

El peligro jurídicamente relevante como delimitación de la tentativa y la imprudencia: ¿cuándo estamos ante un “riesgo no permitido”?

Legally Relevant Danger as a Delimitation between Intent and Recklessness: When Are we Faced with an “Impermissible Risk”?

Emanuel Gonzalo MORA 

Abogado, Auxiliar Letrado Relator de la Sala V del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, República Argentina

emanuel.mora@pjba.gov.ar

<https://orcid.org/0009-0009-6494-3765>

<https://doi.org/10.14201/rspc.32369>

Artículo original sin previa publicación

Fecha de recepción: 28/06/2025

Fecha de aceptación: 13/09/2025

*A Claus Roxin
In memoriam*

Resumen

Por medio de la presente, se procurará esclarecer, con la mayor exactitud que sea factible, qué entendemos por riesgo no permitido, evitando caer en lugares comunes. Para ello, se tomará la base de la necesidad de defensa de los bienes jurídicos, a partir de la existencia de focos de peligro, ya sea en razón de acciones guiadas por un propósito lesivo (tentativa idónea), o, inclusive, por configurar una violación del deber de cuidado (imprudencia). Se considerará también el caso de la tentativa inidónea, y se propondrá la perspectiva de percepción del peligro como forma de delimitación del riesgo no permitido. De tal modo, llegaremos a la conclusión de que la necesidad de defensa de los bienes jurídicos es, además de la infracción a la norma, lo que permite delimitar el marco jurídicamente reprobado del riesgo.

Palabras clave: riesgo no permitido; necesidad de defensa; percepción del riesgo; tentativa idónea; tentativa inidónea; principio de ejecución; actos ejecutivos; actos preparatorios; imprudencia.

Abstract

This article will attempt to clarify, as precisely as possible, what we mean by impermissible risk, avoiding clichés. To this end, we will take the need to defend legal assets as the basis for the existence of sources of danger, whether due to actions guided by a harmful intent (qualified attempt) or even because they constitute a violation of the duty of care (recklessness). The case of impermissible attempt will also be considered, and the perspective of danger perception will be proposed as a way of delimiting impermissible risk. Thus, we will conclude that the need to defend legal assets is, in addition to the violation of the law, what allows us to delimit the legally reprehensible framework of risk.

Keywords: impermissible risk; need for defense; risk perception; suitable attempt; unsuitable attempt; beginning of execution; executive acts; preparatory acts; imprudence.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El riesgo jurídicamente desaprobado y sus difusos límites. 3. Cuestión preliminar elemental: la teoría de la pena como fundamento base. 4. Teorías fundamentales para diferenciar actos preparatorios y ejecutivos en la tentativa. 5. La imputación objetiva en la tentativa y el eterno problema del principio de ejecución: ¿es posible poner un límite claro al “riesgo no permitido”? 6. ¿La necesidad de defensa del bien jurídico permite verificar el carácter “jurídicamente desaprobado” del peligro en la imprudencia? 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

La teoría de la imputación objetiva, en su formulación esquemática postulada por Roxin, ha sido un gran aporte en torno a la propuesta de criterios para filtrar, en el plano de la tipicidad objetiva, conductas que lisa y llanamente, carecen de relevancia penal.

En tal sentido, y sin perjuicio de su valor, han sido observados por sectores de la doctrina los inconvenientes que presenta, en su argumentación, la tesis de los riesgos

de Roxin, dado que la misma busca, por todos los medios, una generalización de la misma para su aplicabilidad a toda forma de conducta típica, sea activa, omisiva, dolosa o imprudente. Así, no han faltado autores que acusan a la teoría de la imputación objetiva de consistir en un regreso al causalismo, por prescindir del contenido final de la acción¹.

Sin perjuicio de resaltar que no resulta posible, en los tipos dolosos, soslayar el plan concreto del autor del hecho, la cuestión en la cual se centrará este trabajo no es exactamente aquella problemática, sino otra que constituye un aspecto básico de esta formulación, resultando un pilar de la propuesta del jurisconsulto alemán ya citado.

Tomando el esquema teórico de Roxin, el cual es considerado primordial a los efectos del desarrollo de la presente, se procurará observar más de cerca de qué hablamos cuando aludimos al *riesgo no permitido*, procurando salir de su vaguedad.

Así, no se trata simplemente de acudir a la noción de que tal clase de riesgo es aquél no habilitado por el derecho positivo, sino que intentaremos dar un cauce concreto al contenido y extensión del mismo.

Para ello, se apelará a las formulaciones vinculadas a la tentativa, como parámetros jurídicos que permiten, conforme al criterio de comienzo de ejecución que surge del texto legal, otorgar un alcance más específico al peligro típicamente relevante. Como veremos, *riesgo no permitido* no será cualquier tipo de peligro, sino uno cualificado que no sólo permitirá dar un mejor contorno a la base de la teoría de Roxin, sino también delimitará cuándo estamos ante una tentativa de delito y cuándo ante una preparación impune, al existir una suerte de simbiosis jurídica entre el comienzo de ejecución y la idea de riesgo jurídicamente desaprobado o no permitido.

Más adelante observaremos que la percepción del riesgo y la necesidad de defensa juegan un papel fundamental, y ostentan una notable relevancia a la hora de demarcar el contorno del peligro jurídicamente relevante.

1 DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal: Parte General*, tomo II. Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni, 1ra edición, 2010, p. 336, cuando cita a Rueda Martín: "...se ha localizado un punto de referencia esencial para la investigación posterior de la imputación objetiva y que consiste en explicar si la invocación de los criterios utilizados además no suponen una consecuencia... del concepto de acción causal trasnochados... efectivamente estos criterios que maneja la doctrina de la imputación objetiva no son más que un recurso para paliar los efectos o las consecuencias a las que conduce un concepto causal de la acción que está en la base de esta doctrina, conclusión que se ve consolidada, por un lado, porque se prescinde de la finalidad actual del sujeto en el seno de la acción y se exige un movimiento voluntario que –como indicaba Frisch– cause el peligro desaprobado... En suma, estos criterios de la imputación objetiva suponen en el fondo una normativización del concepto causal de la acción conforme a los que se imputan determinados resultados a una persona con independencia de lo que ésta haya querido...".

2. EL RIESGO JURÍDICAMENTE DESAPROBADO Y SUS DIFUSOS LÍMITES

Claus Roxin realizó una brillante formulación, en cuanto postuló, a partir de una fórmula sintética, que la conducta será típica sólo si, además de su causalidad y sus clásicos criterios –teoría de la “*conditio sine qua non*”–, conlleva la generación de un “riesgo jurídicamente desaprobado”. Con atinado criterio, el maestro alemán recordó como Welzel procuraba resolver en el terreno del dolo el clásico ejemplo del sujeto que envía a otro a pasear en medio de una tormenta eléctrica, con la esperanza de que un rayo lo alcance. Así, si a pesar de las probabilidades en contra, la víctima finalmente moría a causa de la caída de un rayo sobre su humanidad, efectivamente, aplicando la teoría de la equivalencia de las condiciones, sin la previa sugerencia del paseo, el ultimado no hubiera emprendido su mortal empresa, por lo que no puede negarse racionalmente la causalidad, efectivamente existente².

Por supuesto, la solución de casos como el planteado en el dolo no es en absoluto convincente, de modo que se impone un criterio de imputación objetiva que permita, con anticipación al análisis del tipo subjetivo, filtrar aquellos supuestos en donde no puede predicarse la configuración de la imputación al tipo objetivo. Por ello, el jurisconsulto alemán sintetizó su postulación en las conocidas premisas de generación de un riesgo jurídicamente desaprobado, por no hallar cobertura en un riesgo permitido, y realización del mismo en el resultado. De cumplimentarse tales recaudos, podrá afirmarse que el resultado causado por el agente puede ser imputado al tipo objetivo respectivo³.

En lo que interesa a los fines de este trabajo, la tesis de Roxin nos será útil, en lo que respecta a la primera de sus premisas, esto es, la generación de un riesgo no permitido por el alcance del tipo. Lógicamente, la realización del riesgo en el resultado no nos reportará ayuda, por cuanto, en tal caso, el delito se encontrará consumado.

Ahora bien, se observa que el gran maestro alemán da un salto en cuanto justifica la configuración de la tentativa, en aquellos casos en donde, pese a que la acción genera un riesgo no permitido, este no se realiza en el resultado. Conocido es el famoso ejemplo del herido de bala que no muere producto del disparo, sino por la producción de un incendio en el hospital donde fue trasladado para recibir atención médica⁴. Por

2 ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, tomo I. Ed. Civitas, 1997, p. 362.

3 ROXIN, obra cit. p. 363.

4 ROXIN, obra cit. pp. 363/364, en cuanto alude al conocido ejemplo del herido de arma de fuego que muere producto de un incendio en el hospital, en el cual concluye que “el disparo del autor ciertamente ha creado un peligro no permitido de matar a la víctima; pero en el incendio del hospital no se realiza el peligro que parte de una lesión consecuencia de un disparo, de tal modo que por esa razón no se le puede imputar el resultado al autor como homicidio consumado. Mientras que la falta de creación de peligro conduce a la impunidad, la falta de realización del peligro en una lesión típica del bien jurídico sólo tiene como consecuencia la ausencia de consumación, por lo que en su caso se puede imponer la pena de la tentativa”.

supuesto, si bien Roxin tiene desarrollado un criterio para diferenciar preparación de tentativa, se observa que queda sin justificar, al menos suficientemente, porqué el riesgo no permitido efectivamente tiene ése carácter. Y ese es el quid de la cuestión.

Para aclarar a partir de un ejemplo, portar un arma de fuego sin autorización legal, bien puede implicar un riesgo no permitido, que no necesariamente resulta típicamente relevante respecto de la comisión futura de un robo con armas, aun cuando el sujeto activo planifique utilizar el arma en cuestión. Si el agente no llega a emprender la maniobra intimidatoria con el arma de fuego, resultando su plan de alguna forma frustrado, queda sin elucidar suficientemente por qué la mera portación de adminículo no ostenta suficiente relevancia –en su caso- para establecer la configuración del riesgo no permitido respecto del tipo, en el caso, apoderarse de una cosa ajena a partir del empleo de un arma de fuego. Es decir, queda aún por resolver cuál es el grado que ha de ostentar el peligro para ser jurídicamente relevante.

En efecto, si A porta el arma de fuego para asaltar a B, pero un policía advierte la maniobra antes de que el agente siquiera logre extraerla de entre sus ropas, efectivamente la acción delictiva se observa detenida por razones ajenas a su voluntad, pero resta aún especificar si, en dicho caso, la sola portación de arma de fuego sin autorización legal resulta suficiente a los efectos de considerar configurado un riesgo no permitido, en torno al robo con arma de fuego.

En el ejemplo, portar un arma de fuego entraña algún grado de peligro, pero ello no resulta suficiente en pos de explicar cómo y a partir de cuándo es que aquél se torna jurídicamente relevante a los efectos de una tentativa de robo, valiéndose como medio del arma de fuego. Es decir, queda sin justificar cómo es que el *riesgo* adquiere la cualidad de *no permitido* en el caso.

Zaffaroni, Alagia y Slokar realizan una crítica en contra de las teorías de la imputación objetiva en general –no solo respecto a la versión formulada por Roxin-, afincando conforme a sus observaciones que en las mismas “no existe una estricta explicación del concepto de *riesgo*”, remarcando estos jurisconsultos que estas postulaciones “toman como equivalentes *riesgo* y *peligro* y siempre son concebidos *ex ante*, con lo cual siempre remiten al futuro, con el compromiso que eso importa para el principio de lesividad, que en Roxin es menos evidente que en otros autores que rechazan la regla de la realización del riesgo en el resultado”⁵.

