el autor desistió en el instante de su propósito homicida inicial tratando enérgicamente de evitar las dos muertes en la seguridad de poder hacerlo ya que, según su representación, todavía tenía el dominio sobre su hecho, motivo éste que también excluye la tentativa acabada. Las dos muertes son dos resultados no imputables al autor a título de dolo, inclusive la muerte del enemigo, el cual constituye un caso de anticipación de resultado.-

En cuanto a la posibilidad de desistimiento, esta sólo existe en los casos de tentativa inacabada, mientras que en los supuestos de tentativa acabada, si el autor intenta revocar su decisión de acción ya fuera de su control, solamente puede hablarse de conducta posterior al hecho. En principio, en estricta dogmática penal de voluntad, únicamente la tentativa inacabada es merecedora de una atenuación del marco penal, no así la tentativa acabada y la circunstancia de que el resultado disvalioso se haya evitado por medio de una conducta posterior al hecho, o sea que después que el autor haya admitido como inevitable dicha esultado, deberá sopesarse en todo caso al momento de la graduación de la pero conceta 1222.

- 5.1. CÓDIGO PENAL ALEMÁN. La punibilidad de la vote va ha generado abundante discusión en el ámbito de a doginalica alemana, debido principalmente a la redacción del & 23 párr II del St. Brityo texto dice: "La tentativa podrá ser penada de forma más atenuada que la consumación" (& 49, apartado I). El & 49, apartado I a su vez dispone: "Cuando de acuerdo a este precepto se prescriba o se admita una atenuación de la pena se deberá considerar lo siguiente respecto a ésta:
- 1. No se podrán sustituir penas de privación perpetua de libertad por penas inferiores a tres años.-
- 2. En el caso de penas privativas de libertad temporales podrán ser reconocidos, como máxima atenuación, tres cuartos del máximo imponible.

¹²² Por todos Sancinetti, M, Fundam..p 140 y sgts.-

En el caso de multa se observará lo mismo para el número máximo de los días-multa.-

3. El límite inferior elevado de una pena privativa de libertad se moderará en el caso de un mínimo de diez o cinco años, a dos años,

en el caso de un mínimo de tres o dos años, a seis meses,

en el caso de un mínimo de un año, a tres meses,

en los demás casos, el mínimo legal.-

Puede observarse con las dos disposiciones citadas, que el StGB, en su formulación actual, ha establecido el sistema de atenuación facultativa del marco penal de la tentativa. Pero, al momento de determinarse los supuestos en los cuales correspondería la atenuación, la doctrina y jurisprudencia alemanas han generado una profusa discusión. La atenuación facultativa adoptada por la legislación penal alemana, si bien abre la pesibilidad de la atenuación, no implica necesariamente que la sola falta de construitación justifica una reducción obligatoria del marco penal correspondiente a acción ilícita.

El CP alemán de 1871, preveía una atenuación coligatora (32 14 StGB), habiendo sido suprimida por el Decreto para delino cares nolentos de 1.939, fundado en que lo decisivo no es la producción o no de resultado, sino la medida de la culpabilidad de la voluntad. En el año 1943 se introdujo en el cuerpo del StGB la atenuación facultativa de la pena aplicable a la tentativa. Este mismo criterio rige en los Códigos Penales de Suiza y Austria.-

La opinión doctrinaria y jurisprudencia dominantes, consideran que para decidir la aplicación del marco regular o el atenuado, el juez debe tomar en consideración el contexto de circunstancias del hecho y elementos de la personalidad del autor a fin de que la tentativa sea conceptuada como consecuencia de la forma de ser del autor, de su condición como persona 123.

¹²³ BAUMANN, AT, & 32, III, 2; BOCKELMANN, AT, & 27, IV; MAURACH-GOSSEL, AT, II, & núm. 183; STRATENWERTH, Schweiz Juristentag-Festgabe, p. 126. Citados por Sancinetti en Fundamentación ...

Aunque debe mencionarse que penalistas como Jakobs afirman que esta posición ya no es la dominante en materia doctrinaria 124.-

La otra vertiente del pensamiento postula que al momento de decidir el marco penal aplicable, solamente deben considerarse las circunstancias referidas exclusivamente a la tentativa¹²⁵.-

FRISCH¹²⁶, en cambio, se ubica entre las dos corrientes citadas, afirmando que la tentativa de los delitos de resultado conduce necesariamente a la atenuación, mientras que en los delitos de pura actividad, la atenuación o no del marco penal depende de las características específicas de la tentativa, como por ej su inidoneidad o su condición de inacabada o no. Según este doctrinario, en la tentativa no existen los elementos propios de la consumación que justifiquen la applicación del marco penal más grave.

En la concepción de FRISCH, al resultado material de la adjudica una relevancia distinta, aislada de la sola according de la producción de ello, el hecho que en muchos casos hace en una periodición de una pena o la imposición de una pena mayor. En los delitos de resultado la consumación agrega un disvalor adicional que debe reflejarse en la pena, mientras que en los hechos punibles de pura actividad, la consumación no implica ningún plus de riesgo sobre la tentativa. A este respecto son muy ilustrativas las sgtes expresiones: "...no produce ninguna diferencia esencial en la apreciación del disvalor, que el ladrón sea detenido poco antes o poco después de guardar el objeto en su bolsillo o que el falsificador lo sea durante la elaboración del documento falso recién después de soltar el lápiz tras el último punto, etc"...

Según FRISCH, solamente circunstancias relevantes al momento de graduar los niveles de riesgo y que representan, a su vez, motivos de menor

127 Strafrahmenmilderung, p. 398.-

¹²⁴ JAKOBS, Lehrbuch, 25/78. Idem nota anterior.

DREHER, JZ, 1956, P. 682 y ss; SCHONKE/ SCHRODER/ ESER, & 23, núms. 7 y s; Rudolphi, &, núm. 3. Idem nota anterior.

¹²⁶ Die Strafrahmenmilderung beim Versuch, Festshrift für Spendel (1.992), p. 381 y ss, citado por Sancinetti en Fundamentación...p 129 y ss.-

gravedad, habilitan la atenuación del marco penal en los delitos de pura actividad, mientras que, aquellas circunstancias de menor gravedad pero que no hayan llegado a una relevancia tal, deben sopesarse en el ámbito de la teoría de la medición de la pena. Los motivos para la atenuación del marco penal en la tentativa de los delitos de pura actividad, para FRISCH, son la inidoneidad y el caso en que el autor, ni siquiera ha llegado aún a la ejecución de la acción típica¹²⁸.-

Las formulaciones de este último párrafo, no son aplicables en la legislación penal paraguaya actual, porque el CP paraguayo adoptó la teoría subjetiva para la regulación de la tentativa, lo que lleva a que la inidoneidad de la acción no constituya razón alguna para desplazar el marco penal regular. Prueba de esto es que el legislador paraguayo, no incluyó a la inidoneidad como causal de atenuación del marco propirios, como si lo hace expresamente con la tentativa inacabada en el art 23 inc 3°.

Respecto al segundo supuesto generador de la rediscribit el marco penal invocado por FRISCH, es mucho menos viable en muestra le nación, teniendo en cuenta que, para la ley penal para vaya, ioda concucta constitutiva de un ilícito, debe ser típica, por lo que si el autor in siquiera ha llegado a la ejecución de la acción típica, no puede haber ilícito y, consecuentemente, no puede haber tentativa, pues es bien sabido, que la tentativa es una acción típica. En los casos en que se penalizan autónomamente los actos preparatorios, estos son convertidos en actos típicos por la ley penal.-

Jescheck¹²⁹ atribuye a la teoría de la impresión la atenuación penal meramente facultativa del marco punible de la tentativa. Afirma que en la elección entre el marco penal ordinario o el especial del & 49, II, el Juez debe considerar solamente aquellas circunstancias que se refieren al hecho en cuanto tentativa, pero en la medición de la pena concreta dentro de la penalidad atenuada, debe prescindirse de que sólo haya tentativa, pues, de otro modo, se consideraría de nuevo dentro de aquella, una circunstancia ya

¹²⁸ Idem nota anterior, p 404 y sgts.

¹²⁹ Ob cit...p 473.-

tenida en cuenta para la determinación del marco punitivo. Esta prohibición de la doble valoración de las circunstancias del tipo penal, es la que se plasma en el art 68 del CP paraguayo.-

Maurach, Gossel y Zipf¹³⁰ consideran que la cuestión relativa a la medida de la pena de la tentativa pertenece a los problemas especialmente candentes de la política criminal, pero en la praxis, se ha decidido siempre por un castigo atenuado. Admiten que la atenuación del marco es potestad del juez, pero observan que es preciso que de las consideraciones de la sentencia se deduzca haberse ponderado la posibilidad de una atenuación de la pena: "La disposición facultativa del & 23 inc 2°, también se cumple cuando se determina una pena dentro del marco regular, en la medida que los fundamentos del fallo dejen entrever con claridad que el juez ha hecho uso de la facultad de atenuación...¹³¹".-

Una cuestión trascendente es aclarada por Maurach, GOSSEL y Zipf al comentar que es admisible una doble atenuación del marco penal, en la medida en que cada causal de atenuación "cuente con un fundamento fáctico autónomo" En el StGB, la doble atenuación corresponde al caso de la tentativa inacabada burdamente insensata. La ejecución incompleta del plan delictivo es un dato fáctico que merece atenuación del marco punitivo, según coincidencia tanto de la doctrina como de la jurisprudencia alemanas y, el carácter de burdamente insensato del proyecto, es otro dato fáctico independiente del acabamiento o no de la tentativa que justifica una disminución de la penalidad, según mandato del & 23, inc 3° del StGB.-

Un supuesto en el Código Penal del Paraguay, puede ser el caso de la tentativa inacabada de coacción sexual conforme al art 128 inc 2°, en la cual, la pena podrá ser atenuada por las relaciones de la michiar con el autor, que es un supuesto de hecho y, a la vez, deberá atenuar sesta pera conforme al art 27 inc 3°, es decir, por ser tentativa ina atricio que es otrór

¹⁸⁰ Ob cit....T II, p 66 y ss.-

¹³¹ Idem nota anterior, p 67

supuesto fáctico independiente a la cuestión de las relaciones de la víctima con el autor.-

El subjetivismo es partidario de la reducción obligatoria del marco penal para la tentativa inacabada. En este sentido Armin Kaufmann¹³³, Horn¹³⁴ y Struensee¹³⁵, entre otros. Una regla común del subjetivismo puede ser considerada esta proposición de Sancinetti: "El dolo que no se ha desarrollado completamente realiza un ilícito menos grave que aquel que se ha desplegado hasta el final¹³⁶. Lógicamente, en la tentativa inacabada, tenemos un dolo que no se ha desarrollado completamente, en cambio, el dolo de la tentativa acabada, es un dolo con desarrollo completo.-

La diferencia estructural entre la tentativa inacabada y acabada reflejada en el menor desarrollo del dolo, es lo que para el subjetivismo fundamenta la reducción del marco penal. Debe aclararse que la disminución igualmente procede en los casos de tentativa fracasada por casualidad, principio que es correcto, ya que de otra manera, se estaría castigando un ilícito aún no cometido, no importa que el fracaso haya sido casual; la voluntad exteriorizada no puede ser alcanzada por el poder punitivo. Esta solución es contradicha por profesores como Jakobs, quien afirma que la "casualidad" del fracaso no debe beneficiar al autor 137, al menos que falte una larga fase para la consumación. Timpe opina de manera análoga a Jakobs, fundando en razones de prevención el rechazo de la atenuación de la tentativa que fracasa justo antes del último paso de la ejecución. Naturalmente, se deduce que si el fracaso se produce en una etapa o paso anterior al último paso antes de la ejecución, paso de la atenuación.

Marcelo Sancinetti es contundente con relación ac este, porto afirmando que el incompleto desarrollo del dolo de la contejo de necesaria e indiscutiblemente a la atenuación del marco penal, el uniciancia

¹⁸⁸ Kaufmann, Armin, Die Dogmatik Strafechtsdogmatik, p 243 y ss.

¹⁸⁴ HORN, SK, StGB 5° Ed, 1991.

¹³⁵ STRUENSEE, E, Versuch un Vorsatz, en Gedachtnisschift für Armin Kaufmann (1989), p 533 y ss.-

¹³⁶ SANCINETTI, Marcelo, Fundamentación ... p 142.-

¹³⁷ JAKOBS, G, Lehrbuch, 6/73.-

esta que deberá ser tenida en cuenta al fijarse la pena concreta dentro del marco atenuado. Para evitar una crítica posible a esta idea Sancinetti aclara, "en esta medida no habría aquí una "doble valoración", porque la decisión a favor de un marco atenuado estaría impuesta por el mero hecho de que la tentativa no está acabada, mientras que la medición de la pena dentro del marco por el mayor o menor desarrollo de la acción 138".-

La solución propuesta por Sancinetti cuenta con base más segura que las de Jakobs y Timpe, ya que elimina ambigüedades tales como "larga fase faltante" o "justo antes del último paso de la ejecución", sentando como principio inmutable que la tentativa inacabada es razón suficiente para la atenuación, mientras que el grado de cercanía de los actos de ejecución, es un factor a considerarse en el momento de la graduación de la pena concreta.-

Conforme a la construcción teórica de Sancinetti y de quienes adhieren a una misma línea doctrinaria, la atenuación del marco penal en la tentativa inacabada, es una regla sin excepción, ahora, entrando al campo de la tentativa acabada, la regla se invierte. La tentativa acabada en merecedora del marco penal regular, mientras que una eventual atenuación so la productiva derivar de un menor grado de disvalor del proyecto de construcción teórica de quienes

Jakobs, desde un principio, admitió la posibilidad de actual for marco penal afirmando que, "el acabamiento en sí la includad de actual for atenuación, así como tampoco excluye el desistimiento..."

Jakobiano es aceptable para un subjetivismo de las características del elaborado por Kaufmann, Struensee y Sancinetti, con la única diferencia de que para éstos, mientras haya posibilidad de desistimiento, todavía existe tentativa inacabada. Con lo dicho aquí, de ninguna manera queda excluida in tótum la posibilidad de atenuación, mucho menos de la pena concreta de la tentativa acabada con relación al delito consumado en el caso del CP paraguayo, o del marco penal en legislaciones como la alemana, toda vez que la acción ilícita conlleve un menor grado de injusto. En el caso del CP

139 JAKOBS, G, Lehrbuch 25/79.-

¹⁸⁸ SANCINETTI, M, Fundamentación ... p 146.-

del Paraguay, la inversión de este principio es perfectamente posible, o sea, la pena de una tentativa acabada puede ser mayor que la de una acción consumada, toda vez que implique un disvalor superior.-

5.2. EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL: En la legislación española, el tema de la penalidad de la tentativa, plantea debates también interesantes que valen la pena ser referidas aunque sea brevemente.-

Elena Farré Trepat¹⁴⁰ postula la tesis de que, además de la valoración del contenido de injusto de una tentativa, deberán estimarse también algunas consideraciones de carácter político criminal, pero a los efectos de disminuir e incluso renunciar a la pena de una acción tentada. Se deduce de esta formulación de la profesora española, que las cuestiones de política criminal no deberán sopesarse a efectos de aumentar la pena a imponerse, debiendo establecerse el límite máximo de la sanción aplicada conforme al grado de injusto del proyecto delictuoso imperfectamente ejecutado.-

El art 15 del Código Penal español prescribe: El Sen punibles delito consumado y la tentativa de delito.

2. Las faltas sólo se castigarán cuando ha constituir sunadas excepto las intentadas contra las personas o el patrimonio "Recistro National de la contra las personas o el patrimonio".

Para una mejor comprensión de la legisla en española, debi mencionarse que la ley penal ibérica, realiza una clasificación triparita las infracciones penales en delitos graves, delitos menos graves e infracciones. En el caso de los delitos, sean estos graves o menos graves, sus tentativas son siempre punibles, mientras que en el caso de las faltas, la regla es que sus tentativas son impunes, salvo que la ley prevea expresamente su punibilidad.-

Según el art 13, son delitos graves las infracciones que la Ley castiga con pena grave, mientras que delitos menos graves son las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave y faltas aquellas que la Ley castiga

¹⁴⁰ FARRÉ, E, Ob cit...p 456 y ss

con pena leve. Es fácil deducir, que poco y nada se adelanta con estas definiciones del art 13, por lo que necesariamente debe determinarse cuáles son las penas graves, menos graves y leves según la categorización estructurada por el legislador español.-

El art 33 del CP de España, efectúa la categorización de las penas, adoptando como criterio taxonómico la naturaleza y duración de las mismas. Referente a la naturaleza de las penas, se observan claramente las privativas de libertad, privativas de derechos¹⁴¹ y la multa. Este art define como penas graves a las sgtes: a) La prisión superior a tres años; b) La inhabilitación absoluta; c) Las inhabilitaciones especiales por tiempo superior a tres años; d) Las suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a tres años; e) La privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores por tiempo superior a seis años; f) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior a seis años; g) La privación del derecho a residir en determinatos tratar so acudir a ellos por tiempo superior a tres años.

En cambio son consideradas penas menos graves a) La prisco de la meses a tres años; b) Las inhabilitaciones especiale hastatres años; consideradas penas menos graves a) La prisco del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de un año/y un día a seis años; e) La privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a seis años; f) La privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos de seis meses a tres años, g) La multa de más de dos meses; h) La multa proporcional, cualquiera que fuese su cuantía; i) El arresto de siete a veinticuatro fines de semana; j) Los trabajos en beneficio de la comunidad de noventa y seis a trescientas ochenta y cuatro horas.-

Sin embargo penas leves son: a) La privación del derecho a conducir vehículo a moto y ciclomotores de tres meses a un año; b) La privación del

La En realidad, deberían denominarse privativas de otros derechos, ya que la libertad, según opinión común en nuestra cultura general y jurídica es el derecho más importante después de la vida, por lo que su restricción por medio de la prisión, es indudablemente también la privación de un derecho.

derecho a la tenencia y porte de armas de tres meses a un año; c) La multa de cinco días a dos meses; d) El arresto de uno a seis fines de semana; e) Los trabajos en beneficio de la comunidad de dieciséis a noventa y seis horas.-

Tras aclararse las categorías de las infracciones penales y sus consecuencias en relación a la punición de la tentativa, es pertinente echar manos a la definición legal que del instituto hace la legislación penal española. En efecto, el art 16 del CP prescribe: "1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos necesarios que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor." Esta definición sintetiza los conceptos de tentativa inacaba y acabada, eliminando la nomenclatura vigente hasta 1.995 del delito frita ado (hoy tentativa acabada), el cual atravesó en gran parte la evolte on designación penal española.

Al respecto de la tentativa acabada, al igual que para la determinación del principio de ejecución del delito, son adoptados en España de tenta tanto objetivo, subjetivo y mixto lo cual tiene su relevancia en la practica.

Para quienes se suben al tren objetivista¹⁴², existe tentativa acabada, cuando los actos ejecutados por el agente, son todos aquellos que objetivamente deberían producir el resultado buscado o representado en cabeza del autor. En su versión extrema, prácticamente deja de lado el plan del autor, acudiendo a los elementos de tipo objetivo del delito cuya tentativa se ejecuta. La crítica a esta posición es previsible, ya que una consideración exclusivamente objetiva de la conducta, sin consideración del plan del agente, en un análisis dogmáticamente correcto, no puede conducirnos a concluir que concurre una tentativa, sobre todo si sostiene que solamente es factible la tentativa dolosa. Pero aún cuando se ensayara

¹⁴² RODRIGUEZ Muñoz, Còrdoba, RODRÍGUEZ Mourullo, Rodríguez Ramos, etc, citado por Farré T, Ob cit p 259.

FOTOCOPIA

un concepto de tentativa imprudente, indefectiblemente deberá indagarse el aspecto subjetivo de la conducta del agente.-

Según una consideración subjetiva¹⁴³, la solución a la problemática de la tentativa acabada, debe encontrarse en las entrañas del plan concreto del autor. Solamente la representación del autor puede legítimamente proporcionar las bases para la distinción entre tentativa inacabada y acabada, lo mismo que, tal como se vio supra, para la determinación del principio de ejecución del ilícito. El juzgador, debe aislar el plan del autor en la circunstancia específica de que se trate, identificando cuáles son los actos con los cuáles el autor pretendió consumar el hecho punible, sentenciando la existencia de la tentativa acabada una vez comprobado que todos aquellos actos fueron ejecutados en su totalidad por el agente. La cuestión de si objetivamente esos actos no podrían producir el resultado ilícito pretendido no tiene relevancia a estos efectos, ni tampoco la cercanía o no, o siquiera la presencia efectiva del peligro para el bien jurídico, ya que el autor, de todas maneras, ya exteriorizó una conducta contraria a la norma. En el caso de la tentativa acabada, esa conducta contraria acla norma ha sido desplegada en su totalidad. En esta línea subjetivista se MONIO BEL ONIGINAL QUE entre otros, Pereda y Ferrer Sama 144.-

En cambio, sobre el mismo tema existe una prep denominada criterio objetivo-subjetivo, sostenida por Mir Benitez, según la cual, no es la representación del autor han ejecutado o no todos los actos necesarios para producir el de un espectador objetivo, distinto del autor, pero reconoce que, en ocasiones, únicamente el plan del autor, podrá servir de base para decidir si se está ante una tentativa inacabada o acabada. La posición de Mir Puig y Gómez Benitez antes que nada es objetivista y, excepcionalmente, cuando el criterio objetivo se muestra insuficiente para lograr su cometido recurre al

144 Citados por FARRÉ en Ob cit p 255.-

¹⁴³ El Código Penal español de 1848, cuya redacción fue mantenida en el del año 185, era considerado de corte subjetivista para la diferenciación de la tentativa y la frustración. El texto en cuestión admitía la existencia del delito frustrado cuando "el culpable, a pesar de haber hecho cuanto estaba de su parte para consumarlo, no logra su mal propósito por causas independientes de su voluntad". Esta tendencia cambia posteriormente a partir del CP del año 1870, donde se impone el criterio objetivo.

plan del autor, o sea que, utiliza el criterio subjetivo como herramienta para salir de algún apuro al que la realidad puede someter al criterio objetivo que postulan. No obstante, no deja de ser un contrasentido cuestionable que, el plan del autor solamente adquiera relevancia en algunos casos, al menos, si dogmáticamente se sostiene una teoría del ilícito coherente.-

La cuestión del observador objetivo no debe confundirse con el aspecto a ser analizado por el observador objetivo, ya que, al ser siempre un juez el que va a decidir sobre estos temas, necesariamente en todos los casos aparecerá un observador objetivo, ahora, si lo que debe considerar nuestro espectador es el aspecto externo de la conducta o, de lo contrario, deberá internarse analíticamente en la representación del autor es cosa distinta. Siempre un espectador objetivo resolverá los casos que se presenten, pero el criterio con que resuelva los casos puede ser objetivo o uno subjetivo. Si nuestro juez adopta este último parámetro necesariamente debe hablarse de un esquema subjetivo-objetivo, por la presencia de este espectador y porque la norma a aplicarse también es objetiva.

La jurisprudencia española, sobre todo a partir del cambio operado el CP de 1870, optó por el criterio objetivo para definir la dende entre tentativa inacabada y acabada.-

En cuanto al tema de la sanción aplicable, el CP esparado de su art 62 plasma la sgte regulación: "A los autores de tentativa de la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo el peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado". Con este texto queda fuera de toda duda, que la tentativa, sea acabada o inacabada, tiene siempre una penalidad inferior en el CP español, con lo cual parece tener razón quienes afirman que el legislador ibérico adoptó la teoría objetiva para la regulación de la tentativa en toda su extensión, es decir, desde su principio de ejecución hasta su acabamiento, ya que de haber optado por la teoría subjetiva y siendo coherente, hubiera previsto, por lo menos, el mismo marco penal que el

delito consumado para la tentativa acabada. No obstante, al analizar el momento inicial de la tentativa en esta legislación, quedó asentado que la fórmula del art 16.1 admite también una interpretación subjetiva.-

El art 62 exige a la hora de la graduación de la pena de la tentativa, considerar el "grado de ejecución alcanzado", o lo que es lo mismo, el grado de desarrollo alcanzado por la acción. Tomando en cuenta el concepto de peligro propio de la mayoría de la doctrina española, el cual es mayor cuanto más cerca estuvo la afectación del bien jurídico por medio de la acción ilícita, indudablemente que una tentativa acabada lleva inherente un mayor peligro que la inacabada. En definitiva, compaginar do los dos elementos comentados, según el legislador español, a la tentativa acabada deberá aplicarse una pena inferior en un grado al del delito constituado, mientras que a la tentativa inacabada se impondrá una para integrado segrados.

Analizando el parámetro del "grado de ejecución del deliro González Cussac dice: "La tentativa conceptualmente requiere la de algún acto ejecutivo y no haber alcanzado la consumación mediante hechos exteriores. A partir de este instante y hasta alcanzar la consumación resta un camino a recorrer. La parte recorrida por el autor es lo que ha de evaluarse en este apartado. De modo que en cada descripción típica de una conducta, habrá de evaluarse si se han practicado todos los actos ejecutivos típicos, o solo parte de ellos, y en este último caso, también tendrá que valorarse la entidad e idoneidad de los mismos. Esta posibilidad es la que permite hablar de "tentativa acabada" (haber practicado todos los actos ejecutivos) y "tentativa inacabada" (haber dado comienzo a la ejecución pero no haber practicado todos los actos ejecutivos típicos). ...El fundamento de la distinta penalidad en uno y otro caso de tentativa viene otra vez a descansar en el principio de ofensividad, pues se presume que cuantos más actos ejecutivos se hayan realizado, más cerca se ha estado de la consumación del delito, y en consecuencia existe una mayor contenido de injusto. El principio de ejecución continua siendo la piedra angular en toda esta materia"¹⁴⁵. El mismo González Cussac realiza una consideración importante sobre la practica jurisprudencial española en esta materia, advirtiendo que la ley deja a los jueces y tribunales la posibilidad de imponer la pena inferior, acotando que hasta ahora la jurisprudencia ha actuado en este tema de manera discrecional, considerando que sus decisiones sobre el mismo no son revisables en casación, tesis rechazada por nuestro autor por considerarla inconsistente, ya que los jueces habrán de dar razones de la elección de tal o cual pena, pues la misma deberá hacerse conforme a los parámetros legales¹⁴⁶.-

5.3. EN EL CÓDIGO PENAL ARGENTINO: La regulación de la punibilidad de la tentativa en el CP argentino aparece en el art 44 y tiene el sgte tenor: "La pena que corresponderá al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad.-

Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentación reclusión de 15 a 20 años.-

Si la pena fuese de prisión perpetua, la de la tentativa será prición.

10 a 15 años.-

Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducírsela al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente".-

Este último párrafo será comentado al momento de tratar el tema específico de la tentativa inidónea.-

La redacción del art 44 es imperativa, necesariamente deberá disminuirse la pena en los casos de tentativa de un tercio a la mitad. Lo que debe discutirse en cada caso es el grado o nivel de disminución de la sanción aplicable, la que debe oscilar entre el tercio y la mitad de lo que hubiere correspondido de haberse consumado el ilícito. En cuanto a la

¹⁴⁵ GONZÁLEZ Cussac, José L, Comentarios al Código Penal de 1.995, Volumen 1, ps 373/74.-

¹⁴⁶ Idem nota anterior.

forma en que debe operacionalizarse esta disminución obligatoria de la pena, no existe acuerdo en la jurisprudencia del vecino país.-

El Tribunal Superior de Córdoba, tiene dicho al respecto: "La pena para la tentativa- en el sistema de la ley penal- implica tomar como base la escala penal del delito consumado y como el instituto de la tentativa presenta una escala atenuada, tal disminución debe hacerse en ambos extremos del modo en que están determinadas las penas (que van de un mínimo hasta un máximo), de la siguiente manera: un tercio del mínimo y la mitad del máximo. Luego, sobre esta nueva escala debe practicarse la individualización de la pena". En cambio, la Cámara Penal de Rosario resolvió que: "La pena para el delito en grado de tentativa (art 42) se determina entre los dos tercios del máximo de la pena y la mitad de su mínimo, practicando la individualización de la sanción, conforme a las pautas de los arts 40, 41 y 44, párrafo 1"148. Parecec más aceptable la interpretación del Superior Tribunal de Córdoba por se de la condenado.-

5.4. EN EL CÓDIGO PENAL DEL PARAG

nuestro CP, tampoco responde a un mero interés teórico e destribario, sino a concretas cuestiones practicas, empíricas, ya que la pena que recaer es diferente en ambos supuestos: a la tentativa acabada corresponde el mismo marco penal que al delito consumado, mientras que en la hipótesis de una tentativa inacabada, corresponde una atenuación de la pena de conformidad a lo dispuesto en el art 67 del CP.-

Tal lo señalado supra, estamos ante una tentativa acabada cuando el autor ha realizado "todos los actos que, según su plan del hecho sean necesarios o suficientes para lograr la consumación". En la tentativa

Tribunal Superior Córdoba, Sala Penal, 7 de mayo 1.993, LLC, 1993-640, citado por Manuel Osorio y Florit, Código Penal de la República Argentina. Comentarios. Jurisprudencia. Doctrina. P 117.
148 Cámara Penal Rosario, en pleno, 15 de agosto 1991, JA, 1991-IV, p 357, ídem nota anterior.-

acabada, el agente ha ejecutado hasta el último acto que él considera necesario para conseguir su finalidad dolosa, dependiendo la producción o no del resultado de cuestiones ajenas a la voluntad del mismo, de circunstancias del azar, en el sentido de que las mismas ya no son dominadas por el autor. Este ha perdido el dominio sobre el hecho. El parámetro para establecer si el agente ha perdido o no el dominio del hecho, siguiendo la redacción y la teoría adoptadas por nuestro CP, es la representación del autor, lo cual no sucede, a la hora de determinar el comienzo de la tentativa, idea esta ya explicada supra. Consecuentemente, habrá tentativa inacabada, si el autor, aún no ha ejecutado todos los actos que, según su representación del hecho, sean necesarios, para la consumación.-

Al hablar el artículo 26 de nuestro CP de accestinación del anteriores a la consumación del tipo legal, indudablemente refiriendo también a la tentativa acabada, pues, sólo farta la consuma los cuya concreción depende de otros factores extras a la voluntad y al dominio del autor. Si bien el artículo habla de actos inmediatamente anteriores, y no aparece la frase "necesarios", se entiende que actos inmediatamente anteriores, representan lo último que se hace antes de la consumación, "acto productor de la finalidad, según el maestro Pessoa", no existe entre ellos y la consumación, según el plan del autor, ningún eslabón, ningún acto necesario del autor para que la finalidad prohibida pueda ser alcanzada.-

El autor que elabora su plan a través de diferentes actos, previendo todas las acciones que requiere ejecutar para lograr el resultado, indudablemente que está previendo actos necesarios según su representación para lograr la consumación y, al realizar hasta el último acto programado en miras a la finalidad propuesta, ha ejecutado todos los actos que concibe como necesarios para la consecución de su finalidad dolosa. Esta tesis es confirmada por el texto del art 27, donde sí se habla expresamente de "actos necesarios para lograr la consumación", afirmando que cuando estos no concurren, debe atenuarse la pena.-

El art 27 dispone: "Cuando el autor todavía no haya realizado todos los actos que, según su representación del hecho, sean necesarios para lograr la consumación, la pena será atenuada...". De este artículo 27 puede deducirse la definición tanto de la tentativa acabada como de la inacabada, ya que, si nos dice que hay tentativa inacabada "cuando todavía no se haya realizado todos los actos que, según la representación del autor sobre el hecho, sean necesarios para lograr la consumación", a contrario sensu, si se realizan todos los actos necesarios para la consumación, hay tentativa acabada. Se reafirma aquí la tesis de que nuestro CP ha adoptado la teoría subjetiva en materia de la tentativa, ya que como se lee en el inc 3º de este art 27, para establecer la existencia de una tentativa acabada, tampoco se debe analizar los actos objetivamente necesarios, sino si los ejecutados por el agente son considerados por éste suficiente para lograr la consumación, según lo que el autor se represente. Lógicamente, si según el plan del hecho desplegado, los actos ya realizados, ejecutados por el autor, aún son insuficientes para llegar a la consumación, estamos ante una tentativa inacabada. Por más que objetivamente los actos ejecutados por el autor sean suficientes para lograr la consumación, o si esta se adelanta, si el ejecutor considera que aún no tienen virtualidad consumativa, según nuestro CP, estamos ante una tentativa inacabada y debe atenuarse la pena conforme al art 67, pudiendo aparecer un concurso ideal en los casos de adelantamiento de resultado. Esto no quiere decir que no importa la condiçõe en su far objetiva, debe haber una objetivación de la voluntad a cara conducta, teniendo en cuenta que si no se requiere objetiva castigaría el mero pensamiento.-

La conducta exteriorizada es la llave que autorizat presentación del autor al momento de ejecutar sus actos 14, por para que el agente se represente una clara finalidad dolosa, si no concurre una

¹⁴⁹ Esta afirmación no debe entenderse en el sentido de que la conducta ha de ser punible independientemente de su aspecto subjetivo, tal como sostiene Jakobs en Kriminalisierung p 761 según la cita de Marcelo Sancinetti en Fundamentación...p 3, sino en el sentido de que, una conducta perturbadora sólo constituye ilícito una vez comprobada que dicha acción perturbadora es la expresión empírica del tipo subjetivo de un hecho punible.

conducta que además ingrese al campo de la tipicidad, el estado a través del derecho penal no puede preguntarse por la representación del agente.-

La propia redacción del artículo 26 despeja cualquier duda sobre la necesidad de exteriorización de la conducta, aclarando que "hay tentativa cuando el autor ejecutara la decisión....mediante actos que,...", o sea que, para que haya tentativa deben haber "actos". Acto significa, según el diccionario de la lengua española: Hecho o Acción. Manifestación de la voluntad humana. Esto implica que, el Código Penal paraguayo, elimina toda posibilidad de pena de la mera voluntad sin exteriorización. Pero esto no basta, no es suficiente una manifestación de voluntad mala, sino que esta manifestación, parafraseando al maestro PESSOA, debe realizarse bajo la forma de riesgo prohibido por el derecho, es decir, de una manera riesgosa desaprobada por la norma. Sólo cuando una manifestación de la la la la condicionada dentro de los parámetros del riesgo prohibido, podemos habitando un comienzo de tentativa, antes sólo hay actos preparatorios

El riesgo prohibido es un standard establecido por cad particular y que delimita el ámbito de lo prohibido. Cada propio standard de riesgo aceptado y a su vez prohibido, por riesgo permitido en un sociedad dada puede no serlo en otra, como por en algunos países el uso de ciertos insecticidas es considerado riesgo prohibido, mientras que en otros está permitido. Igualmente, una misma acción, según el contexto en que se realiza, puede constituir o no-riesgo prohibido. Esto, en el ámbito concreto que nos interesa, puede llevar a que ciertos actos puedan ser considerados como comienzo de ejecución de la tentativa en una sociedad concreta, y puedan configurar actos preparatorios en otra. Ej. Convencer a alguien a ingerir bebidas alcohólicas, no constituye riesgo prohibido si la convencida es una persona mayor de edad, joven, fuerte y sana, mientras que puede constituir riesgo prohibido y configurar tentativa de homicidio, si la persona persuadida es hipertensa y justo en el momento en que se encuentra con un pico de presión desconocida por ella y conocida por el autor, es convencida por éste a ingerir dosis importante de bebida alcohólica.-

El Código distingue entre tentativa inacabada en razón de una falta de consumación del tipo fuera de la voluntad del autor, y tentativa inacabada a raíz de un desistimiento oportuno, supuesto este último previsto por el art 28 inc 1° del CP. Según estas regulaciones, el primero de los supuestos merece un castigo, tal como es contemplado en el art 27 inc 3, cuya regulación es correcta, ya que indudablemente, hay menos contenido de injusto en la conducta ilícita desplegada sólo a medias. Sintéticamente: el injusto de quien todavía no desarrolló todo su plan delictivo es menor de aquel que acabó su tentativa y no logró la consumación por circunstancias ajenas a su voluntad.-

Los institutos del desistimiento y del arrepentimiento, asociados a la tentativa inacabada y acabada respectivamente, eximen de pena en ambos casos de conformidad al art 28 inc 1°. Con la regulación de estos dos institutos se observa que el codificador paraguayo, sacrificó la coherencia dogmática en pos de consideraciones de tipo político-criminal, ya que, de haberse aplicado coherentemente la teoría subjetiva en todas sus consecuencias, por lo menos el arrepentimiento no podría liberar de pena, ya que, al llegar al estadio de la tentativa acabada, según la teoría subjetiva, el autor ya pierde el control sobre el hecho, la circunstanta de appendir el resultado tras un arrepentimiento es casual y no puede tener la resultado eximir de la pena 150.-

Puede postularse que en la legislación penal para maya, no de tentativa acabada corresponde aplicarle el mismo marco penal penal de la tentativa inacaba de consumado, mientras que, la pena de la tentativa inacaba de atenuada de conformidad al art 67 del CP. El legislador paraguayo no sancionó una disposición análoga a la del & 23.II del StGB, por lo que los TRIBUNALES de nuestro país no tiene la posibilidad o facultad legal que sus homólogos alemanes, no puede aplicar un marco penal atenuado a la tentativa acabada, indefectiblemente deberán escoger la pena concreta del marco penal previsto para el delito consumado. En cambio, para los casos

¹⁵⁰ La regulación de los institutos del desistimiento y del arrepentimiento en el CP paraguayo requiere un estudio específico y profundo por la doctrina a fin de determinar sus alcances prácticos y determinar criterios de aplicación.

de tentativa inacabada, irremediablemente los jueces paraguayos deberán atenuar la pena, no pudiendo exceder éste las tres cuarta partes de su límite legal máximo cuando se trata de una pena principal y el mínimo de una pena privativa de libertad se reducirá a dos años en caso de ser de cinco a diez años; a un año, en caso de ser de dos o tres años; y el límite legal mínimo, en los demás casos.-

En el caso del homicidio simple cuyo marco penal es cinco a quince años de pena privativa de libertad, en caso de tentativa inacabada podrá imponerse una sanción máxima de hasta ciento treinta y cinco meses de privación de libertad, es decir, hasta once años y tres meses de prisión y el mínimo baja a dos años. Una cuestión que debe aclararse es que, no siempre le pena de una tentativa inacabada será menor al de la tentativa acabada, hasta inclusive puede darse el caso de que una tentativa inacabada sea castigada con una pena mayor. Por ejemplo, en el caso de la tentativa de homicidio, bien puede suceder que una tentativa acabada sea sancionada con una pena privativa de libertad de seis años, mientras que una tentativa inacabada sea penada con privación de libertad de diez años, toda vez que el contenido de injusto de la inacabada sea mayor, debetado de terminarse esta cuestión en cada caso concreto y aplicando estrictamente de carante de carante de cuestión en cada caso concreto y aplicando estrictamente de carante de carante de cuestión en cada caso concreto y aplicando estrictamente de carante de carante de cuestión en cada caso concreto y aplicando estrictamente de carante de carante de cuestión en cada caso concreto y aplicando estrictamente de carante de carante

Si bien el CP paraguayo ha adoptado la teoría subjetiva a considerar que el últime estado des um hecho punible es la tentativa acabada, ya que el resultado sería ya debe imponerse cuando el autor haya llegado hasta la tentativa acabada. Sin embargo, siendo partidario de la teoría subjetiva de la fundamentación del ilícito y lógicamente de la tentativa, es perfectamente factible pregonar como regla una sanción siempre reducida para la tentativa acabada en relación con el delito consumado sin subvertir la coherencia lógica de esta teoría.-

La falta de consumación debe conducir a la atenuación de la pena con relación a la hipótesis de consumación de esa misma acción, ya que si bien es cierto que la producción o no del resultado depende más bien del azar, también puede deberse a un defecto intrínseco del proyecto concreto de acción y, como este dilema casi nunca podrá dirimirse, la duda debe computarse a favor del acusado. El mismo Sancinetti afirma que si la falta de resultado debiera cumplir alguna función, la misma "se correspondería más en todo caso con la individualización de la pena..."

Un proyecto defectuoso siempre representa un menor grado de injusto. La idea aquí propuesta no cuenta con el favor de la originalidad, ya que responde a la solución propuesta por Jakobs para los supuestos de "imprudencia invertida¹⁵²", sólo que el profesor de Bonn funda su propuesta en la idea de una poena naturalis.

