

EXIGENCIAS MÍNIMAS DE LA DOGMÁTICA DEL HECHO PUNIBLE EN LA PARTE GENERAL DE LOS CÓDIGOS PENALES

PROF. DR. MARCELO A. SANCINETTI
Universidad de Buenos Aires

SUMARIO

I. Introducción; II. Las regulaciones sobre causas de extensión de la punibilidad; 1. La tentativa; A. Determinación conceptual de la tentativa; B. Escala penal de la tentativa; C. Impunidad por desistimiento y disminución de la pena por comportamiento posterior al hecho; D. Conclusiones; 2. La participación criminal; A. La autoría; B. Instigación y complicidad; 3. La conversión de tipos penales activos en omisivos; A. En favor de una cláusula de conversión; B. El contenido de una cláusula de conversión; C. Atenuación facultativa de la escala penal; D. Los llamados delitos de «omisión por comisión»; E. Conclusiones; III. Dolo e imprudencia; 1. Numerus clausus de imprudencia y delitos calificados por el resultado; 2. ¿Hace falta una regla sobre el «error de tipo»?; 3. Función del resultado en el delito imprudente; 4. La escala penal de la imprudencia; 5. Conclusiones; IV. Impunidad y disminución de la escala penal; 1. Causales que determinan la impunidad del hecho; 2. Causales de disminución de la escala penal.

I. Introducción

En dos grandes exponentes de la dogmática alemana del siglo XX se leen elogios al Código Penal del Reich de 1871 por haber dejado a la ciencia y a la jurisprudencia un amplio margen para el desarrollo de la dogmática del hecho punible sin grandes ligaduras a una regulación legal.

Armin Kaufmann, en efecto, veía sin duda un beneficio en «la escasez de reglas del Código Penal del Reich»¹, frente a la pretensión del Proyecto oficial de 1962 —y en parte también del Proyecto Alternativo— de lograr una regulación legal con claridad y seguridad jurídicas, que llegara a una integridad; pues el beneficio a obtener debía ser sopesado «con el menoscabo que trae consigo toda reducción del margen de movimiento para la ciencia y la jurisprudencia»².

En *Roxin*, por su parte, se concede que el Código Penal del Reich, en lo referente a las reglas de la teoría general del delito, se impuso moderación y que, con ello, dejó un beneficioso espacio al desarrollo de la ciencia³. Pero *Roxin* justifica la moderación del Código Penal del Reich respecto de disposiciones sobre el hecho punible en el estado de la dogmática de entonces, que se hallaba aún en sus comienzos.⁴ Implícitamente se sugiere así que habría sido una suerte de las generaciones posteriores el haber podido dar en 1975 con una parte general que regulara en detalle las decisiones sobre teoría del delito, es decir, que las generaciones de la segunda mitad del siglo XX, al disponer ya de una dogmática desarrollada, pudieron darse el lujo de ligar a la doctrina y a la práctica a una regulación que quedaría estable (y correcta) durante mucho tiempo. Pero no puede haber ninguna sociedad que confíe tanto en su propia época como para creer que el grado de evolución de ideas al que ha llegado será definitiva. Si era una ventaja del Código del Reich que la regulación fuera moderada —pues esto habría permitido una significativa evolución posterior de la ciencia—, tendría que ser un resultado negativo de la excesiva regulación de la parte general de 1975, que la evolución de la dogmática encontrara su fin o que, si no, la ciencia no pudiera ver realizadas, en la aplicación del derecho, soluciones más justas o más apropiadas propuestas por ella. ¿O es que la dogmática penal no necesita ya más evolución?

Por su parte, en el monumental Lehrbuch de *Jakobs* se pone de manifiesto cuánto menor es la incidencia del principio de sujeción a la ley en las disposiciones sobre teoría general de la imputación, que en la parte especial de un código penal.⁵ A mayor generalidad del objeto regulado por una disposición legal, menor será la exactitud o precisión que debe alcanzar la determinación de la ley; mayor también, por ende,

¹ *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf, en ZStW 80 (1968), pp. 34 ss; citado según su publicación posterior en: Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert -Gesammelte Aufsätze und Vorträge, Köln entre otras 1982, pp. 229 ss., esp. p. 230.

² *Armin Kaufmann* (n. 1).

³ *Roxin*, Strafrecht AT I, 3ª ed., 1997, § 4, N°m. 1.

⁴ *Roxin* (n. 3).

⁵ *Jakobs*, Strafrecht AT, 2ª ed., 1991, 4/1.

la capacidad del aplicador del derecho de realizar interpretaciones que complementen el sistema de imputación sólo establecido legalmente en algunos «puntos fijos».⁶ Por cierto, estos conceptos están expresados para convalidar la labor creativa complementaria de la ciencia y de la jurisprudencia en esta materia; pero también pueden ser entendidos como una regla de orientación para el legislador: sería aconsejable que el legislador se abstuviera de establecer disposiciones legales que determinen todo el contenido del sistema del hecho punible; por tanto, sería preferible que dejara conscientemente *abierto* el sistema de la ley.

La pregunta cardinal que uno debe plantearse en este contexto es *de qué depende* que una regla de derecho positivo que regule la dogmática del hecho punible sea lamentada como una infeliz atadura de la filosofía práctica a las palabras de la ley o que, en cambio, sea recibida con beneplácito, como un valor requerido por la seguridad jurídica. Dicho de otro modo: ¿cuáles deben ser las soluciones que sería recomendable establecer en la ley como «puntos fijos» en materia de teoría del hecho punible?

Con relación a esta pregunta, habré de sostener aquí las siguientes tesis:

a) En lo que se refiere a disposiciones sobre el hecho punible, la parte general de un Código Penal debe contener tan sólo disposiciones estrictamente indispensables; el ideal estaría configurado por un «estándar mínimo»: lo que excediera de esto se apartaría del ideal.

b) Las legislaciones actuales, especialmente la PG del StGB de 1975 —y los códigos nacionales que lo han seguido en mayor o menor medida—, exceden en mucho (negativamente) dicho estándar, por contraposición a las legislaciones del siglo XIX —moderadas y de amplio margen para la creatividad de la ciencia y la jurisprudencia—.

c) Dicho a grandes rasgos, el estándar ideal de reglas sobre teoría general de la imputación debe limitarse a las estrictamente necesarias para que la pena pueda ser la reacción justa al ilícito culpable, sin impedir que los criterios acerca de cuál sea la solución en cada caso más justa puedan ser discutidos constantemente; en particular, esto requiere:

- una regulación sobre las *extensiones* de los tipos penales de la parte especial, lo que implica disposiciones sobre la tentativa, sobre la participación en el hecho ajeno y sobre la posibilidad de convertir, bajo ciertos presupuestos, tipos penales de acción, en tipos de omisión;
- un catálogo de causales *de impunidad*, sea por falta de acción, causas de justificación o exclusión de la culpabilidad (en sentido am-

⁶ *Jakobs* (n.5), 4/15 s.

plio), sin que el texto de la ley deba adjudicarle a tales causales una categoría determinada en la estructura del hecho punible;

- un catálogo de causas de *atenuación de la punibilidad*, para todos los casos de defectos (relativos) de imputación que no conduzcan a la total impunidad: eximentes incompletas, imputabilidad disminuida, error de prohibición imputable, comportamiento posterior al hecho de valor extraordinario, *poena naturalis*, entre otras.

Desde luego que es más fácil la respuesta a *cuáles* son las materias que deben estar reguladas, que la de *cómo* deberían estarlo. Es seguro que son necesarias aquellas disposiciones generales *que fundamentan* la punibilidad más allá de los tipos penales de la parte especial, en tanto su ausencia determinaría una laguna de punibilidad tan insoportable como lo sería la producida, en la parte especial, por la ausencia de un tipo del derecho penal nuclear. Dado que los tipos penales están concebidos, en general, como hechos consumados por un autor único que realiza el tipo activamente, los presupuestos de la punibilidad no pueden reducirse a la parte especial, pues la falta de punición de la tentativa (al menos de la tentativa acabada), de los instigadores y cómplices (al menos en ciertos casos) y de los omitentes que se hallan en estrecha relación con el bien afectado sería tan inadmisibles como derogar los tipos de homicidio, de violación, de robo. Pero no es tan sencillo decidirse acerca del *contenido concreto* de estas disposiciones. Las regulaciones tienen tal pretensión de integridad que las soluciones erradas y las contradicciones valorativas resultan inevitables. Sería preferible reducir dichas reglas a decisiones tan esenciales que apenas se pudiera decir que la materia quedó legalmente regulada, pero que a la vez aparecieran como manifiestamente imprescindibles.

Lo correspondiente vale decir respecto de las causales de impunidad o de imputabilidad disminuida (en sentido amplio). Es preciso un catálogo de dichas causas, porque —al menos según el grado de evolución relativa al que se ha llegado hasta ahora respecto del sistema de penas y de determinación de la pena— no sería posible conformarse con un principio general que dijera simplemente que el ilícito y la culpabilidad son *presupuesto y medida* de la pena, para inferir de allí, por complementación, todas las causas de impunidad (incluida la exclusión del ilícito, la incapacidad de culpabilidad, el error de prohibición no imputable y las causas de exculpación) y todas las posibles causales de atenuación. Un catálogo de estas causales, por ende, es necesario, por más que debiera ser entendido como meramente enunciativo, sin impedir la aplicación de la atenuación a otros casos no previstos.

II. Las regulaciones sobre causas de extensión de la punibilidad

1. La tentativa

Trataré con más detalle el tema de la tentativa, por el carácter determinante que tiene su configuración en el sistema de la teoría del hecho punible y porque su campo ofrece el mejor ejemplo de que la mejor regulación legal es aquella que se limita a lo estrictamente indispensable.

Recién cuando uno conoce qué soluciones se ofrecen para la tentativa se conoce también qué visión del derecho penal se halla en la base del sistema. Así, por ejemplo, cuanto mayor sea la incidencia de la ausencia de consumación en la medida de la punibilidad de la tentativa —o bien: cuanto más se quiera exigir un «peligro objetivo», etc.—, mayor será la vinculación del sistema a datos *externos* al autor, por tanto, también a datos ajenos a un derecho penal *de culpabilidad*, al menos si la culpabilidad es entendida —desde cualquier perspectiva que fuese— como una *motivación defectuosa*, en lugar de como culpabilidad por la «desgracia de la existencia». Si el ilícito culpable es presupuesto esencial de la pena, el ilícito no puede contener ningún ingrediente que no pudiera reflejarse en una diferencia de motivación. Cuanto más quede ligado el ilícito (¿culpable?) a datos externos, más se regresará a una responsabilidad por el resultado y a un sistema procesal todavía ligado a las ordalías o juicios de Dios.

Fue justamente el objeto de mi investigación como becario Humboldt el tomar intervención en la discusión sobre la tensión entre disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito.⁷ Quisiera desgravarme de la carga de reproducir aquí una discusión cargada de matices. Podría asumir ahora como dogma que el concepto «consumación», especialmente en el campo del ilícito doloso, es un producto de la concepción animista del mundo, que no logra distinguir aún naturaleza de imputación. Bastaría resumir con una afirmación de *Reinhold Herzog*: «La acción punible está consumada, en el sentido de la ley, en el instante en que el autor pierde el dominio sobre las consecuencias de su conducta, sobre la producción del mal delictivo».⁸

En el ámbito del pensamiento anglosajón, esta discusión se reproduce en términos correspondientes. Probablemente sea dominante la

⁷ *Sancinetti*, Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa, Bogotá, 1995 (Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch, Köln, entre otras, 1995).

⁸ *Herzog*, Rücktritt vom Versuch und thätige Reue, Würzburg, 1889, p. 191.

concepción que ve a la tentativa acabada como idéntica al hecho consumado (tesis de la «equivalencia»), y un crítico de esta posición, como *Michael Moore*⁹ la llama incluso «perspectiva instruida estándar»¹⁰. En esta posición se halla *H. A. L. Hart*¹¹ que ve a la tesis de una mayor necesidad de *retribución* del hecho consumado como un resabio de las leyes primitivas, en las que la pena se graduaba según el daño con prescindencia de la culpabilidad. Allí se mezclarían las nociones de compensación y pena, produciendo confusiones que derivarían, para *Hart*, más bien de «raíces instintivas profundas». Un derecho penal de culpabilidad debería desterrar el concepto consumación, al menos del ilícito doloso.

Pero ninguna sociedad puede tener reglas jurídicas más evolucionadas o racionalistas que su propia forma de ser; la ley penal, por tanto, debe corresponderse a esa forma de ser, pero también tener reglas tan moderadas que hagan posible una evolución de las concepciones sociales.

Para evaluar la regulación legal de la tentativa en un Código penal determinado deciden básicamente tres aspectos:

- la definición de la tentativa (¿cuándo hay tentativa?; ¿desde qué momento?; ¿decide la representación del autor o un peligro exterior?) (infra 1);
- la conminación penal prevista para la tentativa (¿se aplica la misma pena que para el hecho consumado o se la disminuye?; ¿se la disminuye siempre o sólo en ciertos casos?) (infra 2); y
- el régimen del desistimiento de la tentativa (¿cuándo hay impunidad por desistimiento, si es que debe haberla?) (infra 3).

A. Determinación conceptual de la tentativa

En orden a la definición legal de la tentativa, se plantean al menos dos constelaciones de problemas. Por un lado, se trata de la cuestión de

⁹ *Michael S. Moore*, *Placing Blame. A Theory of Criminal Law*, Oxford 1997, esp. cap. 5 (The independent Moral Significance of Wrongdoing), pp. 191 ss. En la tesis de la «no equivalencia» puede verse también *R. A. Duff*, *Subjectivism, Objectivism and Criminal Attempts in Harm and Culpability*, Clarendon Press, Oxford 1996.

¹⁰ *Moore* (n. 9), p. 193.