Por su parte Bacigalupo, resalta el valor de la teoría de la imputación objetiva y su tendencia a imponerse, y destaca que el norte del planteamiento de la misma consiste en reemplazar los viejos criterios de la relación causal, como fundamento estelar para relacionar la acción y el resultado, “por otra relación elaborada sobre la base de consideraciones jurídicas y no naturales”⁶.

5 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: Parte General*. Ediar, 2da edición, 2002, p. 473.

6 BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal: Parte General*. Ed. Hammurabi, 2da edición, 1999, p. 271.

De tal modo, parte de las dos conocidas reglas ya mencionadas, es decir, la creación de un peligro jurídicamente desaprobado, y la realización del mismo en el resultado, previa verificación de la causalidad natural. Es decir, se puede decir que adopta la propuesta de Roxin.

Luego de caracterizar las nociones de riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso y comisión en posición de garante, en lo que cobra especial interés para el presente, señala el jurisconsulto mencionado que, sin perjuicio de la relación causal entre el resultado y la acción, resulta dirimente determinar “si esta acción *en el momento de su ejecución* constituía un peligro jurídicamente desaprobado (si era socialmente inadecuada)”⁷.

Resulta interesante su postulación. Como podemos apreciar, el ilustre autor advierte la trascendencia de que el peligro jurídicamente desaprobado debe configurarse en el momento de cometerse el hecho, es decir, al tener comienzo de ejecución la tentativa, y busca caracterizar a la conducta como socialmente inadecuada. Esto permite brindar, en la propuesta de Bacigalupo, una mejor precisión temporal al riesgo no permitido, que en la formulación de Roxin, que parece expresarla de forma implícita, y con mayor vaguedad.

No obstante, sigue sin poder precisarse qué es riesgo jurídicamente desaprobado, y el mismo parece sostenerse intuitivamente, como en la formulación de Roxin.

Frister, como base de su formulación respecto de la imputación objetiva, afirma que se exige, en los delitos de resultado, una causación jurídicamente reprobada del resultado típico. Se advierte la importancia que le concede a la noción de “reprobación jurídica”, en cuanto alude que “el tipo objetivo de un delito de resultado está cumplido ya cuando el resultado ha sido causado en una forma en general reprobada”; de modo que, luego de valorar el curso causal de la acción con el resultado, “sólo si ya de la forma en que se produjo el resultado se deriva que el acontecer es aprobado por el Derecho, no estará cumplido el tipo objetivo respectivo”. Poco después, busca generalizar su criterio, en cierta forma, a partir del propio ámbito de la prohibición, cuando sostiene que “las acciones apropiadas para causar un resultado típico son reprobadas, básicamente, ya por la propia ley penal correspondiente. Por ello, no es necesaria una prohibición legal expresa de la acción”. Luego esquematiza su propuesta, en forma similar a Roxin, pero con una expresión diversa, poniendo el énfasis en lo ya apuntado –la reprobación jurídica–, en cuanto señala que se debe analizar “1) ante todo, si la acción es en general apropiada para causar resultados típicos y si, por ello, está jurídicamente reprobada (...) 2) si la reprobación jurídica de la acción se extiende también a la causación del resultado producido”⁸.

7 BACILAGUPO, Op. cit., p. 273.

8 FRISTER, Helmut. *Derecho Penal: Parte General*. Ed. Hammurabi, 4ta edición, 2009, pp. 199/200.

Nuevamente, y esta vez bajo la fórmula de “reprobación jurídica”, se observa la caracterización del peligro como “prohibido”, “jurídicamente desaprobado” o “no permitido” por el orden jurídico, pero sigue sin quedar clara su delimitación conceptual.

En definitiva, se han referenciado algunos autores para demarcar la problemática, en cuanto a que, pese a que se reconoce el valor del factor consistente en el riesgo no permitido, jurídicamente desaprobado o reprobado, etc., siempre finaliza convirtiéndose, más que en un concepto, en una idea vaga, generalizada, y hasta podría considerarse que intuitiva.

Tenemos claro que el peligro que se relaciona con la imputación objetiva tiene carácter de reprobación jurídica, por implicar una violación de la prohibición que surge del propio tipo y que es bastante más claro en los tipos dolosos, pero aún falta algo, pues resulta menester enmarcar qué es lo que efectivamente posibilita caracterizar a una conducta como jurídicamente peligrosa, precisamente porque implica un grado de riesgo para bienes jurídicos.

Es en este punto donde la fórmula del comienzo de ejecución en la tentativa idónea consagrada legislativamente cobra valor, porque observo que es precisamente dicho principio de ejecución, independientemente de si el hecho se consuma o no, lo que permite adjetivar el riesgo como jurídicamente desaprobado.

Adelantando algo mi conclusión, veremos que el riesgo será jurídicamente reprobado cuando el mismo entrañe un grado de peligro tal que permita avizorar una necesidad de defensa del bien jurídico. Más adelante avanzaremos en dicho punto, pero, previamente, es necesario hacer una breve fundamentación en torno a las teorías de la pena, pues si bien puede suponerse que ello implica un desvío, en realidad, tendrá íntima vinculación con el tema tratado, por cuanto la fundamentación de la pena se conecta, en definitiva, con la propia fundamentación de la tentativa, habida cuenta que la misma requiere una justificación que permita edificar, racionalmente, por qué se castiga una conducta que en sí no consigue el resultado.

Luego, será también necesario pasar una rápida revisión en torno de los principales criterios teóricos existentes, referidos a la delimitación entre preparación y tentativa.

3. CUESTIÓN PRELIMINAR ELEMENTAL: LA TEORÍA DE LA PENA COMO FUNDAMENTO BASE

Resulta ser la tentativa, desde el plano temporal, el principio de ejecución del ilícito. Tomando, por ejemplo, el caso argentino, se consagra en su digesto de fondo, en su art. 42 del Cód. Penal, la conocida fórmula napoleónica, expresando que existe tentativa cuando “*el que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución*”, por lo cual, desde su naturaleza jurídica, constituye la fase temporal génesis del delito, ostentando relevancia penal, lo cual se deriva de las escalas que emergen del art. 44 del C.P.

Por ende, si cuenta con significado penal, evidentemente la tesis de la pena que se defienda ostentará influencia directamente en la conformación de la concepción normativa de la tentativa.

De este modo, partiendo de una básica clasificación de los diversos fines de la pena que la doctrina ha elaborado hasta la fecha (prevención general y especial, en sus respectivas variables positivas y negativas), pues bien, considero que según la tesis de la pena de la cual se parta, la misma ostentará una clara influencia en cuanto a seguir una determinada postura sobre el principio de ejecución.

Por ejemplo, si se adopta la postura del funcionalismo sistémico, representado fundamentalmente por Jakobs, la anticipación temporal resultará situarse mucho más cerca de la preparación, imaginando una escala lineal desde la preparación hasta la ejecución, que si se siguiera una postura agnóstica de la pena (claro exponente resulta ser Zaffaroni), en cuyo caso el principio de ejecución se hallará mucho más avanzado temporalmente. Luego desarrollaremos esto con mayor detalle.

Muy sintéticamente y al fin de no desnaturalizar el objeto del presente, la teoría de la prevención, en sus vertientes general y especial pueden escindirse, como dijimos, en dos variables: la negativa y la positiva⁹.

En la variante general negativa, la pena persigue la intimidación pública, busca persuadir a la comunidad para que sus integrantes no delinca; mientras que en la positiva, se tiende a lograr la cohesión social, la llamada estabilización normativa mediante la comunicación que la pena significa socialmente, desautorizando comunicacionalmente al delito para que los ciudadanos no se plieguen a la conducta del infractor, desde que el crimen implica una defraudación a la expectativa normativa, ante la configuración personal que conlleva el delito que tiende, según esta concepción, a derribar las reglas sociales¹⁰. Ambas tesis tienen el mismo inconveniente: tienen una tendencia a mediatizar al ser humano, transformándolo en un medio estatal, cosificando al delincuente, lo que se traduce en su ilegitimidad, al infringir la máxima kantiana de no reducción del hombre a mero objeto, siendo el ser humano un fin en sí mismo.

Luego, la tesis preventiva especial negativa, ostenta como finalidad la mera inutilización del individuo para el delito, al decir de Zaffaroni, consiste en un mero impedimento físico que tiende a evitar la conducta futura del sujeto¹¹, con lo cual es partidaria de una concepción determinista del mismo, incompatible con el principio de autonomía ética, del cual se deduce en forma implícita que el ser humano debe ser capaz de tomar decisiones, de lo contrario, nada se le podría retribuir. Implicando esta teoría, en la praxis jurídica, el liso y llano castigo para el delincuente, y su reducción a una mera “fuente de peligro” que se debe neutralizar, es frontalmente incompatible desde el plano constitucional, lo que deriva en su franca ilegitimidad, pues se centra en la personalidad del infractor, y no en el hecho concretamente cometido.

9 ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Derecho Penal: Parte General*, cit., p. 56 y sgtes.

10 JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Ed. Thomson-Civitas, 2004, pág. 75 y sgtes.

11 ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, obra citada, p. 64.

La única tesis que no aparece, al menos desde lo meramente discursivo, como ilegítima, es la de la prevención especial positiva, desde que al tender al mejoramiento del individuo, persigue su readaptación social, siendo concebida como un bien para quien la sufre¹². Claro que las estadísticas carcelarias, aún en sus penumbras, no parecen confirmar dicho postulado. Zaffaroni cita distintos estudios realizados por la comunidad científica en diversos ámbitos (sociológico, psicológico, etc.), que demuestran que las penas ostentan efectos perniciosos para el individuo, al implicar una regresión a la etapa infantil (por no deber conducirse el interno conforme a su edad cronológica –por ej: la no efectividad del trabajo carcelario, etc.-), además de implicar efectos irreversibles a largo plazo¹³, sin contar los deterioros en la salud psico-física que padecen los internos, mereciendo párrafo aparte el incremento de la tasa de suicidio intramuros. Según el ilustre jurisconsulto, las ideologías *re* alineadas en este criterio preventivo se encuentran tan deslegitimadas por los datos empíricos obtenidos de estudios científicos que sus sostenedores expresan que es preciso mantenerlas discursivamente, a fin de no caer en un retribucionismo que legitime la conversión de las cárceles en campos de concentración, lo cual, en definitiva, sería disfrazar la realidad con una falacia, para no desembocar en el escándalo público que conllevaría la comprobación (ya realizada, según el autor) de que, en definitiva, las cárceles comparten caracteres comunes con las instituciones totales o de secuestro. Siendo esta teoría, al igual que las demás, partidaria de la defensa social, su verdadero fin es la estabilidad del cuerpo social, resultando concebido el delincuente como una partícula fallada o defectuosa, que el Estado, de claro cuño paternalista, debe mejorar, para lo cual se atrapa al individuo, a fin de su reparación, “reparación” que, en definitiva, es ética, pues el delito, como síntoma de la personalidad del individuo, faculta al Estado a ingresar en la totalidad del ser del prisionizado, para su mejoramiento. Concebida como un “bien” para el individuo (y para el cuerpo social, en razón de la inferioridad del infractor), su justificación se halla, ni más ni menos, que en la inadaptación del sujeto “para el medio libre”, pero soslayando que el remedio bien puede ser considerado peor que la propia enfermedad, lo cual desembocaría, de sincerarse el discurso, en un verdadero escándalo, para lo cual es necesario recurrir a un sinfín de racionalizaciones que oculten el dato empírico de que la prisión es degenerativa del individuo, básicamente, por ser antinatural, desde que el hombre debe ser libre, desde lo ambulatorio, por naturaleza.