La poena naturalis como razón de atenuación del marco penal de la tentativa acabada en el sistema de Jakobs, se explica de la sgte manera. Cuando un autor ejecuta su proyecto de acción en su totalidad y fracasa, esta falta de éxito, constituye de por sí un castigo, escipiustifica plenamente la atenuación, lo cual no implica ningún benefico paracel agente, ya que la atenuación del marco penal es complementada por escastigo que implica su fracaso. —

En términos más sencillos pueden explicarse las incidencia, que según él, debe tener la poena naturalis sobre a funición de la tentativa. He aquí los lineamientos principales de la tesis jakobiana: "Cuando una persona fracasa en su intención de cometer un hecho punible, este fracaso ya representa un castigo para el autor. La sanción penal a la tentativa fracasada viene a constituir ya un segundo castigo, con lo que el autor soporta un doble castigo por su acción. Al configurarse un doble castigo, la segunda sanción, que es la penal, debe ser atenuada".-

Marcelo Sancinetti demuestra la inviabilidad de la propuesta de Jakobs argumentando que el fracaso constituye un castigo únicamente en la tentativa con dolo directo, porque aquí el autor tiene la intención de lograr

¹⁵² Casos de ejecución imprudente concurren cuando el autor es incompetente para realizar su proyecto, sobre todo si hay planeamiento defectuoso y superficial o, cuando aparece un desistimiento imperfecto.-

¹⁵¹ SANCINETTI, M, Fundam...p 155.-

el resultado ilícito; la falta de consumación es un castigo porque el agente no alcanza su objetivo. En cambio, en la tentativa con dolo eventual, el autor no quiere producir el resultado ilícito, es más, puede ser que desee fervientemente que no se produzca dicho resultado, pero se representa la posibilidad del resultado y aún así ejecuta su acción. En la tentativa con dolo eventual la cuestión es al revés, la falta de consumación es un premio, inclusive un motivo de satisfacción para el autor, mientras que la consumación sería un castigo. Según la lógica aplicada por Jakobs, el fracaso en la tentativa con dolo eventual no justifica una atenuación de la sanción, por lo que ésta tendría una pena superior a la tentativa fracasada con dolo directo¹⁵³.-

Independientemente de la acertada crítica de Sancinetti debe indicarse que no es posible computar la denominada poena naturalis a favor ni en contra del autor. Otorgar incidencia a la poena naturalis en la imposición de la sanción penal, es introducir al ámbito de la imputación, una categoría propia del mundo del ser. La imposición de una sanción penal es una cuestión normativa; la poena naturalis es una cuestión de la naturaleza. Además, bien puede darse el supuesto de que aún en la tentativa con dolo directo, el autor tras el fracaso sienta un alivio o inclusive festeje el fracaso porque después de reflexionar concluyó que eso esta major que le pudo haber sucedido. Cuántas veces encontramos personas que no lo maté casa cometí una locura", "menos mal que no lo maté" dan cuentas relacionar dicito hubieran sido sumamente graves.-

La atenuación de la pena de una tentativa fracasada del deducirs de un menor grado de injusto que contenga una conducta. Por ejemplo si el fracaso se debió en gran medida a graves defectos del plan elaborado y ejecutado por el autor, estamos ante una conducta con menor grado de injusto en relación a otra que sea consecuencia de un plan perfecto y ejecutado con profesionalidad y que fracasa por obra del azar. En el supuesto de tentativa fracasada por un plan defectuoso o de ejecución

¹⁵³ SANCINETTI, M, Fundam...p155/156.-

defectuosa de un plan, corresponde atenuar la pena por menor grado de injusto y no por la concurrencia de una poena naturalis.-

Por último, cabe señalar que una eventual atenuación del marco de la pena de la tentativa fracasada en base a la idea de la poena naturalis, no es factible en la legislación penal paraguaya por expresa disposición del art 27 el cual ordena que a la tentativa acabada debe aplicarse el marco penal del hecho consumado. La única posibilidad de un tratamiento más benigno para la tentativa acabada reside en la medición de la pena concreta. De todas maneras, la denominada poena naturalis, no puede ser considerada al momento de mensurar la pena aplicable al ilícito de tentativa, por las razones ya expuestas en esta obra y por mandato expreso del art 65 del CP, que establece específicamente los elementos a ser considerados en la tarea de medición de la pena.-

6. LA TENTATIVA EN LA OMISIÓN.-

En principio, puede pensarse que todas las teorías y coment desarrollados hasta aquí están estrictamente vinculados con la contrativa su faz activa. Sin embargo, la tentativa en la omisión es posible y a considera la doctrina. Todo el desarrollo dogmático sobre ofactori abarca necesariamente el aspecto omisivo de la misma.

7. TENTATIVA EN LOS DELITOS PROPIOS DE OMISIÓ

Según Maurach, por lo general, en los delitos de omisión propia, la tentativa se presenta como una tentativa concluida (y por ello inidónea); en tanto una tentativa no concluida representa regularmente la consumación

del delito de omisión propia, ya que todo retardo doloso de la acción debida equivale a su inejecución típica¹⁵⁴.-

Jescheck, en el mismo sentido y por el mismo fundamento que esgrime Maurach opina que, en los delitos propios de omisión sólo resulta imaginable la tentativa en la forma de tentativa inidónea¹⁵⁵.-

Además de los autores citados, en doctrina admiten la tentativa en los delitos omisivos propios en su forma idónea como inidónea, Baumann/Weber, All Teil, pág 482 Jakobs, All Teil, pág 702, Schonke-Schroder-Eser, Vorbem, 27 al & 22, etc, siendo dominante esta posición, al menos en el ámbito doctrinario.-

8. TENTATIVA EN LOS DELITOS IMPROPIOS DE OMISIÓN.-

La tentativa en los delitos omisivos impropios tiene menos dificultades al momento de su admisión en doctrina y, lógicamente cabe en ella cualquier forma de tentativa¹⁵⁶ y, su relevancia práctica es superior¹⁵⁷ al de la tentativa en la omisión propia.

9. PRINICIPIO DE EJECUCIÓN.-

La determinación del principio de ejecución en la tentativa omis va desde el punto de vista teórico está sujeta a los criterios adoptados según las diversas teorías construidas al respecto. Prácticamente el trabajo es más arduo que con relación a la tentativa activa.-

La omisión es una categoría necesariamente normativa, porque en el plano pretípico sólo existen acciones. Para que haya omisión típica,

¹⁵⁴ MAURACH, Ob cit p 42.-

¹⁵⁵ JESCHECK, Ob cit p 576

¹⁵⁶ MAURACHA, Ob cit p 43.-

¹⁶⁷ En el mismo sentido Jescheck, Ob cit p 580.-

primeramente debe imponerse un deber de actuar en una circunstancia concreta. La omisión típica no es un "no hacer", sino un aliud agere, un no hacer algo. O, lo que es lo mismo, un no hacer lo debido, lo ordenado por la norma. Alberto Binder es claro a este respecto diciendo que la omisión es una conducta esperada, constituida siempre desde algún sistema normativo o de valoraciones¹⁵⁸.-

Para que haya principio de ejecución entonces, el agente debe comenzar a no hacer lo debido, lo ordenado por la norma. Ahora, cuándo alguien comienza a no hacer lo debido de forma que pueda considerarse principio de ejecución es algo que debe dilucidarse con una correcta reflexión.-

La teoría formal objetiva nos dirá que ese principio ejecución se dará cuando ese no hacer lo debido implica transitar los primeros tramos del verbo típico. Vgr, Cuando el guardavidas en vez de tirarse al agua a salvar a alguien que se está ahogando en la piscina, se pone a jugar a los naipes. Aquí debe definirse, desde qué momento el jugar naipes constituye empezar a matar en este caso concreto. La teoría formal objetiva no nos concretos este problema.

Tampoco la conocida posición de Frank según la cual de la concepción natural, es suficiente para dilucidar esta cuestron. Tanspolando los conceptos puede decirse que una omisión es tentativa si aparece como parte integrante de la situación típica según una concepción natural. El problema no resuelto en este caso sería el límite de la situación típica.-

La teoría del peligro para el bien jurídico, sustenta la idea de que para que haya tentativa, debe haber un peligro objetivo para un bien jurídico. La situación típica empezaría en el momento en que aparece objetivamente el peligro para el bien jurídico. El aliud agere, el no hacer lo debido desde el momento en que el bien jurídico está en peligro constituye principio de ejecución según los parámetros elaborados por esta teoría. No debe

¹⁵⁸ BINDER Alberto M, Introducción al Derecho Penal, p 126. Ad.Hoc, Bs As, 2004.-

olvidarse que puede haber supuestos en los que un bien jurídico objetivamente corra peligro y, también objetivamente haya un aliud agere, pero subjetivamente, el omitente no se representa la situación típica; en una palabra, no sabe qué es lo que está sucediendo.-

La otra corriente que considera que existe principio de ejecución inmediata del tipo, cuando concurren acciones que sin actos intermedios deben desembocar en la realización del tipo, por lo menos en principio parece no adaptable a las hipótesis de omisión. No puede hablarse de varias omisiones, por cada deber normativamente impuesto, existe una omisión, no escindible en partes. Lo que sí debe definirse es, dónde empieza la omisión típica (temporo-espacialmente), hasta dónde constituye tentativa inacabada y desde dónde ya puede hablarse de tentativa da la .-

Al igual que en la tentativa activa, en la omisiva no se portacción del autor.-

Raúl E Zaffaroni considera que "el deber de el contrario, porque del peligro, lo que sólo puede ocurrir en la situación típica sin peligro, aunque el autor crea lo contrario, porque en tal caso tampoco será autor ni existe ningún deber de evitar lo que no existe, ya que no existe ningún riesgo para la relación de disponibilidad". De esta manera, el Prof de Bs As ratifica su opción por una teoría objetiva en materia de tentativa, dando preponderancia al peligro objetivo y, otorga nulo papel a la representación del autor, al menos como fundamento de la situación típica, ya que es bien sabido que este penalista es perfectamente consciente de que para cualquier decisión sobre este tema, debe recurrirse a la representación del autor. El plan del autor es importante para Zaffaroni, pero siempre que objetivamente concurran los elementos formadores del tipo, con lo cual excluye la posibilidad de una tentativa inidónea o delito imposible.

¹⁵⁹ ZAFFARONI, R E, Ob cit, p 814..-

Sin embargo, no deja de llamar la atención el sgte párrafo de Zaffaroni que aparece en la misma obra: "... tratándose de una actividad compleja y que requiere conocimientos especiales y precisión de movimiento- como puede ocurrir en el aterrizaje en un aeropuerto o en la sutura de una herida quirúrgica- el peligro se introduce recién cuando el agente se incapacita para poder cumplir en el momento oportuno su deber de garante, el que ya aparece lesionada con su conducta incapacitante. El jefe de una torre de control o el médico que se embriagan para provocar una catástrofe o para que el paciente muera desangrado, al comenzar a embriagarse ya están realizando actos de tentativa. Para ellos, la tentativa será acabada recién cuando logren el estado de embriaguez incapacitante, peloc desde que comienzan a beber hasta que logran la incapacidad, metir a que incapacidad.

Si debe considerarse que el peligro empeza al conferencia embriagarse, entonces la tentativa principia antes que de la forma real peligro. Cuando el jefe de la torre de control comienza en principia ararse, estando la aeronave en pleno vuelo y faltando una hora para el aterpizaje, aún no existe objetivamente ningún peligro para la aeronave, este peligro recién surgirá al iniciarse el proceso de aterrizaje. Nótese que alguien puede detectar la situación incapacitante del jefe de la torre de control y logra que se produzca a tiempo su reemplazo y la aeronave aterriza sin correr objetivamente ningún peligro. No hay porqué extender hasta los primeros momentos de embriaguez el principio de ejecución, si los agentes no se representan peligro alguno para la aeronave, es más, ellos saben perfectamente que la misma no se encuentra en peligro. Es decir, tomando el parámetro del maestro Zaffaroni, el principio de ejecución en la omisión se ubica en un momento en que bien puede ser que no haya ni peligro para el bien jurídico ni representación del peligro por parte de los autores.

Ahora, es diferente la situación, si al momento de comenzar a embriagarse, nuestro jefe de torre de control y nuestro médico, crean que el bien jurídico contra el cual quieren atentar ya se encuentra en peligro en ese

¹⁶⁰ fdem anterior.

momento a consecuencia de sus aliud agere. Considerar que en este caso existe principio de ejecución es mucho más coherente con la idea de un derecho penal de última ratio.-

Bacigalupo por su parte define a la tentativa en los delitos de omisión como "la omisión de intentar cumplir con el mandato de la acción". Continúa diciendo Bacigalupo que, "la punibilidad de la omisión del intento de cumplir el deber sólo es posible si se toma en cuenta un punto de vista subjetivo, de acuerdo con el cual la tentativa omisiva comienza y (acaba) en el último momento en que el obligado tendría que haber realizado eficazmente la acción según su representación. En este sentido sería sancionable como tentativa acabada (delito frustrado)". La crítica a Bacigalupo no reside en los presupuestos teóricos adoptados por el mismo, sino en la consecuencia que él extrae de los mismos en la contrario de lo sostenido por él, es totalmente factible la tentativa inacabada de la consecuencia.

Alberto Binder admite la posibilidad de la tentativa en la omission sus dos formas de acabada e inacabada, no así la tentativa inidóne.

En la doctrina alemana es admitida la tentativa en la forma de tentativa inidónea como impropia y, tanto en la forma de tentativa inidónea como inidónea la forma de tentativa en la forma de tentativa inidónea, salvo en la omisión de denuncia la forma de tentativa inidónea, salvo en la omisión de denuncia la forma de tentativa inidónea, salvo en la omisión de denuncia la forma de tentativa inidónea, salvo en la omisión de denuncia la forma de tentativa inidónea, salvo en la omisión de denuncia la forma de tentativa inidónea, salvo en la omisión de denuncia la forma de tentativa inidónea, salvo en la omisión de denuncia la forma de tentativa inidónea, salvo en la omisión de denuncia la forma de tentativa inidónea, salvo en la omisión de denuncia la forma de tentativa inidónea, salvo en la omisión de denuncia la forma de tentativa inidónea, salvo en la omisión de denuncia la forma de tentativa inidónea, salvo en la omisión de denuncia la forma de tentativa inidónea, salvo en la omisión de denuncia la forma de tentativa inidónea, salvo en la omisión de denuncia la forma de tentativa inidónea, salvo en la omisión de denuncia la forma de tentativa inidónea, salvo en la omisión de denuncia la forma de tentativa inidónea, salvo en la forma de tentativa en la

Respecto al principio de ejecución en la tentativa en los delitos omisivos, Jescheck considera que ya existe un "dar comienzo inmediato" cuando el autor por omisión deja transcurrir, sin aprovecharla, *la mejor oportunidad para tener éxito*, como por ejemplo, la posibilidad de una comunicación segura, escrita u oral, a la autoridad, mientras que luego sólo le resta la posibilidad de avisar telefónicamente a la persona en peligro o impedir el delito. El inactivo debe, ciertamente, estar decidido a no actuar

¹⁶¹ BACIGALUPO, E, Ob cit p 401

¹⁶² BINDER, A, Ob cit p 158.-

¹⁶³ Por todos, Jescheck, Ob cit, p 579 y sgtes.

¹⁶⁴ Jescheck, Ob cit p 580.

tampoco después, lo que no será fácil de probar"¹⁶⁵. No se puede compartir la tesis de Jescheck por las razones que se explican en el párrafo sgte.-

En primer lugar, el propio Jescheck afirma lo contrario sobre el mismo tema de la tentativa de omitir una denuncia que en la misma "es imaginable la tentativa inidónea,..., el cual empieza con la primera posibilidad de denuncia y concluye con la posibilidad última de presentarla a tiempo 166.". Sin dar razones alguna, el Prof alemán, acto seguido ubica el comienzo de ejecución en la pérdida de la mejor oportunidad. Así como se indica más arriba, Maurach coincide con Jescheck en que el tentativa omisiva propia sólo es admisible la forma inidónea.-

Además de la contradicción del propio Jescheck, la fórmula propuesta por él, no indica cómo debe medirse o sopesarse la mejor oportunidad, si deben tomarse parámetros objetivos o subjetivos del autor a la hora de calificar la oportunidad. Siempre la representación del autor será un elemento mucho más seguro y legítimo a este respecto: seguro, porque no vamos a quedar sometidos a los diversos criterios que se puedan tener ex post sobre la cuestión, los que en algunos casos fanden favorecer y en otros perjudicar al autor; legítimo, porque tratándose de la atomación del autor, él maneja este elemento, no queda a merced de la atomación del autor, él maneja este elemento, no queda a merced de la atomación del terceros y no puede invocar perjuicio alguno cuando es cuestión plan en la omisión el que resuelve el tema.-

En principio de ejecución en la tentativa omas a referencia es ul icado por Jescheck en el momento de la directa puesta en peligro del objeto protegido de la acción o, en su caso, al aumento de un peligro ya existente 167. Otros como Herzberg, afirman que el principio de ejecución concurre en el primer momento en que la acción hubiera sido posible y Kaufmann y Welzel sostienen que el comienzo de ejecución se da cuando se pierde la última posibilidad de actuar.-

¹⁶⁵ JESCHECK, Ob cit p 580.-

¹⁶⁶ Idem nota anterior.

¹⁶⁷ JESCHECK, Ob cit p 581.-

El comienzo de la tentativa en la omisión, tanto propia como impropia, debe ubicarse en la primera oportunidad representada por el agente para cumplir con el deber, no importa que sea la peor oportunidad (objetivamente o según su representación), toda vez que se dé dentro de la situación típica y concurran los otros presupuestos propios de la omisión. La obligación de cumplir con el deber aparece desde el instante en que surge la situación típica y el autor debe intentar cumplirlo en la primera oportunidad que tenga, no puede esperar que aparezca la mejor oportunidad para dicho intento. De aceptarse esta regla el mandato rezaría así: "debes cumplir con tu deber cuando tengas la mejor oportunidad para cumplirlo". Con esta regla, en la hipótesis de que el hecho se consuma antes de que el omitente haya tenido su mejor oportunidad, no podrá ser imputado penalmente al omitente, en razón de que la consumación se produjo antes de que el autor haya cometido una omisión típica. Si ni siquiera el agente ingresó al campo típico con su omisión, las consecuencies de ésta no se le pueden atribuir, al menos, dolosamente.-

Motivo de reflexión es el supuesto en que el autor deja pasa su primera oportunidad esperando que llegue otra mejor, de la clas está seguro que se dará y, asegurar de esta manera, su cometrata en esperaba su mejor oportunidad, se consuma el hecto si esperaba seguro que el hecho aún no se consumaría, salvo que se receita la forma culposa, no puede hablarse de tentativa y no podrá haber pena. En cambio, si la primera oportunidad se deja pasar teniendo conciencia de la probabilidad de la consumación, habrá tentativa con dolo eventual y a este título deberá imputarse la consumación. Pero, en el supuesto en que no se produzca la consumación y el agente al llegar la mejor oportunidad esperada cumple con el deber, esto constituye un desistimiento activo de la tentativa.-

En el Código Penal paraguayo, la posibilidad de una tentativa omisiva propia aparece en el delito de evasión de impuestos legislado en el art 261 inc 1º num 3º que dispone: "El que:....3. omitiera, en contra de su deber, el uso de sellos y timbres impositivos,...". En el inc 2º este mismo art

prescribe en los casos tipificados en los tres numerales del inc 1°, será castigada también la tentativa. De acuerdo a los postulados de los que pare este trabajo, el CP del Paraguay admite la tentativa inidónea omisiva de evasión de impuestos, pero, quedaría excluida su punibilidad por ausencia de conflictividad tal como se demuestra en otros capítulos de esta obra.-



CAPÍTULO III: EN LA REPÚBLICA DEL PARAGUAY

1. LA TENTATIVA EN EL CP DEL PARAGUAY.-

La tentativa es un instituto de singular importancia en la legislación penal, por lo menos, por dos razones fundamentales. En primer lugar, las ideas dogmáticas incorporadas para la regulación de la tentativa son las que irrigan todo el CP al momento de legislar las diversas figuras contenidas en el mismo, al menos en principio. En segundo término, la tentativa marca nada menos que la frontera divisoria entre lo punible y lo impune en el ámbito regido por un derecho positivo determinado. Estas circunstancias hacen que el estudio de la dogmática de la tentativa ocupe una centralidad indiscutida en las reflexiones acerca de las legislaciones penales. A este respecto, Marcelo Sancinetti, quien postula una teoría de la imputación, penal desprovista de cualquier consideración i resultado como elemento definitorio de la imputación afirma que, "sólo tomando a la centro de la teoría de la imputación procursos del mito primario como secundario 168 de la su uesta s menos, siguiendo lo dispuesto en el art 2 e decir que

¹⁶⁸ Mito del resultado denomina Sancinetti a la creencia de que incorporando al resultado al tipo penal es una garantía para el imputado en el sentido de que el mismo no sea juzgado por sus tendencias subjetivas, cuando en realidad no cumple esa función de garantía, más aún, representa lo contrario. Mito secundario de resultado denomina Sancinetti al razonamiento judicial practico que se expresa así: " el hecho de la lesión hace presumir el dolo hasta que se pruebe lo contrario". Este principio es representado de la sgte manera: " si el autor alcanza el resultado, tiene dolo de resultado, o, al menos, tiene en su contra- aunque los juristas penales digan que no en sus textos de estudio- una muy fuerte presunción de que ha querido el resultado, conclusión: delito doloso consumado; si el autor no alcanza el resultado, no ha actuado con dolo, o, al menos, tiene en su favor una cierta presunción de que no ha querido el resultado, conclusión: no ha cometido siquiera tentativa". El resultado cumple una "función de reemplazo": en lugar de la prueba del dolo, que tendría que constituir siempre...una consideración acerca de ago necesariamente sólo "subjetivo"aunque comprobable únicamente a partir de las manifestaciones exteriores de la conducción de la acción-, los jueces se conforman con la producción del resultado, que simplifica (arbitrariamente) todos los problemas". Mito primario de resultado es denominado por Sancinetti al rol que cumple el resultado en la configuración del ilícito, es decir, el considerar que la "efectiva producción del resultado como constitutiva de la infracción...": se supone que allí donde se produce la muerte, hay en verdad una voluntad peor- es decir, más mala- que donde la víctima sale ilesa. SANCINETTI, Marcelo, Teoría del Delito y Disvalor de Acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción, págs 69/71, Hamurabi, Bs As, 1.991.-41 SANCINETTI, Marcelo A, Subjetivismo e Imputación Objetiva en Derecho Penal pág 70, Ad-Hoc, Bs As, 1997.-

el principio de imputación adoptado por el CP se basa en el disvalor de la acción.-

El CP del Paraguay regula la tentativa en el TÍTULO II, CAPÍTULO II, arts 26, 27 y 28, por lo que es imprescindible una breve reflexión sobre estas disposiciones para poder deducir las tendencias dogmáticas concretadas en las mismas y los efectos prácticos de las opciones adoptadas.

Las conclusiones a las que se arribe respecto al instituto de la tentativa en el CP, son aplicables, lógicamente, a una especie de la misma, como es la tentativa inidónea.-

El art 26 citado dispone: "Hay tentativa cuando el autor ejecutara la decisión de realizar un hecho punible mediante actos que, tomada en cuenta su representación del hecho, son inmediatamente anteriores a la consumación del tipo legal".

El texto del art 26 adopta en su formulación la cora subjetiva de la tentativa, al menos en su formulación contemporánea, sobre los tal como es concebida en el pensamiento de Sancinetti y, segúa mi interpretación del o Prof Nelson Pessoa¹⁷⁰, en la que la delimitación entre actos prepara conos/y actos de tentativa, debe establecerse basado en el plan debiecho de la actos.

Al tomar como parámetro el plan del hecho de autoridad cierto que asume singular importancia lo que pase por la cabeza de la prohibición no puede penetrar hasta el pensamiento del individuo, por lo que este plan del hecho debe ser exteriorizado por quien lo ha concebido y debe constituir un riesgo jurídicamente desaprobado y representar el acto productor de la finalidad dentro del plan concreto del autor. Con esta exigencia de exteriorización se cumple a cabalidad con el presupuesto de un derecho penal de acto que rechaza toda punición de la mera subjetividad.-

Otro elemento que garantiza el principio de exterioridad es el hecho de que la condición de riesgo prohibido de una acción no define el autor, sino una norma objetiva que prohíba ese acto concreto. Es el legislador el que por medio de una ley en sentido estricto el que decide si un acto ejecutado

¹⁷⁰ Supra, pág 29.-

por una persona constituye o no riesgo prohibido. La norma objetiva de la que hablan Sancinetti y Pessoa debe entenderse como ley en sentido estricto. Aquí es fundamental aclarar que la expresión "ley en sentido estricto" tiene implicancias mucho más importantes y garantistas de lo que comúnmente se la otorga.-

En primer lugar, "ley en sentido estricto" obliga a que los tipos penales sean establecidos por el Poder Legislativo y por nadie más. Es inadmisible que se tipifiquen conductas por ejemplo a través de los denominados Decreto-Leyes, que en realidad eran Decretos del Poder Ejecutivo que eran considerados leyes en razón de que no existían Parlamentos como en varios países de América Latina víctimas de dictaduras militares o, si existía Poder Legislativo una parodia para legitimar un Gobierno despótico como ocurrió en el Paraguay. En nuestro país, con la sanción de la Constitución de 1992 el principio de legalidad ha adquirido jerarquía constitucional por medio del art 17 inc 3 que dispone: "En el proceso penal, o en cualquier otro del cual pudiera derivarse pena/o sanción, toda persona tiene derecho a: ...3) que non previo fundado en una ley anterior al hecho del proceso, art 1 del Código Penal de nuestro país consagrates contundente: ".....A este respecto la Sala Constitucional Suprema de Justicia asestó un golpe certero a la vigeneia legalidad en el Paraguay al declarar constitucional el Decreto Ley que reprime el contrabando, admitiendo que se hayan impüesto penas privativas de libertad establecidas en este Decreto-Ley en una clara violación del art 17 inc 3 de la Constitución Nacional y del art 1 del Código Penal como así también, del art 1 del Código Procesal Penal de nuestro país.(CITAR COMO NOTA AL PIE JURISPRUDENCIA DEL MEGA).-

Por otra parte, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos a través de la Opinión Consultiva OC-06/86 del 9 de Mayo de 1.986 (SER. A) Nº 6 (1.986), al responder a la solicitud del Gobierno de la República Oriental del Uruguay acerca del alcance de la expresión leyes empleada por el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos,

afirmó los siguientes conceptos que por su importancia trascendental se citan a continuación: "...la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo a lo establecido por la Constitución. A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue d ser violatoria de los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero sí estado importante para el ejercicio arbitrario del poder.

Lo anterior se deduciría del principio- del catilicado por la Corte Permanente de Justicia Internacional (Consistency of Centain Idenzig Legislative Decrees with the Constitution of the Tree City, Advisory Opinión, 1935, P.C.I.J., Series A/B, Nº 65, pág 56)- de legalidad, que se encuentra en casi todas las constituciones americanas elaboradas desde finales del Siglo XVIII, que es consustancial con la idea y el desarrollo del derecho en el mundo democrático y que tiene como corolario la aceptación de la llamada reserva de ley, de acuerdo con la cual los derechos fundamentales sólo pueden ser restringidos por ley, en cuanto expresión legítima de la voluntad de la nación.

La ley en el Estado democrático no es simplemente un mandato de la autoridad revestido de ciertos necesarios elementos formales. Implica un contenido y está dirigida a una finalidad. El concepto leyes a que se refiere el artículo 30 interpretado en el contexto de la Convención y teniendo en cuenta su objeto y fin, no puede considerarse solamente de acuerdo con el

principio de legalidad (ver supra 23). Este principio dentro del espíritu de la Convención, debe entenderse como aquel en el cual la creación de las normas jurídicas de carácter general ha de hacerse de acuerdo con los procedimientos y por los órganos establecidos en la Constitución de cada Estado Parte, y a él deben ajustar su conducta de manera estricta todas las autoridades públicas. En una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al "ejercicio efectivo de la democracia representativa", que se traduce, inter alia, en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación al bien común.

...LA CORTE ES DE OPINIÓN.

Por unanimidad

que la palabra leyes en el artículo 30 de la constitución entifica norma jurídica de carácter general, ceñida al bien comun etiparque es órganos legislativos constitucionalmente previstos de apportationemente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes "171."

Una ley sancionada conforme a los requisitos establecidos por esta opinión consultiva de la CIDDHH, es la única que puede calificar como típica una conducta, no lo puede hacer ni siquiera un Parlamento si no fue democráticamente elegido, ni mucho menos el Poder Ejecutivo por medio de un Decreto-Ley, ni el propio agente, ejecutor de la conducta, por más que crea que está cometiendo una conducta típica, si una ley no la considera tal, no se puede hablar de ilícito alguno.

En el marco del CP del Paraguay, no existe peligro alguno de condenar a alguien por su mero pensamiento, desde el momento en que es el art 26 el que establece los límites objetivos de la tipicidad y, en este sentido, exige que el autor ejecute la decisión de realizar un hecho punible mediante *actos*. Esto implica indudablemente, que la decisión disvaliosa

¹⁷¹ BIDART CAMPOS, Germán, CALOGERO Pizzolo (h), Derechos Humanos, Corte Interamericana T I, Opiniones Consultivas, pág 407 y sgtes, Ed Jurídicas Cuyo.

debe ser actuada, llevada a cabo, exteriorizada mediante acciones externas, que es lo mismo que decir, "hechos". La decisión exteriorizada, actuada, debe contextualizarse dentro de la representación del hecho que tenga el autor, o sea que, dentro de su plan del hecho. Concurre la tentativa, toda vez que esos actos, en el marco del plan concreto del autor, sean inmediatamente anteriores a la consumación del hecho, estén dirigidos a producir directamente la finalidad típica del agente, es decir, sean actos productores de la finalidad y, lógicamente, sean considerados típicos por la ley, en este caso, por el art 26 del CP.-

Pero la garantía para evitar toda posible punición de meros pensamientos no se agota con la exigencia de exterioridad del hecho, hay otra exigencia más derivada del principio de la mínima intervención, el cual implica que el poder punitivo debe actuar solamente en aquellos casos en que el conflicto es lo suficientemente grave que los otros mecanismos de solución de los conflictos no hayan podido neutralizados y la racciedad tampoco lo tolera. De esta manera estaríamos ante lo que se preferencia actualmente "riesgo jurídicamente prohibido".-

El plan del hecho del autor debe comprender elementos in realizarse constituirían un riesgo jurídicamente desapro de presidente de un plan del hecho basado en creencias sobrenaturales, supersidentes descabelladas desde el punto de vista de los paradigmas científicos manejados en nuestra sociedad, dicho plan del hecho no constituirá riesgo jurídicamente desaprobado y no podrá inquietar a ninguna disposición penal positiva. Como ejemplo podemos citar aquí, el famoso ejemplo de FEUERBACH del bávaro que peregrinó hasta una iglesia rezando por la muerte de su enemigo o, para ofrecer un supuesto más autóctono, podemos citar al que recurre al curandero pidiéndole que mate a su vecino a través de un payé.-

Además del carácter de riesgo prohibido que debe reunir el plan concreto y total del hecho del autor, el acto productor de la finalidad particularizado, debe constituir también por su parte, riesgo jurídicamente desaprobado para que podamos estar ante un acto de tentativa. Por ejemplo,

en lo posible lo quiere matar a su vecino al pasar por una esquina, pero en lo posible lo quiere matar de una forma que no le comprometa con la justicia, por lo que, al planear su muerte, decide que al pasar el mismo por la esquina, le dará la información falsa de que murió su hijo con la esperanza de que en el instante muera de un ataque cardiaco y, si no consigue de esa forma su finalidad, le disparará con una pistola. En este caso concreto, si la víctima es una persona sin problema cardiaco alguno, la falsa noticia que le pueda dar el agente no constituye riesgo prohibido, recién el acto de disparar el arma lo será, por lo que, sólo con en este último acto tendremos un acto de tentativa. Este tema se profundiza en el capítulo dedicado al principio de ejecución de la tentativa.-

La teoría subjetiva de la tentativa, tributaria, lógicamente, de la teoría subjetiva de la fundamentación del ilícito, no tiene dificultades para legitimar la punibilidad de la tentativa inidónea o delito imposible y sus problemas de delimitación entre actos preparatorios y comienzo de ejecución están resueltos con los elementos teóricos ya referidos en este trabajo, por lo que las viejas y más conocidas críticas que le dirigían sus detractores (posibilidad de castigar meros pensamientos, imposibilidad de delimitación entre actos preparatorios y comienzo de ejecución, ampliación indebida del campo de la punibilidad, etc), han quedado superadas, al menos en este punto.-

Al ser el art 26 clara expresión de la teoría subjetiva, la tentativa inidónea es punible en el CP del Paraguay de la misma forma en que lo es la tentativa idónea, siendo aplicable a la misma, sin excepción, las disposiciones y reglas contenidas en el capítulo dedicado a la tentativa. A partir de este postulado, carece de interés presticio no país la distinción entre tentativa idónea y la inidónea.

2. EL DOLO EN LA TENTATIVA. C.P.P.-

Para justificar cualquier postura acerca de la tentativa y la punibilidad de sus diversas formas, obligadamente debe asumirse una posición acerca del dolo y su concepto.-

Otra consecuencia fundamental de la adopción de la fundamentación subjetiva del ilícito por el CP del Paraguay la constituye la teoría del dolo que conlleva esta opción. He aquí una breve descripción de las diversas teorías sobre el dolo¹⁷².-

El concepto y clasificación del dolo han experimentado una larga evolución, comenzando la construcción teórico del actual dolo eventual con Bártolo o Baldo en el medioevo italiano 173.-

Actualmente las formulaciones sobre el dolo se agrupan en dos grandes corrientes de pensamiento que se agrupan dentro de las denominadas teorías de la voluntad o del consentimiento y de la representación o probabilidad.-

3. TEORÍA DEL CONSENTIMIEN

Esta corriente nace a finales del siglo de la voluntaciono del XIX, consolidándose en Alemania, a tal punto de que fue adeptada por la jurisprudencia del *Reichsgericht*. La teoría de la voluntad sostiene que el dolo equivale a conocer y querer la realización de una conducta típica. Esta definición es plenamente válida para el dolo directo, por lo que para los casos en que no concurra el elemento querer en conductas que son más graves que las meramente imprudentes, la teoría tuvo que hacer algunas concesiones. Como los partidarios de esta teoría concebían a la voluntad como esencial e inseparable del concepto del dolo, no tuvieron otra alternativa que extender el concepto de voluntad afirmando que "también quiere el sujeto que, además de representarse como posible la realización

¹⁷² Un panorama completo y actual sobre este tema en RAGUÉS I VALLÉS, RAMÓN, DOLO Y SU PRUEBA EN EL PROCESO PENAL, J.M. BOSCH EDITOR, BARCELONA 1999.

¹⁷³ RAGUÉS I V, Ramón, Ob cit, p 55, nota 92.-

del tipo, mantiene una "especial relación emocional" con el resultado y demás circunstancias del hecho que deban abarcarse dolosamente.-

Para dar cabida al dolo eventual los teóricos de esta corriente hablan de que el dolo eventual concurre cuando el sujeto "haya estado de acuerdo con la realización del tipo, "la haya ratificado", "haya estado de acuerdo con ella", "haya consentido", "haya aprobado", etc. Consentir y aprobar son los estados emocionales fundantes del dolo eventual admitidos por la mayoría que se adscribe a esta teoría, de ahí la denominación de teoría del consentimiento o de la aprobación.-

Robert von Hippel, adaptando a su concepción teórica la fórmula concebida por Frank (este último partidario de la teoría de la representación), ensayo una definición de dolo eventual, según él, compatible con la teoría del consentimiento. Hippel definió así al dolo eventual: "debe afirmarse que concurre el consentimiento necessário para el dolo eventual cuando, habiendo previsto el autor como posible la realización del tipo, puede afirmarse que habría actuado gualinar e de haberla previsto como segura¹⁷⁴".-

Resulta evidente la insuficiencia de los presuputos registers de la teoría del consentimiento para explicar el dolo eventual, es sus partidarios tuvieron que forzarla extendiendo más allá de la debido el concepto del "querer". Una prueba evidente de la insuficiencia mencionada radica en el hecho de que Hippel tuvo que recurrir a la matriz teórica de la teoría de la representación para realizar un injerto a la teoría del consentimiento, resultando, tal como ocurre con cualquier injerto, un producto híbrido ya distinto del original. Leyendo la definición de Hippel se colige sin ningún esfuerzo interpretativo, que el dolo eventual es esencialmente representación, ya que "prever como posible un resultado", es nada menos que "representarse" dicha posibilidad. Ahora, la definición aportada por Hippel contiene un elemento peligroso y por tal inaceptable en el estado actual de la dogmática penal y, es el basarse en una hipótesis que no exige comprobación para afirmar la existencia de

¹⁷⁴ RAGUÉS I V, Ramón , Ob cit págs 62/63.-

una conducta dolosa. En efecto, al sostener que, "puede afirmarse que habría actuado igualmente...", desemboca en una presunción en contra del imputado totalmente de contramano con la presunción de inocencia que tiene rango constitucional en nuestro país y en la absoluta mayoría de los países democráticos.-

4. TEORÍA DE LA PROBABILIDAD.-

En contraposición a la teoría del consentimiento se encuentra la de la representación que no mantiene la definición del dolo como conocer y querer como regla absoluta, sino que parten del supuesto de hecho y si lo encuentra merecedor de la pena del delito doloso construyen un concepto de dolo desprovisto del elemento "querer el resultado". Muchas veces un sujeto actúa sin querer propiamente la realización del tipo, pero llevó a cabo su actuación siendo consciente o representándose que existía un cierto riesgo de realización. A partir de este razonamiento en revisible el sete cuestionamiento: con qué grado de representación del de de de propiado de responde a esta interrogante tomando como paraliento en probabilidad con que el autor se haya representado la propiado de resultado; si pese a haberse representado como probable la realización del tipo el sujeto ha decidido actuar, concurre dolo; si se ha representado tal realización simplemente como improbable, concurre imprudencia.

Puede observarse en el desarrollo histórico de la discusión sobre el dolo, que la teoría del consentimiento ha obtenido mayor cantidad de adeptos incluida la jurisprudencia, pero en la práctica en las soluciones de los casos siempre se adoptan paradigmas propios de la teoría de la representación. La jurisprudencia de los diversos países antes que lealtad a los presupuestos de una determinada teoría, ha mostrado más preocupación por aportar soluciones que transmitan tranquilidad a la sociedad, sobre todo cuando se tratan de casos llamativos con trascendencia en la población. Es

¹⁷⁵ RAGUÉS I V, Ramón, Ob cit p 67.-

por ello que se pueden encontrar casos en que un Tribunal, aparentemente partidario de la teoría del consentimiento, construye su sentencia con elementos de la teoría de la representación si aquella se muestra insuficiente para su cometido: llegar a soluciones aceptables socialmente. He aquí un ejemplo proporcionado por el propio Tribunal Supremo alemán, partidario de la teoría del consentimiento, al confirmar la condena por homicidio doloso en los sgtes hechos:

El joven de casi 20 años de edad K había conocido en 1.953 el vendedor de seguros M, con quien había accedido a mantener ciertos contactos sexuales, probablemente a cambio de dinero. También por aquellas fechas, el citado K entabló amistad con J. Para poder comprar ropa y pagar el alquiler de su habitación, a estos dos últimos sujetos se les ocurrió la idea de sustraer a M cierta cantidad de dinero, pensando que éste no les denunciaría por temor a que trascendieran sus relaciones homosexuales, por aquel entonces delictivas. Con este fin planearon que una vez dentro de su vivienda, dejarían a M inconsciente dándole un golpe con un saco de arena en la cabeza, habiendo describado un golpe posibilidad de hacerlos cortándole la respiración con una correda de constituciones de la cabeza de la muerte.