¹¹ *H. A. L. Hart*, *Intention and Punishment*, ahora en *Punishment and Responsibility*, Clarendon Press, Oxford (reimpresión 1998), p. 131. En favor de la doctrina de la «equivalencia» cf. también *Steven Sverdlik*, *Crime and Moral Luck*, en *Statman* (comp.), *Moral Luck*, 1993, pp. 181 ss.; *Andrew Ashworth*, *Principles of Criminal Law*, Clarendon Press, Oxford, 1995, pp. 443 ss.

cómo se define el «comienzo de la tentativa», es decir, el punto *inicial* del ilícito. Por otro, de la cuestión de si el concepto depende de la *representación del autor* o de un *juicio objetivo externo* —según el cual fuera presupuesto de la punición de la tentativa la creación de un peligro exterior (objetivo)—. No es mucha la seguridad y claridad que se puede lograr con una fórmula legal ni respecto de un problema, ni del otro; pero sí es mucha la confusión que se puede generar con ella, si se pretende regular todo.

a) En lo que se refiere al punto inicial de la tentativa, en los derechos positivos de nuestro contexto cultural pugnan aún, por un lado, una regulación como la del Code Pénal francés de 1810 y 1832 (“*Toute tentative de crime qui aura été manifestée, par un commencement d’exécution...*»), recibida en el Código Prusiano de 1851 («... mediante acciones que contienen un comienzo de ejecución...»), del que pasó al Código del Reich de 1871, y, por otro, una fórmula como la del actual § 22 StGB («... se ponga inmediatamente a realizar el tipo»), que se remonta a *Welzel*¹². La tensión entre estas fórmulas puede ser poco fructífera, si se tiene en cuenta que, ya antes de la reforma de 1975, parte de la doctrina y de la jurisprudencia alemanas habían interpretado la fórmula francesa en el sentido de la fórmula alemana actual. Con todo, si entre una fórmula y otra se puede establecer una diferencia, ésta residiría en que la fórmula francesa es más restrictiva, mientras que la alemana actual ubica el comienzo de la tentativa en un instante (posiblemente) anterior al «comienzo de la ejecución». Ya por este solo hecho la fórmula francesa debería tener preferencia: la punición de estadios previos al de una decisión definitiva de menoscabar el objeto del hecho se funda en una norma de legitimidad *precaria* (una «norma *flanqueante*»), pues el autor no ha perdido aún el dominio sobre la posibilidad de *no* afectar el objeto del hecho; cuanto más se restrinja el campo de la punibilidad de tales acciones del campo previo —que estructuralmente se asemejan más a la preparación que a la tentativa acabada¹³—, mayor será la legitimidad de la norma respectiva. Por otro lado, la expresión «comienzo de ejecución» es más *clara* que la formulación actual del StGB, por lo que, desde el punto de vista del principio de sujeción a la ley, satisface mejor la exigencia del mandato de determinación (*lex certa*). En cierto modo, la falta de claridad de la fórmula alemana actual se pone de manifiesto al ver la suerte que han corrido los intentos por traducirla a lengua española. Con motivo de la traducción de obras de doctrina, la fórmula del § 22 StGB, en particular el verbo «*ansetzen*», ha recibido las más variadas versiones: «dar

¹² *Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11ª ed., 1969, § 24, III (pp. 190 ss.).

¹³ Armin Kaufmann (n.1), pp. 244 s.

principio»¹⁴, «dar comienzo»¹⁵, «comenzar»¹⁶, «ponerse a»¹⁷, «disponerse a»¹⁸. Lo mismo ha ocurrido en los intentos de acuñar esa fórmula en códigos penales de lengua española. Así, por ejemplo, en el Anteproyecto de Código Penal de la República del Paraguay de 1994, preparado por una comisión de trabajo presidida por el jurista alemán *Wolfgang Schöne*, se formuló la definición de la tentativa primeramente de este modo: «Hay tentativa cuando el autor, tomada en cuenta su representación del hecho, *proceda de inmediato a la realización del tipo legal*. Con esta formulación («proceder de inmediato») se quería traducir seguramente la expresión alemana «unmittelbares ansetzen». Cuando el Anteproyecto se convirtió en Proyecto definitivo y luego fue convertido en ley en 1997, aquella fórmula sufrió una transformación, hasta derivar en un texto no muy afortunado: «Hay tentativa cuando el autor ejecutara la decisión de realizar un hecho punible mediante actos que... *son inmediatamente anteriores a la consumación del tipo legal*». Con esta definición, sólo se sabe que la tentativa queda *antes* de la consumación; pero nada más. Por su parte, resulta ambivalente la fórmula del Código Penal español de 1995: «... dar principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores». En razón de que «dar principio» ha sido una de las traducciones usuales del verbo «ansetzen», se podría inferir que se quiso trasladar la fórmula alemana del § 22 StGB. Pero «dar principio» es equivalente al verbo —poco usual y

¹⁴ En la traducción del Lehrbuch de *Jescheck* por *Muñoz Conde* y *Mir Puig* (3ª ed.): «*dé principio inmediatamente a la realización del tipo*»; y por *Manzanares Samaniego* (43 ed.): «*dé principio directamente a la realización del tipo*».

¹⁵ En la traducción del § 22 StGB, entre otras disposiciones legales adosadas a la versión española del Manual de *Eser/Burkhardt* de *Cancio Meliá*: «*da inmediato comienzo a la realización del tipo*».

¹⁶ En la traducción del Lehrbuch de *Jakobs* por *Cuello Contreras* y *Serrallo González de Murillo*, en 25/ Id, 25/30, 25/36, pero de otro modo en 15/ 55 («disponerse a»). También he optado por la expresión «comienzo directo» en la traducción del § 22 StGB, adosada a la versión española de dos artículos de *Struensee*: «*comienza directamente la realización del tipo*»; aunque más tarde preferí la fórmula: «ponerse a».

¹⁷ En la traducción del Lehrbuch de *Welzel* por *Bustos Ramírez* y *Yáñez Pérez*: «*ponerse a una actividad inmediata a la acción típica*», para la expresión: «unmittelbares Ansetzen zur Tatbestandshandlung»; también en la traducción de la 63 ed. del Lehrbuch de *Wessels* por *Conrado A. Finzi*: «*ponerse en actividad directa para realizar el tipo*». Opté por la fórmula «*ponerse inmediatamente a realizar el tipo*», en la versión castellana de mi trabajo *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch*, Köln entre otras 1996 (Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa, Bogotá, 1995).

¹⁸ En la traducción del Lehrbuch de *Jakobs* por *Cuello Contreras* y *Serrallo González de Murillo*, al transcribir allí una cita de *Welzel*: «*se dispone directamente a la realización del tipo*»(25/55), con lo que el adelantamiento invade claramente los actos preparatorios. Pero los mismos traductores emplean lisa y llanamente la expresión «comienzo directo» en otros pasajes (v. n. 16).

menos elegante— «principiar», que a su vez es sinónimo de «comenzar». Y dado que la nueva fórmula española habla de «dar principio a la ejecución...» se llegaría, en definitiva, a la vieja fórmula francesa, por lo que sería preferible volver directamente a ella: «comienzo de ejecución».

Especialmente si se piensa en esfuerzos por lograr una legislación común europea no habría nada mejor que recurrir a una fórmula que enraiza en el antiguo Código de Napoleón. De cualquier modo, es seguro que ninguna fórmula puede erradicar el margen de indeterminación de que adolece el momento inicial de una tentativa; estructuralmente sólo es determinable el momento final: la tentativa acabada.

b) La cuestión de si es decisiva la visión del autor o un peligro exterior, es resuelta en algunos textos legales de manera predominantemente *subjetiva*, en favor de la «representación del autor» (StGB, CP parag.)¹⁹ o predominantemente *objetiva*, incluyendo requisitos tales como «practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado» (CP español²⁰), o exigiendo —con una fórmula que se remite al decimonónico jurista italiano, *Francesco Carrara*²¹— «actos idóneos dirigidos de modo inequívoco a cometer un delito» (CP italiano²², CP colombiano²³). Otros textos legales dejan abierto el punto de vista desde el cual se valora la tentativa (Có-

¹⁹ § 22, StGB: «Intenta un hecho punible *quien, según su representación del hecho, se pone inmediatamente a realizar el tipo*». Art. 26 CP parag.: «Hay tentativa cuando el autor ejecutara la decisión de realizar un hecho punible mediante actos que, *tomada en cuenta su representación del hecho*, son inmediatamente anteriores a la consumación del tipo legal».

²⁰ Art. 16. «Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que *objetivamente deberían producir el resultado*, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor».

²¹ *Carrara* Programma del corso di diritto criminale. Parte generale (1859), t. 1 §356 ss

²² Art. 56 párrafo 1 CP italiano: «Quien cumple *actos idóneos dirigidos de modo inequívoco* a cometer un delito, responde por delito tentado si la acción no se cumple o el resultado no se verifica».

²³ Art. 22 CP colombiano. «El que iniciare la ejecución del hecho punible, mediante *actos idóneos e inequívocamente dirigidos* a su consumación y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para el delito consumado». Hace poco tiempo fue sancionado un nuevo Código Penal de Colombia que entrará en vigencia el 24/7/2001. Aunque la definición de la tentativa permanece invariada en lo esencial, otros institutos han tenido considerables modificaciones. En este trabajo se hacen las referencias siempre al Código Penal colombiano de 1980, vigente al momento actual.

digo Prusiano de 1851²⁴, Código del Reich de 1871²⁵, Código Penal argentino de 1922²⁶).

Naturalmente, no puedo ocultar mi preferencia por una concepción subjetiva de la tentativa²⁷. No es éste el lugar para reproducir todo lo que habla en contra de pretensiones objetivizantes o externalizantes del ilícito. Lo decisivo ahora es que, en caso de duda, hay que estar «siempre —sigo de nuevo a *Armin Kauffmann*— en contra de cortar con el sable de la ley el hilo de la vida de la opinión contraria, en lugar de vencer objetivamente»²⁸. De todos modos, si uno quiere imponer una concepción subjetiva del ilícito por medio de una definición de la tentativa ligada a la representación del autor, pero en una sociedad en la que subsisten ideas vinculadas al mito del resultado (o del peligro objetivo, etc.), es bien posible que la expresión «representación del autor» (u otra equivalente) sea interpretada con tendencia externalizante (ejemplo: una «representación del autor» que pueda entenderse como una «correspondencia razonable con datos objetivos externos»). Mientras que, a la inversa, en una sociedad en que existan concepciones algo más ilustradas de lo que es el quebrantamiento de una norma²⁹, por más que la ley, para el concepto o la punición de la tentativa, exija un

²⁴ § 31: «La tentativa es punible sólo cuando se exterioriza mediante acciones que contienen un comienzo de ejecución y es impedida, o queda sin resultado, por circunstancias externas, independientes de la voluntad del autor».

²⁵ § 43 Abs 1: «Quien pone en marcha la decisión de cometer un crimen o delito, mediante acciones que contienen un comienzo de ejecución de ese crimen o delito, será castigado por tentativa, si el crimen o delito propuesto no ha llegado a la consumación».

²⁶ Art. 42. «El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44». La exigencia «con el fin de cometer un delito determinado» —tomada del art. 61 del Código Penal italiano de 1889, aunque esta fuente no incluía el adjetivo «determinado»— podría sugerir una concepción subjetiva de la tentativa, pero eso nunca impidió que las concepciones objetivistas requirieran un peligro externo. Por otro lado, la exigencia del «fin de cometer un delito determinado» fue entendida primeramente en el sentido de un dolo directo de primer grado (intención), pero nunca se dejó de lado una tentativa por haber sido ejecutada con «dolo de consecuencias necesarias» (dolo directo de segundo grado); en el tiempo más reciente, la doctrina y la jurisprudencia admite la tentativa con dolo eventual, sin que el texto haya sido modificado nunca.

²⁷ Cf. *Sancinetti* (n. 7).

²⁸ *Armin Kauffmann* (n. 1), p. 242.

²⁹ Cf. *Jakobs* (n. 5), 25/15: «La teoría objetiva es una derivación del dogma causal, ya superado; la equiparación rezaría: así como un delito consumado es una lesión causal del bien jurídico, así también un delito tentado es una puesta en peligro. Pero, así como el delito no es primariamente la producción de lesiones a bienes, sino la lesión a la vigencia de la norma, así tampoco se debe concebir primariamente, la tentativa de delito, como una puesta en peligro de bienes, sino como lesión a la vigencia de la norma».

«peligro exterior», «objetivo», «actos idóneos», etc., es probable también que no haya modo de quitarle el carácter de tentativa punible a un proyecto de acción en que el autor, por ejemplo, se represente, por motivos razonables, que dispara contra un hombre con un arma de fuego que está cargada —aunque la supuesta víctima acaso haya muerto del corazón un segundo antes del hecho, de modo irreconocible para el autor, o sorprendentemente el arma esté descargada, etc—, pues —se querrá argumentar— incluso conforme a un patrón de valoración «objetivo» (la norma), tal *proyecto* es en sí «peligroso»; por lo demás, hay ya suficiente evidencia histórica de que no hay una noción exterior de peligro o de idoneidad que pueda ser útil para la definición de la tentativa. Pero es preferible que la ley no tome una posición definida en estas cuestiones íntimamente ligadas a la filosofía práctica.

c) Todo ello ofrece una razón ulterior para optar por la fórmula del Código Napoleón (§ 31 Código Prusiano de 1851)³⁰, como todavía rige, por ejemplo, en el art. 42 del Código Penal argentino. Ésta no vincula a ninguna concepción, ni rechaza tampoco a ninguna otra, pero al mismo tiempo logra lo fundamental: establecer *la conminación penal de la tentativa*. Hasta dos sociedades con concepciones del ilícito bien divergentes pueden compartir una fórmula semejante. Esto demuestra que dicha fórmula es la más útil para cumplir con el ideal de un mínimo de regulación en materia de definición de la tentativa.

B. La escala penal de la tentativa

En el contexto de los varios modelos de escala penal aplicable a la tentativa, se enfrentan en principio dos intuiciones valorativas opuestas; los extremos se traducen en que o bien la tentativa merece siempre o preferentemente el mismo *marco* penal que el delito consumado (Code Pénal de 1810-1832, Código Prusiano de 1851, Model Penal Code 1962), o bien la tentativa es punible siempre con una escala penal atenuada (Código Penal del Reich de 1871, Código Penal argentino de 1922, Código Penal colombiano de 1980, Código Penal español de 1995). Entre esos extremos, hay soluciones intermedias: o bien se deja a criterio del tribunal el penar más benignamente la tentativa que el hecho consumado (StGB de 1975, Código Penal austríaco, Código Penal suizo), o bien se impone que la tentativa *inacabada* sea penada siempre con una escala penal atenuada, mientras que la tentativa *acabada*, tam-

³⁰ En favor de una regulación orientada a la definición del comienzo de la tentativa como fundamento de una eventual disposición futura de la Unión Europea, cf. *Cancio Meliá*, Revista Canaria de Ciencias Penales 5 (2000), 37 ss. (versión alemana en prensa, en: *Tiedemann* [comp.], Die Vereinheitlichung des europäischen Strafrechts.)

bién siempre con la *misma* escala que el delito consumado (Código Penal paraguayo de 1997).³¹

Si el ideal de regulación legal en materia de teoría del hecho punible es el «estándar mínimo», habría que estar en contra, en principio, de las soluciones *uniformemente rígidas*: siempre con la misma escala penal que el hecho consumado versus siempre con una escala penal atenuada.