Sin perjuicio de que estas tesis básicas se hallan usualmente combinadas en las formulaciones de la doctrina para disfrazar o disimular sus falencias individuales a partir de la distorsión generada por la diversidad de matices, ninguna de las teorías convence, ni aisladamente, ni en forma combinada, por lo cual es preferible adoptar, por mí

12 Ibidem, p. 62/3.

13 ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Parte General*, p. 63, cuanto estos autores citan a Cohen-Taylor, *Psychological Survival*; con base en ello, se propone que las penas de privación de libertad no superen los quince años (Cfr. Zugaldía Espinar, *Fundamentos*, p. 258).

parte, un criterio agnóstico de la pena, siguiendo en ello los lineamientos generales propuestos por Zaffaroni, Alagia y Slokar en su obra conjunta, para lo cual se concebirá a la pena como un acto de puro poder estatal, irracional por su propia esencia selectiva y sin que persiga ningún fin aparente más que materializar la propia exteriorización del poder punitivo, erigiéndose al derecho penal como un sistema limitador de la propia pena, a la cual no logrará neutralizar, pero es preciso que, siendo la misma manifestación del estado policial (al menos en esta concepción discursiva), pues se la limite a su ejercicio lo menos irracional que sea posible.

Por su claridad, se impone una cita relativamente extensa, para dejar claro el punto. Dicen estos autores que “...el poder no es algo que se *tiene*, sino algo que se *ejerce*, y puede ejercérselo de dos modos, o mejor, tiene dos manifestaciones: la *discursiva* (o de legitimación) y la *directa*. Los juristas (penalistas) ejercen tradicionalmente -desde las agencias de reproducción ideológica- el poder discursivo de legitimación del ámbito punitivo, pero *muy escaso poder directo*, que está a cargo de otras agencias. *Su propio poder discursivo se erosiona con el discurso de las agencias políticas y de comunicación, paralelo y condicionante del elaborado por los juristas en sus agencias de reproducción ideológica* (universidades, institutos, etc.). El poder directo de los juristas dentro del sistema penal *se limita a los pocos casos que seleccionan las agencias ejecutivas, iniciando el proceso de criminalización secundaria, y se restringe a la decisión de interrumpir o habilitar la continuación de ese ejercicio*. Para cumplir la función de ejercicio directo de poder se desarrolla una teoría jurídica (saber o ciencia del derecho penal, o derecho penal, a secas), elaborado sobre el material básico, que está compuesto por el conjunto de actos políticos de criminalización primaria o de decisiones programáticas punitivas de las agencias políticas, completado por los actos políticos de igual o mayor jerarquía (constitucionales, internacionales, etc.). *El derecho penal es, pues, un discurso que está destinado a orientar las decisiones jurídicas que forman parte del proceso de criminalización secundaria*, dentro del cual constituye un poder muy limitado, en comparación con el de las restantes agencias del sistema penal”¹⁴.

Esta concepción discursiva del derecho penal, como un sistema jurídico puesto al servicio de la necesidad de limitar la irracionalidad del poder punitivo manifestado en la aplicación de la pena de prisión, finalizará teniendo un influjo en la esencia que deberán ostentar los actos ejecutivos para contar con relevancia penal, siendo que otros modelos discursivos permitirían, en su caso, otras soluciones, más flexibles y permeables a extender la punibilidad más allá.

Dicho de otro modo: los criterios preventivos de la pena, ostentan una influencia en la elaboración del discurso jurídico, y en el caso de la imputación objetiva, bien podrían llegar a generar desarrollos teóricos más laxos de lo que se entiende por riesgo no permitido, abarcando acciones que podrían emparentarse con los actos preparatorios. Piénsese en el ejemplo del asaltante sorprendido por el policía antes de extraer el arma de fuego que porta en su saco. Una teoría de la pena fundada, por ejemplo,

14 Op. cit., pp. 21 y sgtes.

en criterios preventivos generales y de la alarma social, resultaría mucho más amigable con la producción de un desarrollo argumental que habilite el ejercicio de poder punitivo en tal caso. Como el peligro admite grados, criterios más laxos del fin de la pena resultan, al final de cuentas, más permeables para anticipar la punibilidad a partir de comportamientos peligrosos, pero fundados más bien en la alarma, pero no tanto en la necesidad de defensa.

Por ende, partir de la base de teorías de la pena más emparentadas con criterios preventivos, y sin perjuicio de los matices que obviamente juegan su papel, se traduce en una proclividad de anticipación de la punibilidad y, con ello, en una suerte de “relajación” de lo que se entiende por riesgo no permitido. Más adelante en el desarrollo del presente, cuando se explique cómo juega la necesidad de defensa del bien jurídico y la percepción del riesgo, este extremo quedará aún más claro.

4. TEORÍAS FUNDAMENTALES PARA DIFERENCIAR ACTOS PREPARATORIOS Y EJECUTIVOS EN LA TENTATIVA

Podríamos categorizar, a nivel dogmático, ciertos criterios base que permitan estructurar los principales planteamientos teóricos existentes para delimitar preparación de tentativa. Por supuesto, muchas de las propuestas tendrán carácter ecléctico, pero, en general, permiten un análisis ordenado de los desarrollos doctrinarios que suelen invocarse.

Así, podemos postular tres criterios básicos: el negativo, el subjetivo y el objetivo, cada uno con distintas variables y tesituras.

Citando a Zaffaroni, Alagia y Slokar¹⁵, las teorías negativas tienen como factor común una conclusión: no resulta posible efectuar una distinción entre actos preparatorios y ejecutivos, siendo que la ley nada debería legislar al respecto, debiendo establecer el reproche criminal aún en caso de los actos preparatorios. La problemática es considerada de tal calibre y dificultad, que parece surgir de esta propuesta que la pretensión de establecer tal coto constituye una suerte de trampa lógica, al estilo de la “cuadratura del círculo”, por lo que la resolución del conflicto debe quedar al libre arbitrio del magistrado judicial.

Por supuesto, el estricto respeto a los principios de legalidad y culpabilidad impone desechar esta conclusión, pues no resulta conteste con lo establecido en las legislaciones modernas. Por otra parte, esta rendición ante el dilema sencillamente hace caso omiso del problema, abandonándolo sin resolverlo, cuando en él está en juego el mismo juicio de tipicidad, es decir, de la conclusión sobre si un acto es preparatorio o ejecutivo derivaremos si dicha conducta resulta típica o atípica.

La teoría subjetiva, como criterio material general, focaliza en la intención delictiva, pues pone toda su mira en el sujeto activo y su designio criminal, es decir, la decisión

15 ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, obra ya citada, p. 824 y sgtes.

de cometer el hecho y su consecuente exteriorización. Por supuesto, dicha propuesta no puede funcionar adecuadamente, dado que, en todas las fases del delito, incluida la preparación, existe voluntad criminal, sin efectuar la tesis subjetiva un límite entre preparación y ejecución del delito. A ello debemos agregar que, tomando el subjetivismo en cuenta solo la voluntad criminal, desde el juzgamiento de la intención al carácter personal parece haber poco trecho, con el consecuente riesgo de caer en un derecho penal de ánimo.

En correlato con lo expuesto en el acápite precedente notaremos que, por ejemplo, si se adoptara la tesis de la prevención especial positiva, la criminalización encontraría más facilidades discursivas de resultar justificada en un estadio tempo-espacial mucho más cercano a la preparación que a la ejecución, justamente porque, al focalizarse la punibilidad en la necesidad preventiva resocializadora, entonces la simple intención criminal exteriorizada ya podría servir de justificación para la plena ejecución del delito y, bajo ése paraguas, “reparar” al agente con la pena. Por ejemplo: un sujeto que toma un taxi, portando un arma entre sus ropas, con la finalidad de asaltar al taxista, pero que es detenido, antes de blandir el arma, en un control público policial de rutina. En definitiva, resultaría discursivamente posible que el principio de ejecución se hallara más fácilmente justificado en la necesidad de aplicar la pena bajo el escudo de la necesidad preventiva de sanción que la legitime argumentalmente, con la sola portación de arma a bordo del taxi, pues esta acción ya implica, en el caso, exteriorización de la voluntad criminal. La misma solución se impondría a la luz de la prevención especial negativa, en razón de que la intención del individuo ya legitimaría la intervención punitiva, al efecto de impedir conductas futuras.

Al implicar la decisión criminal la puesta en marcha subjetiva e interna del delito, aún en acciones alejadas de la consumación, pero que exteriorizan la decisión de cometer el hecho delictuoso, ello debe llevarnos a observar que se legitima, en definitiva, situar el principio de ejecución en forma anticipada, en razón de demostrar la peligrosidad innata del individuo, que habilita a la supresión de dicha característica personal (prevención especial negativa), o bien, acredita la inadaptación social del sujeto, lo que legitima proceder a intervenirlo para su resocialización (variante preventiva especial positiva).

En cambio, si siguiéramos la postura agnóstica de la pena, al no lograr esta última ninguna finalidad loable, pareciera que la mera portación de arma no justificaría concebir en el caso del taxista la ejecución del delito, en virtud de que, resultando por principio irracional la penalidad y un acto de puro poder, se impondría su mayor limitación, con lo cual, tomando este criterio material, sería viable concebir allí una mera preparación del robo, impune por propia esencia.

Debe advertirse que esto no quiere decir que las teorías de la pena expliquen, por sí solas, el deslinde entre las fases preparatoria y ejecutiva del delito, sino que permite evidenciar que, en la producción del discurso jurídico, en la postulación de una teoría que elabore una argumentación convincente para diferenciar preparación de tentativa, dichas teorías de la pena sí, efectivamente, ejercen una influencia para torcer la balanza hacia alguno de los dos platillos, es decir, preparación o ejecución delictiva.

De tal modo, la teoría subjetiva, al terminar afincándose en la intención del agente que actúa, ostenta una tendencia a criminalizar actos que bien podrían considerarse preparatorios, como en el ejemplo del taxista y el asaltante, justamente, por perder su foco objetivo, siendo el riesgo un factor que permite establecer un criterio graduable.

A su vez, esto conecta con la necesidad de establecer un límite más preciso, respecto de qué hemos de entender como peligro relevante para la tentativa, precisamente para evitar tendencias hacia la legitimación discursiva exacerbada en las intenciones delictivas del autor.

Siguiendo en ello a Donna¹⁶, debemos remarcar los peligros que ostenta la defensa de la teoría subjetiva, puesto que solo interesa, a fin de cuentas, la enemistad contra el derecho, la voluntad del autor desplegada en contradicción de la norma, prescindiéndose del resultado y del peligro para el bien jurídico.

Por otra parte, de adoptarse la teoría de la prevención general, sea positiva o negativa, la misma podría ser proclive para facilitar la afirmación discursiva de la ejecución delictiva allí cuando la conducta del sujeto justifique la intervención penal para materializar el fin preventivo buscado con la penalización, que es, en definitiva, la estabilización normativa, reafirmando la vigencia de la norma. Así Jakobs, por ejemplo, requerirá que exista una conducta externa y perturbadora, que se arrogue una organización ajena,¹⁷ lo cual parecería abarcar la mera portación de arma, en el ejemplo utilizado.

Como se aprecia, las diferentes teorías de la pena condicionan, en razón de sus objetivos discursivos, la concepción que sobre el principio de ejecución se edifique, con criterios más o menos arbitrarios que, en definitiva, se basarán en una construcción de cuño idealista¹⁸, aún en el caso de la postura agnóstica.

Como un intento por superar esta tesis subjetiva aparece la teoría de la impresión, la cual tiene su base en la primera, más pretende colocar un tope a la anticipación temporal de la punición que aquella causa, sin cuyo límite se lograría alcanzar hasta a los propios actos preparatorios.