El 25 de febrero de 1954 K y J convencieron a Mariana, trata permitiera pasar la noche en su casa, a lo que éste accesto a la serie de la madrugada y de acuerdo con el plan, J golpeó a M mientra este de grafica con el saco de arena en la cabeza, acción que sólo sirvió para despertarle. En aquel preciso momento K recurrió a la correa de cuero, que había llevado consigo, y, con la ayuda de J, consiguió colocarla alrededor del cuello de M, tirando con fuerza de ambos extremos hasta que éste dejó de moverse, procediendo entonces a maniatarlo. Seguidamente, se apoderaron de una serie de objetos y, tras intentar en vano algunas maniobras de reanimación, abandonaron la vivienda. A consecuencia del uso de la correa se produjo la muerte de M. El Tribunal del Jurado condenó a J y K como autores dolosos de dicha muerte".-

El BGH indudablemente notó la insuficiencia de su teoría del consentimiento para condenar por homicidio doloso a los dos autores, pues era evidente que los mismos no quería matar a su víctima, como así también era evidente que una sentencia por homicidio culposo dejaría una sensación de injusticia y podría provocar alarma en la sociedad. Ante este dilema, el Tribunal Supremo construyó una sentencia dando por probado el dolo eventual y otorgándole a éste un contenido volitivo-jurídico de características muy peculiares. En lo que sigue el texto de la sentencia del BGH.-

"...es cierto que el conocimiento de las podible determinada acción y el consentimiento sobre dos requisitos independientes del dolo eventual, algo sentido jurídico un resultado cuando solamente lo haya advertido como posible (...). De las circunstancias reseñadas se puede deducir sin lugar a dudas que los acusados no deseaban en modo alguno la muerte de M. (...). El consentimiento del resultado, que según la jurisprudencia del Reichsgericht y del Bundesgerichtshof constituye el elemento decisivo para distinguir el dolo eventual de la culpa consciente, no significa que el resultado deba satisfacer los deseos del autor. Puede darse dolo eventual incluso cuando el acaecimiento del resultado sea algo que resulte indeseado para dicho autor. Sin embargo, éste aprueba el resultado en sentido jurídico cuando, de acuerdo con el objetivo que ambiciona, necesariamente, esto es, por no poder alcanzar dicho objetivo de otra manera, se conforma con que su acción cause el resultado en sí mismo no deseado y, por todo ello, para el caso concreto, lo quiere.....El dolo eventual se diferencia del no eventual en que el resultado indeseado no se prevé como necesario, sino tan sólo como posible. Se diferencia de la imprudencia consciente en que el autor que actúa con imprudencia consciente confia en que el resultado previsto como posible no va a acaecer

y por ello acepta el peligro, mientras que el autor que actúa con dolo eventual acepta precisamente dicho peligro, porque en la medida en que no puede conseguir su objetivos de otra manera, también lo quiere conseguir mediante el método indeseado "176.-

Es innegable que el supuesto de hecho descripto no satisface las exigencias de la tradicional definición del dolo como conocer y querer la realización típica propia de la teoría del consentimiento, debido a que es categórico que los autores no querían la muerte de nadie, es más, trataron de no matar y cuando se dieron cuenta de la situación en que quedó la víctima, intentaron reanimarla. Crear figuras sui generis como la de "querer jurídicamente" es inconveniente por poco segura desde el momento en que en su construcción no consultan datos de la realidad. Con este mecanismo puede legitimarse cualquier cosa afirmando que si bien es reclipaciono pudo probarse determinados extremos, pero que jurídicamente se construcción probados.-

Vale la pena detenerse brevemente en una participation de la sentencia del BGH donde ensaya una distinción entra intratarencia consciente y dolo eventual. "...Se diferencia de la imprudencia donsciente en que el autor que actúa con imprudencia consciente confía en que el resultado previsto como posible no va a acaecer y por ello acepta el peligro, mientras que el autor que actúa con dolo eventual acepta precisamente dicho peligro¹⁷⁷, porque en la medida en que no puede conseguir su objetivos de otra manera, también lo quiere conseguir mediante el método indeseado...". Nótese que la diferencia pretendida es más quimérica que real. El autor con imprudencia consciente al igual que el autor con dolo eventual se representan y aceptan el peligro, o sea el riesgo prohibido. Los dos autores llevan adelante sus acciones a pesar de representarse el peligro y, eventualmente, los dos puede consumar un hecho punible. El BGH asienta la pretendida diferencia en la confianza que tenía uno de los autores del ejemplo (imprudencia consciente) en que el resultado

177 Negritas y subrayados son míos.-

¹⁷⁶ Cita tomada de Ramón Ragués I Vallés, Ob cit p 84 y sgts.-

previsto como posible no sucedería y esto motivó su actuación, mientras que el autor con dolo eventual acepta el peligro y punto. La regla sentada por esta jurisprudencia rezaría más o menos así: confía y después actúa y será considerado autor imprudente. Mientras que otro mensaje podría ser el sgte: si actúas sin confíar, serás considerado autor doloso. En realidad, para esta sentencia del BGH, el núcleo del dolo no está en la representación del peligro o del riesgo prohibido, sino en que el autor no haya confíado.-

En el párrafo anterior quedó en evidencia la inconsistencia teórica y práctica de la solución aportada por el máximo Tribunal alemán a la problemática del dolo. La deficiencia teórica consiste en que ubica en categorías diferentes a autores cuyas acciones exteriorizan los mismos caracteres, pues los mismos se representan el peligro y actúan a pesar de esta representación. Afirmar que el autor con imprudencia consciente cuenta con un elemento del cual carece quien actúa con do es la confianza, es darle a este elemento subjetivo, anímico mayor preeminencia que a la representación del riesto ejecución de a acción en sí. Quienes representántose el actúan de igual modo están en las mismas condiciones. de cada uno de los agentes son irrelevantes a los efectos de del dolo. A todo esto debe agregarse que el BGH no indica que upo de confianza es la que con su presencia o ausencia marca la diferencia entre la imprudencia consciente y el dolo, teniendo en cuenta que parte de la doctrina sostiene que solamente la confianza que elimina mentalmente el peligro es relevante para la neutralización del dolo, no así la confianza que pueda ser considerada como simple esperanza.-

Welzel y Stratenwerth elaboraron sendas teorías sobre la base de la confianza y su repercusión sobre el conocimiento del autor. Estos dos profesores alemanes fundamentaron el dolo eventual en los conceptos de "contar con la posibilidad" y "tomar en serio el peligro". Para el primero, cuando alguien cuente con la posibilidad de producción del resultado ilícito, concurre dolo eventual, mientras que para Stratenwerth, cuando el agente ejecuta su acción a pesar de "tomar en serio el peligro" habrá dolo. En estos

dos supuestos existe representación del riesgo y en consecuencia, hay dolo. En definitiva, ninguno de los maestros alemanes aportaron instrumentos objetivos de precisión para la determinación del dolo eventual y abren una amplia brecha para la arbitrariedad para el momento en que deba decidirse si el autor "contó o no con la posibilidad" o "tomó o no en serio el peligro" al tiempo de realizar su acción. Además, resulta teóricamente difícil y prácticamente más todavía, trazar una línea divisoria entre "representación" y "contar con la posibilidad"; al haber representación de algo necesariamente debe contarse con esa posibilidad y viceversa, al menos esto es así en principio, mientras no se demuestre lo contrario. En lo referente a la toma en serio de un peligro, basta con decir que este criterio llevaría a consecuencias absurdas, ya que por más que un peligro le haya sido evidente al autor quien, al mismo tiempo sea consciente de su alta posibilidad de realización, la imputación sería sólo por imprudencia si el agente no tomó en serio este peligro y, al revés, por más que el peligro real/ y representado haya sido mínimo pero el autor lo tomó en sent eventual. Estas consecuencias son sencillamente inace

En el tráfago de la evolución doctrinaria sobre el concert del dó eventual, han surgido diversas propuestas, tradas ellas concerdas fundamentalmente en elementos emotivos como "conto marce", "aceptar" el peligro, la confianza en que el peligro no se concretara on la diversidad de posturas derivadas de la consideración o no de la racionalidad del peligro o la voluntad de evitación del peligro, sin que ninguna de las propuestas superen las deficiencias apuntadas para las teorías de Welzel y Stratenwerth.-

5. LA TEORÍA DEL DOLO EN LA ACTUALIDAD.-

En la actualidad existe una clara tendencia a la normativización, que es lo mismo que decir a la objetivación del dolo en un intento de superar las deficiencias e inseguridades del concepto y la determinación del dolo eminentemente subjetivos. No puede ocultarse de ninguna manera los

defectos de las teorías basadas en el elemento volitivo-emocional que terminaron de imponerse l en la doctrina y la jurisprudencia, al menos en lo declamativo, porque en la practica se puede ver que los Tribunales tuvieron que saltar los límites de la teoría del consentimiento y recurrir a conceptos híbridos, inventados o directamente cognoscitivos a la hora de resolver ciertos casos concretos. En esta parte del presente trabajo se analizarán las posiciones de Gunter Jakobs, Rolf D. Herzberg, e Ingeborg Puppe, quienes realizan aportes teóricos que merecen ser analizados por su actualidad y por la autoridad científica de estos penalistas.-

5.1. GUNTER JAKOBS: Jakobs considera que es el conocimiento el elemento central del dolo, afirmando que "dolo es conocimiento de la acción junto con sus consecuencias". La concurrencia del dolo eventual, según Jakobs, exige que en el momento de la acción "el autor juzgue que la realización del tipo no es improbable como consecuencia de esa su acción", con lo cual, debe decirse con toda claridad, poco o nada arrega a los aportes de diversos autores que se basan en que el agente "haya tomado en serio el peligro", "contar con la posibilidad de realización de peligro", etc. "" el peligro", "contar con la posibilidad de realización de peligro", etc. "" el peligro", etc. "" el peligro", "contar con la posibilidad de realización de peligro", etc. "" el peligro", "contar con la posibilidad de realización de peligro", etc. "" el peligro", etc. "" el peligro", "contar con la posibilidad de realización de peligro", etc. "" el peligro", "contar con la posibilidad de realización de peligro", etc. "" el peligro", el peligro", etc. "" el peligro", etc. "" el peligro", etc. "" el

La originalidad de la construcción de Jakolts reside an el mismo sobre el hecho de la habituación a viertos de caso periodición del transo automotor. Es bien sabido que en la circulación vial, permanentamente los ciudadanos crean riesgos en forma conscientes, por ej cuando no respetan la distancia de seguridad con el vehículo que tiene adelante, superar levemente los límites de velocidad permitidos, adelantarse en curvas o en otras zonas prohibidas etc. Nos dice Jakobs que existe habituación a estos riesgos y que si pretendemos transitar por las rutas y las calles necesariamente tenemos que habituarnos a estos riesgos. La conciencia acerca de estos riesgos, no s suficiente para fundar el dolo en caso de producción de algún resultado ilícito. Concluye el profesor de Bonn al respecto: "para afirmar el dolo hará falta, no sólo que el riesgo creado conscientemente por el sujeto no esté permitido, sino que, además, sobrepase la medida de aquellos riesgos sobre

los que existe una habituación social". Continúa afirmando Jakobs que "esta aceptación se produce por medio de la eliminación mental de la representación de las eventuales consecuencias que se suelen producir, lo que significa que el conocimiento teórico de la peligrosidad de la situación se ve eclipsado por el conocimiento, confirmado en la práctica, de la altamente probable ausencia de consecuencias del devenir, y ello en la medida en que la situación se experimenta una y otra vez en la práctica como carente de consecuencias y ni tan siquiera de forma especialmente crítica".-

Para escapar de los problemas de la subjetivización de la determinación del dolo, Jakobs procura la normativización del concepto y determinación del dolo, extendiendo la solución indicada en el párrafo anterior a todos los casos de habituación a riesgos sin preguntarse por lo que haya pasado por la cabeza del autor en el momento de realización de la acción peligrosa, es decir, con independencia de lo que se haya representado por ej el automovilista en el caso concreto. Con prizando en la realidad sus postulados Jakobs dice que, "quien en la circulación de dada- en conocimiento actual del riesgo de resultado- sobrepasa moderada per la velocidad máxima, o se acerca a menor distancia de la de segución etc." A pesar de su conocimiento, sólo tiene dolo de un tina de presa en la carretera estrecha, o quien a ciegas se salta un semáforo en rejectore dol de lesión".-

Críticamente puede señalarse en referencia a la posición de Jakobs que, si la habituación al riesgo elimina el dolo, por más que los riesgos propios de la circulación vial sean riesgos prohibidos, es mucho más coherente sostener que dicha habituación convierte a esos riesgos en permitidos. Esta solución es dogmáticamente posible ya que la habituación de los ciudadanos a esos riesgos hace que estos ya no sean conflictivos y, en consecuencia, ya no sean merecedores de sanción alguna. Además, debe observarse que en realidad, la mencionada habituación no elimina el dolo en el sistema jakobiano, lo cual se observa con los ejemplos dados por el

mismo. Ejemplifica nuestro autor de la sgte manera: "quien en la circulación rodada- en conocimiento actual del riesgo de resultado-sobrepasa moderadamente la velocidad máxima, o se acerca a menor distancia de la de seguridad, etc., a pesar de su conocimiento, sólo tiene dolo de un tipo de puesta en peligro abstracto; sin embargo, quien adelanta antes de un cambio rasante en una carretera estrecha, o quien a ciegas se salta un semáforo en rojo tiene dolo de lesión". Con las soluciones dadas a sus ejemplos, Jakobs hace notar con claridad que la infracción a las reglas de tránsito y la habituación a los riesgos generados por esta infracción, no elimina el dolo, es más, Jakobs, a diferencia de lo que se ve comúnmente en la jurisprudencia, adjudica carácter doloso a la conducta de quien genera riesgos por violar las reglas del tráfico, ampliando de manera peligrosa el ámbito de actuación del poder punitivo del Estado.-

En principio puede sostenerse en relación a los riesgos contres en el tráfico automotor, a los cuales haya una habituación social, que los intrifer no constituyen riesgos prohibidos, por lo que ni siquiera paceel trans una culpa. Esta conclusión es derivable del concepto de aceptación paceal de la acción dañosa desarrollada por Alberto Binder según el cua. Por la brate se haya previsto el caso en el programa punitivo no existen las caracicados de relevancia para que la ilicitud se constituya porque para algún sector de la comunidad, o para toda ella, esa acción forma parte de un modelo de interacción aceptado y considerado como corriente o normal¹⁷⁸. Con este criterio, al tratarse de riesgos a los cuales los ciudadanos nos habituamos, no sólo queda neutralizado el dolo, sino la propia ilicitud.-

Cuando se habla de la neutralización de la ilicitud de la acción riesgosa en el tránsito terrestre, se incluyen aquellas acciones a cuyos riesgos nos acostumbramos pero como acciones en sí. Por ejemplo la acción de acercarse al auto que va adelante más allá de lo permitido por la distancia de seguridad o superar moderadamente el límite de velocidad permitida, etc. Estas acciones en sí crean riesgos abstractos, cuya habitualidad y la habituación a las mismas por parte de los ciudadanos, las

¹⁷⁸ BINDER, Alberto, Introducción al Derecho Penal p 195.-

excluye del ámbito de lo ilícito. Ahora, estas mismas acciones pueden reunir características que en el caso concreto pueden convertirlas en ilícitas por la gravedad del o los riesgos concretos que generan. V.g.r, el conductor de un camión semirremolque que a más de 120 km/h se acerca más allá de la distancia de seguridad al auto de adelante habiendo otro rodado frente a este último en plena zona urbana, no puede invocar que no se ha representado el riesgo concreto que estaba generando, por lo que no puede negarse que aquí existe un riesgo de homicidio creado con dolo eventual. La misma hipótesis es aquella en que el conductor cruza el semáforo en rojo viendo que en ese momento cruzaban varios peatones por la esquina, por más que invoque después que él pensó que los peatones iban a esquivar al vehículo que tuvieron tiempo de ver que estaba cruzando el semáforo en rojo.-

Uno de los cuestionamientos que puede impetrars explicada más arriba reside en que si el acercarse al au allá de lo permitido ni siguiera puede fundar una culpa en que se produzcan accidentes con daños materiales inclusive, con pérdidas de vidas humanas, no po penalmente al responsable ni siguiera como autor culposo. A esta puede responderse con los presupuestos teóricos propios de los delitos culposos, ya que el análisis de estos solamente se hace a partir de la existencia de un resultado y, esto es perfectamente aplicable a las hipótesis de accidentes en el tránsito terrestre. En consecuencia, una vez producido el accidente, es lógico deducir que el responsable ha creado un riesgo no permitido, al cual los ciudadanos no podemos habituarnos nunca. Piénsese en una sociedad cuyos ciudadanos se habitúen a que la gente se mate impunemente en el tránsito terrestre. Respecto a los delitos culposos, Zaffaroni es claro: "La característica esencial del tipo culposo finca en su peculiar forma de individualización de la acción prohibida: a diferencia del tipo doloso activo, en que ésta se individualiza mediante su descripción, en el tipo culposo permanece prima facie indefinida y sólo es posible particularizar en cada caso, luego de determinar la conducta que origina el resultado relevado penalmente. Esto obedece a que los tipos culposos no criminalizan acciones como tales, sino que las acciones se prohíben en razón de que el resultado se produce por una particular forma de realización de la acción...." 179180. –

En definitiva, como postulado de este trabajo puede establecerse que, la violación de las distancias de seguridad en el tránsito de vehículos y de otros reglamentos y señales de tránsito como la doble raya sobre el asfalto, son riesgos a los cuáles estamos habituados los ciudadanos modernos y en consecuencia, no representan riesgos prohibidos, por lo que no pueden fundar ilícito alguno. La excepción a esta regla se daría cuando la mencionada violación se produce con finalidad delictiva, vgr, con el propósito de provocar un roce con el auto de adelante que por ser más chico es probable que su conductor pierda el control y caigara que profunda zanía al costado de la ruta y, en aquellos casos en que se produce con se produce con se produce con que se produce con se produce con se produce con que se produce con se produce con se produce con que se produce con se produce con se produce con que se produce con se produce con se produce con que se produce con se produce con se produce con que se produce con se produce con se produce con que se produce con se produce con se produce con que se produce con se produce con se produce con que se produce con se produce con se produce con que se produce con se produce

tema de la delimitación entre dolo e imprudencia no ties una solución clar en ninguna de las teorías ensayadas al respecto, las cuáles construyen el concepto de dolo a partir de la representación del autor, pero ante determinados supuestos, sobre todo en los de riesgos mínimos, se muestran reacias a admitir la existencia de dolo. A la inversa, cuando el riesgo es elevado, las teorías tienden a admitir sin mayor análisis la presencia del dolo, sin interesarse por la representación concreta del agente. Herzberg propone una solución a esta problemática tomando como base lo que ocurre comúnmente en la práctica donde se observa que la determinación del dolo no se finca únicamente en la representación del autor, sino en otros factores externos y, concluye que, "el dolo no depende de si el autor ha tomado en serio un peligro reconocido, sino de que haya reconocido un peligro a tomar en serio". Herzberg afirma que existen dos modalidades de riesgos: los peligros cubiertos (abgeschirmte) y los peligros descubiertos

¹⁷⁹ ZAFFARONI, ER, Ob cit p 523.

¹⁸⁰ Negritas no aparecen en el original.-

(unabgeschirmte). Un peligro es cubierto cuando en el momento del hecho existen circunstancias que permiten confiar objetivamente en que el tipo no va a realizarse. Estas circunstancias consisten especialmente en el cuidado de la propia víctima o del mismo autor y que con este cuidado son capaces de evitar la producción del resultado ilícito. El peligro descubierto concurre en aquellos supuestos en que no existen fundamentos objetivos para la confianza racional en la no realización del tipo penal, vgr, cuando se duda sobre la edad de la víctima en los abusos sexuales, etc. Herzberg establece una definición más amplia y clara del peligro descubierto aduciendo que el mismo concurre "cuando durante o después de la conducta del autor debe interponerse la suerte o el azar o una buena dosis de ambos para que el tipo no se realice, esto es, cuando el autor, con base en un juicio racional, no puede confiar en absoluto o no de manera eficaz en que, durante o después de su conducta peligrosa, la actividad propia o ajena de alguna manera se haga con el control del peligro". Esta definición de peligro descubierto contiene todos los elementos propios de una terrativa acabada. con la única diferencia de que para la definición de si era todavía el control de la acción, no se recurre a la sino a un juicio racional, o sea que objetivo. objetivo para decidir la concurrencia o no de dolo, propias de este tipo de enfoque, vgr, en qué consiste acaso sólo puede existir un único juicio racional y si no es as prevalecer uno sobre otro, etc. En una palabra, con conceptos objetivos como el de un juicio racional, se abre una amplia brecha a la arbitrariedad de los jueces que va de contramano con las ideas centrales de un Estado de Derecho.-

Según Herzberg, "el conocimiento por parte del sujeto de un peligro cubierto fundamenta la imprudencia, mientras que si lo que conoce dicho sujeto en el momento de actuar es un peligro descubierto, se está ante un caso de dolo. Los peligros descubiertos pero lejanos, tampoco darán lugar a dolo, en la medida en que la realización del tipo pueda considerarse un caso de auténtico infortunio". La teoría de Herzberg puede ser calificada

como subjetiva-objetiva. Subjetiva porque exige que haya representación por parte del autor y objetiva, porque realiza su razonamiento a partir de un estado objetivo de peligro. La nota distintiva de la doctrina elaborada por Herzberg está en que exige solamente la representación del estado del hecho, no pide que el agente se represente el peligro, sino la situación de hecho en sí. Una vez representada la situación de hecho a secas, sin agregado alguno, aparece el criterio objetivo que es el que va a determinar la concurrencia o no de peligro, si concurre peligro descubierto habrá dolo.-

Aplicadas las consideraciones de Herzberg al tema específico de la tentativa inidónea, puede concluirse que según este autor, la tentativa inidónea no sería punible en razón de la inexistencia de dolo. Esto es así, porque en la tentativa inidónea, objetivamente no habrá peligro que pueda ser calificado como peligro descubierto y, lógicamente no podrá hablarse de dolo.-

5.3. INGEBORG PUPPE: Esta autora, normativización u objetivación del concepto y deter afirma que la decisión acerca del carácter del ries Derecho y no del autor". Según Puppe, ya en peligros no son aptos para fundamentar una impulse pues este título de imputación no debe responder a la de realidad psíquica, sino a una valoración normativa según la cual se entiende que, dados determinados factores objetivos, alguien quiso algo. Puppe, análogamente a Herzberg, hace una taxonomía de los peligros, considerando que existen peligros propios del dolo y propios de la imprudencia, bastando que el autor se representa la existencia de los peligros propios del dolo para deducir la existencia de éste, con lo que su posición también puede ser catalogada como subjetivo-objetiva. Sin embargo, niega el dolo en aquellos supuestos en que la probabilidad objetiva de causación de un resultado es mínima, con independencia de la voluntad o de los conocimientos del sujeto.-

A Puppe son aplicables las mismas críticas dirigidas contra todos aquellos que pregonan la normativización del concepto y la determinación del dolo, ya que deja amplias zonas grises de indeterminación de conceptos, tales como desde cuándo hay una probabilidad mínima de causación de resultado, etc. En una palabra, el intento de solución al tema de la delimitación entre dolo e imprudencia por medio de la normativización de los conceptos no es viable, al menos como está planteado en la actualidad. No existe viabilidad porque la herramienta conceptual con la que trabajan los autores tienen contornos indefinidos y, además, en la práctica se dejan márgenes muy amplios a la arbitrariedad judicial.-

En la doctrina argentina [8], Soler como representante de la doctrina tradicional consideraba que para que haya dolo, el sujeto debía tener conocimiento, previsión de un hecho cuya valoración legal le es también conocida. Esto es el contenido normativo. Por otro lado, para hablarse de dolo, el sujeto deberá, además, representarse aquellas circunstancias de hecho que correspondan a los elementos constitutivos esenciales de un delito. Hay dolo directo cuando la acción del sujeto de sujeto de la companio de la constitución de la companio del companio de la companio de la companio del companio de la companio del companio de la companio de la companio de la compa

En lo que respecta al dolo eventual, Soler recurrante follo de la companya del companya de la companya de la companya del companya de la companya del companya de la companya de la companya della compan

Soler, claramente destaca el elemento cognitivo en su definición del dolo, pero, lógicamente, influido por las corrientes dominantes de su época, destacó la finalidad como elemento integrante y distintivo del dolo directo. Es de mencionar, que para este maestro argentino, el dolo constituía un elemento constitutivo de la culpabilidad y su estructura estaba conformada, además de la representación de hechos, por el conocimiento de la antijuridicidad de la acción con lo que el dolo contaba con un aspecto normativo.-

¹⁸¹ SOLER, Sebastián, Tratado de Derecho Penal, T II, p 95 y sgtes.

Bacigalupo por su parte, afirma que en el dolo directo, el autor quiere el resultado como meta de su acción y tiene seguridad de que el resultado que se representa se producirá como consecuencia de su acto. Vgr, el autor tiene por meta de su acción la muerte de otro y sabe que ésta se producirá seguramente cuando la víctima ingiera la dosis de veneno que él ha mezclado en su comida. Mientras que en el dolo directo de segundo grado o dolo indirecto o de consecuencias necesarias, el autor sabe que para alcanzar la meta de su acción importa necesariamente (con seguridad) la producción de otro resultado, que inclusive puede serle indiferente o no desear. Por ejemplo, el autor quiere matar a B poniendo en su coche una bomba que explotará durante el trayecto y que matará también seguramente al chofer C. Para el dolo eventual por su parte, considera Bacigalupo, que el autor se representa la realización del tipo como posible. Ejemplo: el autor piensa que es posible que la mujer con la que va a ya catorce años 182, es decir, que realizando actos sexuales con el tipo penal de abuso sexual en niños.-

Referente a las diversas teorías elaboradas para la explicación de dolo eventual, Bacigalupo considera que la menos objetible es flarado estruta dolo eventual cuando el autor "toma seriamente en cuenta a portuitidad de la lesión del bien jurídico, es decir, cuenta con ella y se conforma con la misma". La definición adoptada por Bacigalupo en cuanto al dolo directo adolece de aquellas deficiencias propias de la teoría de la voluntad, con el plus de crítica de que se hace acreedor nuestro autor al exigir que en el dolo directo el autor, además de la finalidad, tenga la seguridad de que el resultado se producirá. Con respecto al dolo eventual, Bacigalupo adopta la misma postura de Welzel, por lo que las críticas formuladas a este se extienden al jurista argentino-español.-

Zaffaroni¹⁸⁴ define al dolo como la voluntad realizadora del tipo, guiada por el conocimiento de los elementos del tipo objetivo necesarios

¹⁸² En el ejemplo original figura menos de doce, aquí se cambió la edad para adaptar a la legislación penal paraguaya.-

Bacigalupo, E, Derecho Penal Parte General, p 208 y sgte. Hammurabi S.R.L., Bs As 1987.

¹⁸⁴ ZAFFARONI, E, Derecho Penal, Parte General, p 495 y sgtes. EDIAR, Bs As, 2000.-

para su configuración. El dolo eventual concurre según el Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Argentina cuando, según el plan concreto del agente, la realización de un tipo es reconocida como posible, sin que esa conclusión sea tomada como referencia para la renuncia del proyecto de acción, exigiendo que la mencionada posibilidad se corresponda con los datos de la realidad. Zaffaroni no realiza aportes novedosos a la hora de definir el dolo, pero sí debe indicarse que, al exigir que la posibilidad representada por el autor se corresponda con la realidad, quedaría excluida la tentativa inidónea con dolo eventual.-

El maestro Nelson Pessoa define al dolo como la voluntad final prohibida comprensiva de la forma causal-instrumental de lograr esa finalidad 185. Esta definición del maestro Pessoa tiene la importancia de incluir como parte integrante del dolo al riesgo prohibido, con lo cual, se incorpora a la imputación objetiva en el ámbito del dolo como criterio de limitación o reducción del ámbito punitivo. Como puede notarse, el maestro de la UNNE sigue exigiendo la finalidad como elemento crefical del dolo, por lo que se encuadra dentro del ámbito de las teorías de la voltate de este tema.

Marcelo Sancinetti se dedicó a realizar un análidis por manorizate las diversas teorías del dolo, centrándose principalmente con la differencia de la representación, afirmando que la forma básica del dolo es el dolo eventual. Los presupuestos teóricos así como el desarrollo que hace de los mismos Sancinetti puede compartirse, en cambio, la conclusión final, la definición que ensaya sobre el dolo este autor no es coherente con los presupuestos teóricos de los que parte. Para este autor, el dolo directo no puede ser más grave que el dolo eventual, ya que el mayor o menor grado de injusto depende de la decisión consciente de una mayor o menor agresividad de parte del autor. La intencionalidad, la mala intención, la diferencia de motivación en el autor que toma la decisión contra el objeto de bien jurídico, no tendría que cumplir ningún papel en el ámbito del

¹⁸⁵ Exposición del Nelson Pessoa en el Homenaje a Claus Roxin en Córdoba, compendiada en NUEVAS FORMULACIONES EN LAS CIENCIAS PENALES, p 391.

ilícito. El elemento voluntario o motivacional sólo deberá influir en la determinación de la pena, es decir, en el campo de la reprochabilidad¹⁸⁶.-

Es correcto lo afirmado por Sancinetti en el sentido de que lo decisivo para el dolo es la representación de los elementos del tipo por parte del agente y que, en todo caso, la finalidad o motivación debe ser sopesada al momento de la determinación de la pena. Propone el Prof de Bs As un concepto unitario del dolo tomando como punto de partida la representación afirmando: "desde la posibilidad no despreciable (no despreciada por la imputación objetiva), hasta la certeza de la consciencia segura, siempre hay dolo. La gradación de este elemento del ilícito depende pues del grado de mayor posibilidad reconocido por el autor. Cuando se trata de una consciencia segura, hay más contenido de disvalor de acción que cuando se trata de una consciencia insegura" La conclusión lógica y coherente de este presupuesto teórico es que la voluntad sea excluida como elemento integrante del dolo, pero, Sancinetti, al formular su definición trata de "salvar" o "mantener" a la voluntad dentro del dolo al concluir que: "De todos modos, la fórmula corriente de dolo = voluntad de realización del tipo, puede mantenerse, siempre que se repare en que, dado que toda acción presupone algún contenido de voluntad (no hay carried de exclusión de la acción = hay algún comportamiento voluntaria), el a "voluntad", quedará determinado estrictament cognoscitivo del dolo". Amplía la explicación de su "voluntad de realización del tipo puede ser, entoncia un c aceptable de dolo, pero no porque se esté a favor de voluntad", en el contexto de la discusión sobre el dolo eventual, porque el carácter voluntario de toda acción tiene, como contexto de referencia límite, el ámbito de conocimiento del autor acerca de la posibilidad de producción del resultado. Voluntad de realización del tipo hay, pues, toda vez que el autor se decide a actuar ante la consciencia de

¹⁸⁶ Sancinetti, Marcelo, Teoría del...p 154.-

¹⁸⁷ SANCINTETTI, M, Teoría del delito...p 208.-

esa posibilidad, ante el conjunto de circunstancias que, según la norma (del delito doloso), motivan la prohibición de esa decisión "188.-

En la postulación de Sancinetti se descubre la incoherencia de incluir la voluntad como integrante del dolo a pesar de considerar a la representación como único elemento que define al dolo. Es más, este autor claramente dice al justificar su posición, "la fórmula corriente de dolo = voluntad de realización del tipo, puede mantenerse, siempre que se repare en que, dado que toda acción presupone algún contenido de voluntad (no hay causas de exclusión de la acción = hay algún comportamiento voluntario)...". De esto se colige que Sancinetti mantiene a la voluntad como elemento del dolo por respeto a una tradición y no como consecuencia lógica de una teoría. La voluntad a la que se refiere Sancinetti es aquella que fundamenta ontológicamente a la acción, tan bien explicada en su momento por el finalismo, ya que una acción sin voluntad no es una acción 189. Toda acción necesariamente debe ser voluntaria para tener relevancia penal, por lo que los supuestos de inexistencia de acción ni siquiera puede plantearse una discusión seria en el ámbito de la teoría del delito. La voluntad es un presupuesto indispensable para la acción y en consecuencia para la teoría del ilícito, pero esta es una voluntad neutra, por lo que igualmente aparece en las acciones lícitas confecilícitas. Ahora, la voluntad que interesa a los efectos de la definición del distinta, se trata de una voluntad específica, dirigida a un fin decirse que la voluntad que para algunos integra el dolo es segundo orden ya que, si no existe la voluntad de fundamenta una acción penalmente relevante, ya na la presencia de la que fundamenta el dolo.-

En esta tesis se postula que una acción penalmente relevante es necesariamente voluntaria, pero para la existencia del dolo es suficiente que el autor ejecute su acción representándose el riesgo prohibido, aún cuando no tenga la finalidad específica de producir este riesgo no permitido.-

¹⁸⁸ SANCINETTI, M, Idem p 210.

¹⁸⁹ ZAFFARONI, E, Ob cit p 387.-

6. EL DOLO EN EL CP DEL PARAGUAY.-

En otra parte se ha sostenido que el CP del Paraguay ha adoptado la teoría subjetiva de la fundamentación del ilícito por las razones ya explicadas en el capítulo pertinente.-

El subjetivismo tiene como acompañante teórico coherente a la teoría de la representación en materia del dolo, con lo que, al ser la representación del autor el elemento fundante del dolo y no la intención, es el dolo eventual la figura central del sistema de imputación penal adoptado por el CP. Esto implica que si una persona se representa como probable la producción de un resultado típico, existe dolo eventual de ese resultado típico y debe ser castigada como responsable doloso de ese hecho punible, aun cuando esa no sea la intención del agente.-

La adopción de la teoría de la representación en materia del dolo por el CP paraguayo está demostrada por el texto del propio art 26, el cual habla de "tomada en cuenta su representación del hecho", como así también por otras disposiciones del mismo cuerpo legal como el art 112 que habla del que intencional o "conscientemente", o el art 150 de la calumnia que castiga al que en contra de la verdad y a sabiendas afirmara o displactara un tercero o ante éste un hecho referido a otro, capaz de lesionar su honor de la otra persona, si él sabe que no es verdad lo que atirma o displactara que aun cuando la intención del agente no fuera la de losionar el honor de la delito de calumnia, lo mismo que en el caso de la lesion grave para que se agente sea consciente de la probabilidad de causar lesion grave para que se considerado autor doloso de este hecho punible.

Otra prueba categórica de lo afirmado en el párrafo anterior la constituye la recepción del error de tipo en el art 18, lo cual consiste en el error o desconocimiento de un elemento constitutivo del tipo legal, no concurriendo dolo en este caso por la deficiencia en la representación o conocimiento del autor. Una persona puede tener toda la voluntad o intención de matar a otro, pero si actúa basada en una representación

irrelevante desde el punto de vista de la imputación penal, actúa sin dolo, como lo sería el caso del vecino que quiere matar por medio de payé. Lo decisivo es la representación, no la intención.-

Aun cuando no se pueda imputar objetivamente un resultado típico a la acción concreta del agente, si éste asumió el riesgo concreto de dicha producción, actuó con dolo eventual. Si no se puede imputar el resultado típico a la acción del agente y aun cuando no se haya producido resultado alguno, por lo menos hubo tentativa inidónea, pues la norma penal prohíbe asumir el riesgo concreto de la posibilidad de producción de un resultado típico. Una acción llevada a cabo admitiéndose la eventualidad de un resultado típico, es una acción disvaliosa que debe ser sancionada 190. Es importante aclarar que para que haya, por lo menos tentativa inidónea, la acción en sí debe configurar riesgo prohibido y crear un conflicto que justifique la intervención del derecho penal para la solución de dicho conflicto.-

7. DEFINICIÓN Y DETERMINACIÓN DEL DOLO LA SYLCHOLO DE PARAGUAY.-

Como conclusión puede decirse que una assión es dobasa étando la misma crea un riesgo prohibido siendo representada por Cauto las circunstancias fácticas que constituyen este riesgo no permitido. Lo que debe conocer el autor doloso es el hecho riesgoso en sí, no es necesario que tenga conciencia de su calificación jurídica. El error de prohibición concurriría en aquellos casos en que el autor conoce el riesgo que está creando, pero está convencido de que este es un riesgo permitido, toda vez que sea excusable este error por las circunstancias concretas que rodean al hecho.-

En cuanto a la determinación del dolo la doctrina ha producido diversas teorías las que, a su vez, son influidas, salvo excepciones, por la

¹⁹⁰ Una reflexión completa sobre esta cuestión en SANCINETTI, Marcelo, Teoría del Delito....Pág. 145 y sgtes. Las ideas expuestas aquí son tributarias del pensamiento de este autor.

naturaleza que se le otorgue al dolo en sí. Aquellos que consideran que el dolo es un fenómeno psicológico afirman que como tal, debe probarse efectivamente en el proceso penal la concurrencia en el caso concreto de este hecho psicológico 191. La concepción psicológica acerca de la determinación del dolo si es aplicada coherentemente, haría prácticamente imposible la prueba del dolo, ya que bastaría con que el imputado se mantenga callado y no preste ninguna colaboración durante el proceso para generar por lo menos la duda sobre la existencia o no del dolo.-

En cambio, quienes se adscriben a la teoría normativa afirman en principio que resulta imposible probar efectivamente en el proceso penal la concurrencia o no del fenómeno psicológico en cuestión, motivo por el cual consideran que cuando un Tribunal afirma que alguien ha conocido algo no hace otra cosa que atribuir dicho conocimiento a un sujeto en virtud de determinados criterios que no pueden, o ni tan siquiera pretenden, constatar cuál fue el estado real de su subjetividad en el momento de la realización del hecho típico 192. Los partidarios de la concepción normativa de la determinación del dolo, expresamente afirman que la prue la un juicio descriptivo, sino adscriptivo, por medio del cual4 determinados conocimientos al sujeto, sin tener media empírica por la dificultad probatoria que genera esta situac que se observa en relación a la concepción determinación del dolo es el de su legitimidad, en razón de a toda realidad empírica para la atribución del dolo y recurrir a atribución o imputación de carácter normativo, cae en un terreno inseguro y fértil para la arbitrariedad judicial.-

Otro criterio de determinación del dolo consiste en tomar en cuenta el sentido social al momento de efectuar dicha determinación, según el cual, debe valorarse como consciente aquel hecho que también lo es desde la

191 AMBROSIUS y NEUWIED.-

¹⁹² KRAUB, MIRANDA ESTRAMPES, Mínima actividad probatoria, p. 36, GARTUA SALAVERRIA, Valoración de la prueba, p. 19 ss. Acerca de la imposibilidad de un conocimiento absolutamente cierto del dolo en sentido psicológico la jurisprudencia del Reichsgericht ya en el año 1.927. Todas estas citas son tomada de RAMÓN RAGUÉS I VALLES, Ob cit p 291.

óptica de los destinatarios del mensaje que incorpora la sanción penal¹⁹³. Este criterio social tiene los mismos problemas de legitimidad e imprecisión que el criterio normativo, abriendo igualmente la posibilidad a la arbitrariedad judicial de una manera inadmisible. La adopción de este criterio llevaría, en muchos casos en que por presión de la sociedad se instrumentalice a las personas en aras de la paz social, siendo prácticamente imposible construir una defensa efectiva frente a este criterio, ya que la única justificación de la decisión del juez sería el sentido que otorguen a la acción del imputado los demás ciudadanos que integran la sociedad.-

Resulta indudable que los tres criterios de determinación del dolo expuestos en los párrafos anteriores adolecen de deficiencias. Pero, al menos como ideal el proceso penal debe propender a la prueba de la realidad empírica de la representación como fundamento del dolo y para esto, el juez debe someterse a las mismas exigencias requeridas para legitimar cualquier decisión. Es decir, debe explicar razonadamente su decisión, recurriendo a las herramientas propias del razonamiento judicial, construyendo un silogismo claro aplicando las reglas de la lógica, la experiencia común, los conocimientos aportados por las ciencias como la sicología y, como elemento limitador del poli criterios propios de la imputación objetiva. A dolo, representación es un hecho que necesariamente debera se cualquier otro en el proceso penal, lógicamente tente peculiaridades. El juez, recurriendo a un della do anal elementos de prueba aportados al proceso, debe de la razonada y lógica, cuáles son los motivos que le llevan a concluir que un caso concreto hubo dolo, no existiendo razón para negar que pueda recurrir a los indicios, en las mismas condiciones en que se recurre a estos para la comprobación de cualquier otro hecho.-

Sometiendo a la prueba del dolo a las reglas del razonamiento judicial, se facilita el ejercicio de la defensa en juicio, teniendo en cuenta que el

¹⁹³ STEIN, en Zur Theorie und Systematik, p 260-261, citado por RAUGÉS en nota 923 p 324.-

imputado a través de los recursos de Apelación Especial o de Casación, puede cuestionar el camino lógica seguido por el Tribunal para considerar probada la existencia del dolo. Los hechos a partir de lo cuales se efectúa el razonamiento judicial quedarán definitivamente fijados en el juicio oral y público, pero el control acerca de la aplicación de las reglas de la sana crítica en la extracción de conclusiones a partir de estos hechos puede y debe realizarse a través de los recursos. Esto es así, porque si todas las instancias coinciden en las conclusiones arribadas, por lo menos se tendrá la seguridad de que la resolución adoptada responde a los criterios jurídicos imperantes, lo que tampoco excluye ni mucho menos toda posibilidad de arbitrariedad judicial. Sin embargo, antes que recurrir a criterios puramente normativos o al sentido social, es más seguro tomar en cuenta la representación concreta del autor y tratar de probarla con ayuda de las ciencias empíricas, aplicando las reglas del razonamiento judicial y de la imputación objetivo como elemento limitador del poder represivo. Cualquier acusado se sentirá más protegido si es juzzado a partir de sus representaciones concretas que conforme a un difuso servido. insegura atribución normativa de una representación

Aún con las deficiencias de las teorías que recurren a la teansentación del autor, éste por lo menos tendrá más posibilidades de rericerum de tuva defensa tratando de demostrar que en la situación cucreta del becase no tuvo el conocimiento requerido para el dolo, mientras que se decen que su acción es dolosa porque así se ha determinado conforme a un criterio social o porque se le atribuye normativamente un conocimiento, que es lo mismo que decir de acuerdo al criterio de los demás tuviste dolo, respecto al cual nada se puede hacer, ya que los demás son dueños absolutos de sus criterios, el ejercicio de la defensa efectiva será una quimera.-

En el caso concreto puede afirmarse la existencia del dolo cuando de las circunstancias concretas del hecho pueda concluirse con certeza que el autor se representó la posibilidad concreta de producción del resultado ilícito. Usando la denominación tradicional, aquí habría dolo eventual. La concurrencia del dolo se prueba con parámetros objetivos y lógicos, vgr, el

conductor que cruza un esquina intensamente transitada por peatones en hora pico no puede invocar no haberse representado la posibilidad concreta de matar o lesionar a un peatón, salvo que, se demuestre que el mismo es inimputable por ausencia de acción, por ejemplo, porque fue obligado por alguien a realizar dicha conducta. Para determinar si el conductor de nuestro ejemplo tenía dolo de homicidio o de lesión debe analizarse su acción en concreto, ya que si el mismo cruzó a 100 km/h, salvo que no esté en pleno uso de sus facultades mentales no puede invocar que no sabía que si a esa velocidad atropella a un peatón lo más probable era que mate a éste. En cambio, si el cruce del semáforo se produce a 20 km/h, es razonable que el mismo no se haya representado la posibilidad de matar al peatón.-

Los pasos del análisis debe ser el siguiente: primero, deberá comprobarse con certeza que el conductor actuó voluntariamente, luego de determinada su imputabilidad, deberá analizarse las características concretas de su acción, si surge con certeza que el mismo se representó la posibilidad de una muerte o de una lesión se lo considerará autor doloso. Ahora, si hay duda acerca de si el agente se representó la posibilidad de un homicidio o de una lesión, deberá a estarse a lo que sea más favorable al imputado, debiendo aplicarse la misma solución en oaso de que haya buda entre dolo e imprudencia.