Estas soluciones presuponen cortado el hilo de la vida de la solución opuesta, antes de convencer objetivamente; además *ambas* soluciones son erradas. Por definición, la tentativa inacabada implica la creación de un riesgo que el autor asume como *no* definitivo, por tanto, un riesgo que todavía tiene bajo su control; la eventual producción del resultado que se produjera a pesar de su convicción de que aún no podría producirse el resultado sólo puede ser imputada —si es que lo es— a *imprudencia*, *no* al proyecto doloso.³² El carácter de ilícito de la tentativa inacabada depende de momentos aún no realizados: los pasos de acción pendientes (en la comisión) o el curso faltante de los hechos (en la omisión). Por consiguiente, un proyecto semejante no debe merecer la *misma* escala que la expresión definitiva de aquel que ya ha llegado a un desarrollo *posiblemente* irrevocable. Esta diferencia es tan estructural en la teoría del hecho punible, que no existe un riesgo relevante de petrificar en la ley —con una disminución obligatoria *para ese caso*— una solución injusta. Los subjetivistas aceptan esa solución por sus propios fundamentos; los objetivistas también tendrían que aceptarla, pues si el resultado puede agregar algo al ilícito (una idea difundida, aunque errada), también deberían poder hacerlo los pasos intermedios de la acción, que también son «resultados disvaliosos». Por ende, la disminución obligatoria para la tentativa inacabada no podría afectar los fundamentos de ninguna concepción³³.

Queda por explicar si es razonable la parificación obligatoria de la escala penal de la tentativa acabada y el delito consumado. Esta solución *diferenciadora* (la tentativa inacabada es penada con una escala penal *obligatoriamente atenuada*, la tentativa acabada, *con la misma esca-*

³¹ Ciertamente estas reglas valen en la medida en que la tentativa misma sea punible, lo cual depende, en muchas de las legislaciones citadas en el texto, de que se trate de un crimen o delito grave (Verbrechell), en que siempre es punible la tentativa, o de un delito menos grave (Vergehen), puesto que para estos últimos se requeriría la conminación penal particular.

³² Sancinetti (n. 7), pp. 63 ss., 140 ss.

³³ Por lo demás, en las legislaciones en que la ley establece una escala penal uniforme para la tentativa acabada e inacabada, en cualquier caso habría que ponderar el grado de desarrollo del proyecto de acción, como primer criterio de gradación del ilícito, en el ámbito de la medición de la pena.

la que el hecho consumado) es la que ha adoptado el Código Penal paraguayo de 1997. Al parecer, esa solución debería gozar de mi preferencia; pero merece algunos reparos.

En lo que se refiere a la *distinción* entre tentativa inacabada y acabada, el Código Penal paraguayo sigue el criterio de *Armin Kaufmann*, pues la reducción de pena prevista en el art. 67 (correspondiente al § 49 StGB) sólo cabe, según el art. 27, inc. 3º, CP parag., «cuando el autor todavía no haya realizado todos los actos que, según su representación del hecho, sean necesarios para lograr su consumación». Este es el criterio usual de delimitación, el cual acierta *en general*, pero no en todos los casos: en particular, *no* en aquellos en que el autor se ha reservado una posibilidad segura de impedir el daño.³⁴ En estos casos la tentativa acaba en verdad «por omisión»: que al autor le falte aún tocar un botón del aparato explosivo (comisión inacabada) es materialmente equivalente a que ya haya tocado todos los botones necesarios para causar la explosión, pero sabiendo que todavía puede accionar otro botón capaz de impedir la explosión (omisión inacabada). En ambos casos, la pérdida de control se produciría recién en el momento posterior al tocar el disparador final (comisión) o al no aprovechar la reserva de revocación (omisión). Por ello, el criterio correcto de distinción depende de si el autor ha llevado adelante la ejecución hasta cierto punto (comisión) o ha dejado que el curso llegase hasta cierto punto (omisión) en que pudiera llegar a serle inevitable la consumación, o si, en cambio, mantiene aún el control en su poder. En el primer caso, habrá derecho a la aplicación, en principio, de la misma escala penal del delito consumado; en el segundo, la escala penal deberá ser necesariamente disminuida.

Pero aun en caso de tentativa acabada pueden darse supuestos en el que el proyecto de acción, sin ser de burda insensatez (grobes Unverständnis), esté gravado, en su concepción o ejecución, con elementos retardatarios tan intensos (grave imprudencia invertida) que la consumación fuera prácticamente imposible y la escala penal del delito consumado apareciera, en consecuencia, como excesiva. Para estos casos también podría estar justificada la posibilidad de atenuación de la pena, de modo similar a la atenuación de la tentativa inacaba-

³⁴ *Burkhardt*, Der Rücktritt als Rechtsfolgebestimmung. Eine Untersuchung anhand des Abgrenzungsproblems von beendetem und unbeendetem Versuch, Berlin 1975, esp. p. 19 y n. 7: «También quien ha hecho todo lo necesario para la realización del hecho puede tener en sus manos la última decisión acerca del si o no del hecho. La propuesta de *Kauffmann* sólo es convincente, en tanto se restrinja el concepto de tentativa acabada a determinados casos: a aquellos en los cuales el autor ha soltado realmente de sus manos la última decisión acerca del si o no del hecho». Cf. también *Sancinetti* (n. 7), pp. 72 ss.

da. Por extensión, la misma atenuación podría ser razonable cuando, desde una perspectiva *ex ante*, el fracaso fuera tanto más probable que la consumación, que la chance de consumación apenas pudiera tomarse en serio. Ahora, dado que una tentativa defectuosa de esa índole también podría producir la consumación de modo así y todo imputable, esa posibilidad de disminución de la pena para casos de *fracaso* sólo se hallaría justificada si la misma posibilidad de atenuación estuviera prevista para el caso de que, por una vía semejante, se llegara igualmente a la consumación. Por tanto, se trataría aquí más bien de una causa de imputación defectuosa (disminuida) que valdría por igual tanto para la tentativa como para el delito consumado; y sería más propio que el caso estuviera previsto *entre* las reglas de atenuación de la pena³⁵.

Con estas correcciones, la solución del Código Penal paraguayo podría ser apoyada. Para quien, así y todo, argumentara que, con esa regulación, se le reducirían demasiado sus chances de supervivencia a la solución apegada a la relevancia del resultado, cabría responder que eso no sería particularmente dramático. Si esa regulación se da en una sociedad así y todo dominada por una visión de la responsabilidad penal fijada a los resultados — tal como en general ocurre en los pueblos latinos, y probablemente también en la sociedad paraguaya —, la incidencia del resultado aparecerá furtivamente en el ámbito de la medición de la pena o bien de modo explícito (si la ley contiene reglas sobre determinación de la pena referida al «daño causado») o bien de modo implícito. Pero, en cualquier caso, el sistema que sugiero para la conminación penal de la tentativa sería el mejor camino para la afirmación del principio de culpabilidad e igualdad proporcional de las penas; estrictamente, el resultado ni siquiera debería incidir en la medición de la pena.

Ahora bien, una regulación de la tentativa que deje todo lo posible fuera de consideración el dogma causal, como resabio de un pensamiento *animista*, tal como se pretendió hacer en el Código Penal paraguayo, debería estar acompañada de un régimen sobre impunidad por desistimiento de la tentativa que no alcance al comportamiento posterior a la tentativa acabada, como sin embargo se permite en el Código Penal paraguayo, siguiendo el modelo del StGB. Pero esto es objeto de la siguiente discusión.

³⁵ Para los casos menos disvaliosos aun, de tentativa por burda insensatez (*grobes Unverstand*) es dudoso que haga falta una regulación legal. Pero, en todo caso, podría valer la regla flexible del § 23 Abs. 3 StGB.

C. Impunidad por desistimiento y disminución de la pena por comportamiento posterior al hecho

¿Qué cabe decir sobre la regulación ideal del desistimiento de la tentativa? ¿Existe la posibilidad de establecer una fórmula que no se exceda del estándar mínimo y que sin embargo permita una solución justa para todos los casos?

Si uno retrocede de nuevo, en las fuentes de la legislación penal alemana, hasta el Código Prusiano de 1851, advierte que éste regulaba la impunidad por desistimiento sólo en forma *implícita* (§ 31), en razón de que la tentativa era punible en la medida en que *no* se hubiera llegado a la consumación por circunstancias independientes de la voluntad del autor; de tal modo, la tentativa *voluntariamente desistida* no era punible. No había nada similar a una regulación del desistimiento que, como la del StGB de 1975, quisiese prever *todos* los casos posibles en diferentes disposiciones. Veinticinco años después de esa reforma, está a la vista que las soluciones del StGB vigente, en materia de desistimiento, son erradas en diversos sentidos.

Para hablar de desistimiento, la opinión corriente en la dogmática alemana y en el resto de los países que abrevan en sus aguas, se conforma con una chance de salvamento dada por casualidad, incluso si ella no es totalmente segura y por más que ni siquiera sea utilizada en todo su alcance: sólo haría falta que sea *exitosa*.³⁶ Este dominio de la cláusula burda: «final bueno, todo bueno» genera contradicciones valorativas insuperables. La primera la demuestra el hecho de que las medidas de evitación que podrían neutralizar el riesgo sin seguridad, mantienen el hecho como tentativa punible si son predispuestas *antes de la ejecución del hecho*, pero conducen a la impunidad, en tanto haya un final feliz, si son empleadas *después*. La segunda contradicción la muestra la dogmática del delito de omisión. Pues quien genera un riesgo no permitido es el prototipo del garante por injerencia; si él no emplea la mejor capacidad de evitación a su alcance, consiente en la subsistencia de un riesgo restante. Pero aquel que neutraliza el riesgo por una vía de salvamento que reconoce como insegura frente a otra más eficiente que deja conscientemente de lado, *impediría*, en el lenguaje de la ley (§ 24 párr. 1º, 1ª frase, 1ª alt., StGB), la producción del resultado, pero ya no podría hacer desaparecer el riesgo (fracasado) de que el resultado se

³⁶ Sigo de cerca en este contexto el trabajo de *Jakobs Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten* en ZStW 104 (1992), pp. 82 ss., 92 ss. y passim. Cf. también *Sancinetti* (n. 7), pp. 68 ss.

produjese de todos modos. Contra ambas contradicciones valorativas rige lo siguiente: un peligro que es suficiente para la tentativa si el autor lo crea a sabiendas, excluye el desistimiento si el autor lo mantiene a sabiendas.³⁷ Pero dado que la pérdida consciente del control de evitación de la consumación implica por definición el mantenimiento a sabiendas de un riesgo no dominado, la tentativa acabada ya no podría ser desistida.

Siguiendo a *Jakobs*³⁸, he sostenido que esa tesis puede ser aplicada al § 24 del StGB³⁹ vigente, interpretando que la impunidad por renuncia a la ejecución ulterior del hecho se da exclusivamente en el delito de comisión (párr. 1º, 1ª frase, 1ª alt.) y la impunidad por impedir la consumación, en el delito de omisión (párr. 1º, 1ª frase, 2ª alt.), pero en ambos casos *antes* de que el autor haya llegado a admitir la posibilidad de una consumación dolosa; mientras que una evitación del resultado que se dé con posterioridad a ello, sólo podría valer como atenuante, como comportamiento posterior al hecho.

Esto sólo puede ser entendido como compatible con el § 24, StGB, en la medida en que se entienda que la consumación del riesgo resuelto por azar no fue *impedida* como tal, y que, por tanto, sigue siendo punible. Pero es manifiesto que esa interpretación resulta algo forzada, y con mayor razón lo sería ante el texto del art. 28, 1º, del Código Penal paraguayo: «El que voluntariamente desista de la realización ya iniciada del tipo legal o, en caso de tentativa acabada, impida la producción del resultado, quedará eximido de pena».

En esta última disposición se logra una dogmática del desistimiento preñada con la magia causal: sólo quedaría beneficiado con la impunidad el autor de un desistimiento «exitoso», pero dentro de un sistema del ilícito que pretende estar desgravado del lastre del carácter constitutivo de la consumación (la tentativa acabada siempre es punible con la pena del delito consumado). No hay ningún modo de lograr una armonía entre ambas soluciones (punición de la tentativa sin magia causal, impunidad por desistimiento con magia causal). Una vez más se demuestra que el exceso de regulación, por satisfacer la pretensión de completividad y lograr además la solución teórica que el redactor considera más correcta, puede conducir a error.

³⁷ *Jakobs* (n. 36), pp. 92 ss., esp. p. 96.

³⁸ *Jakobs* (11. 36), p. 92; *idem* (n. 5), 26/19a.

³⁹ *Sancinetti* (n. 7), p. 88.

Lo mismo sucede con el desistimiento de la tentativa inidónea. Para compensar una antigua jurisprudencia alemana⁴⁰ que negaba el desistimiento de la tentativa no peligrosa, la teoría y jurisprudencia posterior crearon la noción del «esfuerzo serio» por evitar la consumación, que debía valer como desistimiento, a falta de la posibilidad de un desistimiento «exitoso» de una tentativa de suyo no peligrosa; el resultado de esa evolución es el actual § 24 párr. 1º, 2ª frase, StGB (reproducido en el art. 34, inc. 1º, Código Penal paraguayo). Pero con ello se exige mucho más para la tentativa inidónea, que para la idónea, pues, aquí, la comprensión tradicional se conforma con un desistimiento al fin y al cabo exitoso, aunque el esfuerzo sea magro. Con la aparición de casos de «desistimiento mezquino», pero al fin y al cabo exitoso, parte de la doctrina ha pretendido generalizar el criterio del «esfuerzo serio» como un requisito general de la impunidad por desistimiento: el llamado «esfuerzo óptimo»⁴¹. Pero es evidente que esto tampoco es lo que surge directamente del texto de la ley; por otra parte, «esfuerzo óptimo» sólo sería el abstenerse de perder el control sobre la indemnidad del objeto del hecho (¡no llegar a la tentativa acabada!). Me eximo de tratar en particular el caso del desistimiento de los partícipes. Con lo dicho puede ser intuida la solución posible: el partícipe debería ser punible siempre que no se haya reservado una posibilidad segura de revocar su aporte o de neutralizar el riesgo.

Lo decisivo es la recomendación general sobre la regulación legal del desistimiento de la tentativa: así como sería irrazonable regular en la ley qué quiere decir el elemento «*voluntariedad* del desistimiento», así también lo es el definir en la ley cuándo se da en sí el «*tipo de desistimiento*».