Con diferentes variables, la tesis de la impresión procura delimitar la ejecución delictiva a partir de la impresión generada en la sociedad, es decir, el fundamento de la punición se encontrará ligado a la alteración de la confianza de la comunidad en la vigencia del ordenamiento jurídico. Dicha conmoción procura la introducción, al criterio subjetivo, de un correctivo normativo, calificado de “objetivo” por los defensores de esta postura, cuyo resultado sería impedir alcanzar a los actos preparatorios.

16 DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal: Parte General*, tomo VI. Rubinzal Culzoni, 1ra edición, 2010, p. 46 y sgtes.

17 JAKOBS, Günther. “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, que puede ser consultado en *Estudios de derecho penal*. UAM Ediciones, ed. Civitas, 1997, p. 293/324.

18 Es decir, los diversos autores justificarán el principio de ejecución en la idea de pena que sigan, lo cual implicará la premisa apriorística de que la pena realmente logra la finalidad discursiva, independientemente de su comprobación empírica.

Por supuesto, la postura no está exenta de críticas, por cuanto se observa una cierta circularidad argumentativa, ya que el acto de tentativa hará peligrar el nivel de confianza en la vigencia de la norma cuando la conducta aparezca como merecedora de pena y viceversa¹⁹, además de que la verificación de la mencionada impresión en la comunidad finaliza siendo un juicio evidentemente intuitivo y no así racional²⁰, quedando así su formulación vacía de todo contenido²¹, cual queda al entero arbitrio del juzgador de turno.

Volviendo al ejemplo del asaltante y el taxista, el grado de impresión en la comunidad finaliza configurándose a partir de un criterio más bien discrecional, y no objetivo. Al fin de cuentas, el órgano judicial resultará, en la praxis, el cual decidirá el juicio de tipicidad, sin importar la calidad o entidad de la justificación discursiva, la delimitación termina siendo discrecional y, por lo tanto, arbitraria, con la evidente lesión a la seguridad jurídica y al principio de legalidad, no dependerá de ningún observador promedio imaginario que conoce todos los hechos externos e internos, observador que no es ninguna persona real, quedando la valoración librada al puro arbitrio del magistrado, quien juzgará en forma meramente intuitiva. Nuevamente los criterios preventivos aparecen, en forma implícita, justificando la punibilidad de la conducta allí cuando la acción cause la “impresión” o conmoción en la comunidad, habilitando la necesidad preventiva de sanción.

En definitiva, estas concepciones de alarma social, tal como actualmente enseñan Zaffaroni, Alagia y Slokar, no hacen más que erigir un nuevo bien jurídico, antepuesto a aquél que es atacado con la acción, cuál sería el derecho a la seguridad²², detrás del cual se corre el riesgo de esconder un planteamiento autoritario, justificado en el discurso de la pretendida tranquilidad social, pero sin ninguna base objetiva, bastando la mera desobediencia al derecho, la simple voluntad contraria a la ley.

Es necesario advertir, en este punto, que ciertas posturas funcionalistas sistémicas, podrían ser proclives a legitimar soluciones afines a una potencialmente excesiva justificación de la anticipación de la punibilidad, a partir de la preeminencia dada a la afectación de la expectativa normativa, desestabilizada por la arrogación en una organización ajena²³ (es decir, la tentativa no sería otra cosa que un quebrantamiento

19 ALCACER GIRAÓ, Rafael. *Tentativa y formas de autoría: sobre el comienzo de la realización típica*. Ed. Edisofer, 2001, p. 28, con cita de la similar opinión de Stratenwerth.

20 ALCACER GIRAÓ, obra citada, p. 28,

21 DONNA, obra citada, tomo VI, p. 57, con cita de la opinión de Hirsch.

22 En palabras de los propios autores: “...se neutraliza la ilegitimidad de las anticipaciones inventando un bien jurídico estatal (derecho a la seguridad) que aniquila los bienes jurídicos individuales, es decir, no habría anticipación de la lesión por peligro, sino una supuesta lesión real a un nuevo bien jurídico que pretende extraerse de los restos de un bien jurídico base aniquilado, como fragmento de éste abarcado por la denominada norma flanqueante...” (*Parte General*, p. 815).

23 JAKOBS, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, ponencia que el profesor de Bonn realizó en el Congreso de los Penalistas Alemanes, celebrado en Frankfurt, en 1985, ya citado.

completo de la norma²⁴), con lo cual, en definitiva, se llegaría a una solución similar a la propuesta por la teoría subjetiva e, implícitamente, a la punibilidad en razón del ánimo del autor. Por ello, entiendo pertinente prestar mucha atención a este punto.

Luego debe referenciarse, como núcleo material opuesto a la teoría subjetiva y sus variaciones, a la teoría objetiva, la cual pone su mira en la generación de un peligro para el bien jurídico destinatario del acto de tentativa²⁵. Asiste razón a Alcácer Giraó cuando refiere que, resultando el estado de riesgo un *continuum*, es decir, una situación que se inicia ya con el primer acto preparatorio y que se mantiene hasta la consumación, pues parece difícil esbozar un límite, justamente por la imposibilidad de dividir este *continuum*, lo que obligó a ensayar diversos calificativos como el peligro “inmediato”, “serio”, “muy elevado”²⁶, etc., a fin de deslindar la preparación impune.

Dentro de este eje de criterios objetivos, la teoría formal-objetiva centra su análisis en el núcleo del tipo, en el cual tiene que penetrar la conducta analizada, así se comenzará la ejecución del delito cuando se obre conforme al verbo típico, siendo que tendrá principio de ejecución el homicidio, por ejemplo, cuando se empieza a matar.

Si bien esta tesis es la que mejor respeta el principio de legalidad, tal como sostiene la mayoría de la doctrina, hay una multiplicidad de casos que la teoría no logra resolver satisfactoriamente; clásicos son los ejemplos del cirujano que en plena operación, y una vez abierta una arteria principal, se percata de que está interviniendo a su peor enemigo, limitándose a no unir nuevamente la arteria, o la del sujeto que hace pasar un potente veneno por sal, para que el cocinero envenene la comida de su peor enemigo. Así, ni el cirujano, que al abrir la arteria lo hace con fines quirúrgicos, apareciendo el dolo de homicidio con posterioridad al detenerse a ver el rostro del intervenido, ni el cocinero, al verter la “sal” sobre el alimento, realizan en dichos momentos, según las críticas a la tesis, actos ejecutivos, dado que *no efectúan el verbo típico*, ante la ausencia de dolo, fracasando la teoría al respecto. Sostienen Zaffaroni, Alagia y Slokar que “se le ha criticado por insuficiente, argumentando que no pueden quedar fuera de la prohibición, por su carácter altamente amenazador para el bien jurídico, los actos inmediatamente anteriores a la realización de la conducta típica”²⁷.

Luego, la teoría material-objetiva simplemente complementa la anterior. Establece que, sin perjuicio de lo antes dicho, debe existir un peligro para el bien jurídico, como así también se acopla la tesis con aquellas acciones que naturalmente se vinculan con el delito, dado que incluye en su contenido a las conductas que se relacionan con la

24 ALCACER GIRAÓ, ob. cit; p. 33, con cita de Vehling, Die Abgrenzung, p. 123, al igual que Jakobs, P.G, p. 25/15.

25 ALCACER GIRAÓ, obra citada, p. 24 y sgtes, aunque bajo el rótulo de “teoría del peligro”.

26 Ibídem, p. 25, en cita de Farré Trepát, “La tentativa”, p. 165 y 189.

27 Op. cit., pp. 825/826.

acción típica, según la *natural concepción*, conforme la conocida fórmula de Frank²⁸, citada la misma por Zaffaroni, Alagia y Slokar, en cuanto a que el principio de la misma consiste en que “incluye en la tentativa las acciones que, por su vinculación necesaria con la acción típica, aparecen como parte integrante de ella, según una natural concepción”²⁹. Por supuesto que, sin lograr salir de la imprecisión, los autores de mención destacan que este criterio, si bien superador del objetivo-formal, dio pie a la necesidad de que “se haya exigido que la vinculación con la realización típica sea inmediata, en el sentido de que la acción cometida por el autor desemboque en la realización del tipo sin ningún otro acto posterior”³⁰.

En definitiva, esta postulación procura cubrir la insuficiencia de simplemente “cometer el verbo típico”, que resulta un criterio circular, para así incluir en su enunciado actos inmediatamente anteriores a la comisión misma, incluyendo, en los ejemplos, al sujeto que coloca el veneno en la sal del cocinero. Sin perjuicio del mejoramiento en el enunciado, la tesis sigue sin generar consenso en la doctrina, ello toda vez que, resultando su esencia la consideración del peligro generado, son de aplicación las objeciones que se realizaran párrafos más arriba, en el sentido de que el riesgo es un *continuum* que esta tesis no logra circunscribir con parámetros convincentes.

Sin perjuicio de ello, resulta valorable el incluir la idea del peligro como una forma de objetivar la ejecución en la tentativa, idea que es compatible con la propuesta de Roxin, en cuanto a la primera regla de su propuesta de imputación al tipo objetivo, que no es otra cosa que el riesgo jurídicamente desaprobado. Más adelante, veremos cómo es que la necesidad de defensa del bien jurídico permite completar el razonamiento y acotar aún más qué entendemos por riesgo no permitido.

Debe citarse, sólo por su valor histórico, la teoría de la univocidad o inequívocidad de los actos, que es una de las más antiguas tesis, sostenida en su momento por Carnignani y durante algún tiempo por el mismo Carrara. Según ella, debe establecerse un juicio de valor desde el punto de vista de un tercer sujeto observador: así, cuando los actos externos del posible criminal no dejen dudas sobre su propósito delictivo, entonces estaremos ante actos ejecutivos, pero cuando los mismos puedan dirigirse tanto a un propósito delictuoso como a un fin no ilícito, entonces estaremos ante un acto preparatorio.

Como dicen Zaffaroni, Alagia y Slokar, esta teoría tiene el inconveniente de fijar un criterio procesal o de prueba³¹, es decir, no parte de una postulación teórica y

28 CREUS, Carlos. *Derecho Penal: Parte General*. Ed. Astrea, 3ra edición, 1992, p. 434, el autor expresa que “a partir de un uso natural del lenguaje (según la proposición de Beling) se formula una teoría *material objetiva*, hay comienzo de ejecución en todos aquellos actos que “como consecuencia de su necesaria pertenencia al contexto de la acción típica, aparezcan como partes constitutivas de ella según su natural concepción” (Frank)”.

29 Op. cit., p. 826.

30 Ibídem.

31 Obra citada, p. 826 cuando expresan: “Dejando de lado que hay actos de tentativa en que la inequívocidad sólo puede provenir de lo subjetivo, adolece de un error básico: no se refiere a una determinación penal sino procesal, fundada en una cuestión probatoria”

científica, sino de valoración de la prueba en el caso concreto, por lo que no es posible extraer de ella un criterio general.

Una de las teorías de mayor aceptación, al menos en la doctrina argentina, es la denominada objetivo-individual, que al decir de Zaffaroni es la que más se acerca a resolver los problemas que plantea el límite entre actos preparatorios y ejecutorios, en ella, se debe tener presente el plan concreto del autor del hecho, siendo imposible marcar el preciado límite sin tomar en cuenta el plan criminal.