La probabilidad del resultado típico debe deducirse de las circunstancias concretas del hecho y que hayan sido representadas por el autor. No basta admitir como posibilidad abstracta, general la partir de la experiencia de vida sin que se observen en el caso concreto la probabilidad del resultado. Ejemplo, cruzar con el auto a toda velocidad un semáforo en rojo en horas de la madrugada en momentos en que el tráfico es escaso no puede generar en el chofer la representación de que en ese caso concreto sea probable matar a alguien. Es cierto que, eventualmente puede ser que justo alguien a esa hora pase por la esquina, pero es una posibilidad objetivamente remota, razón por la cual, si en las circunstancias del ejemplo se produce algún resultado ilícito deberá ser imputado a título culposo.-

8. DIFERENCIA ENTRE DOLO EVENTUAL E IMPRUDENCIA. PROPUESTA DE SOLUCIÓN.-

Según Sancinetti, la delimitación entre dolo eventual e imprudencia se establece en base al grado de riesgo asumido por el autor, si éste consideró la posibilidad de la producción del resultado típico como muy remota y actúa en base a esta representación, lo hace con imprudencia 194. Como concepto esto puede resultar correcto, sin embargo la dificultad surge al momento de concretar estos presupuestos teóricos en la práctica. En el capítulo anterior se ha arribado a una conclusión a este respecto que generar inquietudes por aquello de que en muchos casos, hechos sumamente graves y que conmueven a la sociedad serían sancionados solamente como hechos imprudentes o, en el peor de los casos, podrán quedarse impunes si no se prevén las formas culposas de esos hechos. Esta es una intuición común y que cobra fuerza sobre todo en momentos en que se reclama mayor seguridad a través de las sanciones penales. Esta intuición deberá tener una respuesta coherente de la dogmática y de la legislación p derecho penal mantenga su legitimidad social, ya que por in legos en temas jurídicos o personas no especializaciones quienes opinan y cuestionan al derecho penal, es il coni que conforman la sociedad, en su gran mayoría sin comaci que debe otorgar legitimidad a cualquier conjunto de no tiempo esta realidad es más patente todavía por la tremenda incident opinión ciudadana de los medios de comunicación manejados por grupos que atienden más sus intereses y lo hacen a través de comunicadores que opinan y crean opiniones sobre temas jurídicos basados en criterios ajurídicos. Frente a esta realidad la dogmática deberá construir soluciones que puedan ser adoptadas por la legislación positiva, respondiendo a las exigencias de legitimidad de los legos, pero respetando cuidadosamente principios centrales de las ciencias penales.-

¹⁹⁴ SANCINETTI, Marcelo, Ob cit pág 200 y sgtes.

Para superar la eventual crítica o deficiencia de la solución propuesta en esta tesis en materia de determinación del dolo cuya dificultad se expuso, una alternativa razonable se encuentra en los marcos penales aplicables a los hechos punibles. En ciertos hechos punibles, sobre todo en aquellos que tienen mayor impacto en la sociedad como el homicidio producido en el tránsito terrestre, o en circunstancias catastróficas como el de Ykuá Bolaños o en hechos punibles cuyas consecuencias pueden afectar directamente a toda una comunidad como los que se producen contra el medio ambiente, u otros recursos que pertenecen y afectan a grandes grupos de personas como el agua, etc., muchas veces son producidas culposamente o, al menos, resulta sumamente dificil probar el dolo, motivo por el cual los Tribunales se ven obligados a dar por acreditado el dolo más por el afán de imponer sanciones altas con el fin de satisfacer exigencias sociales que por otra cosa. Estas incoherencias de la jurisprudencia pueden superarse tranquilamente sin violentar ningún principio dogmático o probatorio aumentando el marco de sanciones para los hechos imprudentes con injustos graves y que ocasionen conflictos probadament convivencia social. Por ejemplo, al conductor que cruza a 1 semáforo en rojo a la medianoche cuando no se veía a mante cero tres niños vendedores de diarios que justo en ese momento p lugar ofreciendo sus diarios, dificilmente se le puede par el quizás el grado de injusto de su acción y el conflicto que la producido merezca una pena mayor a cinco años de privación de libertad. Un caso horrorosamente real es el que se ha producido en la tragedia del Ykuá BOLAÑOS, supuesto en el cual y siendo dogmáticamente honestos, sería casi imposible probar el dolo de los dueños del Supermercado, pero el Ministerio Público tuvo que imputar y seguramente acusará y serán condenados como autores dolosos los propietarios porque nadie quiere imaginarse lo podría pasar si los mismos fueran condenados únicamente como autores culposos. En supuestos como este último bien puede establecerse marcos penales que hasta podrían equipararse a los de los hechos dolosos, tomando en cuenta la gravedad de los injustos en cada caso

concreto, pudiendo elevarse vgr el marco penal para los homicidios culposos hasta los quince años o inclusive más de privación de libertad, tal como lo hace el CP de Paraguay en algunos hechos punibles y que será motivo de demostración en el transcurso de este trabajo.-

En la actual legislación penal paraguaya, puede establecerse que, al menos en algunos hechos punibles con importante incidencia en la convivencia social, existe mucha diferencia entre los marcos penales aplicables a los hechos dolosos y los aplicables a las formas culposas de esos mismos hechos. V.gr., en el homicidio la mínima de la figura dolosa simple es cinco años de privación de libertad y la máxima de quince años (art 105 CP), mientras que la forma culposa tiene como límite superior del marco penal en cinco años de privación de libertad (art 107 CP). Ensuciamiento y alteración de las aguas, el tipo básico prevé la pena privativa de hasta cinco años o multa y cuando el hecho estuviera vinculado con una actividad industrial, comercial o de administración pública, la pena podrá ser aumentada hasta diez años. Cuando este mismo hecho se realiza en forma culposa, el autor puede ser sancionado con una pena privativa de libertad de hasta dos años o multa. Situaciones simplemose observados sgtes hechos punibles: contaminación del Taineg A DI procesamiento ilícito de desechos.-

Sin embargo, en nuestro CP existen tipos canales donde (125) ferreiro de punibilidad entre el hecho doloso y el culposono en exegerativo permital juzgador realizar su trabajo con amplia libertad, sin estidad de currir a ficciones, ni forzar conceptos, ya que, ante un injusto grave, por más que no pueda probarse el dolo, tiene a disposición una alternativa de sanción para la forma culposa adecuada a la gravedad del injusto. Algunos de los tipos penales que marcan el camino correcto para la solución del problema de la diferencia de punibilidad entre los hechos punibles dolosos y culposos son los sgtes: art 203 inc 4º CP, Producción de riesgos comunes: El que mediante una conducta dolosa o culposa causara una situación de peligro presente de que se realice un resultado señalado en el inciso 1º, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa. El

art 111 CP, establece un marco penal de hasta un año de pena privativa de libertad o multa y el art 113 por su parte, prevé la misma escala para los casos de lesión culposa. Aquí se demuestra la necesidad de aumentar el límite máximo de pena aplicable para ciertos casos de imprudencia con injustos mayores, ya que conforme al art 113, por más que el autor haya causado por su grave imprudencia lesiones graves, podrá recibir eventualmente la misma pena que el autor culposo de una lesión simple. Igualmente en el delito de exposición de personas a lugares de trabajo peligrosos art 205 CP, que prevé para el autor doloso una máxima de cinco años de privación de libertad o multa, mientras que para el mismo hecho cometido culposamente establece una máxima de tres años o multa. Política similar a los supuestos ya citados siguió el CP en los delitos de comercialización de medicamentos nocivos (art 206); comercialización de medicamentos no autorizados (art 207); comercialización de alimentos nocivos (art 208); etc. En todos estos supuestos típicos pueden recaer en los casos concretos sanciones más graves para un hecho imprudente que para uno doloso. Obsérvese que en el caso del supuesto típico previsto parello 205, que prevé una máxima de cinco años de prisión nati doloso y de tres para los casos de imprudencia hipótesis del mínimo de seis meses, es perfectamente factibl doloso se le imponga el mínimo y a otro culposo el má privación de libertad. La medición de la pena, lógica trente de en el grado de injusto y en los parámetros establecidos por Esta alternativa que proporciona la legislación penal paraguaya es loable, ya que no obliga a los jueces a "inventar" dolos en supuestos en que la gravedad del injusto requiera una determinada sanción que no podría aplicarse si se considerara al hecho como imprudente por el marco penal marcadamente inferior establecido para este supuesto.-

Especial mención merece los atentados al tráfico civil aéreo y naval cuya regulación en el art 213 se da de la sgte manera: 1º El que:

- 1. aplicara fuerza o vulnerara la libre decisión de una persona o realizara otras actividades con el fin de influir sobre la conducción u obtener el control de una aeronave civil con personas a bordo o de un buque empleado en el tránsito civil; o
- 2. utilizara armas de fuego o intentara causar o causara una explosión o un incendio con el fin de destruir o dañar dicha aeronave o buque o su carga a bordo,

será castigado con pena privativa de libertad de cinco a quince años.-

2º El que mediante un hecho señalado en el inciso anterior causara culposamente la muerte de otro, será castigado con pena privativa de libertad no menor de diez años.-

El inciso segundo del art 213 es una claro ejemplo donde se observa que un hecho culposo inclusive puede recibir la pena máxima prevista para uno doloso. Al establecer esta regulación que la pena privativa de libertad para la muerte culposa producida en las condiciones descriptas no puede ser menor de diez años, abre la posibilidad de que pueda imponérse pena de hasta veinticinco años de prisión que es la máxima prevista para supuestos de homicidios dolosos agravados en nuesto Como a la máxima pena que puede imponerse conforme a la maxima legislación paraguaya.

La solución propuesta al problema de la determinación de dolo/y su diferenciación con la imprudencia ya tiene consagración legislativa en los supuestos citados en los párrafos anteriores. Lo que se propone en esta obra es que la política legislativa consagrada en los mencionados supuestos, sea adoptada como principio general de todo el sistema penal. La idea es pasar de lo casuístico a lo general.-

CAPÍTULO IV: MODELOS COMPARATIVOS DE APLICACIÓN

1. EL INSTITUTO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA Y EN LA DOCTRINA

1.1. ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO INTENTADO 195.-

Elementos que componen el tipo subjetivo de sattentativa.
Elementos que componen el tipo subjetivo de sattentativa.
TENGO A LA MISTA. CONSTE. ORIGINAL

La voluntad de cometer el delito.-

Este elemento es inherente al origen mismo del delito. La conceptualización de la tentativa, co carácter general dentro de la teoría del delito, surge al ad-Penal italiana el fracaso que representan las acciones intentadas desde la perspectiva del autor, cuya voluntad se dirigía a la producción del hecho consumado. La voluntad de cometer el delito, que trasciende en la tentativa al daño que objetivamente se ha producido, constituye, pues, un elemento indispensable (el "cogitare") del inicial concepto de tentativa. A partir de este hecho las teorías subjetivas han fundamentado la punición de la tentativa en este elemento subjetivo. Sin embargo, cuando la doctrina penal, deseosa de apartar de la teoría del delito en general y de la tentativa en particular toda concesión al subjetivismo, restringe el concepto de tentativa a través de módulos objetivos, tampoco pueden prescindir de la voluntad manifestada de cometer el delito como primer elemento del delito intentado. Este hecho resulta evidente ya que es preciso conocer cual es la voluntad

¹⁹⁵ En este capítulo se sigue integramente la descripción hecha por Farré T en su obra citada, principalmente por una cuestión didáctica en razón de que las explicaciones de esta autora son muy claras y representan la posición tradicional de la doctrina. Ya en el capítulo dedicado al dolo se demostrarán las diferencias con esta doctrina tradicional en cuanto a la función de la voluntad como elemento subjetivo del dolo.-

del autor para poder determinar si concurre una tentativa de delito y, en concreto, de qué delito se trata.

En determinadas acciones solo el conocimiento de la voluntad del autor permitirá precisar si se trata de una acción indiferente al Derecho punitivo o, por el contrario, de una acción delictiva. Puede pensarse en el suceso cotidiano de quien en un almacén toma en sus manos mercancías para examinarlas. Si su intención es salir huyendo con ellas, para apoderarse de las mismas, en cuanto se presente una buena ocasión para ello, puede mantenerse que el hecho constituirá ya una tentativa de hurto. En cambio, la misma acción, idéntica desde el punto de vista objetivo, es totalmente indiferente al penalista si lo único que desea el cliente es examinar la mercancía con más detalle.-

En otros casos el elemento subjetivo constituye la única forma de distinguir entre los diversos tipos penales que pueden aplicarse inicialmente ante una misma acción. Es el conocimiento de la voluntad delictiva del autor lo que nos permite deducir por ejemplo, si nos en tentativa de violación o bien ante unos abusos deshonestos con exactamente igual sucede con el binomio, tan fre compuesto por las lesiones consumadas y la tentat (tentativa acabada en la denominación actual) delimitación solo es posible si se conoce la volunta momento de realizar la acción. Esta cuestión, indiscutida y clara punto de vista teórico, no siempre es fácil de solucionar en la practica. Para dar una respuesta a esta problemática de carácter probatorio, el Tribunal Superior de España ha elaborado durante años una serie de criterios de carácter objetivo, que, en la actualidad se han impuesto totalmente. En este sentido expone, por ejemplo, el STS. De 10 de febrero de 1.982 (A. 644): "ante la infranqueabilidad e impenetrabilidad del intelecto humano, donde yacen recónditamente las intenciones, es preciso indagar o inquirir cual fue el verdadero propósito del sujeto activo, acudiendo, para desentrañar tan ardua cuestión, a los actos exteriorizativos, de naturaleza objetiva, que, siendo anteriores, coetáneos o posteriores al suceso, esto

acompañándolo, circundándolo o aureándolo revelen esta incógnita intención".-

Las consideraciones expuestas ponen, pues, de relieve que en la tentativa de delito la voluntad de cometer el delito constituye un elemento del tipo, lo cual se despende de la propia función clasificadora que cumple el tipo penal.-

La resolución de cometer el delito se ha recogido de forma expresa en algunas legislaciones como elemento de la definición del delito intentado. Así sucedía en el Código Penal español de 1822, que concebía la tentativa como "la manifestación del designio de delinquir, hecha por medio de un acto exterior...". También se recogía abiertamente en el Código Penal alemán de 1871 que castigaba en el § 43 a todo aquel que "haya manifestado la resolución de cometer un crimen o un delito... si el delito propuesto no llega a consumarse". En cambio, el actual StGB, en su párrafo 22, no se refiere expresamente a la voluntad de cometer el delito, si bien la doctrina alemana ha puesto de relieve que no existe entre ambos preceptos, en relación a este punto, ninguna diferencia. Según Farré, la necesidad de una resolución de cometer el delito se desprende de la exigencia de un iniciar el tipo según la representación del autor. Claragie evolución de la legislación penal alemana acerca del conte desde la exigencia de la presencia del elemento yanim conclusión extraída por Farré T de que la necesidad, implica, al mismo tiempo, la exigencia de la intention ce dolo, no se comparte en esta tesis según se demostr dedicado al dolo.-

Lo mismo ha sucedido en relación al art. 3,3 del Código Penal español, ya que, aun a partir del C.P. de 1848 no se ha hecho mención expresa de este elemento, la doctrina española ha mantenido de forma unánime que éste constituye el primer requisito de la tentativa de delito. Sin explicitar más, Rodríguez Muñoz y Puig Peña han considerado que la exigencia de la resolución de cometer el delito se desprende de la redacción del art. 3,3, aunque este no la mencione expresamente. Córdoba Roda

señala que la existencia de hechos externos que implican actos de ejecución directa, presuponen una voluntad de ejecución. Por su parte, Rodríguez Mourullo ha puesto de manifiesto que la exigencia de una voluntad de cometer delito es más fácil deducirla del párrafo tercero del art. 3, que regula la tentativa, que del párrafo 2, relativo a la frustración si bien el elemento subjetivo debe exigirse igualmente en el delito frustrado, ya que en aquel la fórmula "y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito, por causas o accidentes que no sean su propio o voluntario desistimiento" quedaría privada de todo sentido si no se presupone que el autor dio comienzo a la practica de los actos ejecutivos con la intención de cometer el delito. Por su parte, Núñez Barbero ha interpretado el término "directamente" como la expresión legal de la voluntad delictiva exigida en la tentativa. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el adverbio "directamente" también cumple en el art. 3,3 la función de señalar el comienzo de la tentativa.

A diferencia de los autores citados, quienes extraen de la descripción legal de la tentativa la resolución de cometer el delifo. Cerezo Mir, de acuerdo con el planteamiento finalista, la deduce de la escuciara obtológica de la misma y en este sentido afirma que a la esencia de la consecución de un finalista, en este caso el delito.

Además de la doctrina, también el Tribunal para el participa de la tentativa, utilizando para ello diversa terminología. En ocasiones ha hablado de ánimo de cometer el delito, en otras del propósito, el plan o bien la finalidad, la voluntad y mayoritariamente de la intención de cometer el delito. También en el caso español se observa que el esfuerzo realizado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia en incluir a la voluntad como elemento de la tentativa, que implica también como elemento del dolo, no cuenta con más apoyo que la creencia tradicional de la doctrina sobre la cuestión. Ni la legislación exigía la intención y tampoco la estructura ontológica de la acción autoriza

coincidir con la posición de la doctrina y jurisprudencia españolas. Toda acción necesariamente debe estar dirigida hacia una finalidad, quien ejecuta una acción, si está en pleno uso de sus facultades mentales, indefectiblemente debe obrar con una cierta intencionalidad. Ahora, de esto no puede deducirse que para que una acción sea dolosa inevitablemente deberá haber "un ánimo" delictivo.-

Los especiales elementos subjetivos del tipo.-

El segundo elemento que compone el tipo subjetivo de la tentativa de delito son los especiales elementos subjetivos del injusto en todos aquellos casos en que el correspondiente delito consumado los exige. Desde que la existencia de estos elementos subjetivos y la necesidad de configurar el injusto en determinados delitos, ha sido aceptada por la doctrina, no se ha puesto en duda que la concurrencia de los mismos es indispensable también para configurar el tipo subjetivo del delito intentado. Para que exista una tentativa de hurto, por ejemplo, no basta con que concurra la voluntad de tomar una cosa mueble ajena, sino que es preciso también que se de el ánimo de apropiarse de ella y de obtener una ventaja para financial. Para que exista una tentativa de infanticidio no es suficiente que la madre o los abuelos maternos den principio a la muerte del caractero do, masta con que concurra la voluntad de además es preciso que lo hagan para ocultar la deshonra.

1.2. LA VOLUNTAD DE COMETER EL DESTROPPE EL DOI

Al iniciar la exposición de la parte subjetiva del delito infentado se ha señalado que generalmente se afirma la existencia de una total identidad en cuanto al tipo subjetivo, o bien la parte subjetiva del delito intentado según la teoría del injusto que se mantenga, y del delito consumado.-

La completa identificación de la resolución de cometer el delito en la tentativa con la voluntad de cometer el delito propia de la consumación era ya la posición dominante en Alemania durante la vigencia del Código Penal de 1871. Del actual párrafo 22 deduce también la doctrina alemana la exigencia del dolo de cometer el delito consumado, como presupuesto de la

tentativa. No existe, sin embargo, acuerdo sobre la expresión con la cual el legislador alemán ha manifestado esta exigencia de dolo. Un sector doctrinal defiende que de la expresión "según su representación del hecho" se extrae tanto la necesidad del elemento intelectual como del elemento volitivo del dolo. Mientras que otro sector doctrinal mantiene que con la citada expresión se ha querido señalar únicamente el elemento intelectual del dolo, en tanto que el elemento volitivo se deduce de "dar principio inmediatamente a la realización del tipo". Una vez más se evidencia que la doctrina deduce que el dolo requiere necesariamente un elemento volitivo, más para responder a la autoridad de la tradición que a la estructura misma de la tentativa legislada en el StGB.-

En la doctrina española se ha equiparado también la voluntad de cometer el delito propia de la tentativa con el dolo de la consumación.-

No obstante, frente a esta posición mayoritaria se han señalado, por parte de diversos autores algunas diferencias entre la voluntad de cometer el delito como elemento subjetivo de la tentativa y el dolo del delito consumado. En algunos casos se ha mantenido que la resolución de delinquir en la tentativa no es equiparable al dolo, ferntico en el delito tentado y consumado. Desde otro punto de vista se has tentativa concurre un dolo distinto del dolo del delito coincide con la resolución de dilinquir. Sin embrago di diferencias cualitativas señaladas por distintos autores desde el punto de vista cuantitativo no puede afinara entre las voluntad de cometer el delito, propia de la tenta voluntad delito consumado. En el delito intentado, frente al delito consumado, el autor solo ha realizado parcialmente su voluntad delictiva, puesto que no ha llevado a cabo todavía todos los actos necesarios para la consumación, ya que de otra forma se habría traspasado el estadio de la tentativa. En ésta el sujeto activo solo ha demostrado ser capaz de una realización parcial. Ciertamente puede afirmarse que la intensidad delictiva potencial puede ser en la tentativa, no solo idéntica, sino incluso superior a la del delito consumado. En muchas ocasiones, el autor, detenido en su realización, se

hallaba dispuesto a consumar el delito con mucha mayor energía criminal que aquel, que, por no haber sido detenido durante el proceso delictivo, ha llegado hasta el final del mismo, pero que dudaba hasta el ultimo momento de su realización. Sin embargo, lo único que se ha demostrado es que en el ultimo caso el autor ha llegado hasta el fin en su ejecución, en tanto que desconocemos si en el primer hubiese sido capaz de realizar el hecho por completo. Este diverso grado de voluntad manifestada permite diferenciar, también en su aspecto subjetivo, el delito intentado del consumado. Aun cuando se afirme que el contenido de la voluntad delictiva de la tentativa y en la consumación es idéntico, no puede afirmarse, en cambio, que sea idéntico su grado de manifestación. Esta diversidad en el aspecto subjetivo ha sido aceptada desde antiguo por la doctrina subjetiva de la tentativa, que ciertamente en no pocas ocasiones ha exigido consecuentemente la atenuación obligatoria de la pena de la tentativa frente a la pena del delito frustrado y de la consumación.

La voluntad de cometer el delito:

Un elemento subjetivo distinto del dolo.

Este sector doctrinal, del cual puede decirs and constiture una posición intermedia entre la teoría causalista estricta y la teoría del injusto actualmente dominante, considera que la relación de cometer un delito no se identifica con el dolo. No se trata de distinguir la resolución de cometer el delito del dolo del delito consumado conformando un dolo de tentativa, sino que estas posiciones separan por completo la resolución de dilinquir, elemento subjetivo del injusto de la tentativa, del dolo, idéntico en la tentativa y en la consumación.-

Resolución de delinquir: elemento subjetivo del injusto.-

La teoría clásica del delito partía de un concepto de antijuricidad completamente objetivo, relegando a la culpabilidad todo lo subjetivo de la acción. Para los causalistas clásicos no existía entre resolución y dolo

ninguna diferencia, ni en cuanto a su contenido, ni en cuanto a su colocación sistemática. En la tentativa, al igual que en el delito consumado, el dolo pertenecía a la culpabilidad. El dolo se consideraba como una clase o forma, o bien elemento de la culpabilidad, 196,197 pero en todo caso siempre formando parte de esta categoría de delito. 198

La punición de la tentativa de delito condujo, sin embargo, a la teoría causalista a una modificación fundamental, pues el delito intentado exige el tratamiento de la voluntad del autor ya en el injusto y no en la culpabilidad como la teoría causal propia. Al no consumarse el hecho la acción intentada puede parecer absolutamente irrelevante si no se tiene en cuenta la finalidad perseguida por el autor, y aun cuando no se estime irrelevante, no siempre será fácil determinar a qué delito se esta dando esprincipio. Estas consideraciones condujeron a la doctrina causalista a deplar que el dolo constituye, excepcionalmente en la tentativa, un cione nto situativa injusto.-

Primeramente había negado Mezger, defe con de esta posiciona toda conexión entre la resolución de cometer el delito de culcidad. Esta intención (la resolución) no es culpabilidad, sino parte del injustamen el concepto de culpabilidad no tiene lugar." Pero ya en Vom Sinn der

¹⁹⁶ Así, Sauer, DP Pág. 148. esta diversa denominación se debe a la evolución que sufrió la teoría de la culpabilidad, que inicialmente había sido definida como dolo o imprudencia y mas tarde como reproche al autor por su hecho. La evolución de un concepto psicológico de culpabilidad a un concepto normativo fue iniciada por Frank en "Aufbau des Schuldbergriffs" (1970), en donde considero por vez primera la culpabilidad como reproche al autor por su hecho.

¹⁹⁷ Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que el concepto de dolo incluía generalmente para los autores causalistas además del conocer y querer las circunstancias del hecho, el conocimiento de la antijuricidad del mismo. Muy claramente en este sentido se expreso todavía Sauer, para quienes el dolo podía considerarse como conocimiento del injusto que el autor quiere y causa, por tanto no comprende únicamente el conocimiento de las circunstancias del hecho, sino también el conocimiento de su peligrosidad social, de su contradicción con las consideraciones ético-sociales de la comunidad de Derecho.

Desde una perspectiva completamente distinta de la causalista, coloca también Mayer la resolución de cometer el delito de la tentativa, idéntica al dolo de consumar el delito, en la culpabilidad. Este autor construye lo que el llama "sistema total", en el cual la antijuricidad y culpabilidad aparecen como una unidad dialéctica e intimamente relacionadas. No es posible afirmar la existencia de un injusto sin culpabilidad, pero tampoco de culpabilidad sin injusto. El delito se define como voluntad objetivada, y así se constituye esta perfecta unidad externa e interna. Al injusto le corresponde únicamente, pero en todo caso, la parte externa del hecho. El injusto es objetivo en el sentido de que constituye la forma externa que adquiere la voluntad. A la culpabilidad pertenece todo aquello que fundamenta la responsabilidad interna del autor. El juicio que supone la antijuricidad no puede hacerse sin comprobar que la acción es subjetivamente imputable. Por consiguiente, la antijuricidad conlleva la culpabilidad. Tan solo puede afirmarse que un hecho es antijuridico cuando es imputable subjetivamente a su autor, es decir, cuando encuentra su origen, medida y finalidad en la voluntad de un hombre psíquicamente sano. Pero al mismo tiempo el injusto objetivo es la unica fundamentacion segura sobre la cual pueden construirse las determinantes de la parte subjetiva; es decir, también la culpabilidad conlleva la antijuricidad.

strafrechtlichen Tabestande modificó su posición "siguiendo a Frank", en el sentido de considerar la resolución de cometer el delito como un elemento subjetivo del injusto, pero también parte de la culpabilidad. A la resolución corresponde el conocimiento de las circunstancias y de la dirección final del hecho, en tanto que al dolo corresponde además el conocimiento de la antijuricidad, el contenido del dolo es, pues, más amplio que el de la resolución. A esta última, por constituir, además de un elemento subjetivo del injusto, una parte del dolo, se la denomina también dolo por los partidarios de esta posición.-

En la doctrina española también mantiene una doble posición en cuanto al elemento subjetivo de la tentativa Rodríguez Mourullo. Según este autor, la antijuricidad de la tentativa, al igual que la del delito frustrado (tentativa acabada), se integra por un elemento objetivo y uno subjetivo. El primero tiene lugar mediante la creación de un peligro de causación de una lesión objetiva para el bien jurídico protegido. El elemento subjetivo del injusto consiste en la intención de consumar el be ha previsto en la ley como delito. Este elemento subjetivo, que puede definir o la resolución de voluntad de cometer el delito la malicia, pues no comprende, como achélla antijuricidad. Este último elemento pertene a culpabilidad debe situarse, en opinión de Rodrígue por otra parte, en la tentativa (e igual en la frustración sente coincide plenamente con el dolo del delito consumado. En la parte subjetiva de las tres figuras delictivas existe completa identidad cualitativa y cuantitativa.-

La resolución, equiparable a la intención, distinta del dolo.-

Apartándose de los sistemas clásicos seguidos generalmente en la construcción de la teoría del delito, Scmidhauser, y recientemente Alwart, han configurado un nuevo sistema, que han denominado sistema teleológico, que pretende ser una síntesis entre la teoría causalista y la teoría final de la acción y del injusto. Esta posición, que ciertamente se ha

considerado que viene a configurar un sistema intermedio entre las dos teorías anteriormente citadas, afecta a toda la teoría del delito y no sólo al delito intentado; no obstante, en la tentativa de delito adquiere una gran relevancia al contribuir a limitar en cierta medida el ámbito de su punibilidad.-

El desvalor de la acción, único que conforma el injusto de la tentativa, puede configurarse, segúb Schmidhauser, a través del desvalor de la finalidad (Zielunwert), o bien a través del desvalor del peligro (Gefahrdungsunwert), o bien a través de ambos. Esta es la teoría del intentar intencional y del intentar peligros de Schmidhauser y Alwart. En el intentar intencional el autor se dirige a la lesión de un bien jurídico. Dicha lesión constituye el fin de su acción. En el intentar peligroso el autor manifiesta una voluntad que crea peligro para el bien jurdíco, cuya lesión aquel no persigue. Ambas formas de intentar pueden concurrir a la vez – tentativa intencional y peligrosa- o separadamente – tentativa intencional no peligrosa y tentativa peligrosa no intencional. Si se diera, lo cual es perfectamente posible, una tentativa no intencional propersional por faltar en ella por completo el desvalor de la acción deberá para la perfectamente.

Schmidhauser afirma que "el juicio de pelis o de la realización ante, es decir, que tiene el carácter de provéstico, pere la base en la se fundamenta esta prognosis debe considerarse en pos les decir, deben tenerse en cuenta todos los hechos conocidos y la le este la naturaleza. El juicio de peligro se formula independientemente de si el actuante o alguna otra persona puede reconocer o reconoce el peligro. Es por ello de naturaleza objetiva y general". Farré Trepat concluye a partir de estas ideas que la exigencia de un desvalor del peligro en la tentativa permite excluir de la punición la llamada tentativa inidónea, cuando tampoco concurre el desvalor de la intención²⁰⁰.-

Una tentativa intencional (Zielversuch) concurre cuando el autor se dirige a la lesión del bien jurídico y ha llegado a un estado próximo a su

SCHMIDHAUSER/ Alwart, AT, pág 344, 11/29 y Alwart, Strafwurdiges Versuchen, pág
 172 ss. Cita tomada de Farré T, Ob cit p 74, nota 48. FARRÈ, T, E, Ob ci t pág 74.-

meta. La tentativa intencional concurre sólo cuando el autor tiene intención de lesionar al bien jurídico, o según Schmidhauser, "quiere" lesionar el bien jurídico. Aquí Shcmidhauser llega a la misma conclusión que esta tesis pero partiendo de un presupuesto distinto, teniendo en cuenta que para este penalista el dolo formaba parte de la culpabilidad. Sostiene que el "querer", "finalidad" de lesionar el bien jurídico no debe confundirse con el dolo; el dolo integra la culpabilidad y está constituido por la conciencia del hecho y de la antijuricidad.

Esta posición de Schmidhauser de considerar el peligro sin tomar en cuenta la representación del actuante sino en base a datos conocidos con posterioridad por el juzgador, es insostenible, como es insostenible cualquier análisis que prescinda del elemento cognosicitvo de quien ejecuta una acción. Una acción sin representación es penalmente irrelevante; las circunstancias no representadas por el agente no le son imputables, por lo que imputar peligros no representados por el autor extítulo de dolo es una inconsecuencia.-

La tentativa y el dolo eventual

Directamente relacionada con la problematica que nos seufa es decir, la voluntad de cometer el delito de la tentativa y el dolo res encuentra la cuestión relativa a la punibilidad de la tentativa con dolo eventual. Mientras que la punición de la tentativa con dolo directo de primer y segundo grado nunca ha sido objeto de discusión, por lo menos en relación a la tentativa idónea, en diversas ocasiones se ha discutido la punibilidad de la tentativa con dolo eventual. Es cierto que en un primer momento esta discusión se encontraba relacionada con la oscuridad existente en torno al dolo eventual, que a menudo aparecía entremezclado con otras clases de dolo. Pero su progresiva delimitación de las restantes formas de dolo trajo como consecuencia la aceptación mayoritaria de la punición de la tentativa con dolo eventual sin excepción alguna, siempre que el delito consumado lo

^{201 &}quot; .. " son del autor de esta tesis.-

admita, sin embargo, más recientemente se ha planteado de nuevo esta cuestión desde diversos puntos de vista, en un intento de limitar la punición de la tentativa con dolo eventual por lo menos en algunos supuestos, que no parecen merecer el mismo tratamiento que las restantes formas de dolo.-

Frente a lo que a primera vista pudiera parecer, algunos autores han señalado que este no constituye un problema de limitado interés práctico, sino que la tentativa con dolo eventual, o dolo condicionado, como un sector de la doctrina alemana prefiere denominarlo, concurre frecuentemente, "por lo menos...tan frecuentemente como el delito consumado con dolo eventual". Sin embargo, es cierto que por la misma naturaleza del dolo eventual, no es siempre sencillo poner de manifiesto su concurrencia cuando el resultado no se ha llegado a producir o ni siquiera se han ejecutados todos los actos necesarios para la producción del delito.

Posición dominante: Punibilidad de la tentativa con dolo eventual en todos los casos

Posición doctrinal

Ciertamente, el estimar que la tenta en processa una clase determinada de dolo, sino que para su concurrencia cuata de forma dolo es suficiente, con la única limitación que no lo sea también para el delito consumado correspondiente, ha sido la posición dominante en la doctrina en todo momento y que en la actualidad se ha impuesto sin oposición. Ya en esta posición se manifestó Zacharia en el año 1836, quien expuso que el delito intentado no precisaba un dolo "determinado", sino que bastaba con la concurrencia de un dolo "indeterminado", incluyendo en este concepto tanto el dolo eventual como el dolo alternativo.

La misma posición se mantuvo de forma dominante en la doctrina alemana después de la publicación del StGB de 1871, pues, como ya se ha expuesto, se equiparaba el termino resolución del § 43 al dolo de cometer delito sin excluir ninguna de sus formas. Igualmente después de la publicación del § 22, ha considerado la doctrina dominante alemana la

punibilidad de la tentativa de todas sus formas de dolo, sin excluir, por lo tanto, el dolo eventual. En este sentido se han manifestado Dreher, Lackner, Blei, Jescheck, Eser, Rudolphi, Petters-Preisendanz y Wessels, entre otros.

También en la doctrina española se ha estimado punible la tentativa con dolo eventual por aquellos autores que han planteado esta cuestión. En este sentido se han manifestado Rodríguez Mourullo, Antón Oneca y Jiménez de Asúa.

Si bien es cierto que los partidarios de esta posición omiten generalmente una justificación de la misma, en realidad ésta constituye la lógica consecuencia de la total identificación, que llevan a cabo la mayor parte de los autores, entre la parte subjetiva del delito consumado y de la tentativa de delito. Así lo puesto de manifiesto Rodríguez Mourullo para el delito frustrado, que en su elemento subjetivo se considera idéntico al delito intentado: "desde la perspectiva cualitativa, la identidad entre el elemento subjetivo del delito frustrado y consumado se tractar en la necesidad de admitir para el delito frustrado las misma clases de dolo que para al delito consumado. Si basta para la existencia del delito frustrado eventual, deberá estimarse necesario también para el delito frustrado

Posición jurisprudencial

El Tribunal Supremo alemán ha admitido desde antiguo la punición de la tentativa con dolo eventual. Ni siquiera la antigua definición de la tentativa de delito, que se expresaba en el § 43 del Código Penal de 1871, y que exigía la existencia de una "resolución" de cometer el delito, fue considerada un obstáculo para la admisión del dolo eventual. En este sentido se manifestó ya R.G. en el año 1885. en aquel caso, en el cual el acusado había intentado incendiar un edificio e igualmente se había planteado la posibilidad, y lo había aceptado, de que alguien se encontrara en el interior del mismo, considero que concurrían en concurso ideal una tentativa de homicidio con dolo eventual y una tentativa de incendio, en base a la siguiente argumentación: "Ninguna forma de dolo excluye la posibilidad de una tentativa. La ley exige la resolución de cometer un delito

y la manifestación de esta evolución a través de acciones de ejecución, sin distinguir si la resolución se dirige al desarrollo de una o varias intenciones delictivas, y en este ultimo caso, si se había dirigido a los resultados delictivos en forma directa, alternativa o eventual.

En el mismo sentido se ha manifestado B.G.H. repetidamente.

También la jurisprudencia del Tribunal Supremo español ha admitido la punición de las formas de imperfecta ejecución cometidas con dolo eventual. La posibilidad del dolo eventual en estos casos se ha aceptado, entre otras, en la STS. De 17 de junio de 1982 (A. 3543), en la que se señala que "el dolo que reclama la infracción delictiva del homicidio puede ser directo o de resultado querido, o el eventual o de muerte aceptada o asentida". Y concretamente considero que concurría un asesinato frustrado con dolo eventual la STS. De 7 de marzo de 1981 (A. 1228), en la cual se señalo que las circunstancias antecedentes unidas a las concomitantes medio comisivo, situación desprevenida de la virtua, y entidad de las lesiones- "revelan que la muerte fue representada y que ida de la septada voluntariamente como resultado posible o exentual".

Asimismo, la STS de 30 de enero de 1982 (A. 1835), en cual el acusado, instigado por su hijo que lo incitaba cruatar a des alla centidos, había repartido golpes con un cuchillo a grandes contratar a des hirfendo a varios de ellos en distintas partes del cuerpo, castigo por centativa de homicidio con dolo eventual. El T.S. justifico esta calificación alegando que "forzosamente se ha de entender que al obrar como lo hizo procedió con un dolo indeterminado de causar lesiones o muerte, pero, en todo caso, que al repartir golpes de cuchillo indiscriminadamente a diestro y siniestro, dadas las dimensiones de aquel, es indudable que no pudo dejar de representarse como probables las consecuencias letales que pudieran derivarse de su comportamiento y que hubiese procedido de la misma manera aun cuando se lo hubiese representado como seguro...por lo que es de apreciar la concurrencia de un dolo eventual suficiente de suyo para que proceda calificar los hechos como lo hizo el Tribunal de Justicia...".

Posiciones contrarias a la punición de la tentativa con dolo eventual

La absoluta impunidad de la tentativa con dolo eventual ha sido aisladamente defendida, y en la actualidad esta posición no tiene ya representantes. No obstante, es preciso tomar en consideración que algunos autores rechazan el dolo eventual como forma de dolo acercándolo a la estructura de la imprudencia, y puesto que, la tentativa por imprudencia no es admitida generalmente, la consecuencia que se deriva de ello es que la tentativa con dolo eventual debería permanecer impune.

Textos más antiguos

En primer lugar, debe ponerse de relieve que ya en este sentido de negar la punición de la tentativa con dolo eventual parecian expresarse algunos autores del siglo XIX al negar la posibilidad de tentativa con dolo indeterminado e introducir en el mismo, entre otras formas de dolo, el dolo eventual. Expuso, por ejemplo, Luden que "una acción se considera solamente como tentativa si había sido emprendida en comprobado dolo determinado...no existen tentativas de delitos que se cometan con dolo indeterminado". Y, posteriormente, tras la entrada en comprobado dolo indeterminado". Y, posteriormente, tras la entrada en comprobado dolo determinado". Y, posteriormente, tras la entrada en comprobado dolo indeterminado este alemán, considero igualmente von la producción del delito, mientras que con dolo indeterminado no puede labilitate de untativa, argumentando este autor, principalmente en base a la redacción del 143, que se "exige para la tentativa punible que el delito la sida intencion do (lo cual no puede afirmarse que suceda en los casos de dolo indirecto).