D. Conclusiones

El repaso de los problemas de delimitación conceptual de la tentativa, de las varias soluciones sobre su punición y de la impunidad por desistimiento, apoya de modo uniforme mi propuesta inicial: es preciso regular lo mínimo indispensable. No habría nada mejor, en suma, que partir de la base del Código Prusiano de 1851, con mínimas variaciones. Mi propuesta rezaría:

§ 1. *Definición de la tentativa punible.* La tentativa es punible cuando se exterioriza mediante acciones que contienen un comienzo de ejecución, y ha sido impedida, o queda sin resultado, por circunstancias externas, independientes de la voluntad del autor o del partícipe.

⁴⁰ RGSt. 17, 158 (160); 51, 205 (211); 65, 273 (276); 68, 306 (309); 77, I (3).

⁴¹ *Sancinetti* (11. 7), p. 86,)1. 59.

§ 2. *Punibilidad de la tentativa*. La tentativa es penada como el delito mismo, si el autor o partícipe ha dejado que el curso de los hechos llegara a la posibilidad de que se produjera la consumación. Si el fracaso se produce con anterioridad, será aplicable una escala penal atenuada.

Estas breves disposiciones tendrían la ventaja de recuperar una formulación que fue vigente en algún momento en varios países de Europa y América Latina, de modo que nadie podría vivirla como ajena. Por otro lado, cumpliría con la meta de ampliar la punibilidad de los tipos penales de la parte esencial, recuperando cierto límite *formal-objetivo*: el inicio de un acto *de ejecución*. Además, regularía la impunidad por desistimiento de modo implícito e indirecto, por la falta de punición prevista para una tentativa *voluntariamente desistida*. En principio, formalmente esa fórmula debería ser interpretada en el sentido de que si el autor llegó a dejar librada al azar la posibilidad de consumación no puede quedar impune aunque luego lograrse impedir voluntariamente la consumación, porque el riesgo resuelto por azar habría quedado frustrado por circunstancias *independientes de su voluntad*. Ahora bien, por definición, toda vez que el autor deje que las cosas transcurran hasta el punto de perder el control seguro sobre la no consumación, dejará librado al azar un riesgo de consumación. Por ello, aunque la fórmula francesa no ha sido interpretada en general como un obstáculo a la impunidad por arrepentimiento activo, desde el punto de vista de la lógica formal, debería cerrar las puertas a una redefinición tardía del hecho, por más que fuera exitosa. En otras palabras: la regla habla en favor de una «estricta teoría del acto individual»⁴².

La fórmula propuesta, de todos modos, debilita, pero no corta el hilo de la vida de la opinión contraria: pues si la pasión por una noción resultatista del desistimiento fuera tan intensa como para seguir rigiendo en la filosofía práctica, sus partidarios podrían interpretar extensivamente aquella fórmula, haciendo valer el salvamento al fin y al cabo exitoso sobre el delito frustrado así y todo ya habido, y considerar impune, por consiguiente, a aquel que por casualidad logró neutralizar a tiempo un riesgo ya no dominado y que estaba a punto de concretarse. Sería una solución burda, pero se halla en la convicción de una amplia mayoría, y el texto propuesto tampoco estaría abiertamente en contra de ello.

La solución teóricamente correcta para la neutralización del riesgo posterior a la tentativa acabada, debería remitirse a una causal de atenuación general para el comportamiento posterior al hecho de valor ex-

⁴² Sancinetti (n. 7), pp. 106 ss., 108, 110 s.

traordinario; pero, de nuevo, deberían valer los actos sinceros tendentes a la neutralización del riesgo, con independencia de si fueron exitosos o no. Es decir, que también los «esfuerzos serios» por impedir la consumación que no lograsen su fin deberían ser considerados como comportamiento posterior al hecho, con mayor o menor efecto según cuál haya sido el riesgo inicial y las posibilidades remanentes de revocar lo que el agente se hubiera reservado con mayor o menor seguridad. El éxito o fracaso en sí de estos esfuerzos no debería incidir.

Las regulaciones de la tentativa podrían ser complementadas, entonces, con estas reglas sobre determinación de la pena, cualquiera que fuese el lugar en que fueran insertadas, y con aplicación general tanto a la tentativa como a la consumación:

§ 3. *Ilícito deficiente*. Cuando el autor hubiera realizado el hecho por medio de un proyecto de acción concebido o ejecutado de modo tan burdo que apenas hubiera sido posible la consumación, el tribunal podrá disminuir la pena. En lo correspondiente, la misma regla será aplicable a los demás participantes.

§ 4. *Comportamiento posterior al hecho*. Cuando el autor, después de haber creado un riesgo de consumación ya no controlable con seguridad, hubiera emprendido maniobras de salvamento de especial intensidad, el tribunal podrá disminuir la pena. En lo correspondiente, la misma regla será aplicable a los demás participantes.

2. *La participación criminal*

Me permitiré mayor moderación en mis observaciones sobre la teoría de la participación. Lo esencial puede ser ya intuitivo: Si el ideal es un «estándar mínimo» que asegure la extensión de la punibilidad a casos de intervención sin cumplir con el texto de un tipo penal de la parte especial, apenas haría falta, en la parte general, una regulación sobre los casos de autoría, precisamente porque éstos podrían ser interpretados ya como una derivación posible del texto de los delitos en particular. Acaso sí sea necesaria la extensión del tipo penal correspondiente a los coautores, pues cada uno de estos no realiza *toda* la acción típica, ni por sí ni por otro. Pero la cuestión decisiva es, más bien, qué reglas particulares hacen falta para la instigación y complicidad.

A. *La autoría*

De todos modos, es claro que sobre la autoría existe un estándar bien difundido, en el sentido de que alguien puede ser autor realizando

por sí mismo toda la acción típica (autor único y de propia mano, comisión propia), realizándola en común con otro (coautoría) o a través de un instrumento (autoría mediata). A lo sumo, está discutido si tal o cual caso cae dentro de la categoría de la coautoría o, especialmente, de la autoría mediata, así como también cuándo se da el comienzo de la ejecución en cada caso. Pero sobre tales cuestiones dudosas la ley debe abstenerse de tomar una decisión.

Por consiguiente, la disposición sobre autoría, si es que es incluida, dirá aquello que prácticamente es aceptado por todos, tal como lo dice, por ejemplo, el art. 28, párr. 1, Código Penal español: «Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento»⁴³, que se corresponde materialmente con el texto del § 25 StGB y del § 29 del Código Penal paraguayo. De esta disposición se puede decir que sólo constituye una verdadera ampliación de los tipos, en todo caso, la coautoría; la ley resuelve que también debe ser tratado como autor de robo aquel que sólo ejecuta el apoderamiento, si él mismo sabe que entretanto otro ejerce un acto de violencia que posibilita el hecho.

La cuestión realmente inquietante no reside en la configuración de estas disposiciones, que sólo atañen a la autoría de los «delitos de dominio» (*Roxin*), es decir, a la «competencia por organización» (*Jakobs*); ellas podrían entenderse implícitas en los tipos de la parte especial". El desafío más significativo en esta materia reside en si no haría falta incluir una disposición sobre los «delitos de deber» o por «competencia institucional», porque la idea que gradualmente tiende a imponerse, de que la defraudación de un deber especial siempre vincula al sujeto como responsable prioritario, es decir, como «autor», si bien puede tener buenos fundamentos materiales, es difícilmente trasladable a las descripciones legales de los tipos penales respectivos. Me excuso de tomar una posición definida al respecto, porque me falta la claridad suficiente. Sólo señalo que el incluir una disposición general sobre estos casos

⁴³ En el art. 28, párr. 2, del Código Penal español se extiende el concepto de «autor» a los que actúan como instigadores (art. 28, párr. 2, a, CPe) y cooperadores que prestan un aporte «sin el cual [la ejecución] no se habría efectuado», mientras que el art. 29 se refiere a los cómplices que prestan otra clase de aporte. Tal concepto extraño de «autor» se explica por la tradición española; con ello sólo se quiere decir que llevan *la pena* de la autoría: el autor, el instigador y el cooperador necesario, mientras que es obligatoria la reducción de la escala penal para el mero cómplice. Pero el instigador y cooperador necesario no son «autores» a todos los respectos, por ejemplo, no pueden dar «principio a la ejecución». Sin la confusión de recurrir a una «noción amplia de autor», el sistema de distinción entre cooperadores necesarios y no necesarios sé halla también en el Código Penal argentino de 1922 (art. 45, 46).

sería posible, a riesgo de establecer una categoría demasiado abierta o, si no, circunscripta de modo desafortunado. Si ha sido posible construir esta categoría ante textos legales que no se refieren directamente a ella, es porque, así y todo, no es incompatible con la configuración tradicional de los tipos penales; y sería preferible, por el momento, no alterar esta situación.

Por otro lado, también es necesaria una disposición como la del § 14 StGB, art. 16 CP parag. y art. 31 CP esp., que permiten hacer responsable a una persona que actúa *por otra*, cuando las circunstancias personales que fundamentan el ilícito no concurren en el actuante, pero sí en la persona por la que él actúa. No habré de entrar en este punto en particular.

B. Instigación y complicidad

a) En el ámbito de los partícipes nunca se han presentado grandes dificultades para la definición legal de la *instigación* y la *complicidad*, en lo que se refiere a las acciones que sirven de esquema rector: *determinar*⁴⁴, *prestar auxilio*. Los problemas aparecen cuando se quiere condicionar esos conceptos por el principio de *accesoriedad* de la participación, especialmente en su dimensión interna, es decir —para decirlo con las palabras de los §§ 26 y 27 StGB—, cuando se restringe la noción respectiva a la determinación (§ 26) o al auxilio (§ 27) *doloso* de un hecho principal *antijurídico* y *doloso*.

Estas exigencias no hacen ninguna falta y, por lo demás, son erradas. A primera vista, no aparece ningún problema capital si en el ámbito de los delitos imprudentes se hace regir al «concepto unitario de autor», de tal manera que «todos sean autores»; en la práctica, por lo

⁴⁴ La traducción de este verbo a lengua castellana (*bestimmen* = determinar) es problemática, porque, emparentada a la idea de «determinismo», evocaría prioritariamente una acción de *dominio sobre el otro*, es decir, algo cercano a la autoría mediata, antes que a la instigación. Este problema se presenta, por ejemplo, en el art. 45 Código Penal argentino: «Los que tomasen parte en la ejecución del hecho o presten al autor o autores un auxilio o cooperación sin los cuales [el hecho] no habría podido cometerse, tendrán la pena establecida para el delito. *En la misma pena incurrirán los que hubiesen determinado directamente a otro a cometerlo*». La última proposición ha sido entendida en la doctrina argentina, en general, como referida a la «instigación». Pero en la formación histórica de esta disposición, quedaron subsumidos bajo este concepto tanto casos de instigación (en las antiguas leyes enunciados como «consejo, orden, comisión, promesa de recompensa»), como de autoría mediata («violencia irresistible física o moral, inducción en error»). Al respecto, cf. *Rodolfo Moreno (h.)* El Código Penal y sus antecedentes, t. III, Buenos Aires 1923, pp. 7 ss., esp. 32 ss. (36).

demás, sólo tiene importancia real la participación dolosa en hechos dolosos. Esto es así, sobre todo, porque en la imprudencia no existe —o en todo caso no es punible— algo correspondiente a la tentativa, por lo que resulta trivial una posible discusión sobre aportes previos o posteriores al comienzo de ejecución, así como también una distinción sobre las condiciones del desistimiento del autor y las del partícipe, etc. Pero, como saldo negativo, resta la desventaja de no poder atenuar la escala penal de los que materialmente son meros «cómplices», es decir, de aquellos que prestan un aporte al proyecto imprudente realizado por otro. Más allá de ello, desde el punto de vista del principio de legalidad, el instigador y el cooperador al hecho imprudente tendrían todo el derecho a invocar la *atipicidad* de su intervención, dado que el hecho de que un autor actúe con dolo o imprudencia no debería alterar en nada —a excepción de que ello conduzca a la autoría mediata— la calidad del rol de cada interviniente, de modo que, por ejemplo, el instigador al hecho imprudente podría argumentar que su forma de intervención ha quedado impune para la ley, y que no hay ningún apoyo legal a transformarlo, de pronto, en «autor», por el mero hecho de que al autor principal, y a él mismo, les haya faltado el dolo. Dicho de otro modo: si aquel que determina al ejecutor a matar a otro no cumple el tipo del homicidio doloso cuando ambos actúan con dolo, tampoco puede cumplir el respectivo tipo imprudente aquel que determina al actuante a realizar una acción imprudente que produce la muerte de otro. A falta de una extensión de punibilidad referida a un hecho principal *imprudente* —o a un *hecho* «a secas»— cabría sostener, entonces, la impunidad de los intervinientes que *no* son autores. ¿O es que sería posible penar a todo interviniente doloso, aplicando de pronto los tipos penales respectivos según la noción del «concepto unitario de autor», si los §§ 26 y 27 StGB fueran derogados?

La exigencia de un hecho principal *doloso* —que conlleva todos estos inconvenientes— es un buen ejemplo de los costos de apartarse del ideal de un «estándar mínimo» en las disposiciones legales. Desde luego que no estoy solo en considerar errada aquella exigencia. Así decía *Armin Kaufmann*: «Por ello, el Proyecto Alternativo tiene razón cuando —a diferencia del Proyecto de 1962— no incluye al dolo expresamente entre los presupuestos de la accesoriedad»⁴⁵. No son nuevas las críticas al procedimiento de convertir en «autor mediato» a todo partícipe que intervenga en un hecho no doloso, teniendo él mismo consciencia de todas las circunstancias⁴⁶. *Jakobs* declara lo erróneo del requisito de un

⁴⁵ Cf. *Armin Kaufmann* (n. 1), p. 231

⁴⁶ Cf. *Scmidhäuser / Alwart* Strafrecht. AT. Studienbuch, Tübingen, 1982, 10/21, 10/26, 10/184, 10/122.

hecho principal doloso de modo terminante: «Por tanto, de lege ferenda debería reconocerse la posibilidad de una participación en un hecho no doloso».⁴⁷ Y especialmente en los llamados casos de «error sobre el rol» en el que actúa el participante respectivo (especialmente cuando cree que ayuda a un hecho doloso cuando al autor principal le falta el dolo) la exigencia de un hecho principal doloso genera graves dificultades, y *Roxin* considera inadmisibles el querer tratar a ese participante «como» un partícipe en el sentido de la ley.⁴⁸ Esta afirmación puede ser correcta desde el punto de vista del principio *nullum crimen sine lege*, a la luz del derecho alemán (*lex stricta*), pero seguramente es difícil de explicar materialmente por qué razón aquel que cree que participa en un hecho doloso, cuando al autor principal le falta el dolo, debiera quedar impune, cuando objetivamente las cosas ocurren de un modo aún peor: si reconociera la verdadera situación hasta podría llegar a ser autor mediato; mas en ningún caso sería justo que quedase impune.