En palabras del propio Hans Welzel: “La tentativa comienza en aquella actividad con la cual el autor inicia inmediatamente, de acuerdo con su plan de delito, la concreción del tipo penal. Se debe partir siempre de la acción típica correspondiente al tipo particular de delito (apoderarse, matar, etc.). Sigue el examen individual: si el autor, de acuerdo con la disposición de su plan delictuoso, ha iniciado inmediatamente la concreción del tipo (...) Es importante que el juicio del comienzo de ejecución se realice siempre sobre la base del plan individual del autor (teoría objetiva-individual), y no desde el punto de vista de un espectador hipotético, que no conoce el plan delictuoso (teoría objetiva-general)”³².

Se ha destacado en la doctrina la importancia de esta postulación, pues procura establecer, a partir de un baremo objetivo –el peligro-, una formulación que tenga en cuenta la programación del hecho –el plan criminal-.

Así, refieren Zaffaroni, Alagia y Slokar que “esta teoría *objetivo individual*, preserva una consideración objetiva -lo que la hace compatible con el fundamento de la punición de la tentativa- y permite una mayor aproximación a la determinación del momento en que el peligro de lesión comienza a ser típicamente relevante. Si bien la apelación al peligro es muy antigua (...) y en modo alguno se niega su necesidad, precisamente se trata de establecer algún momento determinante de su relevancia, para lo cual su mera invocación no es suficiente si no se acompaña algún dato indicador, pues es un concepto eminentemente graduable”³³.

El aspecto de mayor importancia de la teoría objetivo individual radica en la enorme trascendencia que ostenta el plan concreto del autor del hecho, puesto que no puede concebirse una empresa delictiva sin que exista una planificación criminal previa, por rudimentaria que esta última sea³⁴.

De tal modo y mediante la conocida fórmula *hic et nunc* (“aquí y ahora”), se demarca el comienzo de la tentativa con aquél acto que sea *inmediatamente anterior*

32 WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Roque Depalma editor, 1956, p. 194.

33 Op. cit., p. 827.

34 ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, cit. p. 827, cuando expresan que “por plan concreto del autor no debe entenderse una programación altamente elaborada o premeditada, sino simplemente el cómo de la realización típica, que también puede ser decidido en forma bastante súbita, por lo que este requisito no excluye las conductas que son decididas en estados emocionales que atenúan la culpabilidad”.

al comienzo de ejecución del delito³⁵. El plan del autor, en esta tesis, termina siendo un correctivo subjetivo con respecto al peligro generado al bien jurídico, dado que la ejecutividad del acto dependerá de la planificación criminal elaborada, por ej: preparar una comida envenenada, resultará un acto preparatorio o ejecutivo cuando, respectivamente y según el plan del autor, deba previamente ser servido a la víctima o bien, esta misma se lo sirva³⁶.

Si bien la tesis tiene la ventaja de amoldarse a cada caso particular, desde que dependerá de la concepción de cada plan, quizá esta misma razón provoca que no convenza a la totalidad de la doctrina, ante la aparente falta de homogeneidad en la solución dada.

En una de sus tantas publicaciones, Roxin citó y criticó la opinión de Herzberg. Expuso que el mencionado "...opone un solo "criterio con validez general" que regiría para todos los tipos y fenómenos de la tentativa por igual: el elemento de la inminencia directa "de segundos" de la consumación"³⁷. Roxin critica esta formulación, argumentando que existe "...una diferencia decisiva, fina, radica en que el legislador habla de un comienzo inmediato a realizar (es decir, una acción) mientras que Herzberg exige una inminencia inmediata ("de segundos") para la producción del resultado (...) La importancia de esta diferencia se muestra en los resultados prácticos en los cuales Herzberg admite, en numerosos casos, un acto preparatorio impune, frente a la concepción general que admite una tentativa"; de igual manera, destacó que "...hablan en contra de la demasiado rigurosa reducción de la tentativa propuesta por Herzberg, el tenor de la ley y el entendimiento idiomático cotidiano del concepto "tentativa". El legislador exige comenzar [disponerse a] la realización del tipo mas no que la consumación sea inminente en pocos segundos"³⁸.

Por su parte, y seguramente teniendo en cuenta la problemática derivada de la ausencia de criterios seguros para delimitar preparación de tentativa, Claus Roxin procuró evitar soluciones tan reducidas como las de Herzberg, por su cercanía con la consumación, y ha formulado su propia propuesta para separar preparación de ejecución, según se trate de casos de tentativa inacabada o acabada.

De esta forma, enseña Roxin que en aquellos supuestos de tentativa inacabada, se deberá tener en consideración el último acto parcial, pero adicionando al mismo dos correctivos: la "relación temporal estrecha" y la "influencia en la esfera de la víctima"³⁹.

35 STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal: Parte General I: el hecho punible*. Ed. Hamurabi, 4ta edición, 2016, p. 340 y sgtes: "no hace falta un cumplimiento parcial del tipo, sino que basta también una acción que antecede inmediatamente a la realización de un elemento del tipo o que tiene una relación espacial y temporal inmediata con el cumplimiento del tipo".

36 ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, obra citada, p. 828.

37 ROXIN, Claus. Acerca de la tentativa inacabada del autor individual. En *La teoría del delito en la discusión actual*, tomo II. Ed. Instituto Pacífico, 2021, p. 256.

38 Op. cit., p. 257 y sgtes.

39 DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal: Parte General*, tomo VI, p. 84 y sgtes; de igual manera en ROXIN, Acerca de la tentativa inacabada del autor individual, ya citada, p. 263 y sgtes.

Así, trae a colación Donna un ejemplo de Roxin, por el cual un ladrón quiere apoderarse de un objeto que se encuentra en el interior de un automóvil, siendo que introduce su mano para ello a través de una de las ventanillas abiertas.

En esta inteligencia, no importa qué acto parcial sea el que se realice en sí mismo (sea que se ingrese la mano directamente, o que primero tome un palo para alcanzar el objeto a hurtar), dado que existirá en ambos casos una tentativa, desde que se produce la *estrecha relación temporal* (por la inminencia del resultado lesivo) mientras que, conjuntamente, se *influye en la esfera de la víctima* (pues se invade su automotor).

Luego, para los casos de tentativa acabada, expone Roxin que no puede considerarse la propuesta de los actos parciales con los dos correctivos ya citados, pues el sujeto activo ya ha hecho todo lo necesario conforme a su plan, sino que deberá verificarse si el autor ya “soltó el hecho de su mano”, en el sentido de si ostenta el control de la situación o no; por ejemplo, dejar el coñac envenenado en la nevera, colocar el explosivo en el automóvil o enviar la carta extorsionadora⁴⁰.

Las críticas que ha recibido la tesis están bien fundadas, pues por una parte y si bien Roxin diferencia entre tentativa acabada e inacabada, lo cierto es que en algunos casos se adelanta la punibilidad (como en la tentativa acabada, cuando la esposa deja el coñac envenenado en la nevera), mientras que en otros la punición se encuentra más lejana (tentativa inacabada).

A su turno y siguiendo en esto a Donna, no puede dejar de advertirse que hasta el propio Roxin admite que aún en los casos de tentativa acabada, el ilustre jurista germano propone incluir igualmente los correctivos de la estrecha relación temporal y el influjo en la esfera de la víctima, allí cuando el autor de la tentativa aún *no ha soltado el hecho de su mano*; por ejemplo: la esposa que deja el whisky en la heladera a las 10 de la mañana, pero su marido recién llega a la noche, entonces, resultaría un contrasentido admitir la tentativa con el acto de dejar la bebida en la nevera, puesto que la mujer puede desecharla en cualquier momento del día, impidiendo el hecho, por lo que la tentativa recién tendría ejecución allí cuando el marido se dispone a tomar la bebida por la noche, en virtud de que se produce la estrecha relación temporal y el influjo en la esfera de la víctima⁴¹.

40 DONNA, obra citada, pp. 91/92, cuando cita expresamente a Roxin: “cuando coloca la bomba, envía la carta extorsionadora o ha colocado a escondidas el coñac envenenado en la refrigeradora de la víctima, los hechos han abandonado el campo de influencia del autor y siguen su curso independientemente de este. Aquí admito siempre una tentativa aun cuando todavía no exista una estrecha relación temporal con la producción del resultado y todavía no se presente un influjo en la esfera de la víctima. Y es que, en primer lugar, no puede razonablemente hacer ninguna diferencia el que la víctima poco después o más tarde conduzca el automóvil explosivo, reciba la carta extorsionadora o beba el coñac envenenado. En este sentido, tampoco puede importar si la esfera de la víctima ya ha sido tocada, pues ello depende de casualidades y muchas veces el autor ni siquiera puede conocer o notar nada.”

41 DONNA, obra en cita, p. 92.

Como se aprecia, el propio Roxin se encarga de borrar el límite por él mismo ensayado entre tentativa y preparación impune, puesto que, en definitiva, en todos los casos tendrían que aplicarse los dos correctivos (aún en la tentativa acabada, como lo demuestra con el ejemplo), por lo que finaliza regresando al inicio del círculo, no logrando responder el maestro de Múnich a la siguiente pregunta: ¿cuándo suelta el autor el hecho de sus manos?

Los criterios existentes son probablemente inabarcables en un trabajo de la extensión permitida en la presente, de modo que he preferido agrupar las posturas principales, atendiendo preferiblemente a la idea directriz, diferenciando entre teorías objetivas, que ponen su foco en el peligro, las subjetivas, que resaltan el propósito delictivo, con sus matices, y otras que podrían ser eclécticas, tomando elementos de ambas posturas principales, como la objetivo-individual, la que nunca pierde de vista la planificación y la aproximación al tipo.

Resulta inevitable ser, en cierta medida, injusto con algunos autores, al omitir el desarrollo breve de sus posturas, por cuestiones de espacio. Sin perjuicio de ello, creo que es necesario destacar los aportes de Peretti Ávila, por ser novedosos e innovadores, en cuanto sienta su propuesta delimitadora a partir de la existencia de la agresión típica, con puntos de conexión respecto del criterio aquí sostenido, aunque no considera esencial la puesta en peligro, asentándose, más bien, en la teoría de la comunicación, la importancia del lenguaje y la interpretación del comportamiento en su significado⁴².

De igual modo, entiendo que resulta menester resaltar la propuesta de Pessoa, en cuanto se basa, para diferenciar preparación de tentativa, conforme a su postulación teórica, a partir de diferenciar actos facilitadores o posibilitadores del acto productor de la finalidad –fase preparatoria–, de aquellos que resultan productores del fin delictivo, o de la finalidad –fase ejecutiva–. Así, este autor señala que “...todos los actos, cumplan una u otra tarea de las que acabamos de describir, integran el plan concreto del autor, lo que corresponde en cada caso, es distinguirlos apelando a este criterio funcional, pues serán actos preparatorios, aquellos que desempeñen el rol de “posibilitadores” y serán actos de tentativa, los que tengan como función hacer efectiva la finalidad”⁴³.

42 PERETTI ÁVILA, Diego. *La fórmula del “comienzo de ejecución” de la tentativa* (art. 42, CP). Ed. Hammurabi, 1ra edición, 2021, cap. III, pp. 251 y sgtes.

El mencionado autor efectúa su conclusión general, exponiendo que “...la fórmula de “comienzo de ejecución” que expresa el art. 42 de nuestro CP y que representa el aspecto objetivo del tipo de la tentativa se identifica con el principio de la “agresión” o “ataque” típicos, que se da a partir del momento en que confluyen en la secuencia de la acción en un punto determinado la afectación de alguno de los bienes jurídicos tutelados por el tipo penal de que se trate, junto con la manifestación significativo-comunicable, a través de la apreciación del contexto emergente de la acción, del sentido de la conducta en dirección a la realización de dicha tipicidad,” (ob. cit; p. 293).