Posición de Stooß

Stooβ, redactor del Código Penal suizo, se detuvo en el examen de la tentativa con dolo eventual, en su estudio destinado en realidad a rechazar al dolo eventual del concepto de dolo. Precisamente uno de los argumentos contrarios a la introducción de aquel en el dolo, lo constituye la imposibilidad de castigar la tentativa de un delito cometido con dolo

eventual. Como ejemplo, expuso el caso de un investigador que diera a uno de sus pacientes, sabiéndolo, una sustancia peligrosa para la salud de éste. Si a consecuencia de la ingestión de esta sustancia el paciente muere o sufre una lesion, el investigador podrá decir con justa razón que el no queria este daño. Y esta disculpa estará justificada porque ni del uso del lenguaje, ni mediante una teoría razonable puede aceptarse en este caso la existencia de una tentativa si el hombre no se lesionara con el experimento. Es una ficción aceptar que el autor en este caso ha estado de acuerdo con el resultado. En este supuesto, el autor ha sabido que a su experimento se halla necesariamente unido un peligro para la vida o integridad física de la victima. En relación a este peligro actúa, pues, dolosamente. Estos supuestos deberían ser regulados por el legislador como delitos de peligro. De esta forma seria posible limitar el dolo de acuerdo con el uso del leguaje y la conciencia jurídica del pueblo a acciones verdaderamente queridas por el autor.

La posición de Stooß no tuvo repercusión. Este hubiera tenido que demostrar, en primer lugar, por qué no es posible castigar la tentativa con dolo eventual, en lugar de acudir a una teoría razonable, al uso del lenguaje y a la conciencia jurídica del pueblo, cuando precisamente la propunidad de la tentativa con dolo eventual era el argumento a favor de la concepto de dolo. Por otra parte, en una activa del dolo eventual del concepto de dolo. Por otra parte, en el sentido del la considera una acción como querida, en el sentido del la considera una acción como querida, en el sentido del la considera una acción como querida, en el sentido del la considera una acción como querida, en el sentido del la considera la considera una acción como querida, en el sentido del la considera del la considera una acción como querida, en el sentido del la considera del la conside

Es muy probable que tanto en Stooβ como en otros autores, que se han enfrentado a esta cuestión, haya jugado un papel importante el hecho, que debe ser puesto de relieve para evitar equivocos, que constituya la diferencia entre el concepto usual de tentativa y el de tentativa de delito. En su acpcion vulgar, tanto el sustantivo tentativa como como el predicado

intentar, tienen un ambito mas restringido que en el Derecho Penal. Ambos términos vendrían a aplicarse en los casos en que la actuación del autor esta encaminada a ala consecución de un fin previamente establecido. Solo cuando el autor persigue la consecución de una meta se habla de tentativa. Puesto que en el Derecho Penal el dirigirse voluntariamente a la producción del resultado propuesto se conoce como dolo directo de primer grado, según lo expuesto, y s i la tentativa de delito debiera corresponderse con la tentativa en sentido usual, solo cabria hablar de tentativa de delito ante la concurrencia de esta clase de dolo. Ello llevaria consigo, no obstante, no solo la impunidad de la tentativa con dolo eventual, sino también la impunidad de la tentativa con dolo directo de segundo grado.

Posición de Lampe

Uno de los pocos autores que se ha ocupado algo mas ampliamente de esta cuestión ha sido E. J. Lampe, llegando a la conclusión de que el dolo eventual no puede, en ningún caso imaginable, fundamentar la pena de la tentativa. En estos supuestos concurre una relación en la imprudencia en el sentido de que en ambos casos se castig el resultado que se plantea como posible se produces del autor frente al resultado, sin embargo, es diversa. autor no acepta el resultado; en cambio en el dolo dente caso en que este se produzca. Lampe argumenta sus anticaciones a tra de supuestos de dolo alternativo, lo cual es perfectamente viable porque acertadamente se ha reconocido en general que el dolo alternativo no constituye una forma independiente de dolo, sino la combinación de dos formas de dolo conocidas; por consiguiente, el lógico que las reglas generales para el dolo directo y el dolo eventual mantengan su validez en el dolo alternativo. Entre otros ejemplos expone Lampe el supuesto de alguien que quiere matar al perro del guardabosques y se plantea también la posibilidad de que su disparo produzca la muerte del guardabosques y no del perro que sa hallaba a su lado, y la acepta. Si el resultado producido es la muerte del perro concurren unicamente daños consumados, y en forma

alguna puede aceptarse la presencia de una tentativa de homicidio con dolo eventual. Si el disparo falla, concurren solo daños intentados. En cambio, si el disparo produce la muerte del guardabosques deberá aceptarse la existencia de un homicidio doloso consumado.

Impunidad de la tentativa con dolo eventual en algunos casos

Más recientemente, por parte de algunos autores se ha pretendido limitar la punición de la tentativa con dolo eventual, sin negar, como las posiciones expuestas, la punición de forma general, sino unicamente cuando no concurren una serie de requisitos necesarios para punibilidad.

Posición de Salm

El punto de vista de Salm consiste en afirma los supuestos de tentativa con dolo eventual, s puede considerarse punible también en algunos llega este autor a partir del desarrollo de su tesis princifundamenta en la culpabilidad realizada en la lesion de bienes jurídicos y creadora de una conmocion jurídica". Concretamente en la tentativa, la punibilidad se fundamenta en "la peligrosidad que para el bien jurídico produce la voluntad manifestada, que impresiona y que conmueve la validez jurídica". Antes de exponer la teoría de Salm con respecto al dolo eventual y la tentativa, es preciso hacer hincapié en el primer requisito que la voluntad peligrosa para un bien jurídico, conmovedora de l validez del Ordenamiento, debe cumplir, y que es su perceptibilidad externa. Solamente aquella voluntad delictiva que sea externamente perceptible, que se haga merecedora de una sospecha, puede considerarse tipica. Si la voluntad no es perceptible no existe sospecha alguna, sin sospecha no concurre tipicidad de la acción y sin tipicidad no puede haber proceso. Percepción de la voluntad y tipicidad se encuentran, inseparablemente unidas.

Si el autor se plantea la posibilidad de producción de un resultado y la acepta, generalmente su voluntad no se manifiesta en un cuadro conmovedor del Derecho, como, en cambio, sí sucede normalmente si el

resultado se produce. En tanto el dolo eventual no se hace externamente visible y se manifiesta conmoviendo la validez del Ordenamiento, lo cual sucede generalmente con la producción del resultado, no puede indagarse sobre la producción de la acción. No corresponde a la Policia ni al Ministerio Fiscal preguntarle al sospechoso sobre lo que ha pensado, indagar sobre aquello que el posible autor ha tomado en consideración. Sin embrago, Salm acepta que esta manifestación de voluntad conmovedora del Ordenamiento se ponga de relieve en algunos casos, no solo a través del resultado sino ya a través de la conducta (como resultado de peligro). En este caso la tentativa con dolo eventual seria punible, pues se habria producido una conmocion del derecho externamente visible.

La concepción del delito de Salm, en donde se mezclan cuestiones de prueba y materiales, no ha tenido acogida en la doctrina. Con respecto a la tentativa con dolo eventual se le ha criticado lo confuso de la terminología que utiliza. Kolz-Ott expone que expresiones como "creadora de conmocion jurídica" estan tan necesitadas de interpretación como el concepto mismo de punición. Idénticas expresiones se encuentran entre los representantes de la teoría de la imprevisión, entre los cuales se le ha incluido.

Posición de Schimdhauser

La especial concepción del injusto y de la llogabilidad que manifiesta Schimdhauser comporta consecuencias para el del la como para el dolo directo de segundo grado, aun cuando este autor no lo ponga de relieve. Si el injusto del delito intentado se fundamenta, o bien en el desvalor de la finalidad o bien en el desvalor del peligro, cuando la finalidad perseguida por el autor sea plenamente irrelevante, o se dirija a la lesion de otro bien jurídico, solo existira una tentativa de delito si en la concreta situación concurre peligro para el objeto de protección. Si éste no concurre, Schimdhauser niega la punición, ya que de otra forma se llegarian a castigar conductas que no comportan ningún peligro para el bien jurídico protegido, y con ello al mas puro Derecho Penal de la voluntad en el cual no se requiere la existencia del injusto.

Por consiguiente, la tentativa con dolo eventual tan solo es punible cuando crea un peligro para el bien jurídico, es decir, que la tentativa inidonea con dolo eventual, siempre según Schimdhauser, permaneceria impune.

Mas recientemente ha perseguido Alwart la posición de Schimdhauser. Este autor distingue entre la tentativa intencional y la tentativa peligrosa, unicas formas en la que la tentativa puede considerarse punible. Una tentativa puede ser intencional, configurada con el desvalor de la finalidad, y no peligrosa. Por ejemplo, A quiere matar a B, apunta su pistola y dispara contra él; sin embargo la pistola estaba descargada.

También puede ser peligrosa (desvalor del peligro) y no intencional. Por ejemplo, A quiere asustar a B disparando una pistola que considera posible que este cargada. Dispara y la pistola esta cargada.

Y, por ultimo, y ello sucede con mucha frecuencia la tentativa puede ser intencional y peligrosa. Por ejemplo, A quiere matar a B disparando una pistola que esta cargada.

En todos estos casos, la tentativa construye una los tario de lito y es, por consiguiente, punible. Puede darse, no obstanto una cuarta combinación: la tentativa no intencional ni peligrosa y este appuesto no es punible. Por ejemplo, A quiere asustar a B y considera posible que la pistola que utiliza para ello este cargada. Dispara pero realmente estaba descargada. El fundamento por el cual la tentativa inidonea, cuando no es intencional, debe permanecer impune, reside en la diversa naturaleza entre el ámbito cognoscitivo y el actuar final. El juicio de desvalor penal no es equiparable en el caso en que el autor coloca un medio para llegar al fin perseguido, a aquel en el que sólo cognoscitivamente ha prevista como segura o posible la lesión.

A pesar del interés que sin duda despiertan las posiciones de Schimdhauser y Alwart, estos autores no consiguen demostrar por qué la tentativa inidonea con dolo eventual, pero también con dolo directo de segundo grado, debe permanecer impune. Ciertamente debe admitirse que el desvalor de la acción será probablemente mayor cuando el autor persiga

el resultado, al de aquellos supuestos en los que la producción del resultado no se persigue. Y que este menor desvalor, fundamento en la menor peligrosidad de la acción, tendrá como consecuencia una menor punibilidad, sin embargo, de estas consideraciones no se puede inferir sin mas la impunidad de estos supuestos. Sobre todo cuando se observa que la forma de determinar el peligro, que estos autores proponen, conduce a considerar como no peligrosas un numero importante de acciones, cuya peligrosidad ex ante parecía evidente. Recordemos el ejemplo que propone Alwart en el que A, con intención de asustar a B, le dispara con una pistola que considera posible que este cargada. Siguiendo la posición de Alwart, la suerte ha favorecido al autor si la pistola estaba casualmente descargada, sin que nadie pudiese advertirlo.

Posición de Kolz-Ott

Esta autora suiza ha sido quien con mas extensión la estada el tema que nos ocupa dedicando una monografía a contación de que no estada eventual. En la misma se llega a la conclusión de que no estada exemilar e en su tratamiento todos los supuestos de tentativa con dolo eventual; al contrario, se considera correcto un tratamiento diferenciado de los términos distinguiendo para ello entre distintos aspectos.

Antes de exponer su posición es preciso señalar que en el trabajo de Kolz-Ott se encuentra a faltar una adecuada fundamentación de sus soluciones, lo cual no solo dificulta su comprensión sino también la aplicación de la misma. Nada claro queda, por ejemplo, cuál es, en opinión de esta autora, el fundamento de la punición de la tentativa, ya que si bien apunta como muy interesante la posición mantenida por Schimdhauser, declara: "para la punición es decisivo si el plan del autor contiene o no una lesión para el bien jurídico" sin que esta afirmación sea justificada ni desarrollada. Esta incertidumbre se hace extensiva a la distinción entre tentativa idónea e inidonea, así como al concepto de peligro, sobre el cual expone: "en mi opinión, debe renunciarse a una definición general del

²⁰² Eventualvorsatz, pag 106

peligro y delimitarlo nuevamente en cada problemática²⁰³, sin que posteriormente vuelva a plantear esta cuestión en relación a lo supuestos que propone y que aquí se expondrán.

Observa Kolz-Ott que el hecho de que una acción haya permanecido en el estadio de tentativa y el hecho de que sea cometida con dolo eventual no son dos fenómenos completamente independientes, sino que, por el contrario, existe una relación entre ambos. Es preciso distinguir entre aquella acción que ha permanecido en el estadio de tentativa porque no se ha ejecutado hasta el final el plan del autor, y aquella que no ha conducido a la consumación porque en la misma existía alguna ración que la hacia inadecuada para consumar el delito. En el primer caso no existe ninguna relación con el hecho de que sea cometido con dolo eventual. Pero por el contrario, entre el hecho de que una acción sea absoluta o relativamente inidonea para consumar el delito y que sea cometida con dolo eventual existe una relación específica. "Toda persona que actúa con dolo eventual duda de la idoneidad de su acción; la componente intelectual del dolø eventual puede ser delimitada como duda sobre la idoneidad de la acción. Por esta razón, en un delito cometido con dolo eventu idoneidad ha permanecido en el estadio de regularmente al dolo eventual en la parte inte (absoluta o relativa) en la parte externa". Esta relac con respecto a la punibilidad o impunidad del eventual, pues una solución única para este problema pare

Por otra parte, debe distinguirse, según esta autora, entre dos formas de dolo eventual. O bien que la inseguridad del autor se relacione con la producción del resultado (dolo eventual con relación a la producción del resultado), o bien que aquella se relaciones con la posible existencia de una circunstancia fundamentadora de la penalidad (dolo eventual relacionado con circunstancia del hecho). La diferencia entre ambos tipos de dolo eventual se fundamenta en que en la primera forma expuesta la inseguridad subjetiva del autor, por lo menos generalmente, se corresponde con un

²⁰³ Eventualvorsatz, pag 74

factor de inseguridad objetivo, es decir, existe para el bien jurídico verdaderamente un cierto peligro. Mientras que cuando el dolo eventual concurre en relación a una circunstancia del hecho constituye una creación totalmente subjetiva, porque la existencia o no existencia de un hecho se da ya en un principio. Por ejemplo, si A vende un coche a B con mala conciencia, no sabiendo exactamente si le pertenece a él o a la firma en la que trabaja, objetivamente no existe ninguna incertidumbre, y por ello tampoco ningún peligro. Si en estos casos el hecho permanece en tentativa, porque la circunstancia fundamentadora de la penalidad no concurría realmente, el dolo eventual no es más que un "fenómeno psíquico-mental en lo interno del autor". ²⁰⁴

Una vez hechas estas consideraciones estima preciso distinguir para su solución entre los siguientes supuestos:

1°) Tentativa de delito inacabada (unvoltendete) idónea cón dolo eventual en relación a la producción del resultado la constante de la constan

Ya que, como se ha expuesto, regun realizat en existe airguna relación entre el dolo eventual y la acción cuyace recueror en sido detenida, estos supuestos son siempre punibles, por lo menos iniciones lo sean el delito consumado con dolo eventual y la tentativa inacabada con dolo directo.

2°) Tentativa acabada con dolo eventual en relación a la producción del hecho

En este caso debe castigarse la tentativa solamente en los casos en que el dolo eventual del autor se fundamenta en una estimación de la situación que sea cierta, es decir, solo cuando exista un peligro realmente existente. La tentativa no debe considerarse punible, en cambio, cuando el autor vea ante sus ojos una peligrosidad que en realidad no existe. El juicio del

²⁰⁴ Eventualvorsatz, pag. 55

peligro que hace el autor y la situación de peligro deben coincidir. En el caso de que el peligro no concurra realmente, el dolo eventual es un suceso puramente interno, un asunto subjetivo, que no debiera ser objeto del Derecho Penal. Esta diferencia se corresponde aproximadamente con la existencia de tentativa idónea e inidónea. La tentativa acabada inidónea con dolo eventual con relación a la producción del resultado es, pues, siempre impune; en cambio, la variante idónea debería ser castigada normalmente.

3°) La tentativa de delito cometida con dolo eventual en relación a una circunstancia del hecho

En este caso existe normalmente una cierta correspondencia o simetría entre la parte interna y la parte externa del hecho, ya que generalmente el dolo eventual y la inidoneidad se basan en la misma cualidad del mismo elemento del tipo. Puede ocurrir, no obstante, con carácter excepcional, que la correspondencia falte, es decir, que el autor dude de la existencia de una determinada circunstancia del hecho que exista verdaderamente y el delito no se produzca por otras circunstancias. En este caso no existe relacione especifica entre el dolo eventual y la inidoneidad, y por esta razón debe afirmarse aquí la penalidad. Pero la situación que se da generalmente en estos casos es otra: el autor duda de la existencia de una de las características del tipo, que verdaderamente falta. Se trata normalmente de una tentativa inidónea. Puesto que la tentativa inidónea se encuentra ya en el límite mas bajo de la punibilidad, no seria correcto casta também la tentativa con dolo eventual. Estos supuestos deben permanecer qual também la causas del poco contenido de injusto que poseen

Voluntad condicionada de realizar la accid

Del dolo eventual se distingue la voluntad condicionada de realizar la acción. La diferencia entre ambos se encuentra en que en el dolo eventual la voluntad de actuar no se halla condicionada. El autor quiere en este caso

realizar la acción, pero no tiene la seguridad de que a través de la misma se produzca el resultado. Por el contrario, en la voluntad de obrar condicionada es la resolución del autor sobre si debe o no realizar la acción lo que se halla condicionado. En este caso, la duda se plantea no sobre si se producirá o no el resultado, sino sobre si quiere o no realizar la acción.

A continuación se plantea la cuestión de si la voluntad de obrar condicionada es suficiente para constituir el elemento subjetivo de la tentativa. En la actualidad, la doctrina dominante en Alemania se expresa afirmando que la resolución de cometer el delito requiere la existencia de una voluntad incondicionada de realizar la acción. Por consiguiente, la presencia de una voluntad de actuar condicionada no fundamenta la tentativa. La doctrina dominante sobre esta cuestión sigue la posición iniciada por W. Schimd, que en un artículo dedicado a este tema ayudo a clarificar esta cuestion.

Ciertamente, ya antes de la publicación de Schimd, manuales y comentarios alemanes hacían alusión a este tema; no obstante los puntos de vista que sobre el mismo se aportaban eran oscuros. Al referirse a la suficiencia del dolo eventual para la tentativa exponía, por ejemplo H Mayer, que naturalmente, la resolución debe constar como decisiva y no puede depender de una condición. Por su parte, Weben seriale que el querer condicionado, es decir, todavía irresuelto, no es dolo en absoluto de el contrario, existe dolo en una resolución condicionada a la material section de un hecho, cuya ejecución todavía depende de la producción accienta de determinada situación.

Igualmente era confusa la situación que ofrecía la justo muericia del Tribunal Supremo alemán, el cual se había expresado en repetidas ocasiones sobre este tema en forma contradictoria. Así, por ejemplo, en la sentencia de 8 de febrero de 1973, que Schimtt considera representativa de la línea seguida por el R.G. en esta cuestión, se consideró que no existía tentativa de un delito de contrabando, no porque, como había afirmado el tribunal inferior, se tratara aun de acciones preparatorias del delito, sino porque si la voluntad de cometer una acción típica esta todavía dependiente

de una condición, carece penalmente de significado. En este caso, el acusado había cosido divisas en una esterilla del coche que estaba decidido a pasar de contrabando a Checoslovaquia, pero tan solo en el caso de que le fuera rechazada su solicitud para el paso de las mismas. El hecho de que en este supuesto existiera una resolución firme por parte del autor para ejecutar la acción y tan solo se hiciera depender la ejecución de la producción de una condición externa la sujeto, motivó las críticas de la doctrina alemana. En otras sentencias, el R.G. mantuvo, sin embrago, la posición contraria, como por ejemplo en la sentencia 16.133, en donde aceptó una resolución delictiva suficiente por parte de aquel que había falsificado una letra de cambio pero quería hacer uso de la misma tan solo en el caso de que la necesitara para la prolongación de otra letra de cambio. El B.G.H. se manifestó generalmente partidario de esta última posición, pero también se encuentran sentencias en donde se sostiene la posición contraria.

A través de la exposición de la doctrina y la jurisprudencia se ha puesto de manifiesto que el concepto de voluntad condicionada aparecía sumamente confuso y resultaba justificado afirmar que casi con las mismas palabras se estaba aludiendo a cosas distintas. Ante esta situación, la aportación de Schmid ayudó en gran medida a clarificar este concepto.

Posición de Schimd

Schmid puso de relieve que detrás de la rio musición voltidad condicionada de obrar se esconden tres situaciones vitale ensicologicamente bien diferenciadas y que también merecen un verso tratamiento menal. Estas conductas son las siguientes:

a) La simple inclinación al hecho

En este caso, el autor no ha tomado aun una resolución definitiva sobre si quiere realizar el tipo. Se encuentra todavía en un estadio de irresolución. Sucede, por ejemplo, cuando alguien amenaza a otra persona con una pistola, cuenta con la posibilidad de disparar a su víctima y para este caso está de acuerdo con el resultado de la muerte. El mismo estado de irresolución concurre en aquellos supuestos en que el autor aplaza la decisión del hecho hasta después de la producción de una condición. El autor investiga primero la situación y sólo tras la obtención de esta información decidirá si realiza el hecho o no. Así sucede, por ejemplo, cuando alguien perfora un agujero en la puerta cerrada del sótano para echar un vistazo en la habitación e informarse de las dificultades y perspectivas que ofrece el robo, para tomar después una decisión definitiva sobre ello. El médico que explora a la embarazada y examina la posibilidad de realizar un aborto que no sea peligroso, retarda su decisión sobre la realización del aborto hasta después de la exploración. Si la resolución para la ejecución de la acción es un requisito para la punición de la tentativa, estos supuestos, que se caracterizan precisamente por concurrir en ellos un estado de irresolución no deben considerarse punibles.-

b) De la situación anterior debe distinguirse la resolución basada en hechos hipotéticos. En este caso, el autor se encuentra decisivamente resuelto a la comisión del hecho; es decir, a diferencia del estadio anterior, ya ha traspasado el estadio de la irresolución, pero hace depender la realización del tipo de la producción de una condición que es ajena a él. Este supuesto concurre cuando alguien se introduce en una casa con intención de robar solo si encuentra algo de valor. En estos caso s se admite la existencia de una resolución delictiva, puesto que la decisión del autor es firme y tan solo es la realización del hecho lo que refluence inseguro. Existirá, por consiguiente, una acción punible en el mónta de consiguiente se haya alcanzado el estadio de la ejecución.

c) La decisión con reserva de desistimie

Este nombre se ha dado al estado en que el autor se ha la resuelto a la realización del tipo, e incluso comienza a ejecutarlo, pero se reserva la posibilidad de desisitir para el caso de que el hecho punible resulte innecesario. En este caso se considera de forma unanime que existe una

resolución delictiva, al igual que en el supuesto anterior, y al comenzar a ejecutar el echo existe ya tentativa de delito. Así, por ejemplo, el autor que se lanza sobre una mujer con intención de violarla solo si es guapa. La punición de estos supuestos la deduce la doctrina de la regulación que el §24 hace del desistimiento. El artículo citado exige que el autor desista verdaderamente y no solo que se reserve la posibilidad de desistir. Aun en el caso de que desista no puede negarse que se han cumplido ya las características subjetivas y objetivas del tipo de la tentativa, y en ellos el desistimiento no cambia nada; todavía menos puede cambiar, pues, el simple reservarse la posibilidad de desistir. Por otra parte, se afirma que el desistimiento en la tentativa es en estos casos involuntario.

Posición dominante en Alemania

de obrar.

La posición de Schimd ha influido decisivamente en la posterior doctrina alemana y puede considerarse que, por lo menos en sus consecuencias, se ha convertido en doctrina dominante. Abiertamente, la sigue Rudolphi y Eser, Maurach/Zipf y Busch. No obstante, la doctrina actual se aparta en su terminología de la posición de Schimd. En el término voluntad condicionada de realizar la acción no se incluyen los tres fenómenos anteriormente citados, sino únicamente el primer supuesto, es decir, la simple inclinación del hecho. Los dos últimos supuestos se incluyen dentro del concepto voluntad incondicionada de realizar la acción, pues se considera que en estos casos el autor se encuentra resuelto a cometer la acción y su voluntad es firme, siendo solo la posibilidad de realización lo que se encuentra condicionado. De esta conjuntad de realización que se ha hecho inicialmente en el sentiente de que la doctrina alemana exige para la tentativa una politicad de sentiente de que la doctrina alemana exige para la tentativa una politicad de considera que la doctrina alemana exige para la tentativa una politicad de considera que la doctrina alemana exige para la tentativa una politicad de considera que la doctrina alemana exige para la tentativa una politicad de considera que la doctrina alemana exige para la tentativa una politicad de considera que la doctrina alemana exige para la tentativa una politica de considera que en estos casos el autor se encuentra resuelto a comprendida la afirmación que se ha hecho inicialmente en el sentiente de considera que en estos casos el autor se encuentra resuelto a comprendida la afirmación que se ha hecho inicialmente en el sentiente de considera que en estos casos el autor se encuentra resuelto a comprendida la afirmación que se ha hecho inicialmente en el sentiente de considera que en esto co

Posición de Jiménez de Asúa y de la doctrina española

También en la doctrina española ha sido considerada la posición de Schimd por Jiménez de Asuúa, quien, después de mencionar los supuestos que señala aquel autor alemán, afirma: "Por nuestra parte, no vemos la posibilidad de construir una tentativa en que la voluntad de obrar se halle condicionada. Solo en el primer caso, indeterminada resolución de actuar, que se traduciría en si cabe tentativa con dolo indeterminado, puede debatirse el tema; en los otros seria radicalmente absurdo penar por tentativa, cuando en tales hipótesis no hay mas que resoluciones manifestadas o actos preparatorios".

No obstante, es en relación a la premeditación cuando algunos autores españoles se plantean esta problemática. Rodríguez Mourullo distingue entre aquellos supuestos en los que es condicional la decisión delictiva y aquellos otros en los que es firme la decisión criminal y esta condicionada solo la ejecución. En el ultimo caso no existe problema alguno, siempre según este autor, en relación a admitir la premeditación, pues existe certeza en la resolución y solo es incierta la ejecución. En los supuestos de la denominada premeditación condicionada existen dos actos voluntarios. Con el primer acto voluntario el sujeto anticipa cual será la decisión en que se incline la futura decisión que ha de tomar, una vez compruebe que la condición se cumplió. La ejecución de hecho se anuda a la decisión perteneciente al segundo acto voluntario, decisión que solo el sujeto puede tomar a la vista de la verificación de la condición. Ambos constituyen dos actos autónomos voluntarios que no es posible unificar para concluir que el sujeto había decidido desde el inicio ejecutar el hecho. En los supuestos de la denominada premeditación condicionada no existe, pues, una decisión permanente de ejecutar el hecho, sino dos decisiones pertenecientes a dos actos voluntarios distintos.

Un amplio sector doctrinal, que ha tenido eco en la judicipi utencia del T.S., hace depender la existencia de premodificación en los supuestos de resolución condicionada, de que el evento lucierto de este constituido por un hecho injusto proveniente de la propia victima.

Posición de Roxin

Roxin ha planeado nuevamente este tema en dos artículos recientes, aportando una posición que él mismo coloca entre la posición dominante y la posición de Arzt. En lo fundamental sigue, no obstante, la primera, a la que dirige una serie de críticas. En primer lugar, señala Roxin que es mayoritaria aquella opinión que admite la inducción cuando el autor se encuentra dispuesto a la comisión del hecho e incluso se ha ofrecido para esta, pero hace depender la ejecución de que el inductor cumpla determinada condiciones como, por ejemplo, el pagar una recompensa. Puestos, que según los criterios expuestos se trataría en este caso de una resolución basada en hechos hipotéticos, que se considera suficiente para la existencia de una resolución, deberá llegarse a la siguiente resolución: o se admite, en contra de la posición dominante, que en estos casos solo es posible autoría mediata o complicidad, o bien se acepta que la decisión basada en hechos hipotéticos no es aun una resolución en sentido jurídico.

Por otra parte, se acepta que la complicidad psíquica consiste en un reforzamiento de la resolución, en el sentido de que se ayuda a vencer al autor los últimos escrúpulos y vacilaciones que aun tiene. Según la opinión expuesta, si el autor aun tiene escrúpulos y vacilaciones, no existe una resolución definitiva, por consiguiente, en estos casos debetín acestarse la existencia de una inducción en contra de la opinión deminante que existencia de una inducción en contra de la opinión deminante que existencia de una inducción en contra de la opinión deminante que existencia de una inducción en contra de la opinión deminante que existencia de una inducción en contra de la opinión deminante que existencia de una inducción en contra de la opinión deminante que existencia de una inducción en contra de la opinión deminante que existencia de una inducción en contra de la opinión deminante que existencia de una inducción en contra de la opinión deminante que existencia de una inducción en contra de la opinión deminante que existencia de una inducción en contra de la opinión deminante que existencia de una inducción en contra de la opinión deminante que existencia de una inducción en contra de la opinión deminante que existencia de una inducción en contra de la opinión deminante que existencia de una inducción en contra de la opinión deminante que existencia de una inducción en contra de la opinión deminante que existencia de una inducción en contra de la opinión deminante que existencia de una inducción en contra de la opinión deminante que existencia de una inducción en contra de la opinión deminante que existencia de una inducción en contra de la opinión deminante que existencia de una inducción en contra de la opinión deminante que existencia de una inducción en contra de la opinión de una existencia de una inducción en contra de la opinión de una existencia de una inducción en contra de la opinión de una existencia de una existe

Tampoco consigue la posición dominante estable de la merencia entre la simple inclinación al hecho y los dos supuestos restantos que, a diferencia de aquella, se consideran punibles. En relación a la decisión basada en hechos hipotéticos, puede decirse que el autor no tiene ninguna necesidad de decidirse de forma definitiva en un momento anterior a la realización del hecho; a menudo falta en estos casos toda reflexión sobre los decisivos de la resolución. El hecho de que se hay decidido definitivamente o no dependerá de una causalidad o de la forma de ser mas o menos

reflexiva del autor y, en este caso, no se comprende por qué debe privilegiarse con la impunidad la autor que mide sus pasos detalladamente y se reserva la ultima decisión tanto tiempo como sea posible, frente aquel que toma su decisión mas impulsivamente y actúa de acuerdo a ella. Y con respecto a la resolución que conserva el desistimiento, la diferencia entre ambas se encuentra únicamente en la forma de formularlo. En un caso se afirmaría que el autor se ha reservado la resolución definitiva sobre el hecho (impune); en el otro, que se ha reservado la posibilidad de desistir (punible). Quien se reserva la posibilidad de desistir, se reserva también la posibilidad de realizar o no el tipo. No seria correcto, por lo tanto, hacer depender la punición de una diferencia psicológica que no existe.

Todas estas dificultades se le plantean a la posición dominante al partir de un falso concepto de resolución, que para fundamentar la punición de la tentativa tiene que ser firme e irrevocable, sin perjuicio de eventuales condiciones externas independientes de la voluntad. En opinión de Roxin, debe aceptarse una resolución delictiva cuando los motivos que impulsan a la comisión del delito son preponderantes frente a los escrúpulos, aunque se tengan todavía dudas. Aquel que solamente toma en consideración la posibilidad de cometer el delito o que indeciso, titudo de esta todavía resuelto. Este concepto de resolución permite resolver satisfactoriamente los problemas que se le planteaban a la posición do problemas que se le planteaban a la posición de la concepto de resolución permite resolver satisfactoriamente los problemas que se le planteaban a la posición de la concepto de resolución de la concepto de la concepto de resolución de la concepto de resolución de la concepto de la concepto de resolución de la concepto de la concepto de resolución de la concepto de la c

En primer lugar, según Roxin, existirá inducción cuando se estermine a alguien para la ejecución del hecho cuya comistá a a la laboratoria en consideración, aun cuando todavía se tenían escrupitos que pieva e an sobre los impulsos a la ejecución del mismo. Por el contratorio ciando alguien esta dedicado en un 90% pero tiene aun algún problema, alguna vacilación o duda sobre la realización del hecho que otra persona vence, este ultimo no comete inducción sino complicidad. En segundo lugar, la dificultad que se planteaba a la doctrina dominante para distinguir entre irresolución y resolución del hecho basada en hechos hipotéticos también puede solucionarse con este concepto de resolución. Según Roxin, una resolución concurre cuando el autor esta prioritariamente decidido a la

realización del delito, para el caso que la condición externa se produzca. Y, por ultimo, se puede solucionar también la distinción, que parecía dudosa, entre irresolución y resolución con reserva de desistimiento. Cuando el autor entra en el estado de la ejecución y también sus tendencias internas le impulsan a la realización del tipo, debe afirmarse en todo caso la existencia de una resolución del hecho y de una tentativa. Mientras que, también habiendo entrado en el estadio de la ejecución, existe solo inclinación al hecho y nunca una pura reserva de desistimiento, cuando el autor cuenta con la posibilidad de realizar la propia conducta típica pero tiene aun preponderantes reservas en contra.

Posición de Arzt y crítica de la doctrina dominante

Hasta las recientes publicaciones de Roxin, el artículo escrito por Arzt en 1969 había sido la única manifestación crítica sobre la posición defendida por Schimd y la doctrina dominante. La sejudión de Arzt supuso una crítica total a la posición anterior y el plante fittientes, de una construcción distinta.

Según este autor deben distinguirse dos cultures de la latitate. En primer lugar, los casos en que el autor toda a no prepara el fie ho, no se dirige aun a la lesión del bien jurídico, sino que decennicamente a si mismo: en una determinada situación me decidiré posiblemente por el hecho. En este caso no se ha tomado aun ninguna resolución. Un supuesto distinto, y que debe juzgarse en forma diversa, constituyen, en segundo lugar, aquellos casos en que el autor trabaja ya en el resultado, pero aplaza la resolución definitiva. Esto sucede, por ejemplo, cuando T se procura un revolver para su encuentro con O. Aun no esta resuelto a matar a O, ni tampoco en el caso de que O, en el transcurso de la discusión mantenga una posición especialmente desagradable. T quiere primeramente amenazar a O, pero cuenta con la posibilidad de disparar a su victima, y para este caso esta de acuerdo con el resultado de muerte. Este reservarse para mas tarde la resolución no cambia el

hecho de que el autor haya tenido en cuenta la posibilidad de que su conducta causara el resultado, antes del momento en que tomo su resolución definitiva. En el procurarse el revolver y recoger el arma el autor actúa con el conocimiento de que sus acciones pueden ser posiblemente causales para la muerte de O...procurarse el arma, cogerla, llevársela, son acciones practicadas con dolo eventual.

La posición de Arzt ha tenido muy poca acogida por parte de la doctrina, siendo, por el contrario, objeto de numerosas criticas. Por una parte, se ha mantenido que con este criterio se amplia excesivamente el ámbito de la penalidad. A lo cual ya había hecho referencia considerando que los criterios de delimitación entre preparación y tentativa ofrecen una corrección adecuada a esta posible ampliación.

Por otra parte, Roxin advierte que esta posición desconoce una realidad psicológica evidente, que es la existencia de la irresolución como fenómeno psicológico, que no puede asimilarse sin mas a la resolución. El autor no ha tomado todavía su decisión definitiva que se reserva para un momento posterior, y no cambia en nada el hecho de que ya haya empezado a trabajar en el resultado. Lo que Arzt denomina dolo eventual no constituye aun dolo alguno. El que posee la conciencia de que su conducta posiblemente puede producir el resultado no tiene aun dolo eventual. Para que concurra el dolo eventual, el autor tiene que querer la acción que posiblemente producirá el resultado. Si el sujeto posiblemente producirá el resultado. Si el sujeto posiblemente que querrá la realización de dicha acción no puede decirse que aceptaga esta acción que cuenta con su producción. Constituye una confusión el afirmar que alguna que todavía no sabe lo que quiere, que cuenta con su producción. Constituye una confusión el afirmar que alguna del resultado.

Por ultimo, también critica Roxin que la teoria de Australiaminu e injustificadamente el ámbito de la inducción, pues cualquiera que haya comenzado a trabajar en el hecho, esta ya, según esta teoría, resuelto a su comisión y no puede, por tanto, ser inducido.

El dolo alternativo

Concurre dolo alternativo cuando el autor quiere realizar una determinada acción, pero no sabe cual de los dos tipos legales consumara con ella. Esto sucede, por ejemplo, si A ve acercarse a su enemigo mortal B junto al perro de éste y queriéndole causar un mal dispara siéndole indiferente si mata a B o a su perro. Si bien la problemática relativa al dolo alternativo no es propia de la tentativa de delito, no deja de tener interés el plantearla aquí sucintamente, puesto que se discute si en esto supuestos, en los cuales uno por lo menos de los dos tipos dejara de realizarse, éste debe tenerse en cuenta junto al consumado. Lo cierto es que sobre el tratamiento del dolo alternativo no existe acuerdo.

Normalmente se ha mantenido que el dolo alternativo no es una forma independiente o propia del dolo, sino que constituye la combinación de las restantes clases conocidas de dolo. Esta afirmación solo puede aceptarse con restricciones, pues el dolo alternativo no será posible en aquellos casos en que la realización de uno de los tipos constituya una consecuencia necesaria de la consiguiente, el dolo directo de primer grado no podra combin el dolo directo de segundo grado, cuando la producción resultados aparece necesariamente unida a la ejecutión que conduce al resultado que se persigue. El la dire segundo grado puede concurrir cuando el autor persione la produc de dos resultados en forma alternativa con dolo directo, y la producción de uno de ellos conlleva unida necesariamente la realización de otro tipo delictivo. En este caso el dolo directo de segundo grado con respecto a este último tipo se encuentra en relación alternativa con el dolo directo de primer grado.

El tratamiento que debe darse a los supuestos de dolo alternativo es discutido doctrinalmente. En realidad, existe en Alemania por parte de la doctrina más moderna un relativo acuerdo a favor de apreciar en estos casos un concurso ideal entre los diversos tipos posibles; pero ninguna de las restantes soluciones propuestas ha sido completamente abandonada.

Soluciones propuestas

Son, fundamentalmente, tres las soluciones que la doctrina alemana ha propuesto en relación al dolo alternativo.

A) una primera posición mantiene la punición en estos casos por un solo delito, pues el autor se plantea como posible la producción de uno de los dos resultados, que se excluyen mutuamente. Por consiguiente, si se consuma uno de los dos tipos que el autor se representa en forma alternativa, deberá castigarse en todo caso por el delito que efectivamente se ha consumado, con absoluta independencia de si se trata del mas leve o del mas grave.

Los seguidores de esta posición se dividen, no obstante, ante el supuesto de que no se consume ninguno de los tipos que el autor se representa. En estos casos existe unanimidad a la consume de castigar por una tentativa de delito, pero las discrepancias sanger se la determinación de cual de los tipos de delitos de estima se como intentado, es decir, el mas leve o el mas grav.

A favor de la primera solución, es decir el estimal existente en estos casos la tentativa del delito mas leve, se han manifestatio Binting, Von Bar, Lampe, entre otros. La razón por la cual la pena que debe aplicarse es la correspondiente la delito mas leve es que el Código Penal alemán no conoce la figura del dolo alternativo, y, al no regularla expresamente, la penalidad debe aplicarse según el delito mas leve y no según el más grave.

La posición contraria ha sido defendida argumentando que el resultado mas grave contiene en si al mas leve, y, por tanto, es suficiente castigar por la tentativa del primer.

B) la segunda de las soluciones propuestas considera también que en estos casos debe castigarse también por un solo deliro, pero este será siempre el mas grave de los delitos representados por el autor, con absoluta independencia de que se trate de un delito intentado o consumado.

Por parte de sus defensores se ha mantenido que en estos casos el dolo del autor se dirige únicamente a la realización de un tipo. Es importante tener en cuenta que el autor sabe, al comenzar a realizar la acción, que la producción de los dos tipos es imposible, sino que tan solo puede producirse uno u otro. Por otra parte, para determinar cual de los dos delitos debe tenerse en cuenta, no es correcto partir del resultado que efectivamente se ha producido. Por ello, para determinar el delito a tener en cuenta hay que partir de la voluntad del autor y no del resultado que se ha producido. La voluntad del autor es decisiva; por consiguiente, si este ha tenido en cuenta el resultado mas grave, en ningún caso puede imputársele solo el más leve, aun tornado este sea el que efectivamente se ha producido. El desvalor del control de la delitar maso grave.

Una variante de esta posición ha del adida reviencence el Joerden. Este autor señala que lo característico del colo alternativo e que aquí el autor hace depender el desarrollo de un tipo del no desarrollo del otro.