Pero también es incorrecta cualquier otra exigencia —no sólo la del dolo del hecho— relativa a las cualidades del hecho principal, tal como «hecho antijurídico» u otra condición correspondiente. Se supone que esto ha sido un avance de la «accesoriedad limitada» frente a la «accesoriedad extrema», de lo que también sería testigo la regla del § 29 StGB: «Cada participante será penado según su culpabilidad, sin consideración a la culpabilidad de los demás».

Actualmente reclama *Jakobs*, al contrario, la corrección de la «accesoriedad máxima»: no haría falta el dolo, pero sí un hecho principal culpable.⁴⁹

Pronuncio, en cambio, una proposición contraria: no hace falta siquiera un hecho antijurídico. De esto último hay actualmente pruebas suficientes en la doctrina corriente; pues a pesar de la terminante condición de los §§ 26 y 27 StGB de un hecho «antijurídico doloso» y a pesar de que la opinión dominante sigue aferrada al dogma de la «accesoriedad» como a una letanía, existen toda clase de soluciones *ad hoc* para los casos en que un partícipe interviene, sí, en un hecho antijurídico doloso, pero en condiciones personales en que una pena para él resultaría contraintuitiva.⁵⁰ En este campo se incluyen, entre otros, los casos de participación (atípica) necesaria en un hecho punible, aquellos

⁴⁷ *Jakobs* (n. 5), 21/72 in fine (cf. también 21/68 ss., 22/12 ss., 22/14).

⁴⁸ *Roxin* (n. 3), § 5, N^om. 41.

⁴⁹ *Jakobs*, Akzessorietät —Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation en GA 1996, p. 253 ss.

⁵⁰ *Roxin*, Strafgrund der Teilnahme en Festschrift für Stree und Wessels, Heidelberg, 1993, pp. 365 ss., esp. pp. 369 ss., donde él habla de «elementos autónomos, no accesorios del ilícito de la participación».

en que el partícipe sabe de la imposibilidad de que el objeto del hecho resulte afectado —el llamado «agent provocateur»—, y aquellos en que él reconoce los presupuestos objetivos de una causa de justificación que el autor desconoce. Todos estos son casos en que el partícipe sabe —o *puede* saber— que participa en un hecho que cumple todos los requisitos de un ilícito penal, pero, aun así, él debe quedar impune. Y así debe *ser*, porque el hecho del partícipe y el hecho del autor pueden divorciarse plenamente. Es lo que lo lleva a *Roxin* a hablar de una «agresión autónoma al bien jurídico, que caracteriza el ilícito de la instigación, más allá de la causación accesoria». ⁵¹ El hecho de que el carácter de las acciones de todos los participantes normalmente sea convergente corresponde, por cierto, a la experiencia cotidiana: ya es bastante infrecuente que un autor desconozca los presupuestos objetivos de una causa de justificación, para que además se le sume un cómplice que sí reconozca la verdadera situación y no le advierta de esto al autor. Pero esto no quita que el ejemplo demuestra que el ilícito *no* es accesorio.

Pero el ilícito no es accesorio no solamente con relación a elementos subjetivos (dolo, tipo subjetivo de justificación), sino también en su configuración objetiva. «Quien le alcanza un cuchillo a quien se defiende de un agresor, aun cuando habría bastado también con alcanzarle un palo (que se hallaba a disposición de quien presta la ayuda), participa en una defensa que si bien es conforme a derecho para el ejecutor, es antijurídica para el cómplice». ⁵² En este ejemplo, ni siquiera se trata de no trasladarle al partícipe el ilícito antijurídico del autor —que podría derivarse de una interpretación contra legem en beneficio del partícipe—, sino, a la inversa, de no desgravar al partícipe por el hecho de que la acción del autor esté objetivamente justificada y aquel mismo lo sepa. En pocas palabras: no sólo hay participaciones impunes en hechos antijurídicos, sino también participaciones punibles en hechos justificados; pero esto es poco compatible con el texto de la ley.

Jakobs quiere explicar esta consecuencia en que «la valoración de la obra en común puede tener lugar con carácter relativo» ⁵³. Pero una dependencia que es *relativa a la situación de cada participante*, deja de ser dependencia; es autonomía: el ilícito de cada participante es un asunto propio. El hecho puede *ser* un ilícito para el autor y no para el partícipe o, a la inversa, serlo para el partícipe y no para el autor. ⁵⁴ A *minus ad maius* no puede *ser* verdad que haga falta—como *Jakobs* exige ac-

⁵¹ *Roxin* (n. 48), p. 378.

⁵² *Jakobs* (n. 5), 12/60.

⁵³ *Jakobs* (n. 5), 12/60,

⁵⁴ *Sancinetti*, Teoría del delito y disvalor de acción, Buenos Aires 1991, pp. 759 ss.

tualmente⁵⁵— un hecho principal culpable (accesoriedad máxima), justamente porque ni siquiera hace falta un hecho principal antijurídico⁵⁶.

Pero esta constatación tendría que producir efectos de vastos alcances, porque, entonces, también tiene que *ser* errada la idea de que en la participación se trata siempre de un hecho *en conjunto*: ¡un colectivo! En particular, no hay por qué justificar la exigencia de un comienzo de ejecución del hecho principal para poder hablar de una participación punible (accesoriedad externa). Lo demuestra el mismo ejemplo anterior de quien, antijurídicamente, presta un auxilio en un hecho justificado. Porque, ¿qué sentido tendría que el acto de complicidad antijurídico sólo sea punible bajo la condición de un comienzo de ejecución del hecho principal, si el hecho principal, como tal, está justificado? Este caso demuestra que todo lo ilícito posible de ese acto de participación, se ha dado en el mundo en el momento anterior al comienzo de ejecución del autor; mientras que desde el comienzo de ejecución, hacia adelante, todo es *lícito*. Si la ejecución fuera una «ejecución de todos» el partícipe tendría derecho a reclamar aquí su impunidad, y si, en cambio, es punible, lo será porque lo suyo no es la ejecución (justificada), sino su participación (antijurídica) en ella.

Ciertamente, el ilícito por participar en el hecho ajeno parte de una *referencia al hecho que, después, o concomitantemente, cometerá otro*, pero este hecho *del otro* no tiene por qué cumplir condiciones especiales, ni siquiera debería tener que ocurrir efectivamente. Es preciso partir de la idea de que una norma autónoma está referida a la intervención de cada participante y que cada uno, al igual que responde por su propia culpabilidad, responde por su propio ilícito. En cierto modo se halla también en *Jakobs* —un decidido defensor de la participación como hecho de un ente colectivo— una concesión al carácter individual del ilícito de cada participante, cuando sostiene que el «momento del hecho», a los efectos de la aplicación temporal de la ley penal, rige separadamente para cada cual: la entrada en vigor de una ley penal con posterioridad a la prestación del aporte no es aplicable a la intervención

⁵⁵ *Jakobs* (n. 49),

⁵⁶ A pesar de lo dicho en el texto, la posición de *Jakobs* en GA 1996, pp. 253 ss. puede mantener vigencia en lo siguiente. Según sus postulados, si el autor principal es un sujeto incapaz de culpabilidad, la intervención en el hecho sólo puede ser o bien autoría mediata o bien atípica, porque, para la participación, sería preciso que el sujeto actuante pueda *expresar un sentido*, y no sólo operar como un factor de la *naturaleza*. Mas ello podría seguir siendo válido en casos de partícipe antijurídico en un hecho justificado, bajo el presupuesto de que el autor principal haya «expresado un sentido», es decir, para el caso en que se pueda afirmar que él, si hubiera obrado antijurídicamente, habría sido culpable.

anterior, aunque lo sea a la ejecución posterior; porque se procede «sin tener en cuenta la accesoriedad».⁵⁷ También esto habla en favor de un ilícito individual para cada interviniente.

Desde luego que nada de esto debería estar afirmado en la ley penal de modo explícito. La discusión sobre el fundamento penal de la participación y su configuración concreta ocupará seguramente la discusión científica de todas las épocas. Pero tampoco hace falta que la ley diga nada sobre el hecho principal; sólo debe establecer que las conminaciones penales de la parte especial —con la misma escala o con escala atenuada— también le son aplicables al que determina a otro a cometer el hecho o a quien le presta a éste un auxilio.

b) El estar completamente en contra de un requisito de accesoriedad externa implicaría proponer la punición de los partícipes aun en el caso de que el hecho principal no llegue a ser ejecutado.

Ello no sería especialmente dramático ante la situación actual, si se piensa que al menos para *la instigación* y para *el declararse dispuesto a cometer el hecho* y otras formas de acuerdo muy anteriores a la ejecución existe una punición autónoma, que prescinde de la accesoriedad externa, como si estas acciones contuvieran en sí el ilícito de una tentativa. Esta es la solución del § 30 StGB y no es extraña a otras legislaciones. En situación análoga se halla la conspiración y la proposición del artº 17 del Código Penal español y la tentativa de instigación del art. 29 del Código Penal paraguayo⁵⁸.

Pero esto, de por sí, no puede constituir un argumento en favor de generalizar la prescindencia del comienzo de ejecución para la punición de los partícipes. Pues hay mucho que habla *en contra* de la punición de acciones tan alejadas de la ejecución: los meros intentos incipientes por que otro cometa el hecho, al igual que la declaración de estar dispuesto acometerlo, el aceptar un ofrecimiento semejante o cualquier otra tratativa de esa clase son por sí solos contactos privados entre personas, sin estereotipo criminal definido; antes bien están más cerca de las cogitaciones que del quebrantamiento de una norma⁵⁹. En mi concepto, por ello, el § 30 StGB y las figuras análogas de otras legislaciones llevan la punición hasta momentos demasiado alejados de

⁵⁷ *Jakobs* (n. 5), 4/53.

⁵⁸ Otros derechos positivos desconocen estas incriminaciones (así, el Código Penal argentino).

⁵⁹ *Jakobs*, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, en *ZStW* 97 (1985), pp. 751 ss., esp. 756, 765 s. (n. 19); cf. también *Stratenwerth*, *Strafrecht AT*, 4. Aufl., Köln entre otras, 2000, § 11, N°m. 5, § 12, N°m. 179.

una expresión de sentido de carácter criminal. Ningún instigador logra que el ejecutor salga corriendo a cometer el hecho por la mera proposición inicial; correspondientemente, ningún cómplice crea un peligro relevante por la mera pregunta de qué le parecería al otro llevarse su arma para asaltar un banco. Hace falta al menos que estos contactos sean llevados a cabo hasta el punto tal de generar un riesgo de injerencia propia del autor principal, que le haga perder al partícipe el dominio sobre la no ejecución (con su propio aporte). Recién aquí lo hecho cae en el campo de lo punible.

En correspondencia con la «pérdida de control» de la posibilidad de consumación que se debe erigir como momento final del ilícito del autor único, así también la pérdida de control del partícipe debe dar la pauta para su punición *autónoma*: si perdió el control de la posibilidad del comienzo de ejecución y éste no llega a darse por casualidad, debería ser penado ya por participación frustrada, con la pena de una tentativa inacabada —eventualmente disminuida nuevamente por ser un mero cómplice—, y si lo perdió incluso de la posibilidad de consumación —lo cual ocurrirá, en general, simultáneamente— debería serlo —más allá, de nuevo, de la posible atenuación por el carácter del aporte— con la pena de una tentativa acabada (idéntica, en principio, a la de la consumación).

Esto debería estar justificado incluso para aquellos que ven en la participación el fantasma de un hecho «en conjunto», de un «colectivo»: pues la representación del partícipe de que «el colectivo» haya llegado al comienzo de ejecución debería tener el mismo valor que la ejecución real, del mismo modo que la representación *del autor* (y no «la del colectivo») de haber llegado a la instancia de ejecución —una representación eventualmente falsa, porque, por ejemplo, lo que parece el acercamiento de la víctima, en realidad no lo es, mientras que los partícipes ya no están al tanto del asunto— determinaría la punición de todo el colectivo. ¿Por qué podrían determinar las casualidades de las representaciones en cabeza del autor la punición de sus colaboradores —además de la de sí mismo— y, en cambio, ser inoperante la representación de sus propios colaboradores de que el hecho ya puede estar cometándose, para la punición de sí mismos?

Una propuesta particular como la que propongo pugnaría por la derogación de disposiciones tales como la del § 30 StGB, art. 17 del Código Penal español o art. 34 del Código Penal paraguayo, y su reemplazo por otra que permitiese la punición de todo participante en cuanto él hubiera perdido el dominio sobre la posibilidad de impedir la consumación (y entonces habría que partir de la escala penal del hecho consumado, sin perjuicio de la eventual posibilidad de atenuarla por el ca-

rácter de la intervención), o de impedir al menos el comienzo de ejecución (en cuyo caso habría que partir de la escala penal ya disminuida de la tentativa inacabada, eventualmente atenuada, a su vez, por el carácter de la intervención).

Resumiendo, la punibilidad por participación debe depender sólo de las condiciones en que el participante respectivo haya quebrantado la norma dirigida a él —que ciertamente es un reflejo, pero no un calco, de la norma referida al hecho principal—: las cualidades particulares del hecho principal (que sea doloso, antijurídico, culpable, etc.), así como también la circunstancia de que se llegue en suma al hecho principal o no, no deben alterar el juicio de reproche que hubiera merecido la acción del participante respectivo, según haya sido su visión del proyecto de la acción definitiva, según una norma referida a él autónomamente. Por su parte, la impunidad por desistimiento del participante debe regirse por una regla correspondiente a la del autor principal: tan sólo su propio desistimiento anterior a su pérdida de control seguro sobre la no consumación puede tener un efecto idéntico al desistimiento de la tentativa inacabada de un autor único. Lo que siga a ello será nuevamente un comportamiento posterior al hecho, de ese participante; dicho de otro modo: lo que siga a ello ya no puede ser una falta de consumación derivada de su exclusiva voluntad, sino del fracaso de su concepción originaria del hecho.

c) En lo que se refiere a la escala penal aplicable a la instigación y complicidad, caben consideraciones diferentes a las referidas a la conminación penal de la tentativa. El marco penal no depende aquí del mayor o menor desarrollo de la acción; parto de la base de que la acción de participación como tal ya está íntegramente realizada y que el partícipe, por lo demás, ha dejado que los hechos transcurrieran hasta que a él le fuera imposible impedir incluso la consumación. La cuestión a determinar es qué valor relativo tiene cada aporte (determinar, colaborar) en comparación con la acción del ejecutor. La escala penal aplicable al autor debe establecer en cualquier caso el parámetro máximo. Incluso en el caso de que a él le reste hacer tan sólo un paso de acción minúsculo —sólo accionar el disparador del explosivo—, habrá tomado la decisión final: él se halla siempre ante un *todo* o *nada* y debe responder de haber tomado la decisión incorrecta. En el campo previo a su decisión, en cambio, los aportes pueden tener un valor *menor* o, por excepción, el *mismo*.