43 PESSOA, Nelson. *La tentativa. Distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución de delitos*. Hammurabi, 2da edición, 1998, cap. III, pp. 72 y sgtes.

Ejemplifica con el caso de que el sujeto activo tenga el plan de arrojar una piedra con el fin de romper una ventana. Así, los actos de buscar la piedra y tomarla resultan facilitadores, es decir, meramente preparatorios, mientras que arrojar la piedra configuraría el acto productor de la finalidad.

5. LA IMPUTACIÓN OBJETIVA EN LA TENTATIVA Y EL ETERNO PROBLEMA DEL PRINCIPIO DE EJECUCIÓN: ¿ES POSIBLE PONER UN LÍMITE CLARO AL “RIESGO NO PERMITIDO”?

La tentativa tiene la particularidad de implicar un menor injusto, desde el punto de vista objetivo, pues es claro que la no consumación delictiva conlleva la ausencia de lesión del bien jurídico, aunque se configure un grado de peligro para el mismo, al menos en lo que concierne a la tentativa idónea.

Claro que puede objetarse que existen legislaciones, como el célebre caso de la alemana, que equiparan la punición en los casos de consumación y tentativa, en cuanto establece, en el § 23.2, dedicado a la punibilidad de la tentativa, que “la tentativa puede castigarse más benignamente que el hecho consumado”⁴⁴. Ahora, que el fundamento de la punición de la tentativa se encuentre, desde el punto de vista de la influencia de la política criminal en aquél código, en la importancia que se le otorga a la voluntad criminal del autor, esto es, la preponderancia de la tesis subjetiva por sobre la objetiva, en modo alguno puede conducirnos a negar la realidad de que es más grave la producción de la lesión típica, que el sólo quebrantamiento de la norma.

Si conforme a la fundamentación de la punibilidad del conato, el mismo se asienta en la voluntad contraria a la norma (tesis subjetiva), entonces el foco estará puesto en la decisión criminal y la consecuente ejecución del hecho, de modo que no habría razón para diferenciar entre la sola puesta en peligro del bien jurídico objeto del ataque y su efectiva supresión, pues lo relevante terminaría siendo que el autor evidencia su enemistad contra el derecho.

Sin perjuicio de que ya desde la concepción de la idea criminal existe una voluntad contraria a derecho, si bien aún no exteriorizada, se ha expuesto, siguiendo a Donna, que resulta claro que “debemos remarcar los peligros que ostenta la defensa de la teoría subjetiva, puesto que solo interesa la enemistad contra el derecho, la voluntad del autor desplegada en contradicción contra la norma (prescindiéndose del resultado y del peligro para el bien jurídico), lo que ha favorecido históricamente la instauración del derecho penal del régimen nacionalsocialista, y del sistema penal soviético, por el

44 Puede consultarse el texto de una traducción del Código Penal alemán en la revista “Pensamiento Penal”, en la siguiente dirección web: <https://www.pensamientopenal.com.ar/legislacion/35633-codigo-penal-aleman-traducido-al-espanol>.

cual se llegó inclusive a priorizar tanto la voluntad del sujeto que en algunos regímenes, como el alemán, se autorizó a borrar la diferenciación de pena entre consumación y tentativa, facultándose al juez a disminuir la pena en la tentativa, más sin estar obligado a ello...”⁴⁵.

Ahora bien, existe una equivalencia entre el principio de ejecución, es decir, la realización de actos ejecutivos, y la generación de un riesgo jurídicamente desaprobado.

Claro que podrá objetarse que, en la propia preparación delictiva, impune de por sí, también existe un grado de peligro, de modo que no se clarifica el momento en que se produce la ejecución delictiva, apelando solamente al riesgo que, como vimos, admite una graduación y, con ello, una ponderación.

Si una persona aborda un taxi, portando un arma de fuego cargada y escondida entre sus ropas, teniendo el plan de sorprender al taxista para robarle la recaudación, ya el mero hecho de llevar el arma en su poder y subir al automóvil implica un grado de riesgo para la potencial víctima.

Ahora bien, cabe la pregunta: ¿puede el taxista, sin perjuicio de ese riesgo, defenderse de su potencial agresor, cuando el mismo ejerce la mera portación de arma de fuego, pero sin exhibirla, es decir, sin intimidarlo y exigirle el dinero?; una respuesta intuitiva pareciera sugerir que no. Y la respuesta es correcta. La pregunta es: ¿por qué?

La víctima no puede defenderse de la mera portación de arma, sencillamente, porque no podría considerarse que se encuentre habilitada una causa de justificación, como lo es la legítima defensa. Es decir, no podría defenderse legítimamente del sujeto, por el mero hecho de portar el arma de fuego, pues no existe inminencia de una agresión ilegítima, respecto del robo armado. Resultaría necesaria la intimidación para que exista una necesidad de defensa y, valga la obviedad, esa intimidación implica percibir el riesgo no permitido. Y este es el punto clave: la posibilidad de percepción del riesgo no permitido, a partir de la exterioridad del acto.

Por ende, el hecho de portar el arma de fuego es, incluso en el plan del autor, un mero acto preparatorio, ello con respecto al robo con armas de fuego, el cual recién comenzará a ejecutarse en el momento en que el sujeto exhiba el arma, habilitándose allí una posible legítima defensa en favor del sujeto pasivo, a partir de resultar posible la percepción del riesgo.

Así, si bien es cierto que el riesgo ya se genera, fácticamente, con la comisión de actos preparatorios, no cualquier grado del mismo habilita a la configuración de la tentativa, sino sólo aquél que justifique a la víctima para defender el bien jurídico puesto en peligro.

En definitiva, los actos ejecutivos implicarán, simultáneamente, la generación de un riesgo jurídicamente desaprobado, pero con la aclaración de que este sólo será relevante, cuando habilite al sujeto pasivo para ejercer la defensa del bien jurídico agredido.

45 MORA, Emanuel Gonzalo. *El principio de ejecución en la tentativa y la teoría del riesgo: Una nueva explicación sobre el deslinde entre los actos preparatorios y de ejecución criminal desde la teoría de la imputación objetiva*. Editorial Cathedra Jurídica, 1ra edición, 2013, p. 12.

Fue expuesto que “si bien es cierto que la locución “riesgo jurídicamente desaprobado”, acuñada por Roxin en su tesis, genera ciertas reyertas doctrinarias, fundamentalmente en lo que se refiere a sus alcances, no faltando quienes acusan a la teoría de la imputación objetiva de consistir en un regreso al causalismo, entiendo que la tesis del suscripto, en principio, despeja las dudas, desde que *riesgo desaprobado* sólo será aquél que genere una *situación de necesidad de protección de la víctima*, lo cual conforme al principio de preservación individual habilitará a la misma a *defender dichos bienes jurídicos*, puestos en peligro por el autor del evento delictivo...”⁴⁶.

Claro que podría objetarse que, en el caso de la tentativa inidónea, parecería “forzado” hablar de una necesidad de defensa del bien jurídico, por la falta de peligro “real”, aunque el problema es puramente aparente, pues desde la perspectiva del sujeto pasivo, aunque el medio no sea apto para generar el riesgo de lesión del bien jurídico, de todos modos, la víctima *percibe* exteriormente un *ataque*, una *agresión*, por mucho que la tentativa del agente carezca de peligro real.

Sin pretensiones de exhaustividad, y con el fin de centrarnos en el tema principal de este trabajo, que es la delimitación de lo que hemos de entender por *riesgo no permitido*, la tentativa inidónea se caracteriza por la ausencia de peligro objetivo. Es decir, estamos ante una tentativa no peligrosa.

Welzel brindó una serie de ejemplos de casos que caracterizan dicha ausencia de peligro, al mencionar, verbigracia, “...RG., 1-439; 17-158: tentativa de aborto por medios inidóneos. RG., 8-1 98; 47-65: tentativa de aborto en una mujer no embarazada. RG., 34-217: tentativa de aborto en una mujer no embarazada por medios inidóneos. RC., 1-451: tentativa de homicidio en un cadáver. RG., 42-92: tentativa de estafa sobre un derecho adquirido: véase, también, RG., 75-92. Dentro de este grupo se sitúan, también, el hecho de meter la mano en el bolsillo vacío de parte de un carterista; el tiro a la cama vacía, en la que se supone está la víctima.”⁴⁷

Resulta evidente que la ausencia de peligro real dificulta la consideración de un riesgo no permitido, allí cuando no existe, objetivamente hablando, ninguna amenaza real contra el bien jurídico.

Sin perjuicio de ello, no es menos cierto que efectivamente el sujeto pasivo, en su caso, *percibe un riesgo reprobado*, fundado en una agresión, y por mucho que no tenga entidad “real” u “objetiva” en el caso concreto, lo cual bien podría habilitar a su actuación bajo una situación de legítima defensa putativa.

Piénsese, por ejemplo, en un caso donde la víctima es asaltada, valiéndose el sujeto activo de un arma de fuego que, si bien reúne mecánicamente los recaudos para ser accionada en vacío, en el caso concreto, carece de munición, no entrañando riesgo real de causar lesiones o la muerte, ante la imposibilidad de efectuar disparos.

Ciertamente no existe un riesgo objetivamente real, pero la víctima efectivamente *percibe un riesgo no permitido*, a tal punto que no sería extraño que pueda, eventualmente, buscar repeler la acción del autor del hecho.

46 MORA, obra antes citada, p. 119/120.

47 WELZEL, Op. cit, p. 196.

Aquí, ciertamente no existe un peligro objetivamente real, pero igualmente se observa una afectación en la relación de disponibilidad con el bien jurídico, en el caso, a partir de la perturbación que sufre el sujeto pasivo. Si el damnificado cede a la intimidación, y hace entrega de la *res furtiva*, queda en evidencia que aquella perturbación psicológica con la relación de disponibilidad, tanto de su propiedad como de su integridad física, es lo que lo llevó a desprenderse de sus bienes, a fin de hacer cesar el ataque, pese a su falta de peligrosidad real.

Se ha fundado también, teóricamente, el principio de ejecución de la tentativa inidónea en aquella perturbación psicológica⁴⁸. Si bien puede considerarse que la ausencia de peligro en el momento jurídicamente relevante, que es al *cometerse el hecho* –principio de ejecución– no permite legitimar fácilmente la misma a nivel constitucional, debe admitirse que la relación de disponibilidad con el bien jurídico efectivamente se observa alterada, sólo que subjetivamente, en definitiva, a nivel psicológico.

Es decir, el riesgo no permitido no juega a nivel objetivo, eso es inobjetable, pero sí a nivel subjetivo, y esa alteración efectivamente lesiona la seguridad jurídica, en el sentido de que las personas, en sus contactos sociales, tienen derecho a desenvolverse con libertad, y sin acciones o comportamientos de terceros que justamente cercenen aquél ámbito de actuación libre.

Así, y si bien existen acciones que objetivamente no son peligrosas, no obstante, bien pueden limitar el ejercicio de la libertad de los individuos, allí cuanto aquellos comportamientos se perciban, desde el punto de vista del sujeto afectado, como peligrosos, por mucho que objetivamente no lo sean.

De tal modo, el *riesgo no permitido*, en la tentativa idónea o efectivamente peligrosa –*ex ante*–, conlleva una necesidad de defensa del bien jurídico, a partir de un foco de peligro real; pero en la tentativa inidónea, no obstante la ausencia de peligro real, igualmente existe un *riesgo no permitido*, que se asienta en la percepción subjetiva de un peligro que atenta contra el ámbito de actuación libre de la víctima.