Puesto que aquí el autor se representa la posibilidad de producción de una única perspectiva no puede hacérsele responder por ambas; por consiguiente, se plantea la cuestión de cual de las dos perspectivas deberá tenerse en cuenta para establecer la penalidad. Esta cuestión la responde Joerden en base a la peligrosidad del autor y

por ello considera que debe escogerse siempre la perspectiva a la que corresponde mayor penalidad. Lo contrario conllevaría un injusto privilegio para el autor que se ha representado la producción alternativa de ambos resultados.

C) la solución actualmente dominante en la doctrina alemana estima, al contrario que las anteriores, que no debe tenerse en cuenta únicamente un solo delito para determinar la penalidad del autor. El correcto tratamiento de estos supuestos requiere que todos aquellos tipos, cuya producción se ha perseguido por el autor, o estimado como segura o simplemente como probable, se tenga en cuenta en concurso ideal. Esta es la única solución dogmáticamente correcta, la única que tiene en cuenta por completo lo injusto de la acción. Si el autor ha contado con la posible lesión de varios bienes jurídicos, la pena debe dirigirse a todas las posibilidades de realización de dolo, siempre que sean punibles. Aun cuando el autor sabe que producirá un resultado, infringe a trabes de su acción do

2. DOLO EVENTUAL Y TENTATIVA

En la doctrina Argentina un sector afirma la punibilidad de la tentativa con dolo eventual, si bien algunos autores como González Roura y Núñez²⁰⁵ consideraban que el texto del art 42 del CP que habla de "fin de cometer un delito determinado", excluye la posibilidad de castigo de la tentativa con dolo eventual porque entendían que la palabra "determinado" es propio del dolo directo y no puede extenderse al dolo eventual. Fontán Balestra²⁰⁶ en el mismo sentido opinaba que "la exigencia de que la acción se ejecute con el fin de cometer un delito determinado es inconciliable con el dolo eventual". Ultimamente, Alberto Binder asumió esta misma posición, pero no

206 FONTÁN BALESTRA, Carlos, "Tratado de Derecho Penal", T II, Buenos Aires, 1970, p

395.-

²⁰⁵ González Roura, Octavio, Derecho Penal, 1925, II, p 160; Núñez, Manual..., cit., p 267, citaod por Bacigalupo E, en Ob cit p 291.

solamente en el ámbito de la tentativa, sino del ilícito en sí, admitiendo únicamente la punición de los ilícitos cometidos con dolo directo en el contexto de una teoría de limitación del poder punitivo estatal: "...Las clasificaciones de la doctrina (dolo de consecuencias necesarias, dolo eventual, etc) suelen confundir o actuar como criterios de ampliación del poder punitivo. Como concepto límite el dolo es siempre dolo directo. La dogmática penal debe reconducir los demás casos de imputación subjetiva alas condiciones del dolo directo (es decir, conocer actual y directo) y no permitir que se amplien los criterios de imputación subjetiva. O existe dolo (y el dolo es solo dolo directo) o existe culpa. No son necesarias categorías intermedias que forman nuevas clases de tipos abiertos que violan el principio de legalidad"207. Esta posición queda desacreditada ante el concepto mismo de acción postulado por el finalismo, según el cual, no hay acción sin finalidad y la finalidad es siempre determinada, no existe finalidad indeterminada. En los supuestos de dolo eventual, el autor tiené una finalidad determinada no prohibidad, sólo determinada permitida, está unida la probabilidado resultado ilícito y esta circunsntancia, si bien represen es un contramotivo suficiente para desistir de su emp

Por su parte, Bacigalupo escribe tajanta este de la la consumación es suficiente con dolo eventual, tambén lo será para la tentativa "208". En el caso de Marcelo Sancinetti los presupuestos basicos de sus teorías sobre el dolo y la tentativa se apoyan específicamente en el dolo eventual y en la consecuente punibilidad de la tentativa por dolo eventual. Ricardo Juan Cavallero, por su parte, fundamentando la misma postura refiere que la "finalidad no puede ser exclusiva del dolo directo, orque el dolo supone en todas sus formas una direccón de voluntad encaminada a realizar las circunstancias de hecho del tipo. Es decir, ya se trate de dolo directo (de primer o segundo grado) o eventual, hay voluntad dirigida a la realización de un tipo penal determinado. No debe llevar a confusión que en

²⁰⁷ BINDER, Alberto, Inrtoducción al Derecho Penal p 148, Ad-Hoc, 2004. - ²⁰⁸ BACIGALUPO, E, Ob cit p 291. -

el dolo eventual se carezca del fin directo de producir el resultado, porque igualmente hay finalidad de realizar el hecho, ya que la aceptación de la posibilidad de producción del resultado concomitante implica su inclusión en la voluntad realizadora"²⁰⁹. Zaffaroni con relación a este punto expresa que "la referencia a *delito determinado* no excluye la posibilidad de una tentativa con dolo eventual, pues la palabra *determinado* del art 42 del CP tiene otro sentido, dado que de ninguna puede haber un fin de cometer un delito indeterminado, lo que sería una monstruosidad ontológica"²¹⁰.-

2.1. PRINCIPIO DE EJECUCIÓN EN EL CP ARGENTINO: El art 45 del CP argentino define a la tentativa de la sgte manera: "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". Esta definición tembién es tributaria del modelo francés, bonapartista, que exige el principio de ejecución, tal como lo hacía el CP de Francia de 1.810.-

La fórmula argentina no presenta dificultades en chans a carácter típico del comienzo de la tentativa, aclara convenentemente con debe comenzarse la ejecución del delito determinado a a copisión se pretende. También es claro que la legislación argentina a la hora de determinar la existencia o no de tentativa, exige considerar el plan del autor, lo cual se deduce de la expresión "el que con el fin de", ya que no se concibe la búsqueda de una finalidad sin un plan aunque sea precario.-

La doctrina argentina en general se ha inclinado hacia un criterio objetivo, pero de todas maneras, tal como se demostró en párrafos anteriores, no es factible adoptar una posición eminentemente objetiva, descuidando el aspecto subjetivo de la acción, es por eso que la dogmática penal en el país vecino, adoptó sin dificultades de armonización con el art 45 la teoría objetivo-individual de Welzel.-

²⁰⁹ CAVALLERO, R, J, El Delito Imposible, p 50, Editorial Universidad, Buenos Aires 1983.-²¹⁰ ZAFFARONI, E, R Ob cit p 788.-

Es indudable que a tenor del art 45 del CP argentino, para decidir si hay principio de ejecución en un caso concreto, debe tomarse en cuenta el plan del autor y si según este, se ejecuta un acto con el cual se tiene programado el comienzo de la tentativa así debe ser considerado. No importa que ex post quede demostrado que no hubo peligro concreto para el bien jurídico atacado.-

La definición de tentativa en el CP argentino admite indefectiblemente una lectura subjetivo-objetiva, partiendo de la consideración del plan del autor, ascendiendo al desarrollo objetivo-histórico de la acción para decidir el comienzo de la tentativa o si aún permanece en el terreno impune de los actos preparatorios. Zaffaroni al comentar el art 45 del CP, señala la insuficiencia de la teoría objetivo-subjetiva para la distinción entre actos preparatorios y principio de ejecución. Al respecto afirma: "De cualquier manera, no debe ocultarse que el criterio objetivo individual- que procura plasmar legislativamente el art 22 del código alemán, tamporo proporciona una regla cierta para señalar el límite preciso entre los actora fora actora de la decidir de la decidir.

La teoría del acto productor de la finalidad construída por el maestro Nelson Pessoa, proporciona un instrumento in alorable para otorgarle mayor precisión a la teoría objetivo-individual, por la pue todas las reflexiones hechas supra sobre esta teoría son perfectamente aplicables a la norma argentina, máxime cuando el autor de la misma es alguien cuya preocupación doctrinaria se centra principalmente en el texto en cuestión.-

Referente a la expresión delito determinado, hubo discusión, inclusive llegó a establecerse jurisprudencia que afirmaba que la misma excluía la posibilidad del dolo eventual. Sobre este tema puede citarse por ej la sentencia de la Cám Nac Crim y Corr, Sala IV, 5 de setiembre de 1988, LL, 1989-E, p 437 que dice: "Excluye el dolo eventual del concepto de tentativa el "fin de cometer un delito determinado" al que alude el art 42" 212. No

ZAFFARONI, E, R, Ob cit p 794.-

OSSORIO Y FLORIT, Manuel, Código Penal de la República Argentina. Comentarios. Jurisprudencia. Doctrina, p 112.-

necesita mayores explicaciones el error conceptual grave que conlleva esta jurisprudencia, ya que pretender cometer un delito indeterminado es un contrasentido, pues las solamente tienen relevancia penal aquellas acciones dirigidas a la producción de un hecho ilícito específico, mientras que aquellos actos que tengan por fin la realización de delitos indeterminados son irrelevantes por lo absurdo que son²¹³.-

La discusión sobre la admisión o no de la tentativa con dolo eventual en la legislación argentina puede sustentarse con mayor solvencia más bien en la expresión "el que con el fin de cometer" con que comienza la redacción del art 45, teniendo en cuenta que puede pensarse que solamente los que tengan el fin concreto de cometer el delito y no los que se los representan como posible comenten tentativa, con lo que, quedaría solamente el dolo directo constituido por el fin delictivo y no el eventual, cuyo contenido no es el fin sino la representación como posible del resultado delictivo no siendo esto óbice para la ejecución de la acción disvaliosa. Es más, podría decirse que una interpretación respetuosa del principio de legalidad y de la máxima interpretativa según la cual las leyes penales deben ser interpretadas restrictivamente, no denite otra conclusión que la punición de la tentativa con dolo directo y la explicación del delito intentado con dolo eventual.

3. PRINCIPIO DE EJECUCIÓN ESPAÑOL.-

El Código penal español en su art 16 define a la tentativa: Art 16.1. "Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberán producir el resultado, y sin embargo

²¹³ Por todos, Zaffaroni, E. Ob cit p 788.-

éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor"²¹⁴.-

La redacción española indudablemente responde a un definición teórica distinta a la del StGB, preocupándose especialmente el legislador ibérico en aclarar, que el principio de ejecución del delito debe efectuarse directamente por "hechos exteriores,...actos que objetivamente deberían producir el resultado", con lo que, al menos en principio, pareciere sustraer cualquier función constitutiva a la representación del autor, a lo que está en la cabeza del agente.-

Una ventaja que presenta la regulación española sobre la alemana reside en que aquella no deja lugar a dudas sobre el carácter típico del acto que configura el principio de ejecución, ya que dice expresamente que debe tratarse de un dar principio a la ejecución del delito, lo que el frismo que decir, al menos a estos efectos, dar principio a la ejecución de la acciona típica.

Ahora, el artículo comentado, requiere como condición, sinciación para la concurrencia de la tentativa, que se traten de la clos exerciores qui objetivamente deberían producir el resultado, es indudable que los presupuestos de la teoría objetiva sobre esta materia. Al exigir hechos exteriores, esta regulación espanta toda posibilidad de punición del pensamiento o de las meras intenciones, representando en este sentido, un claro exponente de la garantía liberal cogitationes poenam nemo patitur. Debe aclararse que las redacciones tales como las del StGB de ninguna manera habilitan el castigo de las intenciones y de los pensamientos, pues está en la base de todo derecho penal liberal y democrático, que solamente se tipifican acciones, hechos de las personas, por lo que cualquier interpretación de los textos penales, debe tener como punto de partida ineludible los actos humanos.-

²¹⁴ Esta definición incluye tanto a la tentativa inacabada como a la acabada o frustración a diferencia de la regulación anterior, en la que estaban reguladas en forma separada, siendo considerada tentativa únicamente, la tentativa inacabada, la que se distinguía del delito frustrado.-

Los hechos exteriores, según el art 16 mencionado, deben tratarse de actos que "objetivamente" deberían producir el resultado, concepto este que debe interpretarse convenientemente. La norma, no aclara si la posibilidad objetiva de éxito del acto debe determinarse ex ante o ex post, ya que depende del criterio que se adopte para llegar a conclusiones diferenciadas.-

A fin de respetar un criterio imputativo justo, deberá adoptarse una perspectiva ex ante, ya que, ex post, la observación puede contaminarse con elementos que no estaban presentes o que el autor no los tuvo en cuenta en el momento de ejecutar la acción. Así, en el ejemplo conocido de la víctima que se agacha justo al efectuarse el disparo, evitando que de esa manera el proyectil se le incruste en la cabeza, ex ante se trata de un acto que objetivamente deberá conducir al resultado, mientras que ex post, necesariamente deberá introducirse en el análisis el elemento "agacharse", con lo que, la cabeza de la víctima queda fuera del afonce de la punteria del agente, por lo que el disparo objetivamente no ben producir el resultado, siempre desde un punto de vista ex post.

Puede ocurrir sin embargo, que el autor considera que se sector "objetivamente" no deberían producir el resultado in entra que para los jueces), "objetivamente un esta producir el resultado. Ante esto podrá responderse que la potencialidad objetiva de un acto no puede quedar al arbitrio de nadie, debiendo tomarse las decisiones en base a las reglas de la ciencia y de la experiencia común. Pero, bien puede presentarse por ejemplo, la hipótesis en la que el agente considere, conforme a un correcto conocimientos de las reglas de la ciencia y de la experiencia común, que su acción es inocua, pero resultar que nuevos descubrimientos científicos, aún no conocidos por el agente demuestren lo contrario, supuesto en el cual, necesariamente deberá resolverse el caso como error de tipo, si es que va a respetarse los criterios imputativos adoptados y defendidos por la dogmática penal contemporánea.-

Si bien la regulación del art 16 del CP español, tiene un claro tinte objetivo, de ninguna manera podrá prescindirse al momento de establecer el

punto de inicio de la tentativa de la representación del autor, del plan del agente, ya que por más que según las reglas de la experiencia y de la ciencia un acto debe conducir a un resultado, si esta circunstancia no ha sido representada por el autor no habrá dolo descartándose toda posibilidad de tentativa.

JOSÉ RAMÓN SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ²¹⁵
manifiesta que "a diferencia de Alemania, en España la doctrina tiene una
posición objetivista sobre la tentativa, que es la orientación seguida desde
siempre por el legislador español. Esta tendencia ha sido reforzada por el art
16.1 al exigir "que el sujeto practique todos o parte de los actos que
objetivamente deberían producir el resultado"; al hacer depender en el art
62 la atenuación del peligro inherente al intento; y, al suprimir la regla
incriminadora de la tentativa inidónea comprendida en la tentación
Código".-

De hecho, no puede discutirse que el legislado estadolista poblema regulación de corte objetivista, pero para un analista de la instituto no puede prescindirse del elemento subjetivo de la representación del autor. Prueba de la imposibilidad de funda a solo en lo objetivo descartando el elemento subjetivo lo constituye estas manifestaciones de PIEDECASAS FERNÁNDEZ: "No obstante, la fuerte influencia que sigue teniendo entre nuestros autores el pensamiento dogmático alemán hace que las posiciones se sitúen en un plano ecléctico que procura combinar aspectos objetivos y subjetivos" Es indudable que la dogmática española tiene influencias importantes sobre la española, salvo que se tengan datos empíricos que demuestren lo contrario, razón por la cual debe admitirse como verdadera esta afirmación, pero, dificilmente pueda admitirse sin más, la tesis de que la posición ecléctica de los autores sobre la tentativa sea una consecuencia de la influencia alemana, ya que la

²¹⁵ Fundamentación objetiva de la tentativa en el Código Penal Español". en Nuevas Formulaciones en las Ciencias Penales, Homenaje a Claus Roxin, p 429 y sgts. Marcos Lerner Editora, Córdoba, 2001.

²¹⁶ Ob cit en nota anterior, p 433.-

naturaleza misma del ilícito o, para ser más precisos, del injusto penal, no permite una visión objetiva unidimensional sobre el mismo.-

Por más objetivista que sea alguien, no puede obviar el aspecto subjetivo de la acción humana, verdad esta que podría decirse que hasta ya es de perogrullo. En cambio, no se puede decir lo mismo del subjetivismo, ya que es posible sostener razonablemente un injusto puramente subjetivo, lo que no quiere decir, que la tipicidad de una acción se determine según la subjetividad del autor, pues esta última depende de la norma, es decir, de un juicio objetivo.-

SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ a modo de justificar su criterio objetivista y la responsabilidad por el disvalor de resultado sostiene: "...la producción del resultado no es fortuita, pues no se responde de cualquier resultado causado, sino sólo del atribuido a la acción por intermedio de un juicio de imputación objetiva..." Esta afirmación puede compartirse, pero la imputación objetiva tampoco puede prescindir de las representaciones del autor, ya que la única forma de asecultarse de no imputar resultados fortuitos a una persona es recurriendo al sabor al "querer" del agente, no importa cuál sea la tendencia de asecultarse de análisis. "...ser finalista, subjetivista, subjetivo-menista, etc. no discontra de la toria de la imputación objetiva..."

SERRANO-PIEDECASAS, en su afán por incluir el disvalor de resultado en la propia tentativa sostiene que, "...de la ausencia de una lesión o puesta en peligro no se puede deducir la correspondiente ausencia de un desvalor de resultado, ya que éste queda configurado por la propia conducta típica como resultado exterior". En el mismo sentido VEHLING quien dice que siempre importaría un disvalor de resultado, "pero no en el sentido del daño al bien jurídico a ser determinado *naturalistamente*, sino en el sentido normativo como daño a la validez o como trasgresión del "riesgo

²¹⁷ Ob. cit en nota 64, p 434,-

²¹⁸ SANCINETTI, M, Subjetivismo...p 95.-

²¹⁹ Ob, cit en nota 64. p 434.-

permitido" en Die Abgrenzung von Vorbereitung un Versuch", p.30²²⁰. También Jakobs afirma: "Este desconocimiento de la vigencia de la norma es aquello contra lo cual reacciona el derecho penal, presupuesta la culpabilidad. Es, por ello, el resultado especificamente jurídico penal..."221. El mismo Sancinetti se encargó de contestar en su fundamentación subjetiva del ilícito a estos autores, haciendo notar que aún los subjetivistas más radicales como Kaufmann y Zielinski pueden estar de acuerdo con esta posición, ya que la concepción que tienen aquellos autores sobre el resultado es una concepción muy particular. En verdad, Sancinetti tiene razón, ya que el debate acerca de la inclusión o no del disvalor del resultado en el injusto giró siempre en torno a otro concepto del resultado, entendido éste como afectación material de un bien jurídico. La traspolación del concepto de resultado hacia elementos como la "propia conducta típica", "daño a la validez o trasgresión del riesgo permitido" o "desconocimiento de la vigencia de la norma", significa de todas maneras abandonar la discusión por volverse la misma insostenible en los términos en que venía desarrollándose y otorgar a un viejo concepto a nuevos que pasa a tener un sentido totalmente diferente, motivo por el constituye una herramienta válida para la antigua disconstituye

Con relación a redacciones como la española en las enaces para afirmar la presencia de tentativa, la acción debe no española crear peligro para el bien jurídico desde un punto de vista objetivo de la no se agota con declarar esta regla. Todavía debe determinarse

la perspectiva desde el cual deberá definirse el peligro, ex ante o ex post. A este respecto SERRANO-PIEDECASAS desarrolla las sgtes ideas, ensayando la siguiente división.-

Juicios de Peligrosidad y de Peligro: La comprobación de una u otra forma de aparición del riesgo pasa por la formulación de un juicio de peligrosidad y de otro juicio de peligro. La primera valoración de peligrosidad potencial es establecida ex ante. Si esa peligrosidad se actualiza, se concreta, se requiere de un juicio de carácter concreto; es decir,

²²⁰ Citado por Sancinetti, M en Fundamentación...p 22.-

²²¹ JAKOBS, G. Handlungsbegriff, p. 34, citado por Sanc en Fundam..p 23

de un juicio de peligro emitido desde una perspectiva ex post. Por el juicio de peligrosidad se determina si la conducta en abstracto es potencialmente idónea para producir el daño; y, además, si jurídicamente tiene capacidad para crear un riesgo penalmente desvalorado (todavía en abstracto). De ser así, a continuación, se emitirá un juicio de peligro que exige demostrar la actualización de esa peligrosidad y la proximidad del bien jurídico amenazado respecto a la fuente de peligro, o sea la presencia de un resultado de peligro"²²².-

"El ámbito fáctico al que se circunscribe el juicio de valor lo conforman, solamente, las circunstancias referidas al hecho conocidas con anterioridad a la acción por el autor". El Juez se coloca posteriormente (en el proceso), en el punto de vista de un observador objetivo que juzga antes del hecho y dispone de los conocimientos de un hombre inteligente del correspondiente sector de actividades y además del saber especial del autor. Este último saber ya no es objetivo, sino subjetivo al ser referido al autor". Como se puede notar con esta última rase, sullo el propio SERRANO reconoce explícitamente la inclusión de un elemétro sucio.

²²² Ob. cit en nota 64. ps 437/38.-

²²³ Idem nota anterior.

²²⁴ Idem nota anterior.

habiéndose representado A el ámbito fáctico en el que estaba incluido el hecho de las balas sin defectos, hubo una acción sumamente peligrosa, donde una casualidad no representada por el autor evitó la consumación del resultado, es decir, desde una perspectiva ex ante, hubo tentativa acabada. Un sistema penal que considere a la acción del ejemplo atípica por ausencia de peligro, sería dogmáticamente insatisfactorio y político-criminalmente injusto.-

La objetividad de la valoración propuesta por SERRANO-PIEDECASAS y por quienes adoptan el mismo criterio, tampoco es tal, al menos así como lo plantea el profesor español. El observador objetivo que juzga antes del hecho y dispone de los conocimientos de un hombre inteligente del correspondiente sector de actividades y además del saber especial del autor, terminará imponiendo su subjetividad, al menos en aquellos casos que no haya un parámetro objetivo contundente que defina la cuestión. Así, supóngase que el autor no haya declarado y no puede determinarse por otros medios si él conocía la cia unstancia de las balas falladas por ejemplo, el observador objetivo (el pez) la tará que decidir conforme a su propio razonamiento fáctico²² si el agente españo, no en conocimiento de tal circunstancia.

Por tratarse de un observador que juzga el hecir con los conocimientos de un hombre inteligente del con espandiente seutor de actividades, SERRANO-PIEDECASAS considera a de juição "objetivo", por no estar referido al autor. En realidad no se trata de un juicio objetivo, sino de uno subjetivo del observador objetivo, al no establecerse parámetros objetivos claros para la valoración, que no dependan de la convicción del juzgador.-

²²⁵ El razonamiento fáctico no consiste en un acto de "interpretación". sino en un acto de convicción, en una operación intelectual y volitiva mediante la cual, ante unas versiones presentadas, y en comparación analítica con los medios de prueba aportados durante el proceso, el juez decide qué hechos alegados están suficientemente probados y, por tanto, son establecidos como hechos sobre los cuales recaerá la calificación jurídica judicial (Ricardo León Pastor, Módulo Autoinstructivo del Curso a Distancia para Magistrados, Introducción al Razonamiento Jurídico, Versión Electrónica p. 31, Noviembre 2003, Lima-Perú). Al ser un acto de convicción del juez el establecer los hechos en un proceso, si bien dicha convicción debe apoyarse en los elementos de prueba aportados al proceso, necesariamente la subjetividad del observador objetivo (el juez) es la que terminará imponiéndose.

Autores como SILVA SÁNCHEZ, que propugnan una concepción objetiva de la tentativa, consideran suficiente la potencialidad del peligro, incluso su mera apariencia, para satisfacer la exigencia objetiva del acto ejecutivo. El autor citado por ej, afirma que la diferencia entre un peligro real y un peligro putativo es de grado, siendo la frontera entre ambos es una cuestión valorativa y no ontológica.. Concluye Silva Sánchez: "es el consenso cultural alcanzado el que suministra el baremo de los juicios de valor inherentes a la tipicidad²²⁶".-

Serrano-Piedecasas sostiene que ideas como las de Silva Sánchez, incorporan métodos de interpretación quizás adecuados a los requerimientos subjetivos del &22 del StGB, pero en absoluto a los que dimanan de la formulación legal recogida en el art 16.1 del Código Penal español. Citando a DEMUTH, considera que existe peligro cuando el bien jurídico se halla de tal modo inmerso en el radio de acción peligrosa, que las medidas de defensa normales- es decir, las dispuestas en cada sector de la vida para la prevención de daños- ya no resultan suficientes para impedir con seguridad de resultado lesivo. Presenta como ejs de peligro concreto, casos en los chales la salvación del objeto del bien jurídico depende del azar, canada su puesto en por el arma de fuego se encasquilla, etc.-

La definición de peligro elaborada por SER NO PEDE AS Sen sí misma representa un razonamiento circular. Afirma que existe pentro cuando las medidas normales de defensa no son suficientes para impedir que la acción peligrosa produzca el resultado lesivo. Pero, desde el momento en que se parte del supuesto de una acción peligrosa, indefectiblemente se llegará a la conclusión de que existe peligro para el bien jurídico, en razón de que la peligrosidad de la acción se deberá medir necesariamente con relación al bien jurídico. Supongamos que la acción peligrosa no produzca el resultado lesivo en virtud de los medios de defensas normales del sector de la vida pertinente, de todas maneras ya

²²⁶ SILVA SÁNCHEZ, La regulación del Iter Criminis (arts 16-18). en "El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales", Barcelona, 1997, pp. 127 y 128.

hubo peligro, ya que de ninguna manera puede descartarse que los medios de defensas normales puedan fallar por cualquier circunstancia ajena a la ejecución del plan y no eviten, consecuentemente, que la acción peligrosa cause el resultado ilícito. Decir que hubo acción peligrosa pero no hubo peligro es un contrasentido, si hay peligrosidad de la acción esta peligrosidad debe ser referida a algo y, en el caso del derecho penal, ese algo es un bien jurídico²²⁷.

Una dificultad probablemente no superable de la definición de Serrano-Piedecasas, reside en la conceptualización de "medidas de defensa normales en cada sector de la vida para la prevención de daños". Qué se entiende por medidas de defensas normales y cómo deben diferenciarse los diferentes sectores de la vida, son temas que pueden llevarnos a discusiones de resultados muy pocos precisos. Con un ejemplo se podrá entender la idea. Las personas civiles normalmente no usan chalecos antibalas, mientras que en el caso de los policías cuando están de servicio, lo normal es que usen chalecos antibalas. Suponiendo que sea legítimo decir que los civiles conforman un sector de la vida y los policías otro sector, no sin aclarar que al menos a priori no hay nada que intrata esta distinción, sá alguien dispara contra un policía que tiene puesto su chaleco antibalas. In no le causa herida porque esta medida de defensa, contra los julies impidió el resultado, deberíamos concluir que no huba, petigra No se impidió el resultado, deberíamos concluir que no huba, petigra No se

Para mayor ilustración sobre este tema, para ensavarse ora distinción entre sectores de vida, proponiendo tomar como sectores diferenciados a las clases altas y bajas del estrato social, ya que parece que existen menos argumentos todavía para negar que estos son dos sectores claramente distintos de la vida social. A este respecto, es bien sabido que las medidas de defensa contra los delitos en las esferas altas de la sociedad son cada vez más sofisticadas y seguras, mientras que las clases bajas no cuentan ni siquiera con lo mínimo comparable a aquellas, por lo que una

necesita aclarar que esta sería una conclusión absulta.

²²⁷ Se recurre al concepto de bien jurídico a efectos didácticos, con la finalidad de que la explicación sea lo más clara posible y no debe tomarse esto como una adscripción del autor a la corriente que considera que la finalidad del derecho penal es la protección de los bienes jurídicos, al menos en su formulación tradicional.

acción con propósito delictivo que puede ser ingenua ante las medidas de defensa implementadas por la clase adinerada, puede conseguir perfectamente su objetivo si es desplegada sobre bienes jurídicos de las clases bajas sin la protección propia de la cúspide social:

Vgr: "un ladrón que pretenda escalar el muro de una residencia con sistema de circuito cerrado y guardias privadas las 24 hs del día, es un tonto; ahora, este mismo ladrón puede escalar la muralla e ingresar al patio de una casa humilde aprovechando la ausencia de sus dueños y llevarse todo lo que encuentre a su paso". Es inadmisible que una acción sea considerada peligrosa según el sector social en que se la ejecute. En síntesis: una acción no puede constituir injusto penal según el ámbito social o de vida en que se la despliegue.

Finalmente, cuando Serrano- Piedecasas sostiene que, "se coloca al objeto del bien jurídico en estado de peligro cuando su salvación depende del azar", su concepto de peligro es aplicable únicamente a la tentativa acabada, en razón que en la tentativa inacabada aún el autor tiene el dominio sobre su acción, por lo que el bien jurídico que indudablemente ya está en peligro porque ha comenzado la ejecución de la acción típica, puede salvarse por la acción de la acción típica, puede salvarse por la acción de la acción típica, puede salvarse por la acción de la acción típica, puede salvarse por la acción de la acción típica, puede salvarse por la acción de la acción típica, puede salvarse por la acción de la acción típica, puede salvarse por la acción de la acción típica, puede salvarse por la acción de la acción típica, puede salvarse por la acción de la acción típica, puede salvarse por la acción de la acción típica, puede salvarse por la acción de la acción típica, puede salvarse por la acción de la acción típica, puede salvarse por la acción de la acción típica, puede salvarse por la acción de la acción típica, puede salvarse por la acción de la acción típica de la acción típica, puede salvarse por la acción de la acción típica de la acción típic

TOMÁS S VIVES ANTÓN²²⁸ Sostien que la principio de la tentativo de la tentativo debe delimitarse a partir de tres parámetros: "la especifición natural de la acción, que determina, a tenor del verbo del tipo, lo que comúnmente pertenece a ella, el comienzo del peligro para el bien jurídico y, al menos en muchas ocasiones, también el plan del autor²²⁹ (sin el que muchas veces resultaría muy difícil determinar dónde comienza efectivamente la acción intentada" (sic) En lo que específicamente interesa en este punto, cabe observarle inmediatamente a VIVES ANTÓN que el plan del autor debe ser

²²⁸ Comentarios al Código Penal de 1.995, volumen I, p 97 y sgts, tirant lo blanch. Valencia, 1.996.--

²²⁹ Cursivas son mías.

tenido en cuenta en todos los casos de tentativa y que si no se lo considera, en ningún caso puede establecerse, al menos correctamente, el comienzo de la acción intentada. Pero el propio VIVES ANTÓN deja traslucir que el plan del autor es indispensable a los efectos de determinar la concurrencia o no del principio de ejecución al comentar la posición del Tribunal Supremo español, el que exige que los actos realizados penetren en el núcleo del tipo y que pongan materialmente en peligro al bien jurídico. Dice a este respecto VIVES ANTÓN: "Ahora bien, eso no significa exigir que se trate de actos consumativos: basta con que pertenezcan al proceso de realización de la acción típica o, con otras palabras, que puedan ser vistos como el comienzo natural, dado el plan del autor²³⁰, de esa acción". Indudablemente, VIVES admite que el comienzo natural de una acción debe determinarse conforme al plan del autor, o sea que, de acuerdo a lo que el autor se represente, evidenciándose una vez más, que el elemento subjetivo en la tentativa no puede descartarse en ningún caso.-

ESTEBAN SOLA RECHE, al analizar este tema, comienza aclarando que: "la exigencia del carácter ejecutivo de los actos no quarda relación con la estructura ontológica de la tentativa, sino con la Esta afirmación de Sola Reche es de trascendental important hecha luz acerca del criterio que debe adoptarse pare hubo o no principio de ejecución. Queda claro que cual debe resolverse la existencia de un principio punto de vista ontológico, sino valorativo; no es la constru física de la acción lo que se considera, sino que se trata de una decisión normativa. Una acción ya puede tener la virtualidad física de producir el resultado típico, pero si la norma aún no la considera principio de ejecución del tipo penal, no habrá aún tentativa.-

Sola Reche considera que de la teoría puramente subjetiva, se acepta la importancia del plan del autor para establecer cuándo el comportamiento deja de ser preparatorio para ser ejecutivo: la valoración, desde esa

Negritas son mías

²³¹ SOLA RECHE, E, La llamada tentativa inidónea de delito, p 142, COMARES,

perspectiva, de hechos con igual apariencia nos puede llevar a resultados distintos. Por ejemplo, el de dirigir el arma hacia alguien puede no consistir aún en tentativa si con ello el autor sólo pretende comprobar las condiciones en las que se actuará, al día siguiente, cuando espera encontrar sola a la víctima...: la propia existencia del comportamiento infractor es, en todo caso, dependiente del componente subjetivo"232. En cambio refuta que la representación del autor no puede determinar el momento a partir del cual sus actos son punibles, criterio propio de la fundamentación subjetivomonista del injusto, ya que dificilmente puede explicar "la fractura del continuo entre manifestación de voluntad contraria a la norma no punible y conducta típica: cualquier acto preparatorio debiera ser considerado antinormativo". En la nota 116 de la p 145 de su misma obra Sola Reche afirma: "... También SANCINETTI, Fundamentación subjetiva, pág 56, reconoce que "una fundamentación subjetivo-monista, como la de Armin Kaufmann y Zielinski no está en condicion ponerse directamente a realizar el tipo está alcanzado una acción anterior o posterior".-

Con relación a la invocada imposibilidad de la cora situativo monista de distinguir entre actos preparatorios de cativo de licarse el subjetivismo contemporáneo ha quedado dema rado que esta trítica es infundada, donde se cita una frase esclarecedora de Chronetti que dice "...lo subjetivo-monista no es la norma, sino su infracción" (Fundam...p 56). Para evitar repeticiones innecesarias, mayores explicaciones podrán encontrase en infra, p 83. Ahora, una aclaración en honor a la honestidad intelectual debe hacerse en relación a la cita que Sola Reche hace de Sancinetti en la nota 116 de la p 145 de su obra, donde afirma que Sancinetti reconoce que una fundamentación subjetivo-monista, como la de Kaufmann y Zielinski no está en condiciones de explicar porqué un acto es considerado ejecutivo del tipo y no uno anterior o posterior, cita esta que es correcta en su textura, es decir, copió literalmente lo dicho por Sancinetti, pero, Sola Reche, realizó la cita extirpándola del seno de una idea general y

²³² SOLA R, E, Ob cit ps 144/45

fundamental que no debe perderse de vista, so pena de extraer conclusiones incorrectas sobre el pensamiento del profesor argentino.-

En efecto, Sancinetti, en la p 56 de su Fundamentación subjetiva.... aclara que el subjetivismo no puede explicar porqué un acto es considerado ejecutivo y no uno anterior o posterior, pero no presenta esto como un insuficiencia o deficiencia de la teoría subjetiva, sino que, explica claramente, la teoría subjetiva del ilícito no tiene porqué explicar eso, ya que esa no es la finalidad de una teoría del ilícito, ya que es un tema que tiene que ver con la legitimidad de las normas el cual debe ser dilucidado por la filosofía política. He aquí el párrafo que expresa toda la idea de Sancinetti: "Y por ello es plenamente correcto que una fundamentación subjetivo-monista, como la de Armin Kaufmann y Zielinski no está en condiciones de explicar porqué el ponerse directamente a realizar el tipo está alcanzado por la norma, y no una acción anterior o posterior. Aquí reside la parte de razón de Jakobs, al decir que la teoría subjetiva no explicaría porqué precisamente la tentativa está prohibida, y no también la preparación. Pero ella tampoco podría dar nunca respuesta, porque lo subjetivo-monista no es la norma, sino su infracción. Cuál es el fundamento de una norma del derecho vigente no es una cuestión a contestar por la teoría del ilícito, sino que se trata allí solo del problema de la legitimidad de la norma respectiva..."233 la misma obra Sancinetti es más explícito todavía: "..., hasta dóndo punición el legislador — cuando no esté afectado in fundamental —, a partir de la tentativa acabada, sa conducta que no implique una arrogación actual en el principal), es una cuestión de prudencia política, que la terra sí misma, no puede resolver. Esto podría decepcionar solo a aquellos que esperan de las teorías penales la solución a todos los límites de legitimación de las normas particulares de la sociedad, cuando ello depende más bien solo de consideraciones de filosofía política, y de la manera de resolver la

²³⁸ Negritas son mías.

pugna entre valores contrapuestos²³⁴. Es perfectamente atendible y digno de compartirse la opinión de Sancinetti, quien establece con claridad el objeto de la teoría del ilícito y centra su análisis en ese objeto. Ampliar más allá el espectro de análisis no es rechazable, solo que de esa manera ya no se estará en el campo de la teoría del ilícito, sino de otras disciplinas como la filosofía política o de la política criminal. No se puede exigir a una teoría soluciones que se encuentran más allá de su campo de estudio.-

Pero volviendo a la doctrina elaborada por SOLA RECHE, este al analizar la frase "hechos exteriores que objetivamente deberían producir el resultado", introduce lo subjetivo del autor, considerando que existe tentativa toda vez que el autor haya intentado consumar su plan por medio de hechos que él ha considerado correctamente que objetivamente debería producir el resultado. Citando el ejemplo de alguien que acciona una pistola descargada contra alguien desconociendo dicha circunstancia, afirma que es un caso de tentativa, ya que "no hay duda que ha querido (el autor) realizar una acción que objetivamente debería producir el resultado: disparar con una pistola cargada y no con una descargada"255. En otra parte dice claramente: "el autor ha querido realizar una acción que objetivamente debería producir el resultado"236.). Aclara expresamente que su interpretación del art 16.1 tiene puntos de acercamiento//a la fórmula legal alemana, siendo decisiva la cue representa correctamente el tipo de lo injusto, circunstancias en las que desarrolla su conducto aquella otra en la que el autor se representa unos hec al tipo de lo injusto representándose la pos resultado típico por una conducta no típica supersticiosa)²³⁸.

La perspectiva de valoración del peligro de SOLA RECHE es la ex ante al decir que "si la adecuación del comportamiento al tipo

²³⁴ SANCINETTI, M, Fundam...p 45.-

²³⁵ SOLA R, E, Ob cit p 126.-

²³⁶ Idem, nota anterior p 127.-

²³⁷ Idem anterior

²³⁸ Los ejs () son míos.

aparece ex ante, de modo que el observador que emitiera el juicio de peligro no dudaría que se está realizando la conducta típica, aunque pueda luego comprobarse que algunas de las circunstancias en las que se llevó a cabo, no cognoscible ex ante, demuestran que su ejecución o que su producción era imposible"²³⁹.-

Tras revisar las tendencias doctrinarias españolas, una extremadamente objetivista y otra autodenominada objetivo-subjetiva, queda en claro que, antes que las inclinaciones doctrinarias, lo decisivo a la hora de interpretar el instituto de la tentativa, es la perspectiva desde la cual se efectúa el análisis. Sintéticamente: "al analizar las ideas de un doctrinario sobre la tentativa, debe atenderse menos si el mismo se define como objetivista o subjetivista y más a la perspectiva desde la cual determina la entidad de la acción. Todos aquellos que adoptan la misma perspectiva necesariamente deberán llegar a conclusiones análogas".-

Es fundamental dejar en claro que, para un análisis correcto de la tentativa, indefectiblemente debe considerarse el aspecto subjetivo de la conducta del autor, teniendo en cuenta que revisar la acción de un hombre obviando lo subjetivo, es efectuar un estudio atrofiando los elementos componentes de la misma y por lo tanto, se trataría de un análisis incompleto, cuyas consecuencias difícilmente serán correctas. Además conservándose la tradición dogmática de admitir sólo la tentativa dolosa, la mirada al interior subjetivo del comportamiento es una fagila mexorable 240.-

4. PRINCIPIO DE EJECUCIÓN EN EL

Nuestro artículo 26 indica que hay tentativa cuando conculren acros que según la representación del autor "son inmediatamente anteriores a la

²³⁹ SOLA, R, E, Ob cit p 125.-

²⁴⁰ En el mismo sentido Farré Trepat, Ob cit p 231.-

consumación del tipo legal", mientras que el & 22 del StGB, habla de quien se "proponga a realizar inmediatamente la acción tipificada" o "quien según su representación del hecho inicia directamente el desarrollo del tipo". A partir de estas redacciones, se evidencia una diferencia esencial en la regulación de la tentativa en los dos cuerpos legislativos.-

El art 26 del CP paraguayo indica el momento inicial de la tentativa, como un acto típico; el & 22 del StGB, ubica el límite entre actos preparatorios y comienzo de tentativa, en un campo, aún, pretípico. —

La redacción paraguaya es técnicamente superior a la de su fuente alemana, porque respeta estrictamente el principio constitucional de la legalidad, pues, si colocaba el comienzo de la tentativa fuera de la acción típica en sí, castigaría lo atípico y, en consecuencia, podría ser tachado de inconstitucional. Además, la norma paraguaya acota el ámbito de la discusión, ya que en el caso alemán, primeramente, hay que determinar, cuándo estamos ante una acción típica y, en segundo lugar, cuando un acto es inmediatamente anterior a la acción típica; en el caso paraguayo, sólo es necesario el primer paso, es decir, cuándo concurre una exciónatípica de que, a su vez, indica la presencia de la tentativa.