La solución más extendida en las legislaciones prevé para la instigación la misma pena que para el autor principal. Para la complicidad, en cambio, las legislaciones ofrecen un marco más variado. Posiblemente predomine la solución de una atenuación obligatoria (§ 27 StGB, art. 31

del Código Penal paraguayo, art. 24 del Código Penal colombiano), mientras que la legislación alemana anterior sólo preveía una atenuación facultativa. Finalmente, existen legislaciones que mantienen una antigua distinción entre aportes sin los cuales el hecho no habría podido cometerse —conminados con la misma escala penal que los actos de autoría—, y otros aportes de menor intensidad —para los que rige la escala penal atenuada—.

¿Qué se puede decir sobre estas alternativas?

En lo que se refiere a la instigación, la equiparación de pena con la autoría sólo está justificada —si es que lo está— en aquellos casos en que el instigador se halla «a mitad de camino» hacia la autoría mediata, es decir, en los casos en que el autor directo adolece de algún defecto que lo acerca a la categoría de instrumento, como cuando el mandante tiene un fuerte predominio jerárquico o funcional sobre el ejecutor. Pero un derecho penal que parte del principio de autorresponsabilidad, debería desconfiar de poder atribuirle a quien actúa antes del último responsable una injerencia idéntica, mucho menos una mayor; el primero siempre podría argüir que él tenía *derecho* a confiar en que el ejecutor, en última instancia, se atendería a la norma, no al encargo criminal, si no para neutralizar una imputación (principio de confianza), al menos sí para atenuarla. Sería yo el último en negar que las representaciones valorativas que nos mueven a aceptar la misma escala penal para la instigación que para el autor están asociadas a ideas religiosas sobre el origen de nuestras desgracias⁶⁰, de las que la ley penal debería desprenderse todo lo posible. Uno puede imaginarse una sociedad que reaccionara sólo contra el último causante competente, pero no es posible imaginarse lo contrario: reaccionar sólo contra el instigador. No habré de entrar en esta discusión más a fondo. Basta con lo dicho para sugerir que la conminación penal de la instigación debe prever al menos la atenuación facultativa de la escala penal frente a la del autor.

En lo que concierne a la complicidad, los textos legales no dicen toda la verdad. Allí donde la ley impone una atenuación obligatoria de la escala penal, allí también habrá una doctrina y jurisprudencia que amplíen todo lo posible el concepto de coautoría, llevando a todo «coope-

⁶⁰ «Replicó la serpiente a la mujer: «de ninguna manera moriréis» (*Génesis*, 3-4). A estas palabras iniciales se asocian todas las desgracias de la Humanidad y, desde esa perspectiva, hay una inclinación (irracional) a que el instigador (la serpiente) «tenga la culpa». Incluso es la salida corriente del aulor, echarle la culpa al que lo sedujo: «¹²Dijo el hombre: «La mujer que me diste por compañera me dio del árbol y comí»¹³. Dijo, pues, Yahvéh Dios a la mujer: ¿Por qué lo has hecho? Y contestó la mujer: la serpiente me sedujo, y comí».

rador necesario» a la escala penal del autor, por vía de una redefinición de su rol. Esto puede no ser negativo por sí solo, pero genera dificultades adicionales en la discusión relativa a si cada coautor puede dar comienzo a la ejecución de un ilícito propio o si existe un ilícito en conjunto. En mi opinión, es preferible el sistema de la legislación española y argentina —al menos si fuera interpretado de modo saludable—: el cooperador necesario, cuya distinción con el coautor apenas es factible —sobre todo lo es cuando se trata de delitos especiales propios o de propia mano, los cuales, si se parte de un concepto formal-objetivo, no permiten hablar propiamente de coautores— tiene que llevar la escala penal del autor, mientras que el «mero cómplice», especialmente aquel que presta un auxilio que, en principio, no es imprescindible o sería fácilmente reemplazable, recibe una escala penal atenuada. Ocurre empero que esta valoración flexible puede conducir a una punición más grave de la complicidad en forma generalizada. Así, por ejemplo, la jurisprudencia argentina, influida por una antigua y errada doctrina, de que la necesidad del aporte debe ser juzgada según la fórmula de la *conditio sine qua non* —si el aporte fue condición necesaria tal cual se dio el curso causal, entonces = «cooperación necesaria»— ha conducido en la práctica a que la escala atenuada sea aplicada sólo en los casos en que en realidad no está probada siquiera la participación misma o no llegó a ser causal. Ante el riesgo de interpretaciones de esta clase sería mejor el criterio de la legislación alemana, porque, en principio, la regla general debería ser la de que todo cómplice reciba una pena atenuada y sólo por excepción sea aplicable la escala penal del autor. Si la doctrina pudiera generalizar este principio y la jurisprudencia lo acogiera, entonces sería preferible el sistema español, que tuvo en una antigua investigación de *Gimbernat* doctrina enriquecedora: en todo caso sólo es legítima la escala penal del autor para aquel cooperador que presta un aporte de «especial importancia para el resultado»⁶¹. En las consecuencias, este sistema está próximo al de una atenuación *facultativa* de la pena⁶².

d) Más problemática es la cuestión de la comunicación al partícipe de las circunstancias personales del autor. La cuestión es vivamente discutida y existen en las legislaciones los modelos más variados. Por ello, esta materia brinda el mejor ejemplo de aquello sobre lo cual debe existir una regulación legal, sin que esté claro en absoluto *cómo* debe ser dicha regulación.

⁶¹ *Gimbernal Ordeig*, Autor y cómplice en derecho penal, Madrid 1966, pp. 135 ss. esp. 151 ss. (152).

⁶² *Antón Oneca*, Derecho Penal, t. I, PG, Madrid, 1949, p. 442; *Rodríguez Devesa*, Derecho Penal español, t. I, PG, Madrid, 1985, p. 816.

Me eximo de emitir una opinión a este respecto. Cito sólo *el* sistema curioso del art. 48 del Código Penal argentino y art. 25 del Código Penal colombiano. Según esta solución, las relaciones circunstanciales y calidades personales cuyo efecto sea agravar la penalidad, se comunican a los partícipes, en tanto sean conocidas por él, mientras que no se comunican las que la disminuyan o excluyan, pues éstas sólo operan respecto *del* autor o partícipe en quienes concurren. La regla parece injustificable a primera vista —se traslada lo que agrava, no lo que atenúa—, pero se podría ensayar la siguiente justificación: aquel que interviene en un hecho que se agrava por la concurrencia de una calidad personal en otro participante, tiene una razón *más* para abstenerse, también el, de participar en el hecho; lesiona, para decirlo así, tanto la norma básica como la calificada y debe sentirse amenazado, por ende, por una pena mayor; cuando la circunstancia personal atenúa el hecho y ella no le corresponde al partícipe personalmente, él sigue estando a la vez en la situación general como para sentirse amenazado con la pena prevista para ella, es decir, sin atenuantes. Quizá es más feliz la concepción del Código Penal colombiano que la del argentino, pues aquél permite la atenuación por calidades personales también cuando el participante «hubiere actuado determinado por estas mismas circunstancias». Esta extensión no está prevista en el art. 48 del Código Penal argentino.

Pero, desde luego, no puedo asegurar que este sistema, más bien simple, deba ser acogido en una legislación ideal.

C. Conclusiones

Conforme a las consideraciones anteriores, resumo mis conclusiones en disposiciones legales imaginarias:

§ 5. *Autoría*. Es autor el que realiza el hecho por sí mismo, en conjunto con otro o por medio de otro.

§ 6. *Instigación*. El que determinare a otro a realizar el hecho será penado con la pena prevista para el autor. No obstante, el tribunal podrá aplicar, según las circunstancias, una escala penal atenuada.

§ 7. *Cooperación*. El que prestare a otro un aporte notoriamente necesario para realizar el hecho será penado con la pena prevista para el autor. Cuando el aporte prestado no revista especial significación, será aplicable una escala penal atenuada.

§ 8. *Punibilidad del partícipe*. La punición del partícipe, conforme a las prescripciones anteriores, queda condicionada a que él ya haya perdido el

dominio sobre la posibilidad de impedir la consumación. Si sólo ha perdido el dominio sobre la posibilidad de impedir el comienzo de ejecución, será aplicable al partícipe respectivo una escala penal atenuada.

§ 9. *Comunicabilidad de las circunstancias personales.* Las calidades y circunstancias personales que agravan la punibilidad se comunicarán a aquellos participantes que las hubiesen conocido. Las que disminuyan o excluyan la punibilidad sólo se tendrán en cuenta respecto del participante en quien concurran o del que hubiere actuado determinando por esas mismas circunstancias.

La última prescripción tiene la reserva que ya adelanté. Me falta la seguridad suficiente para proponer una solución al respecto. Pero, en vista de la variedad de soluciones y de lo extremadamente discutida que está la cuestión, me inclino por una solución simple, como la del Código Penal colombiano.

Por otro lado, en las disposiciones propuestas falta una regla como la del § 29 del Código Penal alemán, según la cual, «cada participante es penado según su culpabilidad, sin considerar la culpabilidad del otro». Como derivación del principio de culpabilidad, entendida como culpabilidad personal, es superflua; y como reglamentación del principio de accesoriidad, equivocada —tanto como lo es, en sí, el dogma de la accesoriidad—.

3. *La conversión de tipos penales activos en omisivos*

Habré de dedicar pocas reflexiones al problema de la posibilidad de convertir tipos penales de comisión en tipos de omisión. Como se sabe, se trata de la cuestión de si la no evitación de cierto resultado puede ser atribuida al omitente del comportamiento necesario para tal evitación, conforme a un tipo penal que, en principio, alcanza sólo a la producción activa del resultado. Desde el punto de vista axiológico, nadie discute que al menos para ciertos omitentes (garantes) la no evitación del resultado debe ser punible del mismo modo que su causación o, en todo caso, con una pena menor. Para la cuestión de cómo debería estar configurado un modelo de Código Penal ideal, las preguntas son las siguientes:

- ¿hace falta realmente una disposición particular que permita esa parificación o se podría llegar a ella por medio de una interpretación amplia de los tipos respectivos? (infra 1);
- ¿cuál debería ser el contenido de la «cláusula de conversión» para identificar las omisiones correspondientes y el círculo de sujetos obligados? (infra 2);

- ¿merece, en todo caso, la no evitación, la misma pena que la causación o sería preferible prever la posibilidad de una atenuación de la escala penal de la forma omisión del tipo correspondiente? (infra 3);
- ¿hace falta también una cláusula correspondiente para la ¡interrupción de cursos causales salvadores? (infra 4);

A. En favor de una cláusula de conversión

Se trata primeramente de si los así llamados «delitos impropios de omisión» pueden ser considerados como previstos ya en las respectivas descripciones de acción, como «comisión por omisión». A pesar de que la problemática era conocida desde antiguo, las legislaciones derivadas de la codificación no previeron, en general, una «cláusula de conversión». *Schaffstein* enseña que *Tiraquellus* daba por supuesta como cosa natural la posibilidad de una comisión por omisión, y más bien sólo discutía si ella debía ser castigada tan gravemente como la comisión por un hacer activo, o más benignamente⁶³. Desde luego que contra la invocación de una larga tradición cultural como un argumento en favor de la posibilidad de interpretar todo tipo comisivo como omisivo vale la protesta de que, tras la consagración del principio *nullum crimen sine lege sub specie lex stricta*, no sería posible convalidar la punición de omisiones, como si fueran acciones, sobre la base de una doctrina consuetudinaria. Pero aquella larga tradición da mayor sentido a la pregunta de si no se puede interpretar la expresión «matar» o «causar una muerte» como ya referida en el lenguaje natural, como parte de su significado, a la no evitación de la muerte de una persona cuya vida se está obligado a preservar. De hecho, esta comprensión de las cosas responde a la visión de una extendida opinión en el mundo anglosajón⁶⁴, que también tiene contradictores⁶⁵. Por otra parte, ese es el entendimiento corriente del lego especialmente en los delitos imprudentes: a nadie le importa que el médico no haya sido el que *causó* la hemorragia, sino solamente el que *no cerró la arteria* que hacía falta cerrar —por ejemplo, al reemplazar a un colega que debe abandonar una operación ya iniciada— o que haya omitido cualquier otra maniobra de salvamento evidentemente mandada por las circunstancias; en cualquier caso se le atribuirá el resultado como si lo hubiera causado. Mas si el lenguaje natural permite esta extensión en la imprudencia, no habría ninguna razón para no hacer lo mismo respecto de la no evitación dolosa.

⁶³ *Schaffstein*, La ciencia europea del derecho penal en la época del Humanismo (trad. de Rodríguez Devesa), Madrid, 1957, pp. 75 s.

⁶⁴ Cf. las referencias en *Ashworth*, (n. 11), p. 108.

⁶⁵ *Moore* (n. 9), p. 284, *Ashworth* (n. 11), p. 108.

Por otra parte, el criterio de no introducir ninguna «cláusula de conversión» tiene la ventaja relativa de mantener la punición de la «comisión por omisión» dentro de límites bien estrechos: Si uno quisiera ver realizada en la práctica la pretensión de *Stratenwerth* de que «la punibilidad se limite a aquellos casos en los cuales la equiparación se imponga indiscutiblemente»⁶⁶ no habría en verdad nada mejor que dejar sin alterar aquellas legislaciones que —como la argentina y colombiana, por ejemplo— aún no han introducido una cláusula de conversión. Esto lo demuestra el hecho de que en los países en que sus legislaciones incorporaron una fórmula tal, existe un riesgo mayor —y este riesgo se concreta de hecho— de que la punibilidad por delito impropio de omisión reciba una extensión intolerable⁶⁷.