El quebrantamiento de la norma se configura en ambos casos, entonces, a partir de parámetros similares, sólo variando que, en un caso, la tentativa es efectivamente peligrosa, mientras que, en la restante, carece de idoneidad para lesionar el bien jurídico. Sin perjuicio de ello, la posibilidad de *percepción del riesgo* ciertamente perturba la relación de disponibilidad con el bien jurídico, en ambas clases de tentativas.

Por ende, en la tentativa idónea, la imputación objetiva, en cuanto a la configuración del riesgo no permitido y su alcance concreto a fin de su conformación típicamente relevante, se produce a partir de la puesta en peligro, pero dicho peligro debe ser de tal intensidad que legitime o justifique la necesidad de defensa de la víctima. Dicha defensa se encuentra cimentada en el riesgo jurídicamente desaprobado que habilita tal defensa, de modo que, consecuentemente, la norma antepuesta al tipo se observa efectivamente lesionada, con aquél grado de peligro. Sin perjuicio de dicha

48 MORA, Op. cit., pp. 30-40, 79 y sgtes.

afectación objetiva, fundada en el peligro, también conlleva una acción que, en su exterioridad, es capaz de perturbar al sujeto pasivo, a partir de la posibilidad de percepción del riesgo.

Este punto es importante, porque en la faz de los actos preparatorios también existe una voluntad de quebrantar la norma, y cierto grado de peligro. No obstante, aquellos no implican un riesgo de tal entidad que habilite la defensa del bien jurídico objeto del ataque futuro. Recuérdese el ejemplo del asaltante que sólo porta el arma de fuego en sus ropas, pero sin intimidar aún al taxista. La mera portación del revólver ciertamente conlleva un riesgo, lo cual se efectiviza en la lesión a la seguridad pública, pero el mismo es insuficiente en cuanto al grado de afectación mínimo que exige la configuración de una tentativa, en el caso de que el agente planifique emplear el arma para lesionar, matar o afectar diversos bienes jurídicos del sujeto pasivo.

Por ende, la necesidad de defensa del bien jurídico aparece como un aspecto trascendente que permite completar el alcance del peligro. No cualquier riesgo puede reputarse hábil para considerarse jurídicamente desaprobado en pos de la configuración de la tentativa, sino sólo aquél que habilite a la víctima a ejercer una defensa, y esa necesidad de defensa se basa en la posibilidad de percepción del riesgo.

Continuando con el ejemplo, si el autor extrae el arma de fuego de su saco, el taxista se encontrará habilitado para defenderse, precisamente, porque el riesgo no permitido que, mientras solamente portaba el adminículo oculto en sus ropas, sólo afectaba bienes jurídicos no individuales, como la seguridad pública, al extraerlo y emplearlo a modo intimidatorio, ya implica un incremento del riesgo de tal envergadura que conlleva a la legitimación de defensa por parte del sujeto pasivo, por cuanto percibe un riesgo no permitido que, inclusive, no sólo pone en peligro su propiedad e integridad física, sino que perturba la relación de disponibilidad de la víctima con tales bienes jurídicos.

Puede plantearse qué sucede con supuestos donde el sujeto pasivo, fácticamente, no percibe el ataque. Sería el caso de que un asaltante espere agazapado detrás de un árbol, portando un arma de fuego, dejando pasar a la víctima, la cual no advierte su presencia, pero, al salir y disponerse, arma en mano para robarle, un tercero noquea de un piedrazo al agente activo.

La *percepción del riesgo no permitido* no tendría por qué exigir, en sentido estricto, que el damnificado observe toda la secuencia en lo relevante; eso sería lo usual, pero lo verdaderamente importante es que la conducta, en sí misma, ostente la suficiencia para, a partir de su percepción –aún hipotética– generar la *necesidad de defensa* del bien jurídico atacado. Es decir, es más correcto hablar de una *posibilidad de percepción* de una agresión, que de una percepción en sí.

De tal modo, un comportamiento doloso y provocador, en tal sentido, de dicha necesidad de defensa implicará, en tal caso, la configuración de un riesgo no permitido y, simultáneamente, un acto de ejecución.

Finalmente, en el caso de la tentativa inidónea, la imputación se configura a partir de la perturbación que sufre la víctima, en el sentido de percibir una agresión ilegítima,

cuya inidoneidad desconoce⁴⁹. Sin perjuicio de tal ausencia de conocimiento (inidoneidad del medio), la cognición del ataque del sujeto activo la habilitaría también a la defensa de sus bienes jurídicos, pues no se le puede reprochar al sujeto pasivo que se defiende ante un acto ejecutivo, por mucho que, *ex post*, resulte inútil, en cuanto a la imposibilidad de afectar el bien jurídico.

En sí, el ataque por medios inidóneos por parte del agente quebranta la norma, no en cuanto al peligro, que es inexistente, pero sí por cuanto perturba a la víctima en lo que hace al pleno disfrute de sus bienes jurídicos, en tanto relación de disponibilidad con los mismos, como se dijo anteriormente.

Si a una persona le apuntan a la cabeza con un revólver que se encuentra descargado, por mucho que el medio carezca de aptitud lesiva en el caso concreto, no hay duda alguna que la relación de disponibilidad del bien jurídico, en el sentido de su disfrute, se observa turbado, perdiendo plenitud, a partir de la perturbación de la víctima. Ello habilita a que la misma ejerza la defensa de los mismos, por mucho que los medios sean inidóneos en el caso concreto.

Una acción de tales características, pese a resultar inidónea para generar peligro en el caso concreto, de todos, conlleva, por la propia característica del comportamiento, una *necesidad de defensa* desde lo subjetivo, fundada en la aptitud, aun hipotética, para generar *perturbación* en la víctima. Configura, así, un *riesgo no permitido*, no en cuanto a peligro real, sino bajo el prisma de la afectación de la relación de disponibilidad del bien jurídico atacado, afectando el ámbito de actuación libre.

6. ¿LA NECESIDAD DE DEFENSA DEL BIEN JURÍDICO PERMITE VERIFICAR EL CARÁCTER “JURÍDICAMENTE DESAPROBADO” DEL PELIGRO EN LA IMPRUDENCIA?

En el delito imprudente, como es sabido, no existe dolo, por cuanto la acción no se dirige a consumir el resultado típico, sino que el agente, procurando un objetivo que en líneas generales es lícito, programa medios por los cuales infringe normas de cuidado, violando el deber de diligencia a partir de un obrar imprudente o negligente.

Viola el deber de cuidado quien, procurando llegar rápidamente a su domicilio, cruza un semáforo en rojo, colisionando a un peatón con su automóvil; como también viola el deber de cuidado el instrumentista que, en el ejercicio de su función, no esteriliza adecuadamente el instrumental quirúrgico, de modo que se genera una infección en el paciente, poco después de ser sometido a una cirugía. En el primer caso, la infracción del deber de cuidado deriva de un hacer, de una acción imprudente, mientras que en el segundo deviene a raíz de un no hacer lo debido, implicando una omisión imprudente. En ambos casos existe, de todos modos, un comportamiento imprudente.

49 MORA, obra citada, pag. 30 y sgtes.

De tal modo, la realización de la conducta indebida, en uno, y de la omisión indebida, en el otro, genera un riesgo jurídicamente desaprobado, que configura simultáneamente, a la par de la violación del deber de cuidado, así también el quebrantamiento de la norma que subyace en el tipo (no matar, no lesionar, etc.).

Considero que la propuesta teórica desarrollada respecto del principio de ejecución en la tentativa, si bien obviamente reservada para los tipos dolosos, bien permite conectar la idea del riesgo jurídicamente desaprobado, en el caso de los delitos imprudentes originado en la conducta que viola el deber de cuidado, a partir de que, aún en caso de este tipo de delitos, en donde no existe dolo, igualmente la víctima se encuentra en la necesidad de salvaguardar el bien jurídico o, por qué no, actuar bajo un estado de necesidad.

Es decir, la acción u omisión imprudentes generan un *riesgo no permitido* que también implican una *necesidad de defensa* del bien jurídico, fundada esta última en el foco de peligro derivado de la propia imprudencia.

Siguiendo con uno de los ejemplos, si el conductor del automóvil que va a pasar el semáforo en rojo se observa sorprendido por el lanzamiento de una pequeña piedra que da en el parabrisas, ante lo cual detiene su marcha, siendo el salvador del bien jurídico un peatón que observa la imprudente acción y la alta probabilidad de que colisione con personas que están pasando con el semáforo en verde, difícilmente pueda reprocharse al tercero que haya lanzado la piedra, si con ello evitó un accidente automovilístico, en donde pudieron resultar seriamente lesionados los transeúntes.

El peatón obró bajo un estado de necesidad justificante, causando un mal menor para evitar uno mayor, y en defensa de la integridad física de los transeúntes que iban a ser colisionados pocos segundos después por el agente que obró de forma imprudente.

Así, y al igual que con respecto a los actos de ejecución criminal, también la acción u omisión imprudentes configuran un riesgo jurídicamente desaprobado⁵⁰ que implica, simultáneamente, una necesidad de salvaguarda de los bienes jurídicos afectados, y dicha necesidad de defensa es lo que da la posibilidad de caracterizar al riesgo como reprobado por el derecho, es decir, delimita un riesgo no relevante para el derecho penal, de otro que sí lo es.

Por ello, expuse al principio del acápite que la noción de peligro jurídicamente relevante, o lo que es lo mismo, jurídicamente desaprobado, o riesgo no permitido, siendo todos argot que aluden a la misma idea, ostenta utilidad, pues el riesgo no permitido,

50 Roxin admite también la importancia de la teoría de la imputación objetiva en los delitos imprudentes, aunque reconoce que existen otros criterios que deben ser analizados allí. Expresa el autor que “es correcto que el tipo de los delitos imprudentes, en la medida en que no contenga una descripción adicional de la conducta, se colma mediante la teoría de la imputación objetiva: un resultado que se imputa al tipo objetivo está causado imprudentemente, sin que se precise de ulteriores criterios. En realidad, tras la característica de la infracción del deber de cuidado se esconden distintos elementos de imputación que caracterizan los presupuestos de la imprudencia de manera más precisa que tal cláusula general” (ROXIN; PG, tomo I cit., pág. 999/1000)

y que ostenta relevancia jurídica, ya sea para el principio de ejecución en la tentativa, o para verificar la comisión de un delito imprudente, en ambos casos, el factor común es que dicho estado de peligro provoca una necesidad de salvar el bien jurídico que es puesto en tal peligro cualificado por la necesidad de defensa.

En ambos casos, sea en la ejecución delictiva “dolosa” (valga la obviedad) o en el delito imprudente, el agente controla una fuente de peligro que, en el primero, deliberadamente persigue que desemboque en el resultado típico; mientras que, en el segundo, simplemente se producirá el resultado típicamente relevante, no por constituir un propósito, sino por violentar el deber de cuidado que le resulta exigible al desarrollar la actividad peligrosa.

7. CONCLUSIONES

Para cerrar la presente, estimo menester realizar algunas consideraciones previas, necesarias a los fines prácticos.

Resulta fundamental tener en cuenta que toda aportación académica y dogmática debe procurar ser pragmática, además de cumplir con la debida sistematicidad y coherencia, ello por cuanto los discursos penales, es decir, las construcciones teóricas desarrolladas en la doctrina, constituyen verdaderos programas de jurisprudencia (Zaffaroni, Alagia y Slokar)⁵¹, de manera que las soluciones brindadas en éste ámbito deben siempre tener presente que están dirigidas no sólo a los académicos, o al ámbito científico, sino, ante todo, a los tribunales, que son los cuales acuden a ellas con el fin de hallar formulaciones coherentes en pos de postular una decisión de los casos sometidos a su jurisdicción.