Desde el momento que la tentativa es una acción tiple de los tipos penales establecidos objetivamente en la Pate Especial de fos congos Penales, "el comienzo de la ejecución de la acción tipla" deberentable derse conforme a un esquema objetivo, en este caso, conforme a los tipos penales plasmados en los códigos²⁴¹. Es potestad exclusiva del legislador indicar el momento inicial del campo típico, lo cual no puede quedar a merced de la imaginación de nadie, ni siquiera del propio autor. Ahora, diferente es la representación del autor de haber entrado en el ámbito de lo típico según su plan del hecho, lo cual constituye el comienzo de la tentativa. Por ej, el autor se representa que coloca una bomba de tiempo en la habitación de

²⁴¹ En el mismo sentido, Farré T, Elena, Ob cit pág 402.-

alguien y abre la cuenta regresiva, pero es la norma penal, objetiva, la que decide si esa acción ya está prohibida o no²⁴².-

El autor debe representarse, saber y querer que está ejecutando una acción, que según su plan, está destinada a lograr el resultado típico, pero la valoración positiva o negativa de ese acto corresponde a la norma penal, que es la que decide si la acción de colocar la bomba de tiempo en la habitación de alguien abriendo la cuenta regresiva, ya está prohibida o no, es riesgo prohibido o no, valoración esta que no puede efectuarse conforme a los criterios del autor, sino de la norma penal, objetiva, en una palabra, es el legislador el que define este aspecto.-

¿Cómo debe interpretarse la norma para determinar si el hecho de colocar la bomba de nuestro ej ya es una acción típica o no?. Aquí, para establecer si el tipo penal de homicidio comienza a ejecutarse o no, debemos recurrir al concepto de riesgo prohibido, que como tal es un elemento definidor de la tipicidad, es decir, si según los criterios manejados en nuestra sociedad, esa acción es conceptuada como riesgo prohibido, estaremos en presencia de un acto que ya implica comienzo de ejecución de la tentativa toda vez que este criterio encuentre normativo en nuestro ordenamiento jurídico. El concepto proporciona la mayor seguridad y precisión posiciones tipicidad o no de una acción. Una cuestión distinta e con los parámetros de riesgo prohibido maneja es en en un momento dado, teniendo en cuenta que, cierta no decir la mayoría y las más importantes, son impuesdominantes en esa sociedad²⁴³, o sea que, por quienes tienen el poder real en el contexto sociopolítico histórico particular, las que generalmente se concretan en la norma. El concepto de riesgo prohibido, tampoco escapa a esta regla, ya que en última instancia, son quienes detentan el poder real en la sociedad y que influyen decisivamente en los órganos políticos de

Esta es la tesis de Marcelo Sancinetti, explicada en detalle en sus obras Teoría del Delito y Disvalor de Acción y Fundamentación Subjetiva del Ilícito y Desistimiento de la Tentativa.

²⁴³ Cuando hablamos de élite no se hace referencia solamente a la económica, sino también a la política, cultural, intelectual, etc.

gobierno, ya sea legislativo, ejecutivo o judicial, los que terminan imponiendo los criterios de riesgos prohibidos que son plasmados en los tipos penales y aplicados en las sentencias de los tribunales. Como se podrá notar, con el riesgo prohibido como herramienta de análisis, no se garantiza la eliminación total de cualquier clase de arbitrariedad o irracionalidad, pero al ser un esquema objetivo, un standard social de interpretación, se lo puede contrastar permanentemente con los preceptos constitucionales y con los pactos internacionales sobre derechos humanos, con lo que se lo puede someter a un permanente proceso de falsación constitucional, lo cual evitará extenderlo hasta límites inadmisibles, lo que en la practica significa, que un tipo penal no puede ser ampliado arbitrariamente y conforme al libre albedrío de nadie.-

Una vez ingresado al área de la tipicidad, cuya frontera es delimitada objetivamente, frontera que el autor considera ya haber superado, para definir si se está ante una tentativa acabada o inacabada, debe recurrirse igualmente a la representación del autor, pues, si según su plan ya ha ejecutado todos los actos necesarios para lograr su finalidad típica, estaremos en presencia de una tentativa acabada, por más que objetivamente, todavía no sean suficientes dichos actos para lograr la consumación. En cambio, si el autor cree que, siguiendo surfat del hecho aún debe realizar ciertos actos para llegar a la consumación. En siguiendo surfat del forma adelantada, la misma debería ser imputada a tímio atimos de prosolver el actor de del con la tentativa inacabada²⁴⁴.-

Recurriendo a un parámetro objetivo como es la tipicidad penal para determinar el comienzo de la tentativa, aparentemente la cuestión sería de fácil solución, sin embargo, no es así.-

El problema de establecer cuál es el primer acto que entra al ámbito típico, es complejo y de difícil solución. Cuándo se comienza a matar, hurtar, coaccionar sexualmente, etc, no se aclara con la simple lectura de los

²⁴⁴ Sobre este punto, infra .-

tipos penales respectivos, sino que requiere de herramientas teóricas complejas, a cuya elaboración la doctrina se ha dedicado hasta nuestros días.-

Adoptando la teoría del acto productor de la finalidad, si el autor ha programado lograr su finalidad típica con un determinado acto y el mismo es considerado riesgo prohibido, tal como se explicó supra, estamos ante un principio de ejecución de la acción típica, cuyas características esenciales la encontramos en la Parte Especial del CP.-

Indudablemente, debemos tomar las peculiaridades cada circunstancia concreta para considerar si estamos en presencia de un principio de ejecución o no, lo que igualmente exige un examen correcto y acabado de cada tipo penal en cuestión. Así por ej, si se trabaja con el tipo de homicidio, debemos extrapolarlo al microclima en que se ejecutó una determinada acción. Este microclima contiene todos los elementos que hacen a la particularidad de cada acción, que son los que le dan su sentido específico. Imaginemos un disparo con arma de fuego en contra de una persona, si este disparo se produce en un enfrentamiento de dos enemigos en la calle, constituye tentativa de homicidio, pero si el disparo es realizado por una persona en contra de su amigo, quie chaleco antibalas de la mejor calidad y pide a su chaleco puesto para comprobar qué sersano circunstancias, no constituye tentativa de persona tiene puesto un chaleco antibalas disparo de arma de fuego al cuerpo, si el autor de disp sin saber del chaleco antibalas, habrá cometido tentativa de homicidio.-

El plan del hecho del autor, es un elemento imprescindible a los efectos de la determinación del principio de ejecución. Si dentro del plan del hecho del autor, el primer disparo aún no es el acto productor de la finalidad, por ej, un experto tirador que con el primer tiro quiere herir en la pierna a la víctima, ya que primero quiere verla caer para matarla de un tiro en la cabeza estando en el suelo, realiza un acto preparatorio de homicidio,

que puede encuadrarse en lesión grave, pero todavía no realiza un principio de ejecución del homicidio. Pero si el plan del hecho del autor consiste en herir en la pierna a la víctima para dejarla morir desangrada, el tiro en la pierna ya constituye comienzo de ejecución de la acción típica.-

Tomando la redacción del art 26 del CP paraguayo, se define a la tentativa como los actos que "tomada en cuenta la representación del hecho del autor, son inmediatamente anteriores a la consumación del tipo legal". Es claro que nuestro CP adopta la teoría del plan del hecho del autor al referirse a la representación que tiene éste de aquel. Aquí es importante mencionar, que el CP al hablar de representación del hecho, en principio, no hace distinción en si esa representación es correcta o no, si es idónea o no; lo importante es que exista esa representación del hecho y que se comience a ejecutarla.-

Como se vio supra, Welzel y otos seguidores de la teoría del plan del hecho recurren a la fórmula de la aproximación típica para discernir actos preparatorios y actos de tentativa, conceptuando como principio de ejecución a aquellos actos que son inmediatamente anteriores a la acción típica, que son el último paso antes de ingresar en el darro típico, formula esta que es perfectamente válida para explicar la cuestión en el como se como principio de ejecución a aquellos actos que son inmediatamente a típico, formula esta que es perfectamente válida para explicar la cuestión en el como se como principio de recomienzo de la tentativa quien "se proposition de la tentativa según el CP paraguayo.

Nuestro art 26, de forma inconfundible, considera el considera el considera el considera el considera el consumación de la tentativa aquellos que tomada en cuenta la representación del autor son inmediatamente anteriores a la consumación del tipo legal, lo que también implica una fórmula de aproximación, pero no a lo típico, sino a la consumación de lo típico.-

Los actos que constituyen principio de ejecución, según el art 26, ya están dentro del terreno de la tipicidad, tan claro es esto que el mismo art nos dice, que los mismos, son inmediatamente anteriores a la consumación

del tipo legal, es decir, que son los actos que conducen seguidamente a la consumación del tipo, del hecho, son los más próximos a la consumación.-

La teoría de los actos productores de la finalidad del maestro Pessoa, es el instrumento teórico más adecuado para explicar el comienzo de la tentativa, teniendo en cuenta, que los actos productores de la finalidad, tal como los ubica funcionalmente su creador, son típicos y se dirigen inmediatamente a la obtención de la finalidad que es la consumación del hecho típico.

Establecer cuál es el acto productor de la finalidad en el caso concreto, es una cuestión práctica y a su vez teórica. Práctica porque indefectiblemente, el intérprete debe tomar datos de la realidad concreta en que se cometió la acción y teórica, porque implica una decisión dogmática acerca de la extensión del tipo penal en cuestión o, si se quiere, del núcleo del tipo representado por el verbo típico, es decir, debe decidirse desde dónde, según el plan del hecho del autor, empieza la acción de matar, robar, etc, lo que conlleva una lectura de la estructura del tipo con herramientas dogmáticas proporcionadas por la teoría de la imputación penal.-

A continuación la lectura que hace Pessoa de la continuación en dos obras, en La Tentativa y en el Comentario que hace a la continuación de la con

En la tentativa²⁴⁵ Pessoa explica que la acción de fiatar no se la acción de fiatar no se la acción de cabo sólo con una parte aislada del cuerpo, sino accua de con de de contente en el emprendimiento se involucra a todo el cuerpo, con la une la acción de matar no empieza en el momento de apretar el gatillo, sino al levantar el brazo con la intención de apuntar y disparar a la víctima, interpretación ésta plenamente correcta.-

En cambio, al comentar el art 26 de nuestro CP el profesor de la UNNE, aplicando su teoría del acto productor de la finalidad, afirma que la

²⁴⁵ PESSOA, Nelson, Ob cit p...

acción típica de matar, o sea que la tentativa, comienza en el momento en que el autor aprieta el gatillo²⁴⁶

Una exigencia del principio de legalidad y un valor fundamental como es la seguridad jurídica, obligan a encontrar parámetros razonables para determinar hasta dónde se extiende la acción productora de la finalidad en un caso concreto, que es lo mismo que decir, hasta dónde se extiende el tipo penal.-

El parámetro que nos proporciona la doctrina actual, es el concepto de riesgo prohibido, que cuenta actualmente con una difusión y consenso interesantes que lo legitiman como instrumento de trabajo dogmático. El riesgo prohibido al ser un standard social de interpretación, tampoco elimina toda posibilidad de arbitrariedad penal, arbitrariedad que puede estar en su propia matriz, o sea que, el mismo stándard social puede ser arbitrario al ser impuesto por ej por una élite dominante de acuerdo a sus intereses, pero tiene la ventaja de lograr la legitimación como parámetro de medición de riesgo (no importa cómo a efectos de este trabajo), de ese criterio conveniente a los intereses de la élite dominante.-

Aplicando el concepto del riesgo prohibido en la interpretación de los tipos penales puede conducirnos a resultados juitdicalizante razonables. Una acción productora de la finalidad debe considerarse extended barra el primer momento de riesgo prohibido que canada la principio de ejecución de un hecho punible, o sea de la tentativo Esta victora mando debe realizarse sobre la base de cada tipo di particular. Nos expruamos tomando un tipo penal específico, como el de la casteión sexual, revisto en el art 128 del CP.-

El mencionado art 128 prescribe: "El que mediante fuerza o amenaza con peligro presente para la vida o la integridad física, coaccionara a otro a padecer en su persona actos sexuales, o a realizar tales actos en sí mismo o con terceros,..." . Para determinar desde qué momento tenemos tentativa de coacción sexual, debemos atenernos a la descripción contenida en el tipo

²⁴⁶ Código Penal Comentado, p 242, Coordinadores Jose I González Macchi y Nelson Pessoa, Bibliográfica Jurídica Paraguay, Asunción 2000.

penal para establecer cuál es el instante en que la acción descripta en el tipo penal constituye riesgo prohibido, o sea que, cuándo la fuerza o amenaza con la finalidad descripta en el tipo, constituye riesgo prohibido y deberá ser penada por la ley penal. Indudablemente, que una misma amenaza o fuerza, será riesgo prohibido en una circunstancia y en otra no.-

Imaginemos el caso de un hombre que amenaza a una mujer con golpearla si no acepta padecer en su persona actos sexuales y ubiquemos el hecho en dos diferentes contextos. Una amenaza de tales características en una calle concurrida con policías resguardando la zona, no constituye ningún riesgo prohibido y no puede ser considerada un principio de ejecución de coacción sexual. Esta misma amenaza, con los mismos protagonistas, en un callejón oscuro, desolado, sin persona alguna cerca del lugar y a altas horas de la noche, sí es riesgo prohibido y constituye principio de ejecución de la coacción sexual, porque esta amenaza en las condiciones descriptas en último término, implica ya un peligro presente para la vida o la integridad física de la mujer.-



CAPÍTULO V: APORTES Y CONCLUSIONES

1. LA CONFLICTIVIDAD EN EL DERECHO PENAL.-

El tema de la conflictividad asume singular importancia al momento de la criminalización de las conductas de las personas. Una conducta debe generar conflicto en las relaciones humanas para provocar la atención de parte del Estado. Pero la conflictividad que interesa al Estado es aquella que trascienda a las relaciones privadas de los hombres afectando de alguna forma a la convivencia social. Es decir, aquellos conflictos sobre cuestiones que interesan pura y exclusivamente a las personas como entes privados quedan fuera del ámbito de intervención del Estado (art 33 CN).-

Pero el Estado tiene varios otros mecanismos de solución de los conflictos sociales antes de recurrir en última instancia (última ratio) a su poder punitivo. Por ello, la legislación penal se ocupa únicamente de ciertos conflictos entre las personas que son considerados relevantes por el legislador por afectar gravemente los fundamentos de la convivencia interpersonal y que no encuentran solución a interpersonal y que no e

Es cierto que el tipo objetivo cumple el papel de définir el conflicto relevante para el derecho penal, siendo la conflictividad un elemento reductor, limitador del tipo tal como lo sostiene Zaffaroni. En el mismo sentido Alberto Binder considera que "todo sistema político (Estado) debe tener una política para gestionar la conflictividad: dentro del marco de los diversos mecanismos e instrumentos de gestión de la conflictividad aparece, como último recurso, el uso de instrumentos violentos, que el derecho penal

²⁴⁷ ZAFFARONI, R. E Ob cit p 461.-

buscará reducir y limitar²⁴⁸. Con las declaraciones de principio, tanto de Zaffaroni como de Binder no se puede menos que estar de acuerdo. El problema se presenta al momento de operativizar el principio.-

Para los dos autores citados, un conflicto implica necesariamente afectación de un bien jurídico o riesgo para el mismo, con lo que, entienden, evitan que el poder punitivo se extralimite e intervenga sobre los fueros internos de las personas y sobre aquellas acciones que no generen conflictos. Así como se aclaró en la primera parte de esta obra, el concepto de bien jurídico tiene un trasfondo normativo, en última instancia es la norma la que decide si algo es o no bien jurídico y, lógicamente, una norma penal es la que establece si un bien es penalmente tutelable. Es por ello que cualquier definición de la doctrina acerca del bien jurídico siempre tendrá vaguedades, ambigüedades que finalmente tendrán que ser resueltas normativamente.-

Como una forma de dejar en evidence de simitacione y ambigüedades propias del concepto de bien jurídico, conviene en algunas definiciones de bien jurídico ensayadas en la doctrina penal.-

La idea del delito como puesta en peligro o lesión de un bien garantizado en forma igualitaria por el poder estatal, o sea que, el concepto de delito como puesta en peligro o lesión de un bien jurídico, surgió desde el año 1832 con Birnbaum, imponiéndose esta concepción en la evolución posterior de la ciencia penal, siendo adoptada por Binding para fundar su teoría de las normas y Liszt la convirtió en la esencia de un derecho penal orientado a la idea de protección.-

²⁴⁸ BINDER, Alberto, Ob cit p 160

Rudolphi en el año 1834 decía: "Una norma penal se justifica, entonces, cuando ella es necesaria para la protección y seguridad de las condiciones de vida de una sociedad estructurada sobre la base de la libertad de la persona y al mismo tiempo es entendida como razonable"²⁴⁹. José Antonio Buteler (H), citando a Jescheck, refiere que (el bien jurídico) pertenece al mundo de los valores y que consiste en un interés social que el Derecho selecciona como digno de protección jurídico penal, a través de las descripciones de conductas hipotéticas generales y abstractas que de desplegarse en el mundo fenomenológico deberán traer la pena como consecuencia jurídica²⁵⁰. Soler, por su parte ha indicado que "el delito vulnera Objetos importantes para la vida social, intereses colectivos, que por eso se llaman bienes jurídicos e intereses jurídicos. Todo valor jurídico tiene como sustrato una realidad social en cuya ofensa la infracción se concreta"251 . El propio Gonzalo D Fernández afirmane "los entes que el legislador reconvierte en bienes jurídicos no son coses ju sino relaciones sociales, que hacen a la persona como derechos"252,-

Jescheck aclara que la misión del Derecho Penal es profeses vienes jurídicos, confirmando que, "hay, ..., bienes viales ade denonten exclusivamente en convicciones morales de la consisten muy enraizadas,...". Estos valores se convierten en bienes jurídicos al ser acogido en el ámbito de protección del ordenamiento jurídico". Concluye este autor que "el derecho penal realiza la protección de los bienes jurídicos en tanto procura que la voluntad de los ciudadanos se acomode a las exigencias del ordenamiento jurídico".-

Welzel por su parte ha sido claro en señalar que "bien jurídico es un bien vital de la comunidad o del individuo, que por su significación social

RUDOLPHI, Hans Joachim: "Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico" (traducción de Enrique Bacigalupo publicada en Nuevo Pensamiento Penal, Depalma, aó 4, julio/ septiembre 1975, nº 7, Buenos Aires, pp. 329 y ss). Citado por Edmundo Hendler en Teorías Actuales en el Derecho Penal, Ad.Hoc, Bs As 1.998.

BUTELER (H), José Anontio, Teorías Actuales en el Derecho Penal p 410, Ad.Hoc Bs As 1998.
251 Cita de Gonzalo D Fernández en Teorías Actuales en el Derecho Penal, p 420, Ad-Hoc, Bs As 1.988.-

²⁵² Idem anterior

²⁵³ JESCHECK, Ob cit p 6.-

²⁵⁴ JESCHECK, Ob cit p 7.-

es protegido jurídicamente...bien jurídico es todo estado social deseable que el Derecho quiere resguardar de lesiones. La suma de los bienes jurídicos no constituye un montón atomizado, sino el orden social, y, por eso, la significación de un bien jurídico no ha de apreciarse aisladamente en relación a él mismo, sino sólo en conexión con todo el orden social "255.-

Jakobs, sin embargo, afirma que bien jurídico penal es la validez fáctica de las normas, que garantiza que se pueda esperar el respeto de los bienes, los roles y la paz jurídica²⁵⁶.-

Maurach y Zipf son muy claros la señalar que, el bien jurídico no equivale al concreto objeto corporal del ataque o la acción, sino constituye un concepto de referencia, cual es el interés jurídico reconocido en un bien determinado en cuanto tal, en su forma de expresión general²⁵⁷.

Las breves referencias hechas a los conceptos de los diversos autores sobre el bien jurídico son suficientes para denotar que, en última instancia, la determinación de un bien jurídico consiste siempre en una decisión normativa. Lesión de un bien jurídico penalmente protegido representa un conflicto con trascendencia social negativa, en el sertiro de romper con la convivencia armónica y pacífica entre las personas. La convivencia armónica y pacífica entre las personas. La convivencia cualquier relación de las personas entre sí cualquier estado socio-ambiental cuya conser actor sea minar el para la vida en sociedad de las personas, sólicita de la personas entre sí cualquier estado socio-ambiental cuya conser actor sea minar el para la vida en sociedad de las personas, sólicita de la personas entre sí cualquier estado socio-ambiental cuya conser actor sea minar el para la vida en sociedad de las personas, sólicitat de la personas entre sí cualquier estado socio-ambiental cuya conser actor sea minar el para la vida en sociedad de las personas, sólicitat de la persona de la persona

Marcelo Sancinetti en una posición cercana a la sostenida aquí, al comentar el tema del Bien jurídico y quebrantamiento de la norma, tras afirmar que "un modelo de norma que pretende motivar sólo puede hablar a favor de una relación de oposición entre norma y acción, una oposición que a más tardar, rige hasta el último instante en que el autor puede tomar una decisión de acción", expresa que, "no se puede derivar una conclusión contraria a partir de la teoría tradicional del bien jurídico, invocada generalmente para definir el ilícito como lesión del bien jurídico.....Se

²⁵⁵ Welzel, H. Ob cit p 5.-

²⁵⁶ JAKOBS, G, La imputación objetiva, p 58.-

²⁵⁷ MAURACH y ZIPF, Ob cit p 337.-

supone aquí (....) que en razón de que la norma penal queda legitimada por su capacidad de proteger el "hien jurídico tutelado", la sanción se justifica sólo si el hecho afecta ese "bien". Es una explicación realmente curiosa (dice Sancinetti): se exige que un objeto real de bien jurídico esté afectado para legitimar la reacción penal, porque ésta está para proteger el bien jurídico; ahora: si el bien jurídico está afectado, ¿ qué protección de él podría cumplir realmente la sanción?...Es verdad que la legitimidad de la norma, y, por tanto, del deber, tiene por fundamento el proteger intereses socialmente valiosos, pero no el proteger un objeto concretamente agredido, sino la confianza general de que objetos de "esta clase" deben ser respetados....Con esto no se le quita nada a la teoría tradicional del bien jurídico, en su función de legitimar cada una de las normas, sólo se le quita aquello que es nocivo, es decir: la creencia de que el contenido de una infracción se determine por el grado de lesión a un bien físico, del mundo de la naturaleza".

Al tratarse de una decisión normativa la determinación del bien jurídico y no de puras imposiciones al derecho penal de objetos de la naturaleza o de categorías sociales, las limitaciones al poder punitivo no podrán encontrarse recurriendo a objetos materiales. Estados sociales a secas. Desde el momento en que el objeto de protección de la contrarse represente al ámbito axiológico o valorativo, la contrar estado pertenece al ámbito axiológico o valorativo, la contrar

La importancia de la conflictividad social surge evidente al momento de valorar las relaciones, estados o intereses sociales para decidir si se le otorga o no protección penal. Pero el papel de la conflictividad no se agota

²⁵⁸ SANCINETTI, Marcelo, Hícito personal y participación p 23/26, Ad-Hoc, Bs As 1.997.

en la etapa de selección valorativa del objeto de protección del derecho penal. Otro momento en que debe tomarse en cuenta la conflictividad se da al decidirse el ejercicio o no del poder punitivo sobre una concreta acción típica. Más claramente, una acción por más que sea típica, no justificará la aplicación de una sanción penal si no ha generado un conflicto relevante para la convivencia social. Es decir, la conflictividad cumple un doble papel reductor, primero sirve de parámetro de selección de los valores o intereses a ser protegidos penalmente por ser indispensables, fundamentales para la convivencia de las personas, debiendo ser seleccionados solamente aquellos cuya conservación sea necesaria, aun cuando tenga que recurrirse a la violencia estatal, so pena de graves conflictos que afecten a la sociedad. En segundo lugar, una vez establecida la tipicidad de una acción, la ausencia de conflictividad impedirá la aplicación de una sanción penal, por más que el tipo objetivo esté configurado plenamente. Esta segunda función que cumple la conflictividad es la que Eugenio R Zaffaroni otorga a lo que él denomina "la tipicidad conglobante" 259. A este respecto Zaffaroni describe como elementos de la conflictividad una acción le la imputabilidad de esta acción a alguien. Ante esta afirmación correspon hecho, al no haber acción o un sujeto imputable acción, no puede existir fenómeno alguno con re penal y, en consecuencia, no concurrirá presup analizar la conflictividad de un hecho.-

Una vez establecidas las dos funciones reductoras de la crificación dad en el ámbito del ilícito penal, es conveniente conceptualizar lo más claramente posible al conflicto en sí, ya que solamente una definición clara del elemento reductor puede posibilitar que la función reductora tenga contornos claros y sea lo más segura posible.-

Julien Freund define al conflicto como "un enfrentamiento o choque intencional entre dos seres o grupos de la misma especie que manifiestan los unos hacia los otros una intención hostil, generalmente acerca de un derecho, y que, para mantener, afirmar o restablecer el derecho, tratan de

²⁵⁹ ZAFFARONI, E, R, Ob cit p 461 y sgtes.

romper la resistencia del otro, usando eventualmente la violencia, la que podría llevar al aniquilamiento físico del otro"260. Esta definición, lógicamente perfectible, es aplicable al conflicto que configuran los delitos penales. Al hablar de choque intencional, Freund se adapta perfectamente al presupuesto de una conducta penalmente relevante, sobre todo a la teoría finalista de la acción, según el cual, las personas debe actuar finalmente, persiguiendo una finalidad, ya que de otra forma sería inimputable. Todas las conductas son finales, las que no lo sean no tienen importancia para el derecho penal²⁶¹. Freund indica por otro lado, que los conflictuantes, para mantener, afirmar o restablecer el derecho, tratan de romper la resistencia del otro, usando eventualmente la violencia, la que podría llevar al aniquilamiento físico del otro, describiendo de esta manera la contextura que normalmente presentan los conflictos. Las personas en conflicto, normalmente llegan a ese estado a consecuencia de reclamos sobre ciertos derechos que creen que las otras personas les deben reconocer y dependiendo de la intensidad alcanzada por la disputa, en ocasiones desembocan hasta en homicidios a consecuencia de la virulencia de los reclamos. Es cierto que hay casos en que una persona provoca un conflicto con otra sin reivindicar ningún derecho, vgr, alguien que intenta matar a otro porque le pagaron para eso, pero de todas maneres, homicida de este ejemplo, demuestra una intención hostilo víctima y, si esta tiene oportunidad, normalmente vida por todos los medios, aun a costa del aniqui agresor .-

En el caso específico del poder punitivo estatal, cando interviene in los conflictos lo hacen con la finalidad de mantener, afirmar o de la derecho, para lo cual debe romper la resistencia de los que se opongan apelando a la violencia legítima que monopoliza y centraliza, pudiendo

260 Cita tomada de Remo F Entelman, Teoría de los Conflictos, p 45.-

Es cierto que la teoría finalista de la acción es considerada insuficiente por algunas tendencias actuales de la dogmática penal como es el caso de los conceptos sociales o negativo de la acción o el propio concepto persona de acción de Roxin. De todas maneras, en el estado actual de la evolución de la doctrina y por razones de mayor seguridad y claridad conceptual, es preferible mantener, al menos por ahora, la teoría finalista, mientras se siga trabajando y definiendo mejor las teorías superadoras de la misma.

llegar incluso al aniquilamiento físico del que lo resiste, tal como se da en los casos de personas muertas por ejemplo en enfrentamientos con la policía por negarse a cumplir una orden de detención.-

Al hablar Freund de choque intencional, no debe interpretarse que conforme a esta definición, solamente las acciones dolosas serían conflictivas y no las conductas culposas. La intencionalidad del choque debe entenderse en el sentido de lo que Welzel denominó en su momento. "acción biocibernética anticipada", que significa que toda acción humana manifiesta se dirige y planifica conforme a un objetivo²⁶². De esto se deduce que, una acción sin finalidad, sin objetivo programado es un contrasentido, por lo que, cualquier acción para crear un conflicto penalmente relevante, necesariamente deberá ser intencional. A todo esto debe agregarse que, en este trabajo se sostiene claramente que el dolo no es la intención, posición esta que se fortalece con la definición de Freund, quien al hablar de choque intencional entre las personas, se refiere a todas aquellas conductas conflictivas, que muchas veces son perfectamente legítimas, legales. O sea que, puede ocurrir que el conflicto sea conse conductas perfectamente legales de dos personas, por dos herederos que conflictuan por la herestan queda demostrado una vez más, que la kim para la configuración del dolo; siendo más o no es igual a intención.-

La teoría de los conflictos hasta el momento ha tenido poco espacio en la enseñanza universitaria, pero de todas maneras, su importancia es palpable en las investigaciones de las diversas disciplinas, vgr en la sociología es harto conocida la tendencia que considera a los conflictos como motores de la evolución social y, como se ha visto, en el ámbito de la teoría del delito cumple dos funciones de suma trascendencia a la hora de poner límites al poder represivo estatal.-

En última instancia, bien puede decirse, que el derecho penal busca resolver los conflictos que, por su gravedad, perturben los fundamentos

²⁶² Cita tomada de Zaffaroni, E, R, Ob cit p 389.-

esenciales de la convivencia social, de tal manera que esa sociedad determinada, considera que ese conflicto peligra su propia existencia como ambiente propicio para una interrelación razonable entre las personas. Esta afirmación no debe entenderse en el sentido de que el derecho penal busca eliminar todos los conflictos de la sociedad, ya que la experiencia milenaria ha demostrado que los conflictos en las relaciones interpersonales siempre existen y en algunos casos es hasta saludable la presencia de ellos, porque de un choque de intereses pueden surgir progresos que fortalecen a una sociedad. Por ejemplo de un conflicto obrero-patronal puede derivarse un aumento salarial para los obreros, lo que llevará a que los mismos y sus familias mejoren su calidad de vida e, incluso, ese aumento puede implicar alguna movilidad social ascendente de los beneficiados.-

La sociedad cuenta con diversos mecanismos de solución de conflictos, el derecho es sólo uno de estos mecanismos, el más antiguo por cierto, lo cual de ninguna manera significa que sea el mejor y, mucho menos, cuando emplea métodos violentos como es el caso del derecho penal. La mayoría de los conflictos sociales ocurren por fuera de la competencia del ordenamiento jurídico y son resuela Sostener que los conflictos son resueltos extrajurídicarifer los sean en contra del derecho, sino en el sentiproduce sin recurrir a los mecanismos estable ordenamiento jurídico. En este sentido son oporturas Remo F Entelman: "Tenemos hasta aquí la pos universo de todas las confrontaciones posibles entre missiones sociedad, una parte, la menor, es asumida por el sistema $(jurídico)^{263}$. Este privilegia, porque las valora positivamente, algunas pretensiones opuestas en las confrontaciones posibles y pone a su disposición el método jurídico de resolución. Lo hace motivando al oponente a través de una amenaza de sanción susceptible de aplicarse contra su voluntad y con utilización de la violencia...Nos encontramos así frente al objeto conflicto. Es claro que el método jurídico de resolución de los conflictos asumidos por la sociedad ha

^{263 ()} no aparece en el original.

dado lugar en los últimos dos siglos a una vigorosa ciencia con antecedentes conceptuales muy antiguos. Y que el conflicto que se produce entre pretensiones incompatibles pero igualmente permitidas no es objeto de estudio para esa ciencia, ni integra de manera alguna las materias que contienen la formación multidisciplinaria brindada por la universidad al abogado..."²⁶⁴.-

Con las reflexiones de Entelman y observando la experiencia cotidiana puede determinarse con claridad, que la mayoría de los conflictos sociales se desarrollan y se resuelven fuera del ordenamiento jurídico, sin la intervención de los operadores del derecho, o sea que, la mayor parte de los conflictos sociales no conllevan pretensiones o acciones ilegales de los involucrados, razón por la cual el derecho no interviene en ellos. Tomando en cuenta esta realidad, puede afirmarse claramente, que solamente la menor parte de los conflictos requieren la intervención del ordenamiento jurídico con sus mecanismos violentos de solución. Y dentro de este mínimo porcentaje de conflictos abarcados por el ordenamiento jurídico, sólo una mínima parte habilita la intervención del mecanismo de resolución de conflictos más violento regulado por el Estado, el derecho penal. Esta violencia legítima estatal está centralizada en Roder Judicial y los operadores de este Poder deben ser sumanion administración de la misma. La realidad descripta inexorablemente a un derecho penal de mínima más por imposición de la realidad que por conviindebidamente la actuación del poder punitivo conflictos, puede agravarlos, ya que éstos deben ser mecanismos adecuados. Si el Estado aplica su poder punitivo a un conflicto que cuenta con otros mecanismos de resolución creado por la propia sociedad, esta extralimitación provocará resistencia, resentimiento y hasta reacciones violentas en la sociedad. Por ejemplo, tomar medidas punitivas contra los padres cuyos hijos menores sean sorprendidos borrachos en la vía pública, indudablemente generará resistencia y probablemente, lucha activa

²⁶⁴ ENTELMAN, Remo F, Teoría de Conflictos. Hacia un nuevo paradigma, p 66, gedisa editorial, Barcelona 2002.

para la derogación de estas medidas, es decir, generará más conflictos antes que resolverlos.-

2. LA CONFLICTIVIDAD EN LA TENTATIVA INIDÓNEA.-

Entrando específicamente al campo de la tentativa inidónea, debe determinarse la conflictividad en las conductas calificadas como de tentativa inidónea a fin de justificarse su punibilidad.-

Definiéndose al conflicto como un enfrentamiento o choque intencional entre dos seres o grupos de la misma especie que manifiestan los unos hacia los otros una intención hostil, generalmente acerca de un derecho, y que, para mantener, afirmar o restablecer el derecho, tratan de romper la resistencia del otro, usando eventualmente la violencia, la que podría llevar al aniquilamiento físico del otro, es necesario compatibilizar esta definición con los supuestos de tentativa inidónea. En este sentido cabe afirmar que, quien, según su representación ha realizado todos los actos que sean necesarios para lograr la consumación del hecho punible, ha provocado un choque intencional contra otras personas, en este caso, contra la propia víctima o los parientes o personas allegadas a ésta. Podrá responderse a esto que, en el caso de quien dispara contra un muerto pensándolo vivo, no hay ningún enfrentamien ? va estaba muerta. A esto puede responderse que, con este et ma homicidios tampoco habrían conflictos que la acción del victimario murió, es decir, se protección pretende el derecho penal; sin discute la legitimidad de la actuación del pode propio Estado la acción penal o los familiares de la víctima.

La conflictividad de la conducta de quien dispara contra un cadáver representándose que se trataba de una persona viva es patente. Piénsese vgr en la sensación que experimentarían las personas vecinas de la persona que realizó esta conducta si esta continúa viviendo tranquilamente en el vecindario, en el barrio, como si nada hubiera pasado. Es indudable que

todos los demás sentirán que entre ellos se encuentra alguien que no mató de casualidad, por puro azar y que se encuentra disfrutando plenamente de todas sus libertades cual si fuera un ciudadano respetuoso de los valores más importantes de la convivencia social. Ni qué decir si la persona a quien trató de matarla nuestro autor sea alguien de la misma comunidad o que sus familiares y amigos vivan en el mismo entorno social que el frustrado homicida. El derecho penal no puede cerrar los ojos frente a concretas realidades conflictivas como ésta y deberá dar una respuesta razonable so pena de perder legitimidad.-

Por otra parte, son imaginables hipótesis de tentativa inidónea donde la conflictividad de la acción sea aún más clara. Piénsese en un atentado terrorista con armas biológicas contra una ciudad sin que se produzca un solo muerto debido a que las armas utilizadas perdieron poder letal sin que los terroristas se dieran cuenta. Sostener que no habrá conflicto relevante en que intervenir una vez que la población se entere de un atentado como éste es poco menos que ingenuo.-

Podrán haber casos de tentativa inidónea que no merezcan sanción por falta de conflictividad tal como ocurre con los hechos bagatelarios o los que se produzcan en el ámbito familiar, en supuestos de hechos punibles intenta contra derechos patrimoniales, contra el orden económico y tributario, contra las relaciones jurídicas, etc. Es claro que productativa inidónea de extorsión, estafa, evasión de impuestos o de testimonio se estar que producto con trascendencia social con suficiente de para intervención punitiva y por ello, el Hetado no estar el producto haya ejecutado todo su plan delictivo, en los supues por inferiore, de tentativa inidónea donde el dolo no tenga como contenido la representación de actuar sobre la vida o la integridad física de alguien, no existe suficiente conflictividad para sustentar una intervención punitiva del Estado.

La tesis que se postula en esta parte cuenta con sustento constitucional en el Paraguay y cumple, al mismo tiempo, con el principio de la mínima intervención, limitando ésta no sólo al marco típico, sino que, inclusive, una

acción típica de tentativa inidónea quedaría fuera de lo punible por aplicación del principio de la conflictividad. El sustento constitucional de esta posición se tiene en el art 4º de nuestra Carta Magna que establece que: "El derecho a la vida es inherente a la persona humana...Toda persona será protegida por el Estado en su integridad física y psíquica,...". Cualquier acción dolosa que tenga como contenido la representación de, por lo menos, la posibilidad de una afectación a la vida o la integridad física de alguien, debe ser reprimida por el Estado en cumplimiento de este art 4º de la CN. Esto es lógico, ya que el Estado de Derecho reconoce entre sus valores fundantes a la vida y la integridad física de las personas, lo que exige una protección más amplia y poderosa de aquellos en razón de que los mismos son, nada menos, que la razón de ser y la finalidad esencial del ordenamiento jurídico- constitucional.-

Hasta dónde puede avanzar el Estado en su tarea tuitiva de la vida e integridad física de las personas a través de la sanción penal está delineado por el concepto del dolo. Una persona por más que crea que pone en peligro concreto la vida o la integridad física de otro, si su creencia deriva de una superstición o de una concepción equivocada de las reglas de causalidad admitidas por las ciencias modernas, no tendrá colo responsa de taratarán de supuestos de tentativa supersticiosa o irreal implinous concepción lo explicado en otro lugar.

En conclusión, los supuestos de tentativa inidofera punificación aquellos que, por los motivos explicados en principal afteriores, generan una conflictividad social de suficiente entidad principacan, únicamente en estos casos, la actuación del poder represivo Estatal. Una tentativa inidónea genera una conflictividad social grave, cuando en su ejecución, el agente se representa que actúa sobre la integridad física del sujeto pasivo, representándose la creación de una afectación o peligro concreto para la vida o la integridad física de éste.-

En definitiva y en la práctica conforme a esta tesis, no todas las hipótesis de tentativa idónea prevista en el CP paraguayo admiten la punibilidad de su forma inidónea. Esta es una postura que pregona una disminución radical de los supuestos de tentativas inidóneas punibles, acotándose el campo punitivo sin dejar de brindar protección adecuada y constitucional a los valores fundantes de nuestra sociedad. Vgr, la tentativa idónea es punible de conformidad al art 161 inc 2º del CP. Según esta disposición, cualquier principio de ejecución de hurto es punible, como puede ser el caso de alguien que intentó sustraer una cosa mueble del patio de alguien que dejó el portón abierto. Pero, este mismo supuesto no es punible si el autor se apoderó de la cosa mueble en la misma circunstancia sin saber que la cosa mueble sustraída en realidad era suya. En esta última hipótesis se configura el tipo penal de tentativa inidónea de hurto, pero se excluye la punibilidad por ausencia de lesividad o conflictividad social.-

En qué circunstancias sería punible una tentativa inidónea de hurto?. El principio que se postula en esta tesis es que la tentativa inidónea es punible sólo en aquellos casos en que el agente admite que actúa directamente sobre la integridad física del sujeto pasivo, representándose la creación de una afectación o peligro concreto para la vida o la integridad física del sujeto pasivo. Vgr, el autor mete la mano en el bolsillo vacío de la víctima con dolo de hurto representándose la posibilidad de producirle, por lo menos, alguna lesión, lo que puede darse por una reacción de la víctima que intenta defenderse generando la necesidad de una eventual acción violenta de parte del ladrón. Cómo se define si el radron solucione solucione que debe ser definida conforme a los para contra su víctima eso practica de materia de dolo en la legislación penal.