A pesar de ello, creo que el estado actual de la dogmática sobre el delito de omisión permite generar tantas dudas sobre la legitimidad de penar una omisión bajo la descripción legal de un verbo de causación que, al menos desde la puridad de los principios, es preferible establecer legalmente la cláusula de conversión. Lo contrario lleva o bien a una interpretación analógica de los tipos penales o bien a la admisión de una causalidad en la omisión que no se puede defender.⁶⁸

De todos modos, no puedo emitir aquí una opinión tan terminante como la que doy en favor de que existan —tal como existieron siempre— una fórmula de punición de la tentativa y de la participación criminal. Pues, por lo dicho, la ausencia de una cláusula de conversión no tiene de hecho el efecto de generar una laguna de punibilidad intolerable —como lo sería la derogación de delitos del derecho penal nuclear en la parte especial—, sino el de que la punición imprescindible siga rigiendo en la práctica, pero por vías objetables desde el punto de vista constitucional. Tampoco se puede decir que en las legislaciones en que no existe una cláusula de conversión no se resienta en alguna medida la necesidad político criminal de una pena justa: en la jurisprudencia argentina, por ejemplo, el hallazgo de una condena por delito impropio de omisión es, en el ámbito del delito doloso, una rara avis, mientras que los tipos penales activos —sobre todo el homicidio y las lesiones—, en caso de imprudencia, son aplicados sin más ni más a hechos omisivos, sin siquiera tomar consciencia de que se trata de situaciones de hecho que, en rigor, no cumplen el «tipo del texto» y con frecuencia sin tomar consciencia siquiera que se trata justamente de una *omisión*. En cualquier caso, para los países que ya han incluido una cláusula semejante en sus legislacio-

⁶⁶ *Stratenwerth* (n. 59), § 13, N^om. 13.

⁶⁷ *Stratenwerth* (n. 59), § 13, N^om. 13.

⁶⁸ Cf. *Moore* (n. 9), p. 284; *Jakobs* (11. 5), 29/3, 29/15 ss.

nes (como Alemania, Austria, España, Paraguay, Portugal), sería prácticamente imposible derogarlas, mientras que aquellos que no lo han hecho aún (Argentina, Colombia) mantienen la alternativa, pero al costo (pagado en moneda de lesión a *lex stricta*) ya explicado.

B. El contenido de la cláusula de conversión

Si se acepta que exista una cláusula de conversión, aparece la cuestión de *cómo* debería rezar la fórmula respectiva:

- qué *situación de hecho* ante la que no se actúa genera la posibilidad de conversión (infra a); y
- cómo se circunscribirían *los obligados* a la acción (garantes) (infra b).

a) La configuración corriente de la cláusula de conversión se refiere a la situación de «no evitar un resultado que pertenece al tipo de una ley penal» (§ 13 StGB). Esta fórmula tiene el defecto de utilizar una expresión («resultado»), que genera desde el inicio la discusión de qué se entiende en este contexto por «delitos de resultado», y, en el caso de que se ofrezca una definición restrictiva (no lo serían los «delitos de actividad», etc.), posiblemente esa restricción sea indebida: ¿es la privación de libertad, en *esa* medida, un «delito de resultado» de tal modo que el que, sin darse cuenta, deja encerrado bajo llave a una persona deba regresar a liberarlo so pena de ser responsable por privación de libertad dolosa por omisión? Si uno quiere hablar de «resultado» para cualquier «realización de un tipo» la expresión pierde sentido preciso; y si, en cambio, quiere restringir esa noción, ella resultará posiblemente errada. Por lo demás, cuando la omisión impropia quiere ser extendida a actos de cooperación omisiva es totalmente indiferente que el delito respectivo sea de resultado o no. Y la cláusula de conversión se aplica allí no a la *no evitación de un resultado* que pertenece al tipo de una ley penal, sino a la no evitación del hecho ajeno, según una definición de *complicidad*, que constituye el «tipo de una ley penal» sólo en un sentido muy amplio e impropio. Del mismo modo, sólo por una curiosa extensión analógica se puede recurrir a una fórmula semejante para penar un delito impropio de omisión *tentado*, porque el omitente podría argüir en su favor que si bien *no ha evitado* el resultado, éste *tampoco se ha producido* (¿qué sería lo que el omitente «no ha evitado» o «comenzado a no evitar»?); de modo que para aplicar la disposición sobre tentativa habría que contar con otra cláusula de conversión que así lo permitiera (si el principio *nullum crimen sine lege*, que supuestamente origina la necesidad de la cláusula en sí, es tomado estrictamente). Si la fórmula está concebida en términos más generales estos problemas no apare-

cen, En particular, ni la noción (técnica) «tipo de una ley penal» ni la de «resultado» deberían estar en la fórmula legal de conversión de tipos activos en omisivos.

Dado que la conversión puede alcanzar tanto a «delitos de resultado» como «de actividad» y tanto a la conversión de un «tipo de la ley penal» en sentido estricto (de la parte especial) como también a definiciones de la parte general que fundamentan una extensión de aquellos tipos, la cláusula de conversión debería estar formulada en términos más abstractos, como por ejemplo: «Cuando una disposición penal se refiere a un comportamiento activo, se entenderá referida también a la no evitación de una situación de hecho correspondiente a ese comportamiento, si el omitente... (etc.)».

b) Llega ahora el punto en el que sería deseable que la ley pudiera efectuar una restricción: la definición de *cuáles son los sujetos competentes* para responder, en caso de omisión, como si hubieran creado la situación de hecho correspondiente. Pero hasta hoy no se han hallado fórmulas legales que puedan poner límites a desbordes en el surgimiento de la posición de garante. Las incertidumbres que manifestaba *Armin Kaufmann*⁶⁹ sobre este punto en un anterior simposio de la Fundación Humboldt sobre reforma del derecho penal me afectan también a mí 17 años después.

Me inclinaría, con todo, por una fórmula que no mencionara de modo *taxativo* las fuentes formales de la ley y el contrato con más la injerencia —tal como sí lo hacen la fórmula del AE y la actual regulación del art. 11 del Código Penal español—, pero acaso sí de modo *enunciativo*, por ejemplo, complementando la fórmula anterior con la expresión: «... si el omitente tiene el deber jurídico especial de que no se produzca precisamente un hecho de esa naturaleza, tal como cuando le cabe una obligación legal o contractual o cuando deba neutralizar, según las circunstancias, las consecuencias de un riesgo generado por él».

Sólo dos aclaraciones: Con la mención del «deber jurídico especial de evitar» sólo se quiere decir que el deber de actuar *no* se dirige a todos los que pueden evitar, pero realmente no aporta un criterio de delimitación positivo. Por otro lado, en la fórmula anterior sobre la injerencia no se especifica el carácter de *reprobado* del riesgo

⁶⁹ *Armin Kaufmann*, Die Reform des deutschen Strafrechts, en *Madlener/Papenfuss/Schöne* (Hrsg.) Strafrecht und Strafrechtsreform, Köln entre otras 1974, pp. 7 ss., citado según su publicación posterior en: *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert — Gesammelte Aufsätze und Vorträge*, Köln entre otros 1982, pp. 229 ss., esp. pp. 247 ss., esp. pp. 254 s.

originariamente creado; ello es así porque, en casos de creación de riesgos especiales, la posición de garante puede surgir a pesar de que el sujeto haya actuado dentro de los límites del riesgo permitido: *no* permitido sería, justamente, omitir el salvamento posterior. Dado que estas cuestiones no están aún suficientemente aclaradas, ni delimitadas, es preferible una formulación de la injerencia sin adjetivaciones. Los límites deberían provenir de la labor creativa de la ciencia.

C. Atenuación facultativa de la escala penal

Sobre la escala penal de la comisión por omisión, existe la posibilidad de llevar la equivalencia todo trance, por ende, *también a la escala penal* (art. 11 del Código Penal español, art. 15 del Código Penal paraguayo) y la de prever, en cambio, *la facultad de atenuar la pena* (§ 13 StGB). La posibilidad de atenuar la pena del hecho omisivo suele *ser* atribuida a una supuesta restricción más intensa de la libertad de acción que producirían los mandatos en comparación con las prohibiciones (los deberes positivos, frente a los negativos⁷⁰); este argumento es débil, *pero* no vale la pena entrar en él. Pues posiblemente sea tan sólo la racionalización de una concepción naturalista no explícita: que la imputación del resultado en la omisión nunca se funda en *un proceso causal real*, sino *hipotético*. Se podría pensar a partir de esto que quien —como aquí se propone— desconozca toda relevancia al disvalor de resultado en sí mismo y, por consiguiente, equiparara la tentativa acabada, en principio, a la consumación, no tendría ningún fundamento para penar más benignamente la omisión de un garante.

Pero ese argumento es engañoso. La equiparación entre acción y omisión sólo puede ser llevada a cabo *por* completo en casos drásticos, a saber: cuando sería difícil imaginarse un garante más competente y cuando la realización de la acción omitida le habría significado al garante un esfuerzo claramente a su alcance y no complejo. En cuanto uno relaja la intensidad de la posición de garante del omitente respectivo y aumenta la complejidad de la acción que él habría debido realizar para evitar el suceso, tiende a justificar la atenuación de la pena, que, por lo demás, es conocida en la doctrina desde siglos⁷¹. Esa intuición valorativa tan asentada debe *ser* honrada —a diferencia de la que

⁷⁰ Así actualmente aún *Moore* (n. 9), p. 278, con argumentación que en definitiva desembocan en que los deberes positivos necesitan de la restricción de los sujetos responsables, con lo que sólo se llega a que no todos los que pueden evitar están especialmente obligados a hacerlo.

⁷¹ *Schaffstein* (n. 63).

ve justificado un aumento de pena «por consumación»— con una disposición legal que se le corresponda, y que sea especialmente aplicable a los casos en que, a pesar de la correspondencia general de la omisión a la acción, la omisión no llegue a revestir la misma gravedad que la que tendría una acción que causara directamente el mismo suceso.

D. Los llamados delitos de «omisión por comisión»

En la filosofía moral anglosajona se hallan ejemplos característicos de equiparación entre acción y omisión que en realidad evocan no la cuestión de la equiparación de la omisión a la «acción causante», sino la de los llamados «delitos de omisión por comisión» (interrupción de cursos causal es salvadores). En *Feinberg*⁷² se lee, en efecto, que no habría ninguna diferencia moral entre la conducta de un autor que aleja unos centímetros el frasco de medicamentos que salvaría la vida de A de tal manera que éste ya no pueda alcanzarlo, respecto de la omisión de acercar la botella que estaba fuera del alcance de A por la misma distancia. La gracia de este ejemplo reside en que la omisión es comparada con una acción cuya «causación» es tan hipotética como es la de la omisión: no se sabe si el frasco de medicamentos realmente habría sido salvador, precisamente porque este *curso* no se ha realizado. Esto no demuestra aún que ambos comportamientos (activo y omisivo) fueran tan graves como asfixiar a A o pegarle un tiro.

No entraré aquí en la discusión sobre la estructura de estos casos. Basta decir que al menos es teóricamente posible afirmar que, en la llamada «omisión por comisión», tampoco se cumple el tipo de una ley penal que exija una «causación»⁷³: antes bien se causa sólo la frustración de una chance de salvamento. Si por exigencias del principio de nullum crimen sine lege hace falta una cláusula de conversión para las omisiones, también habría que incluir una fórmula correspondiente para que las interrupciones de cursos causales salvadores sean equiparados a una omisión de salvar en posición de garante y, por esta vía, a su vez, a una acción que causa toda la situación. No basta con tratar al actuante como omitente en posición de garante por injerencia, porque el suceso ulterior a su acción puede transcurrir sin que él tenga capacidad de evitar y, por tanto, sin que haya llegado a ser «omitente». La razonabilidad de una facultad de atenuación es menos clara en este caso; pero puede mantenerse.

⁷² Joel Feinberg, *Harm to Others in The Moral Limits of the Criminal Law*, Oxford 1987, p. 167 (con cita de Thomas Grey, a quien pertenecería el ejemplo).

⁷³ Engisch, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestante*, Tübingen 1931, pp. 21 ss., 27 s.; Schönke/Schröder/Lenckner StGB 25ª ed. 1997, previo al § 13, N°m. 71; de otra opinión, Jakobs (n. 5), 7/11, 7/22.

E. Conclusiones

La necesidad de una cláusula de conversión para fundamentar la punición de las omisiones de evitar una situación de hecho correspondiente a un delito de comisión (delitos impropios de omisión) es dudosa; no pertenece al núcleo de lo que de ningún modo podría faltar en un Código Penal ideal. Pero, ciertamente, el creer que no es imprescindible es de por sí también muy dudoso y esto mismo hace aconsejable que esté presente entre las disposiciones de una legislación ideal (mínima). Pero si tal extensión de los tipos hace falta para las omisiones también hace falta para las acciones que llegan a causar no el resultado, sino una situación de hecho similar a a de una omisión en posición de garante.

Por lo demás, la configuración concreta de la cláusula de conversión es problemática. Aquí sólo puedo insinuar una propuesta insegura.

v 10. *Comisión por omisión*. 1) Cuando una disposición penal se refiera a un comportamiento activo, se entenderá referida también a la no evitación de una situación de hecho correspondiente a ese comportamiento, si el omitente tiene el deber jurídico especial de que no se produzcan precisamente un hecho de esa naturaleza, tal como cuando le cabe una obligación legal o contractual o cuando deba neutralizar, según las circunstancias, las consecuencias de un riesgo generado por él. 2) El tribunal podrá aplicar una escala penal disminuida.

v 11. *Omisión por comisión*. 1) La realización de una acción que neutraliza un proceso que podría evitar la lesión o peligro de un bien queda equiparada a la no evitación de la lesión o peligro bajo la obligación jurídica especial de evitar a que se refiere el § 10 párr. 1. 2) Rige el § 10 párr. 2.

III. Dolo e imprudencia

1. *Numerus clausus de imprudencia y delitos calificados por el resultado*

Las legislaciones modernas —siguiendo al § 15 StGB— suelen incluir la disposición de que, en principio, sólo es punible el hecho doloso, si la ley no conmina expresamente con pena el actuar imprudente. Sin embargo, no se perdería nada en claridad si la parte general de un Código Penal ideal se abstuviera de utilizar la expresión «dolo», y reformulara esa cláusula de este modo: *Un hecho delictivo puede ser imputado a título de imprudencia, sólo cuando la ley lo establezca expresamente.*

Pero también esta breve aclaración es prescindible. Porque si la ley penal conmina con pena en unos casos la conducta tal cual está descrita en el texto, sin extender la punición a una comisión imprudente, y, en otros casos, contiene, junto a esa descripción, también una forma imprudente, se deriva ya de eso mismo que la punición por imprudencia sigue un sistema de *Numerus clausus*, es decir, que sólo es punible cuando la ley lo establece expresamente. Así ocurre, por ejemplo, en el Código Penal argentino, que no una regla equivalente a la del § 15 StGB.