Por otra parte, temas de la complejidad como el aquí planteado, permiten evidenciar que no existe consenso doctrinario, y que muchas veces los autores no pueden evitar “forzar” ciertas soluciones dogmáticas en pos de procurar que sus propuestas se ajusten a sus programas teóricos de derecho penal, a sus propias concepciones del derecho penal y del fin de la pena. Así, este cuadro de situación incrementa la posibilidad de generar decisiones jurisdiccionales teñidas de arbitrariedad, pues el órgano judicial, al carecer de esquemas teóricos seguros que permitan una hermenéutica

51 ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, PG, Op. cit., p. 21: “...El derecho penal también es una programación: proyecta un ejercicio de poder (el de los juristas). Este poder no puede proyectarse omitiendo una suerte de estrategias y tácticas, o sea, tomando en cuenta sus límites y posibilidades, lo que implica incorporar datos de la realidad, sin los cuales cualquier programación sería absurda e iría a dar en resultados reales impensados. El saber penal se elabora con método dogmático: se construye racionalmente, partiendo del material legal, para proporcionar a los jueces criterios no contradictorios y previsibles de decisión de los casos concretos.”

jurídica eficaz, termina teniendo “las manos sueltas” para resolver conforme a criterios que, muchas veces, no aparecen suficientemente fundamentados.

Lógicamente, este panorama dista notoriamente de ajustarse al principio de razonabilidad y al derecho de la ciudadanía de no estar sujeta a decisiones arbitrarias por parte de las autoridades, menoscabándose, así, la seguridad jurídica.

Por ende, he procurado presentar una propuesta que, partiendo de la noción de *riesgo no permitido*, delimite adecuadamente el mismo, dándole un contorno más claro, de tal manera que aquél se conecte y complete con otra idea base, en el caso, la de *necesidad de defensa del bien jurídico*, siendo que esta, en el caso de existir una agresión ilegítima, desembocara en la habilitación para que la propia víctima, o incluso un tercero, actúen en defensa de tal bien jurídico.

Luego, no observo obstáculos para que el mismo criterio se aplique a bienes jurídicos no necesariamente individuales, sino también colectivos. Piénsese en la actuación de un grupo de ecologistas que realizan acciones defensivas para evitar que una fábrica vierta desechos químicos en un río o un arroyo, por ej: denunciando el hecho y obturando, por su cuenta y a partir de la necesidad, el effluído de los mismos. La acción del titular de la fábrica efectivamente implica un curso lesivo para el medio ambiente, y sin perjuicio de si existe consumación o tentativa en el caso concreto, el punto central es que el verter esos desechos en el cauce de agua conlleva un riesgo no permitido que habilita al grupo ecologista a la defensa del bien jurídico colectivo, en el caso, el medio ambiente y el derecho a preservar el agua.

Así, y siguiendo con dicho ejemplo, no basta para delimitar la noción de *riesgo jurídicamente desaprobado* el que el empresario industrial viole normativa de seguridad ambiental, contaminando el curso de agua, excediendo lo jurídicamente permitido por el orden jurídico, es necesario que esa acción conlleve una efectiva *necesidad de defensa* de dicho bien jurídico, en este caso, de carácter colectivo.

Por otra parte, y sin perjuicio de lo señalado en cuanto a las acciones dolosas, la postulación también tiene consecuencias en el ámbito de la imprudencia, permitiendo observar que también aquí la idea de *necesidad de defensa del bien jurídico* ajusta la noción de *riesgo no permitido*, evitando que el mismo naufrague en concepciones genéricas y hasta obvias.

Claramente el riesgo jurídicamente desaprobado no se encuentra dentro del espectro del riesgo permitido, pero con ello no se dice mucho todavía. Pero si a dicha idea se le agrega la noción de que existe una necesidad de defensa del bien jurídico puesto en peligro, allí el cuadro de situación se modifica, y se aclara mejor el contorno y límites del peligro que resulta jurídicamente relevante.

Se observa también que la delimitación entre preparación impune y tentativa y la configuración del riesgo jurídicamente desaprobado son ideas o tópicos conectados. Se trata de temáticas entrelazadas, allí cuando estamos ante acciones dolosas, pues la ejecución delictiva, esto es, la comisión de actos de ejecución delictiva, y que conllevan el comienzo de ejecución en la tentativa, permiten corroborar que la misma

permite, a su vez, determina la existencia de un riesgo no permitido para el bien jurídico que es atacado.

Se ha dicho que “ese triángulo jurídico (riesgo desaprobado-necesidad de protección-habilitación de defensa) confirma, en caso de resultar positivo, que el acto es plenamente ejecutivo, y no meramente preparatorio, puesto que estos no crean un riesgo que genere la necesidad de proteger dichos bienes jurídicos. Respondiendo a las críticas de Rueda Martín, en cuanto a que la teoría de la imputación objetiva implica un regreso a la tesis causal de la acción, dado que la conducta se encontraría desprovista de finalidad, he de mencionar que es cierto que en la formulación de Roxin no se clarifica con la mayor exactitud posible cuál es el papel de la finalidad en la misma, más en la tesis formulada por el suscripto esas ambigüedades resultan salvadas. En efecto, el riesgo jurídicamente desaprobado siempre se relaciona con la noción de bien jurídico afectado por el peligro generado a partir de la conducta (acto de tentativa), siendo que esta acción necesariamente es final, es decir, provista de un propósito (en el caso, afectar al bien jurídico destinatario del ataque), lo cual provoca la necesidad de defensa del bien jurídico puesto en peligro, lo que explica el principio de ejecución...”⁵².

Sin perjuicio de lo expuesto, a los efectos de la delimitación de lo que ha de entenderse por *riesgo no permitido*, lo central lo constituye no sólo la infracción de la norma, sino también la generación de un peligro de tal grado que genere la tan reiterada *necesidad de defensa* del bien jurídico, siendo ese el aspecto central de este estudio. Luego, si estamos ante acciones dolosas, esa *necesidad de defensa* se encontrará asentada en un acto ejecutivo de tentativa, que entraña un peligro para el bien jurídico atacado; mientras que, si estamos ante acciones que violan el deber de cuidado, es decir, que constituyen imprudencia, si bien no estaremos ante una *agresión*, al menos en el sentido de un acto guiado por un propósito claramente lesivo, si, en cambio, nos encontraremos ante una conducta que conlleva un foco de peligro que también entraña la mencionada *necesidad de defensa* y, por ende, configura un *riesgo no permitido* o *jurídicamente reprobado*.

Si pudiera aventurarse una definición de *riesgo no permitido*, podría establecerse que se trata de aquél comportamiento, jurídicamente relevante por afectar un ámbito de actuación libre ajeno, y que entraña, desde su percepción ex ante por la víctima o por los interesados -de tratarse de un bien jurídico colectivo-, una fuente de peligro no autorizada por el ordenamiento jurídico, y que, como tal, es hábil para generar un estado de circunstancias que habilitaría a la víctima o a los interesados a proceder a la defensa de tal bien jurídico, procurando aventar el foco de peligro.

Cuando hago referencia al “ámbito de actuación libre”, pretendo aludir a la víctima, en el caso de bienes jurídicos individuales, pues tanto la tentativa idónea como inidónea comparten la comunicación de un comportamiento que entraña una afectación a tal estado de libertad, pues en ambos casos la perturbación de la relación de disponibilidad es factible. La única diferencia entre ambas clases de tentativas es que en una

52 MORA, Op. cit., p. 120.

de ellas –la idónea- el peligro es real, objetivo, no así en la restante, sin perjuicio de lo cual el comportamiento resulta hábil para afectar a la víctima.

Aquél “ámbito de actuación libre” también puede ser aplicable a los bienes jurídicos colectivos, en donde el foco de peligro perjudica el relacionamiento de la comunidad o la sociedad en general con el bien jurídico en cuestión. La idea de desarrollo sostenible, si bien no puede ser abarcada con extensión en el presente, permite intuir esta realidad, a partir de la idea generalmente compartida, en cuanto a que las acciones presentes pueden afectar a las generaciones futuras. La contaminación ambiental, por ejemplo, admite inferir que existe un interés en la eliminación de tales focos de peligro, que afectan, precisamente, el ámbito de actuación libre, no solo de quienes vivimos en este planeta en este preciso momento, sino de quienes lo harán en el futuro.

También se altera el “ámbito de actuación libre” en el caso de los delitos imprudentes, cuando el foco del peligro se origina en el comportamiento del sujeto activo, que pone en peligro bienes jurídicos.

En todos estos casos, resultará posible observar una fuente de peligro originada en el comportamiento jurídicamente relevante, y que configura aquél riesgo no permitido, precisamente por provocar, ex ante, es decir, a partir de la observación de la situación concreta, una necesidad de defensa, fundada en aquella perturbación de la relación de disponibilidad.

Sin ánimo de extenderme demasiado, observamos también que, si bien la tentativa inidónea por concepto no entraña peligro, de todos, si el comportamiento ostenta la suficiencia para perturbar psicológicamente la relación de disponibilidad de la víctima respecto del bien jurídico, a partir de la percepción del ataque, estaremos ante una conducta que entraña un riesgo no permitido, que viola el ámbito de libertad del sujeto pasivo.

Por supuesto que la temática lejos está de considerarse finiquitada por la presente, pero, insisto, y sin perjuicio de las diversas opiniones doctrinarias vinculadas a tan compleja cuestión, lo esencial es brindar a la jurisdicción soluciones teóricas que, sin perder coherencia y sistematicidad, resulten acordes con los principios constitucionales vigentes, especialmente el de máxima taxatividad y estricta legalidad, evitando soluciones que resulten potencialmente arbitrarias.

8. BIBLIOGRAFÍA

- ALCACER GIRAO, Rafael. *Tentativa y formas de autoría: sobre el comienzo de la realización típica*. Ed. Edisofer, 2001.
- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal: Parte General*. Ed. Hammurabi, 2da edición, 1999.
- CREUS, Carlos. *Derecho Penal: Parte General*. Ed. Astrea, 3ra edición, 1992.
- DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal: Parte General*, tomo II. Santa Fe: Ed. Rubinzal-Culzoni, 1ra edición, 2010.

- DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho Penal: Parte General*, tomo VI. Rubinzal Culzoni, 1ra edición, 2010.
- FRISTER, Helmut. *Derecho Penal: Parte General*. Ed. Hammurabi, 4ta edición, 2009.
- JAKOBS, Günther. *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*. Ed. Thomson-Civitas, 2004.
- JAKOBS, Günther. Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. En Gunther Jakobs *Estudios de derecho penal*. UAM Ediciones, ed. Civitas, 1997.
- MORA, Emanuel Gonzalo. *El principio de ejecución en la tentativa y la teoría del riesgo: Una nueva explicación sobre el deslinde entre los actos preparatorios y de ejecución criminal desde la teoría de la imputación objetiva*. Editorial Cathedra Jurídica, 1ra edición, 2013.
- PERETTI ÁVILA, Diego. *La fórmula del "comienzo de ejecución" de la tentativa* (art. 42, CP). Ed. Hammurabi, 1ra edición, 2021.
- PESSOA, Nelson. *La tentativa. Distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución de delitos*. Hammurabi, 2da edición, 1998.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, tomo I. Ed. Civitas, 1997.
- ROXIN, Claus. Acerca de la tentativa inacabada del autor individual. En *La teoría del delito en la discusión actual*, tomo II. Ed. Instituto Pacífico, 2021.
- STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal: Parte General I: el hecho punible*. Ed. Hammurabi, 4ta edición, 2016.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal: Parte General*. Roque Depalma editor, 1956.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: Parte General*. Ediar, 2da edición, 2002.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Fundamentos de derecho penal (parte general)*. Las teorías de la pena y de la ley penal. Editorial Civitas, 1990.