Una clara definición del elemento conflicto da cump la una farición mucho más efectiva en la limitación del poder partivorcion mero concepto de bien jurídico. Tal como se ha visto, hay dos niveles de operatividad de la conflictividad, primero en el nivel de selección de los valores sociales a ser protegidos penalmente y segundo al nivel de la interpretación de los tipos penales. Entre las dos dimensiones, la primera es

de mayor importancia que la segunda, teniendo en cuenta que la no selección de un determinado valor social implica una clara autolimitación del poder represivo del Estado como instrumento de resolución de los conflictos que afecten a ese valor social y ya no quedaremos a merced de la interpretación muchas veces discrecional y no pocas veces arbitrarias de los jueces.-

Lo primero que debe asegurarse es que el legislador no sancione discrecionalmente normas penales, estableciéndose frenos constitucionales y sociales claros a este respecto y, sólo en segundo lugar puede establecerse limitaciones al poder represivo por medio de interpretación de los concretos tipos penales.-

Una medida saludable estaría en una clara interpretación del art 33 de la CN, definiendo claramente, desde el punto de vista constitucional lo que es el ámbito privado de las personas exento de la intervención de la autoridad pública. Asimismo, es imperativo delinear con trazos nítidos los límites del orden público. La doctrina constitucional define al orden público como "el límite jurídico indisponible (imperativo) a la esfera de reserva, colocado allí donde las acciones de cada uno (acciones privadas) interfieren el ámbito de las acciones de los demás "265. A la pregunta sobre los límites del orden público, la misma doctrina responde con toda claridad que no havena respuesta contundente y definitiva a la misma: "hay una zona gris (de la valoración política vigente y dominante que, obviamente, cambia con el propositio de la valoración política vigente y dominante que, obviamente, cambia con el proposition de la valoración y no Estado de Derecho" 266.-

La delimitación del orden público debe constructo a nivel constitucional a partir de una lectura integral si curático de los arts referidos a la forma del Estado, al ámbito de reserva y al principio de legalidad. El art 1 de la CN prescribe que la República del Paraguay se constituye en Estado social de derecho, con lo que nuestra Carta Magna

²⁶⁵ QUIROGA LAVIÉ, Humberto, Bendetti Ángel. Cenicacelava María de las Nieves Derecho Constitucional Argentino, TI, β 148, Rubinzal- Culzoni Editores, Bs As 2001.-²⁶⁶ Idem nota anterior.-

deja sentado que el orden público no se expande por todo el sistema jurídico-político y, en el art 9 la misma Suprema Ley declara que "nadie está obligado a hacer lo que la ley no ordena ni privado de los que ella no prohíbe", consagrándose como principio fundador de nuestro sistema la libertad de las personas, y las acciones de éstas que no afecten al orden público establecido en la ley o a los derechos de terceros, estarán exentas de la autoridad pública (art 33 CN), siendo posible la privación legítima de la libertad solamente a partir de las causas y condiciones fijadas por la Constitución y la ley tal como lo ordenan los arts 11 y 17 inc 3 de la máxima Ley de la República del Paraguay.-

Es el legislador el único facultado para definir los límites del orden público por medio de una ley, no lo puede hacer por ej el Poder Ejecutivo y de esta manera se concentran en el Congreso dos de las funciones más importantes de un Estado de Derecho: delimitar el orden público y definir los delitos y las sanciones penales. Pero el legislador tampoco tiene un poder discrecional para el ejercicio de estas dos funciones, la propia Constitución construye los límites a este efecto. Hemos visto que según la doctrina constitucional, el orden público está ubicado allí donde las acciones de las personas interfieren en las acciones de los demás, definición ésta que coincide plenamente con el principio consagrado por el art 33 de nuestra CN, con lo que categóricamente, por mas acción de una persona tiene que interferir, afectar derecho para que pueda ingresar al ámbito del ejemplo, tipificada como delito penal. Este es un constitucional al poder represivo del Estado. El cada legitima al poder punitivo, es su primer límite. dicho aquí en el ámbito del derecho penal reside en que que debe hacerse de la conducta de una persona antes de tipificarla como tentativa inidónea por ejemplo, es la de si la misma interfiere, afecta o no a otras personas o los derechos de otras personas. A esto debe agregarse la conflictividad

La consecuencia de estas definiciones consiste en disminuir a su punto mínimo las zonas de tensión entre el ámbito privado de las personas exento de la intervención de la autoridad estatal y el orden público que autoriza esta intervención.

Pretender poner límites al poder punitivo estatal solamente con herramientas conceptuales como el del bien jurídico es ingenuo y esto es algo que se comprobó empíricamente. Muchos estados autoritarios sin renunciar al concepto de bien jurídico han penalizado hasta el pensamiento, sancionando leyes penales vgr contra la ideología comunista.-

Las barreras más poderosas contra cualquier desborde punitivo deben levantarse en el ámbito de la propia sociedad materializándose en esta los principios fundamentales del Estado Social de Derecho. Una sociedad infestada de pobreza extrema, de marginalidad y de desinformación es una sociedad a merced de los desbordes punitivos. Sabemos perfectamente que en estos tiempos en que los grandes medios de comunicación en forma permanente disfrazan la realidad, construyen e imponen una realidad simbólicas funcional a los intereses de sus propietarios, provocan en los ciudada criminalización primaria y secundaria y estadísticas publicadas últimamente en A que hay un mínimo porcentaje valoran positivamente el Estado de Derecho y que Derecho está ligado al nivel de educación y de la nostan más educación y bienestar material, más defensa del Estado de Derecho.-

No se puede dejar de reconocer que por más que la dogmática penal, la política criminal, la criminología o el propio derecho constitucional se esfuercen por crear diques de contención del poder represivo estatal, si este esfuerzo no va acompañado de un componente socio-económico-cultural, no tendrá eficacia. Solamente una sociedad bien estructurada, sólida cultural y económicamente puede estar en

condiciones de proporcionar bases compactas al Estado de Derecho y podrá valorar positivamente todas aquellas construcciones teóricas limitadoras del poder punitivo.-

Conclusión: Por más que se sostenga que el derecho penal protege bienes jurídicos esto no es óbice para que un Estado despótico ensanche irracionalmente su poder represivo a través de legislaciones que inventen bienes jurídicos a discreción. Debe garantizarse que la sociedad incorpore en su seno al Estado de Derecho para que deslegitime cualquier norma penal que busque la protección de valores sociales vitales para la convivencia armónica. Estos valores sociales pueden estar corporizados en objetos materiales (la vida en el cuerpo humano, la propiedad en algún objeto visible) o constituir condiciones de vida o relaciones interpersonales cuya conservación sea indispensable para esta vida en sociedad (medio ambiente saludable, la libertad, la seguridad de la vida, seguridad frente a riesgos colectivos, etc). —

Para evitar que las personas sean intrumentalizadas, cualquier norma penal debe ser construida teleológicamente, estableciendo como finalidad esencial, garantizar las condiciones de vida de las personas. A este efecto, se requiere una concepción antropocéntrica y humanista al momento de elaborar una norma con lo que, to seria y únicamente serán protegidas condiciones o relaciones indispensables, para que la persona pueda convivir dignamente con encodo sonado para que la exceso del poder represivo en la medida de que las normas senales suo tiendan al resguardo de valores cuyo titura sera la persona numana, como individuo o como integrante de una outro es sociedad. Este principio debe regir la tarea, tanto de aquellos que la aqualgo an como finalidad del derecho penal la protección de bienes jurídicos, como de quienes consideran que en realidad es la protección de la vigencia de la norma la finalidad del derecho penal.-

Sería insoportable para un miembro de una sociedad sentir que cuando sale a caminar por las calles, otra persona puede meter tranquilamente la mano en su bolsillo tratando de hurtarle la billetera y que el derecho penal se quede con los brazos cruzados diciéndole que no hay motivo para una intervención punitiva, que recién el poder represivo intervendrá para tratar de sancionar, el día en que, efectivamente, el ladrón lleve la billetera o el dinero del bolsillo de su víctima.

3. PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA INIDÓNEA.-

Al hacerse referencia a la discusión sobre la cuestión terminológica sobre la tentativa inidónea, ha sido citada la opinión de Zaffaroni acerca de la impunidad de lo que él denomina tentativa inidónea por mandato del art 19 de la CN argentina que prohíbe a los magistrados inmiscuirse en aquellas acciones de las personas que no afecten a terceros. También se destacó que la Carta constitucional paraguaya consagra el mismo principio del art 19 de la Constitución Argentina en su art 33, lo que llevaría a proclamar la inconstitucionalidad de la punición de la tentativa inidónea en el Paraguay, si es que nos adherimos a las ideas del Prof Zaffaroni, por lo que, necesariamente deberá demostrarse el error en el samiento del maestro de Bs As y de los que piensan como él para para sostenida en esta tesis. Sobre todo deberá demostrars constitucional la punición de la tentativa mid dicha punición no viola el principio de les efecto se describen literalmente las ideas de hacer las críticas a las mismas y sostener una pe conclusión.-

Antes de entrar plenamente al desarrollo de las ideas actuales de Zaffaroni cabe mencionar que este autor ha cambiado radicalmente su posición sobre este tema. En principio aprobaba la punibilidad de la tentativa inidónea y consideraba que esta era sinónimo del delito imposible legislado en el último párrafo del art 44 del CP argentino: "Si el delito fuera"

imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducírsela al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente". Zaffaroni decía en aquel momento: "Hay tentativa inidónea o tentativa imposible cuando los medios empleados por el autor son notoriamente inidóneos para causar el resultado"267. Continuaba afirmando nuestro autor que, "la única diferencia que hay entre tentativa idónea y la inidónea es que en la segunda el error es grosero, burdo, grueso, tal como querer envenenar con azúcar, con medio supersticioso, demoler un edificio con alfileres, envenenar por medio de una culebra que en realidad es una lombriz grande, etc". De todas maneras, la tentativa inidónea según Zaffaroni estaba constituida por aquellos supuestos de inidoneidad de medios, no así por los casos de inidoneidad de objeto o de sujeto, hipótesis estas últimas consideradas como supuestos de atipicidad por ausencia de elementos del tipo. Además, analizando los ejemplos dados por Zaffaroni, incluía dentro de la tentativa inidónea supuestos de tentativa supersticiosa (al hablar de medio supersticioso) y de tentativa irreal (querer demoler un edificio con alfileres).-

Zaffaroni fundamentaba la punibilidad de la tentativa inidónea en que de cualquier manera la perturbación se puede sufrir y nadie está obligado a soportar conductas que tiendan a lesionar sus bienes jurídicos, por mucho que sean burdamente inidóneos los medios aplicados para ello. Afirmaba que el fundamento de la punición de la tentativa inidónea por sorto, pues que el fundamento de la punición de la tentativa en proceso de la composición de la composición de la comp

Con la edición del año 2000 de su nuevo Manual de Derecho Penal, el Prof Zaffaroni sostiene que tentativa inidónea del del de imposible as son sinónimos, identificando todos los supuestos de tentativa inidónea, denominada por él tentativa aparente, con supuestos de atripicado por lo tanto, impunes. A partir de esta idea es que el Prof de Bs As concluye que el delito imposible legislado en el último párrafo del art 44 no es igual a la

²⁶⁷ ZAFFARONI, E, R, Manual de Derecho Penal p 533, Industria Gráfica del Libro S.R.L., Bs As, 1.979.

²⁶⁸ Idem nota anterior p 534.-

²⁶⁹ Idem notas anteriores p 534.-

tentativa inidónea, recurriendo a un argumento de orden legislativoconstitucional tal como ya se explicara supra. He aquí las distinciones practicadas por Zaffaroni acerca de los diversos supuestos que pueden presentarse: (a) Hay supuestos de tentativa aparente- en que directamente no hay tentativa- por ausencia de tipo o, más certeramente, ausencia de tipicidad (sistemática) que pueden presentarse (1) cuando falta algún elemento del tipo legal o sistemático (ausencia de tipo en sentido estricto), (2) cuando falta la cosa elegida como medio (atipicidad por falta de medio); y (3) cuando ex ante el medio elegido carece en absoluto de cualquier idoneidad para consumar el hecho (atipicidad por falta de medio idóneo). b) Son casos de delito imposible del último párrafo del art 44, cuando ex ante el medio fue idóneo y hubo peligro, pero no obstante, ex post, dada (1) la forma muy inadecuada en que se usó el medio, (2) un muy grave defecto de éste, (3) un accidente del objeto o (4) una previa neutralización del peligro, se determina la imposibilidad absoluta de/ consumarlo. c) Por último, cuando el medio ex ante fue idóneo y hybo peligro, y ex post no se comprueba ninguna imposibilia consumarlo, existe la tentativa cuya punicion párrafos del art 44²⁷⁰.-

Los casos presentados por Zaffaroni controlle tantativas para contra de tipo impune desde la teoría objetivista constitua por el son perfectamente punibles en el CP del Paraguay. El superfectamente de ausencia de tipo en sentido estricto puede ejemplificarse con aquel autor que dispara contra su enemigo a quien considera dormido cuando en realidad ya estaba muerto. Desde la perspectiva ex ante, que es la correcta y justa por efectuar el análisis de las circunstancias existentes y/o representadas por el agente al momento de actuar, el autor se "representó" que su enemigo estaba con vida y ejecutó la acción de efectuar disparos con armas de fuego contra el cuerpo de su enemigo. La acción de disparar con arma de fuego con dolo homicida no constituye una acción privada exenta de la autoridad pública tal como proclama el art 33 de la Constitución Paraguaya. La lesividad, que según el

²⁷⁰ ZAFFARONI, E. R, Manual de Derecho Penal p 798, EDIAR, Bs As, 2000.

mismo Zaffaroni concurre cuando hay afectación de bien jurídico (por daño o por peligro) del bien jurídico en forma significativa, pero constatando que se trata de un bien jurídico, o sea, que su afectación está prohibida por la norma²⁷¹, es posible comprobarla en el supuesto analizado. Esta lesividad es posible determinarla a la luz de la teoría del dolo adoptada por el CP de Paraguay y más claramente, conforme la regulación de la tentativa en el art 26 que manda tomar en cuenta la representación del hecho que tenga el autor en el momento de ejecutar su acción. Si el agente se representó que la persona acostada estaba con vida y esta representación no es ni supersticiosa ni contraria a las leyes de la causalidad asentadas en la sociedad, debe respetarse esta creencia del autor, es decir, al momento de actuar él consideró que existía el bien jurídico "vida" y no basó su creencia en elementos supersticiosos o en un error sobre la causalidad natural. En una palabra, nuestro autor se representó una persona con vida y disparó contra ella con arma de fuego, es decir, actuó conforme a un plan razonable. El ordenamiento jurídico paraguayo protege enérgicamente el bien jurídico vida y prohíbe y sanciona penalmente toda acción que tienda a destruirla o sea que, la acción de nuestro autor del ejemplo está penalmente prohibida y esta prohibición penal tiene sustento constitu

El daño o peligro creado también debe definirse ex ante y según la representación del autor, siendo claro a est respecto, euca ante el agente consideró, se representó, que estaba creando un concerto de para la vida de su enemigo, generando un acto lesivo deloso. El código Penal prohíbe ejecutar acciones con el convencimiento de que en las circunstancias en que son ejecutadas generan riesgos prohibidos para el bien jurídico vida humana. Así lo declara el art 26 del CP. La acción de disparar contra el cuerpo de alguien a quien se lo consideraba vivo, constituye un consciente acto lesivo contra la vida y, por lo tanto, una conducta dolosa.-

El otro supuesto presentado por Zaffaroni (2) que él denomina de atipicidad por falta de medio sería el caso de aquel que quiso envenenar a

²⁷¹ Zaffaroni, E, R, p 462. La fórmula de la lesividad elaborada por Zaffaroni fue criticada en el capítulo dedicado a la conflictividad.

otro y por equivocación utiliza azúcar, en este caso, no existe el medio "veneno". A esta hipótesis es aplicable el mismo razonamiento desarrollado en el supuesto (1) en lo referente a la representación y la perspectiva ex ante para la determinación del dolo. En cuanto a la conflictividad basta con imaginarse a uno mismo pensando en el hecho de que por casualidad está vivo, gracias al bendito azar y, además de esto saber que quien intentó matarnos está libre y viviendo tranquilamente en sociedad.-

El último supuesto (3) de atipicidad presentado por Zaffaroni es aquel en que ex ante el medio elegido carece en absoluto de cualquier idoneidad para consumar el hecho, podría darse únicamente en los casos en que el autor recurra a medios sobrenaturales o utilice un medio causal claramente erróneo, como pretender matar dándole de tomar agua a una persona fuerte y sana. El autor sabe que recurre a medios sobrenaturales o a procesos causales sin virtualidad para producir el resultado buscado, o sea, el agente no obra por error. Estos son supuestos de tentativas supersticiosas e irreales y cuya atipicidad ya ha sido expuesta y fundamentada.-

Los supuestos (1) y (2) son típicos casos de tentativas inidóneas y punibles conforme a la normativa penal vigente en la presente for coma punibles conforme a la normativa penal vigente en la presente for coma punibles conforme a la normativa penal vigente en la presente for coma punibles conforme a la normativa penal vigente en la presente for coma punibles conforme a la normativa penal vigente en la presente for coma punibles conforme a la normativa penal vigente en la presente for coma punibles conforme a la normativa penal vigente la presente for coma punibles conforme a la normativa penal vigente la presente for coma punibles conforme a la normativa penal vigente la presente for coma punibles conforme a la normativa penal vigente la presente for coma punibles conforme a la normativa penal vigente la presente for coma punibles conforme a la normativa penal vigente la presente for coma punible conforme a la normativa penal vigente la presente for coma punible conforme a la normativa penal vigente la presente for coma punible conforme a la normativa penal vigente la presente la p

Explicando su posición Zaffaroni afinna que refilto de la les vidad impide el avance de un proceso de crimin lización cilando el cur o de acción no es peligroso para una relación de disponibilidad, pero en las tentativas aparentes(inidóneas)²⁷² no es necesario analizar la lesividad, pues se trata de casos de *atipicidad sistemática* determinada ex ante por la absoluta imposibilidad del resultado de la acción. El supuesto más claro es el de los casos de *ausencia de tipo* propiamente dicha, en que *ab initio* faltan elementos del tipo objetivo, como puede ser la vida humana en el homicidio, la cosa ajena en el hurto, o cuando faltaba la mujer ajena en el antiguo y desprestigiado tipo de adulterio (la mujer era propia, como en el

^{272 ()} No aparece en el original.

cuento de Bocaccio), la calidad en el sujeto activo (el agente se cree funcionario público), la del otro en la participación necesaria (quiere sobornar a quien no es testigo), la del sujeto pasivo (inscribe como hijo propio al que es propio y cree ajeno). En estos supuestos la tentativa es incuestionablemente aparente, porque los elementos del tipo objetivo sólo existen en la imaginación del autor²⁷³.-

El párrafo anterior de Zaffaroni merece comentarios diferenciaciones. Los denominados por él casos de ausencia de tipo propiamente dichos como la ausencia de la vida humana en el homicidio, la cosa ajena en el hurto o la mujer ajena en el adulterio, no pueden tener la misma solución. El primer ejemplo en que falta la vida humana en el homicidio, ya fue resuelto en este trabajo afirmándose su punibilidad como tentativa inidónea. Referente a la inexistencia de la cosa ajena en el hurto depende del contexto en que se produjo la acción la solución a aplicarse al supuesto. Si de este contexto no se deduce ningún conflicto relevante no existe razón para castigar y habrá atipicidad por ausencia de riesgo prohibido o de conflictividad. Vgr, A se apodera de una joya que estaba sobre la mesa del living de su casa pensando que pertenece a la vecipa que momentos antes estuvo de visita, siendo la joya, en realidad, de su esposa que la había comprado recientemente. En esta hipótesis no existe ningún conflicto relevante en el que intervenir. Since entra a la casa de su vecina y se apodera de una jo bolsillo de su vecina que estaba dormida e de su vecina cuando en realidad la joya es de su suñora que income a mostrarle a la vecina y se olvidó sobre la interpretada de la mostrarle a la vecina y se olvidó sobre la interpretada de la mostrarle a la vecina y se olvidó sobre la interpretada de la vecina y se olvidó sobre la interpretada de la vecina y se olvidó sobre la interpretada de la vecina y se olvidó sobre la interpretada de la vecina y se olvidó sobre la interpretada de la vecina y se olvidó sobre la interpretada de la vecina y se olvidó sobre la interpretada de la vecina y se olvidó sobre la interpretada de la vecina y se olvidó sobre la interpretada de la vecina y se olvidó sobre la interpretada de la vecina y se olvidó sobre la interpretada de la vecina y se olvidó sobre la interpretada de la vecina y se olvidó sobre la interpretada de la vecina y se olvidó sobre la interpretada de la vecina y se olvidó sobre la interpretada de la vecina y se olvidó sobre último hecho sí ocasiona un conflicto relevante, ya que la vecina cuya casa fue invadida, cuyo cuerpo ha sido objeto de la acción del potencial ladrón y cuya joya no fue hurtada de casualidad, indudablemente exigirá que el Estado reafirme el respeto a su domicilio, a su propiedad y a su integridad física, en una palabra, que se ratifique el respeto a sus bienes jurídicos. Conforme a la tesis sostenida en este lugar, si la joya hubiera sido sustraída

²⁷³ ZAFFARONI, E, R, Ob cit p 798.-

de otro lugar que no sea el bolsillo de la víctima, no habría lesividad relevante para castigar por tentativa inidónea, quedando configurado, en todo caso, el delito de violación de domicilio (art 141 CP).-

Finalmente, con relación al ejemplo del adulterio, el yacer con la propia mujer en la convicción de que era una ajena tampoco provoca conflicto relevante alguno que justifique la intervención del poder punitivo. Cabe aclarar que esta hipótesis en ninguna circunstancia podrá habilitar la represión penal, más en el CP del Paraguay donde el adulterio ha sido correctamente despenalizado.-

El presupuesto teórico que fundamenta la posición sostenida en esta tesis no consiste en afirmar que: "así como toda ignorancia de una característica del tipo excluye el dolo, toda falsa suposición de una característica del tipo debe fundar el dolo. Para emperar la suposición de una característica del tipo funda el dolo. Para emperar la suposición de supersticiosas y erróneas sobre la causalidad queda. Reluidas de toda tipicidad. Por otra parte, aun cuando las suposiciones no sear se profesor estas ni equivocadas en cuanto a las leyes de la causalidad la suposición de una característica del tipo, para fundar el dolo, debe exteriorizarse en forma de riesgo prohibido y generar un conflicto relevante en las interacciones humanas para justificar la intervención del poder punitivo.-

4. PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA INIDÓNEA EN EL CP DEL PARAGUAY.-

"La tentativa inidónea es punible en el CP paraguayo de la misma manera que la tentativa idónea". Esto implica que a la tentativa inidónea acabada le es aplicable el marco penal del delito consumado y a la tentativa

²⁷⁴ ZAFFARONI, E,R, Ob cit p 798.-

inidónea inacabada, corresponde el marco penal reducido de conformidad al art 67 del CP.-

La tarea que hemos emprendido sostiene como una de sus metas, demostrar que la tentativa inidónea es punible de la misma forma que la idónea según el CP paraguayo y no tiene la misión de proporcionar nuevos elementos dogmáticos sobre este instituto, finalidad esta última que no podríamos alcanzar aun cuando nos propusiéramos hacerlo. Consecuentemente, trabajamos con los elementos que nos proporciona la doctrina, optando lógicamente por aquellas tendencias y posiciones doctrinarias que nos parecen más adecuadas desde el punto de vista dogmático y práctico.-

La tesis que planteamos no tendría razón de ser en el StGB, en el cual no es motivo de discusión en la actualidad la problema de esta figura, porque la orientación subjetivista del mismo y el construcción de la construcció

Habiendo adoptado el Código Penal paraguayo, al iguial que si fuente el StGB, la teoría subjetiva al regular el institut. La tentativa en el 26, dando importancia decisiva a la representación del 1000 plan del hecho y, siendo la punibilidad de la tentativa inidonea resuelta positivamente por los subjetivistas tal como quedó demostrado, no cabe duda alguna acerca de que los supuestos que configuran delito imposible, deberán ser sancionados por la justicia penal paraguaya. Comentando el & 22 del StGB fuente directa del art 26 del CP paraguayo, Struensee expresa: "El & 22 StGB comprende según el criterio general, también la tentativa inidónea. Ello resulta no recién del & 23 párr 3, StGB, sino ya de que el fundamento para la apreciación del comenzar directamente (y de la ejecución ulterior) es la representación del hecho "275."

Al postularse la punibilidad de la tentativa inidónea en la legislación penal paraguaya a partir de la teoría encarnada en la regulación del instituto de la tentativa, la dificultad se traslada automáticamente a la

²⁷⁵ STRUENSEE, E, Ob cit p 97.-

conceptualización de la tentativa inidónea y a la determinación de los supuestos que deberán ser considerados como casos de delito imposible.-

La doctrina penal tradicionalmente ha distinguido las hipótesis de inidoneidad de sujeto, objeto y de medios, afirmándose, por algún sector, la impunidad de todos ellos, mientras que otros pregonan la punibilidad de los supuestos de inidoneidad de objeto y de medios, considerando casos de atipicidad las hipótesis de inidoneidad de sujeto.-

Para quienes asumimos la teoría subjetiva de fundamentación del ilícito y, consecuentemente de la tentativa, no se presenta este problema, ya que, al no basarse esta teoría en la denominada peligrosidad objetiva de la acción para fundar la punibilidad de la misma, sino en la voluntad exteriorizada en forma de riesgo no permitido, aun cuando el sujeto, el objeto o el medio sean inidóneos, toda vez que el autor, conforme a su plan del hecho haya asumido un riesgo no permitido e ingresado en el campo típico generando una conflictividad relevante, su acción es punible independientemente de la idoneidad objetiva de la misma para la producción del resultado típico. Consecuentemente con el marco del CP paraguayo por adscribirse al subjetivismo en los términos producción del resultado típico. Consecuentemente con el marco del CP paraguayo por adscribirse al subjetivismo en los términos producción del resultado típico.

Para comprender mejor la razón de ser de la punitificata de accidentativa inidónea, debemos saber que las normas pelados contrener manda os o prohibiciones de acción, no de resultado. Si éste se adice podrá aumentar la conmoción social en todo caso, pero en la relación, norma penal-autor de la acción, esta circunstancia no agrega nada, pues, por el hecho de que el agente haya ejecutado la acción prohibida o no ejecutado la acción mandada, la desobediencia a la norma que protege valores sociales indispensables ya está perfecta y, ya se ha ejecutado la acción prohibida de la cual el derecho quiso disuadir, existiendo, en consecuencia, un conflicto que deberá ser solucionado. No se precisa la existencia objetiva de la situación de la acción prohibida para que una norma se convierta en deber, toda vez que el autor genere un conflicto social de suficiente entidad como para habilitar la intervención del poder punitivo. Aunque no concurran en la

realidad las circunstancias empíricas que generan un deber jurídico, si la persona se representa a las mismas como existentes, debe actuar conforme al mandato o prohibición que conllevan dichas circunstancias. Vgr. si A cree que B está dormido, debe no dispararle por obediencia a la norma que prohíbe elaborar y ejecutar un plan destinado a matar a otro, si aún así A dispara a B y ex post se demuestra que B estaba muerto, igualmente A desobedeció a la norma citada y exteriorizó su plan homicida, habiendo cometido el hecho punible de tentativa inidónea acabada de homicidio. La acción de A constituye un conflicto que por representarse o estar dirigido a la extinción del bien jurídico "vida", debe ser reprimida por el poder punitivo del Estado.-

Al respecto Stratenwerth afirma: "La norma que sirve como directiva, como regla de orientación de la conducta humana, no puede referirse a las circunstancias objetivas, sino sólo a las conocidas por el autor. Entonces, tiene que intervenir sin duda, al contrario, también en aquellos casos en los cuales el autor sustrae una cosa sólo supuestamente ajena. Si la cosa es realmente ajena, o no, se verá recién posteriormente; pero, acerca del estar prohibido, hay que decidir en el instante de la acción. Brevemente: para la prohibición o el mandato formulado como norma de conducta, no importaç cómo esté dispuesta realmente la situación concreta, sino cómo se presenta a los ojos del autor²⁷⁶. Está de más decir que Straten effluidenta un punto de vista ex ante para el análisis de las acciones tendentes a reconstitut de hechos punibles.-

La tesis de que la tentativa inidónea es punible en al CP del Paraguay, encuentra un apoyo decisivo en la fuente principal le inismo como lo es el Código Penal alemán²⁷⁷. La doctrina y jurisprudencia alemánas admiten en

en "SchwZStrR" 79 (1963), ps 233 y ss., esp. P. 246, con cita de Armin Kaufmann, citado por Marcelo Sancinetti en "Teoría del Delito y Disvalor de Acción", p 468.-

²⁷⁷ El Profesor Alberto Binder en conversaciones personales mantenidas con el autor de este trabajo, se ha declarado decidido crítico de la punibilidad de la tentativa inidónea, considera absurdo castigar una acción que no ha causado peligro ni daño alguno, sanción solamente explicable en un derecho penal de infracción como el que surgió en la Edad Media y que posibilitó la aparición del Procurador que ejercía la acción penal en nombre del Rey, expropiando el derecho de persecución a la víctima, justificando su actuación en que un delito lesiona la autoridad del Rey, razón por la cual aun cuando víctima y victimario lleguen a un acuerdo conciliatorio, igual el Procurador puede pedir condena como reparación

forma pacífica la punibilidad de la tentativa inidónea a partir de la redacción de los & 22 y 23 del StGB.-

El & 22 del StGB, considera que existe tentativa cuando el autor da principio a la ejecución del tipo "según su representación del hecho", con lo que queda claro que el elemento subjetivo "representación del hecho" por parte del autor es el que define si se está o no en presencia de una tentativa, o sea de una violación de la norma penal. Surge a las claras que el Código Penal alemán adopta los principios de la teoría subjetiva de la tentativa en sus & 22 y 23.-

Elena Farré Trepat afirma que "la punición de la tentativa inidónea se fundamenta actualmente en Alemania, en forma totalmente dominante, en la voluntad del autor contraria al Derecho, es decir, en forma subjetiva...²⁷⁸" Esta afirmación de la profesora española es esencialmente verdadera, pero en lo que corresponde hacerle una observación es en la fundamentación que esgrime, en el sentido de que la punición de la tentativa inidónea se basa en la voluntad del autor contraria al Derecho, porque la simple voluntad contraria a derecho, tal como nos explica el Prof Pessoa, entre otros, no reviste la entidad suficiente como para configurar el dese, sino que, además, esa voluntad contraria a derecho debe exteriorizarse en la forma de viesgo no permitido.-

La teoría subjetiva entendida de la mane a explicada en 1 párrafo anterior, tampoco puede confundirse con la teoría de la impresión, dominante en Alemania²⁷⁹, porque esta, funda la pur puriad en la voluntad contraria a Derecho pero que pueda minar la confianza de la confundad en la vigencia del orden jurídico, y debe tenerse en cuenta que el concepto de riesgo prohibido es un parámetro o standard de interpretación que no necesariamente lleva implícita una conmoción social, así, si A suministra a B aspirina en vez de cianuro estando ambos solos de vacaciones en una isla solitaria, habrá una acción que representa un riesgo no permitido, pero no

a la lesión causada con el delito a la autoridad del Rey. El Procurador tal cual lo describre Michel Foucault en su obra La verdad y las Formas Jurídicas, constituye un claro antecesor del Fiscal que ejerce la acción en nombre de la sociedad en nuestros días.

²⁷⁸ Farré T Elena, La Tentativa de Delito p 335.²⁷⁹ Sostienen la teoría de la impresión en Alemania entre otros, Jescheck, Rudolphi, Esser,
Roxin, Maurach/ Gossel, etc.-

habrá conmoción social si la misma queda impune porque ambos hablaron y acordaron no hablar con nadie sobre el tema.-

La tentativa inidónea se define de la misma manera que la idónea, la diferencia reside en que, en la tentativa inidónea, concurre un error del autor sobre la cualidad del sujeto, del medio o del objeto con que se lleva a cabo la ejecución, siendo objetivamente imposible la consumación en las circunstancias concretas en las que se la intenta. El error del autor se produce sobre la base fáctica del plan concreto elaborado, pero la acción ejecutada es dolosa, y si además genera una conflictividad relevante, será punible de conformidad al art 26 del CP paraguayo en los casos en que la tentativa de un hecho punible sea castigada según lo dispuesto por el art 27 inc 1° del CP.-

En la realidad histórica pueden darse supuestos de acción que pueden ser divididos en diferentes tramos, siendo algunos de ellos idóneos y otros inidóneos. En estos casos la cuestión problemática reside en la graduación de la pena concreta aplicable a una hipótesis como la indicada, ya que, el plan de acción desplegado contiene tramos con mayor carga de injusto y tramos con injusto menor, debiendo establecerse la preeminencia de algunos de ellos o en todo caso, definir el grado de incidencia de los mismos en la determinación de la pena²⁸⁰, es decir, la cuestión a definirse en la legislación penal paraguaya es la preeminencia cualitativa de los diversos segmentos, debiendo aumentarse la pena si pretarece el segmento idóneo o representado como idóneo conforme a las reglas de la cioncia y de la experiencia y atenuarse en el caso contrario de la cioncia y de la experiencia y atenuarse en el caso contrario de la cioncia y de la experiencia y atenuarse en el caso contrario de la cioncia y de la experiencia y atenuarse en el caso contrario de la cioncia y de la experiencia y atenuarse en el caso contrario de la cioncia y de la experiencia y atenuarse en el caso contrario de la cioncia y de la experiencia y atenuarse en el caso contrario de la cioncia y de la experiencia y atenuarse en el caso contrario de la cioncia y de la experiencia y atenuarse en el caso contrario de la cioncia y de la experiencia y atenuarse en el caso contrario de la cioncia y de la experiencia y atenuarse en el caso contrario de la cioncia y de la experiencia y atenuarse en el caso contrario de la cioncia y de la experiencia y atenuarse en el caso contrario de la cioncia y de la experiencia y atenuarse en el caso contrario de la cioncia y de la experiencia y atenuarse en el caso contrario de la cioncia y de la experiencia y atenuarse en el caso contrario de la cioncia de la cio

Lógicamente el problema es mayor en las legislactore que considera impune la tentativa inidónea en razón que en estos supuestos aparecerato en una misma acción partes tramos punibles e impunes, por lo que la cuestión no se limita a la medicación de la pena, sino en decidir la punición o no de la acción. Problemática análoga, pero en distinta dimensión también se plantea en las legislaciones que prevén una pena menor para la tentativa inidónea como es el caso del CP argentino. Cuando deba decidirse la prevalencia o no de los segmentos idóneos o inidóneos de la acción para determinar la existencia o no de un ilícito o de la clase de tentativa, es decir, si es idónea o inidónea, entra en juego una decisión valorativa en el sentido de establecer la preeminencia cualitativa de uno de los segmentos. Si cualitativamente se le da preeminencia a los segmentos idóneos, según sea la hipótesis analizada, habrá ilícito o tentativa idónea; si en cambio, se le da preferencia a los segmentos inidóneos, estaremos ante un acto atípico en el primer supuesto y ante una tentativa inidónea en el segundo supuesto.

Creemos que no puede optarse en abstracto por ninguna de las alternativas posibles, es necesario analizar cada supuesto de hecho, descubrir los segmentos idóneos e inidóneos si los hubiere, la importancia de los mismos en la ejecución del plan y, sobre todo, la representación o no del autor de tales circunstancias. Veamos con un ejemplo.-

PEDRO QUIERE MATAR A JUAN CON UNA PÓCIMA QUE LE PREPARÓ UN CURANDERO CON YUYOS INOCUOS PARA EL EFECTO CIRCUNSTANCIA NO CONOCIDA POR PEDRO, PERO ÉSTE INADVERTIDAMENTE LE SIRVIÓ A JUAN UNA BEBIDA CON ALTO CONTENIDO DE VENENO QUE CASI LO MATA INTOXICADO.-

Dividamos este ejemplo en tres segmentos: a - Segmento 1: Puesta en marcha del plan con la finalidad de matar a Juan. b- Segmento 2: Ejecución a través de la acción de servir la pócima preparada por el curandero, pues esto es lo que se representa Pedro. c- Segmento 3: Suministro de bebida tóxica no representada por el autor.-

El primer segmento, la puesta en marcha del plan con la finalidad de matar a Juan es una acción prohibida por la norma penal, Pedro realizó todos los actos que según su representación y su plan, son necesarios e inmediatamente anteriores a la consumación. Este primer tramo es un tramo doloso y debe ser valorado negativamente para el autor. segmento, al representarse una ejecución a través de un medio inadecuado, no acorde con las reglas de la experiencia y con los conocimientos generales aportados por la ciencia, estamos ante una cuidado en tomar los recaudos mínimos que puedan proyecto, es decir, un caso de imprudencia invertid circunstancia de no existencia de señales de riesgo prodel plan hay una carga de injusto menor, ya que el medio autor se representa ejecutar, es inocuo, por lo que la valoración a ser favorable al autor, en el sentido de que desgrava con relación al primer segmento. Con relación al tercer y último segmento, donde el autor inadvertidamente sirvió veneno, tenemos una imprudencia al derecho, ya que el autor no tomó todas las precauciones para asegurarse que lo que sirve

es lo que él efectivamente se representa, es decir, que se trata de la pócima preparada por el curandero y no del veneno que sí creó un peligro objetivo para la vida de Juan. El hecho "servir la bebida venenosa a Juan", en ningún momento pasó por la cabeza de Pedro, por lo que no forma parte de su dolo, es una circunstancia independiente de su plan de acción, no imaginada por él, razón por la cual, no puede computarse en su contra como elemento agravante del dolo. Se trata de un hecho independiente imprudente que concurre con su ejecución dolosa en carácter de concurso ideal. Para ser más claro, imaginemos que en el caso de nuestro mismo ejemplo en realidad muere Juan. El hecho concreto "muerte de Juan", no puede imputarse a título de dolo a Pedro, ya que no constituye la realización del riesgo prohibido programado por él, es decir, él quiso matar con una pócima y ese riesgo no se concretó, se concretó un riesgo distinto, no representado por él, por lo que solamente puede atribuírsele en carácter de culposo. En definitiva, estaríamos ante un caso de tentativa acabada en concurso ideal con un homicidio imprudente.-

En relación a la solución que corresponde al ejemplo planteado para este análisis, el mismo configura un caso de tentativa acabada inidónea de homicidio, en concurso ideal con lesión culposa, leve o grave según el caso. En el marco de la ley penal paraguaya no tiene sentido discutir sobre la preferencia cualitativa de algunos de los segmentos en los supuestos de tentativa, ya que a los efectos del marco penal aplicable es lo mismo que la tentativa sea idónea o inidónea, debiendo determinarse solamente la prevalencia cuantitativa de los diversos de la cuantificación de la pena concreta.

5. CONCLUSIÓN FINAL.-

La tentativa inidónea es punible en accelos casos en que supera el filtro de la conflictividad y por ello, no todos los supuestos de tentativa idónea admite la punibilidad de su faz inidónea.

BIBLIOGRAFÍA

- CANCIO MELIA, MANUEL: Conferencias sobre temas Penales, Universidad Nacional del Litoral, Facultad de Ciencias Jurídicas, Rubizal – Culzoni Editorial, Bs As 2000.
- FARRÉ TREPAT, ELENA: Tentativa de Delito, Librería Bosch, Ronda Universidad Barcelona 1986.
- WILZEL, HANS: Derecho Penal Alemán, Parte General, 11°
 Ed, 4º Ed Castellana, Trad. Por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yánez Perez.
- SANCINETTI, MARCELO: Teoría del Delito y Disvalor de Acción.
- BACIGALUPO, ENRIQUE: Derecho Penal, Parte General: Hammurabi, Bs As 1987.
- ZAFFARONI, EUGENIO R: Derecho Penal, Parte General, Ediar, Ed 2000.
- SANCINETTI, M.: Fundamentación Subjetiva del ilícito y Desistimiento de la Tentativa, Temis, Santa Fe de Bogota – Colombia 1995.
- BIDART CAMPOS, GERMAN: COLOGERO PIZZOLO: Derechos Humanos, Corte Interamericana Tomo II, Opiniones Consultivas, Ed Jurídicas Cuyo.
- FONTÁN BALESTRA, CARLOS: Tratado de Derecho Penal, Tomo II, Bs As, 1970.

BINDER, ALBERTO: Introducción al Derecho Penal, Ad — ERTIFICO: QUE LA PRESENTE FOTOCOPIA. 9204.

CABALLERO, R,J.: El Delito Imposible, Editorial Universidad, Aires 1983.

RAGUES I VALLES, RAMON: Dolo y su prueba en el proceso al J.M. Bosch Editorial, Barcelona 1999.

SOLER, SEBASTIÁN: Tratado de Derecho Penal, Tomo II.

- NELSON PESSOA: Legiyima defensa jen el Código Penal Paraguayo, Mave, Mario Viera Editor, Bs As 2000.
- SILVA SÁNCHEZ: La Regulación del Inter. Criminis en el nuevo código penal cinco cuestiones fundamentales, Barcelona, 1997.
- SOLA RECHE, E: La llamada tentativa inidónea, camare, Granada 1996.
- JAKOBS, G: Derecho Penal parte General Fundamentos y
 Teorías de la Imputación Objetiva 2º Ed, correg, trad. Joaquín
 Cuello Contreras, José Luis Serrano González Murillo
 (Universidad de Extremadura), Marcial Pons, Ediciones
 Jurídicas, SA, Madrid, 1997.
- BUTELER (H), JOSE ANTONIO: Teorías actuales en el Derecho Penal Ad, Hoc. Bs As 1998.
- ENTELMAN, REMO F: Teorías de Conflictos. Hacia un nuevo paradigma, Gedisa Editorial, Barcelona 2002.
- QUIROGA LAVIE HUMBERTO, BENDITTI ANGEL,
 CENICACELAYA MARIA DE LAS NIEVES: Derecho
 Constitucional Arg., tomo I, Rubizal Culzoni Editores, Bs As
 2001.