También es prescindible una regla que imponga que la pena más grave por especiales consecuencias del hecho (delitos calificados por el resultado), está condicionada a que la consecuencia más grave pueda serle imputada al autor al menos por imprudencia (§ 18 StGB). En lugar de ello, sería preferible que en el capítulo sobre el sistema de penas, hubiera una regla general que estableciera que la culpabilidad es *presupuesto de la pena* y *fundamento de su medida*, más allá de la posibilidad de que, para la medición de la pena, puedan influir otros criterios de prevención —*si es que deben influir*—. Brevemente: si está claro que el sistema de imputación parte de un principio de culpabilidad no es necesaria una disposición como la del § 18 StGB. Si por cualquier razón se considerara conveniente mantenerla, propondría yo una redacción distinta a la del § 18 StGB: Cuando la ley imponga la agravación de la escala penal por la producción de un resultado más grave que el previsto por el autor, la agravación sólo regirá en la medida en que el delito básico haya implicado el riesgo propio de un resultado de esa naturaleza.

2. ¿Hace falta una regla sobre el «error de tipo»?

De lo dicho se interfiere a la vez que es de lo más razonable que la parte general de un Código Penal ideal no contenga ni una definición de dolo, ni una definición de imprudencia. Podría haber ocurrido, por cierto, que la parte general del StGB de 1975 hubiera incorporado definiciones sobre ambos conceptos, si hubieran sido seguidas las propuestas del Proyecto de 1962 y del Proyecto Alternativo. Afortunadamente, los intentos respectivos no prosperaron⁷⁴.

Sí existe una regla, como es sabido, sobre el «error de tipo», el «desconocimiento de una circunstancia que integra el tipo penal» (§ 16, párr. 1, StGB)⁷⁵, de la que se inferiría el contenido intelectual que hace falta para la imputación por dolo: el conocimiento de todos los elementos del tipo.

⁷⁴ Armin Kauffmann (n. 67), pp. 255 s.

⁷⁵ No habré de referirme a la regla del § 16, Abs 2 StGB, de la representación errónea de atenuantes. En un sistema en que *la tentativa*, y no «la consumación», se ha-

Actualmente *Jakobs*⁷⁶ pone en tela de juicio el acierto de una vinculación rígida entre representación del autor e imputación por dolo, especialmente por los llamados casos de «ceguera de hecho». Por mi parte⁷⁷, he abogado en favor de tal vinculación, en razón de que en todo caso se trata siempre de la atribución de una imputación *a partir de una base de conocimiento subjetiva*; pero hay que conceder que el calificar la representación del autor como «contenido suficiente para el dolo» depende de una valoración que muy forzosamente puede describirse siempre como equivalente a que el autor se represente todas las «circunstancias del hecho». A pesar del rígido texto § 16, párr. 1, StGB la doctrina hace toda clase de acrobacias verbales para relativizar lo que el autor debe representarse, al momento del hecho, para que quede legitimada la punición por dolo⁷⁸. Lo que habría que preguntarse es si hace falta mantener una regla como la del § 16 StGB, vista en general como tan elemental en la dogmática moderna.

Contesto brevemente: para el ideal de un Código Penal de contenido mínimo también sería prescindible una disposición referida al error de tipo. Así como no hace falta una definición legal para que se pueda afirmar tanto en la teoría como en la práctica que en tal o cual caso se da un hecho imprudente, en tal otro no, etc., así también respecto de la imputación por dolo sería posible afirmar la responsabilidad en determinados casos y no en otros, sin una regla como la del § 16 StGB. Si uno se representa la misma parte especial de los códigos modernos, sin una parte general con disposiciones sobre dolo, imprudencia o error de tipo, las soluciones prácticas quedarían a grandes rasgos completamente invariadas: se requeriría el conocimiento de todos los elementos del tipo para la punición por dolo, pero en la forma flexible y relajada en que frecuentemente se lo hace: sin ninguna constatación procesal de que tal o cual representación se ha dado en cabeza del autor, sino más bien *adscribiendo* una responsabilidad por dolo según el cuadro de representación que habría tenido un autor ideal puesto en lugar del autor —a excepción de que sea evidente un defecto de conocimiento—. Ciertamente, la disposición del § 16 StGB *aporta seguridad jurídica*, pero se oye decir (*Jakobs*) que a costa de un defecto de imputación. Si nos imagináramos una modificación tan intensa en la discusión científica de

lláse en el centro de la teoría de la imputación, el problema puede ser resuelto fácilmente por las reglas de concurso: la tentativa de un delito especial debe desplazar al delito básico, tanto si también éste está tentado, como si está consumado (pues esta «consumación» no agrega nada relevante al juicio de ilícito).

⁷⁶ *Jakobs* (n. 5), 8/5 ss., 8/10, 19/1; *idem* (n. 49), p. 267; *idem*, Objektive Zurechnung bei mittelbarer Täterschaft durch ein vorsatzloses Werkzeug, en GA 1997, pp. 553 ss. n. 15.

⁷⁷ *Sancinetti* (n. 7), pp. 214 ss., esp. 231 ss.

⁷⁸ *Sancinetti* (n. 7), pp. 239 ss. y las referencias de n. 80.

los próximos años, como para que se llegara a la conclusión de que los casos de “ceguera de hecho” deben *merecer el mismo juicio de reproche* que corresponde a la comisión dolosa, o que *son* comisión dolosa, etc., de modo similar a lo que ocurre en el derecho anglosajón con el concepto de «desconsideración» («recklessness»)⁷⁹, no habría nada mejor que presenciar la evolución doctrinal a darse entretanto, sin un texto como el del § 16, StGB.

Como ejemplo de lo que podría ocurrir sin una disposición como ésa, señalo que el Código Penal argentino carece de una regla sobre el «error de tipo», o, al menos, de una sobre el error de tipo *evitable*. El art. 34, inc. 1, CParg., en efecto, generalmente citado en la doctrina como correspondiente a la exclusión de la imputación por dolo, sólo dice que «*no son punibles*: 1) el que no haya podido en el momento del hecho... por error o ignorancia de hecho *no imputable*, comprender la criminalidad del acto o dirigir sus acciones...». De aquí sólo se infiere que un error (de hecho) que sí sea *imputable* (evitable), o que *no impida* comprender la criminalidad, no conduce a impunidad. Cómo se dé la punición posible —si a título de imprudencia o de otro modo— no está prejuzgado por esa disposición.

En resumen, una formula sobre el error de tipo evitable no hace falta. Basta con que en la parte especial sea perceptible que, en general, las acciones son castigadas según una descripción que parece presuponer el conocimiento del autor *de condiciones relevantes* para la aplicación de esa pena, y que, en otros casos, junto a esa descripción, se agrega una punición por imprudencia que no requeriría el conocimiento del autor de *aquellas mismas* condiciones, aunque acaso sí de *otras* —de menor significación—, si es que, conforme a una opinión minoritaria —a mi juicio acertada⁸⁰—, también el hecho imprudente es un delito doloso de peligro (abstracto) no descripto típicamente, en el que el autor tiene que ser consciente del síndrome de riesgo que fundamenta la imputación. Y tampoco haría falta una regla sobre el error de tipo inevitable, porque si, entre las causales de impunidad, se incluye una disposición sobre el *error de prohibición inevitable*, a fortiori, también es-

⁷⁹ Ashworth (n. 11), p. 180.

⁸⁰ Armin Kauffmann, Das fahrlässige Delikt, en Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1964, pp. 41 ss.; citado según su publicación posterior en: Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert—Gesammelte Aufsätze und Vorträge, Köln entre otras 1982, pp. 133 ss.; Zielinski, Handlungs- und Erfolgswert im Handlungsbegriff, Berlin 1973, pp. 152 ss» 191; *idem*, StGB-AK §§ 15, 16, Rdn. 82 ss.; Schöne, Fahrlässigkeit, Tatbestand und Strafgesetz, en Gedächtnisschrift für Hilde Kaumann, Berlin-New York 1986, pp. 649 ss.; Struensee, Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts, en JZ 1987, pp. 53 ss.; Sancinetti (n. 7), pp. 269 ss.

tará asegurada la impunidad del error *de tipo* inevitable (pues éste implica a la vez una falta de consciencia de la criminalidad del acto).

3. *Función del resultado en el delito imprudente*

Según las consideraciones anteriores, la imprudencia no requeriría, al parecer, ninguna disposición legal (tampoco el dolo). El verdadero desafío para el futuro de la dogmática de la imprudencia, sin embargo, sería el de lograr acercar todo lo posible su punición, a la estructura de la punición por dolo. Y esto significa: a relajar el condicionamiento rígido, hasta hoy existente, de la imprudencia a la producción del resultado del correspondiente tipo doloso —en tanto no pueden ser convertidas todas las posibles formas de imprudencia en tipos dolosos de peligro abstracto—. Si se puede lograr un sistema penal que termine de abrogar a «los juicios de Dios» en la determinación de la medida del ilícito y de la culpabilidad, es decir, si se deja de lado el carácter constitutivo de la «consumación» —lo que en parte ya existe para el ilícito doloso, en todos los países en que la tentativa al menos *puede* ser penada con la *misma* pena que el hecho consumado—, entonces, urgiría hallar algo correspondiente a la tentativa en el delito imprudente.

El condicionar la punición de la imprudencia, sin embargo, a la producción del resultado puede explicarse como derivado del principio de *proporcionalidad* y de *mínima intervención*. Se impone restringir el ámbito de punición de todo el ámbito de la imprudencia, por la enorme injerencia que cobraría el Estado si —sin la producción de un resultado— pudiera indagar por cada posible conducta imprudente del ciudadano, para que al cabo de infinidad de procesos se llegara a la conclusión de que el sujeto se comportó correctamente, a pesar de lo que hubieran podido indicar en contra algunos datos iniciales. Lo que el resultado de por sí no puede demostrar en el caso concreto (= que el autor se comportó realmente de modo descuidado) sí puede sugerirlo para el *gran número* de casos. Con esta selección por datos externos, ciertamente quedan impunes todas las imprudencias (a veces muy graves) que quedan sin resultado, pero se obtiene como beneficio que el Estado no tome injerencia en un número infinito de acciones de la vida cotidiana, asfixiando al ciudadano; tampoco *podría* cumplir siquiera con una función semejante. El condicionamiento de la punición de la imprudencia a la consumación (= azar) tiene sentido, como compensación por la gran *indeterminación* de la conducta prohibida.

Ahora bien, si el resultado sólo cumple esa función *selectiva* y *no constitutiva*, se puede flexibilizar la relación entre comportamiento imprudente y resultado causado, y, por cierto, en dos sentidos posibles: a)

para admitir, en sus consecuencias prácticas, la teoría del incremento del riesgo; b) para poder graduar la pena más ceñidamente a la gravedad del descuido, en lugar de en función del resultado.

a) En lo que se refiere a lo primero, si una parte del presupuesto de que el concepto «consumación» integra realmente el ilícito como componente constitutivo, no hay ningún modo de seguir la teoría del incremento del riesgo⁸¹, para penar *por* delito imprudente consumado. Pues así se sustituye el hecho típico (de resultado) por un delito de peligro abstracto con más la producción de un resultado cuya vinculación con el hecho es incierta, en contra del principio *in dubio pro reo*. Lo que se halla de correcto detrás de esa teoría, sin embargo, es que la causación de un resultado *no* debe ser vista como determinante del ilícito en ninguna medida, sino sólo como condición que habilita el estudio de si un comportamiento humano ha sido descuidado, pero siendo lo constitutivo del ilícito pura y exclusivamente la conducta contraria al cuidado. Bajo este concepto, desde luego, ya no habría una lesión al principio *in dubio pro reo*, pues lo determinante (la imprudencia) debería estar de cualquier modo perfectamente *demostrado* y lo demás (resultado imputable) es puro criterio político de selección. Si uno aceptara este modelo, las legislaciones futuras podrían introducir una regla como ésta: *Cuando la responsabilidad por un hecho imprudente esté condicionada a la causación de determinado resultado, y, producido un resultado de esa naturaleza, no hubiere necesariamente relación de imputación entre precisamente tal efecto y la inobservancia de las reglas de cuidado, se podrá aplicar igualmente la escala penal señalada para el delito imprudente respectivo, en la medida en que el descuido en que se hubiera incurrido hubiese sido de tal entidad que le habría podido dar lugar a un resultado de esa naturaleza a uno más grave.*

A falta de una cláusula de ese tenor, las absoluciones por imprudencia deberían *ser* mucho más amplias de lo que hoy son; porque una prueba acabada de una relación de imputación (incluyendo aquí tanto la relación causal como la llamada relación de antijuridicidad) es difícil o imposible, en muchos más casos de aquellos que son tratados en la práctica como problemáticos; en la imprudencia por omisión eso puede ser incluso la regla general.

⁸¹ La doctrina —que tiene hoy diversos seguidores— es debida a *Roxin*, *Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten*, en: *ZStW* 74 (1962) pp. 411 ss. (hoy en: *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin-New York 1966, pp. 147 ss.); *idem* (n. 3), § 11 N° m. 76 ss., con otras referencias (n. 144).

b) Pero, por encima de ello, interesa la cuestión de que también la *medida del ilícito y de la culpabilidad* debería estar dada por la conducta imprudente y no *por* la dimensión del resultado. Especialmente en los casos de lesiones o muerte por imprudencia, la gravedad de la infracción a las reglas de cuidado puede tener una relación totalmente arbitraria con la entidad del menoscabo al bien. Una vez que se ha producido un resultado correspondiente a un grupo de delitos que se refieren, en general, al mismo bien jurídico (la persona en su individualidad física), ya quedaría legitimada la injerencia estatal para indagar por la posibilidad de un comportamiento descuidado. Desde luego que la ley podría condicionar la punición de la imprudencia también a la producción de resultados de *cierta entidad*, para restringir el ámbito de la injerencia estatal —por ejemplo, dejando impune las lesiones leves por imprudencia—. Pero, una vez legitimada la injerencia por la producción de un resultado señalado por la ley (ejemplo: lesiones graves o muerte), la medida del ilícito y la culpabilidad, y, por tanto, de la pena, debería estar dada por la *gravedad del comportamiento descuidado*. Esto podría traducirse también en una regla de derecho positivo de las legislaciones venideras. aproximadamente con este alcance: *Si la infracción al cuidado hubiese podido ocasionar preferentemente un resultado más grave que el producido, o uno menos grave, el tribunal podrá aplicar la escala penal correspondiente al delito imprudente más grave cuyo resultado razonablemente debería haberse producido, o, en su caso, la del menos grave. Si la lesión al cuidado hubiere sido ínfima, el tribunal podrá eximir de pena, a pesar de la prohibición de un resultado imputable de mayor entidad.*

Desde luego que es previsible la objeción de que con las dos reglas anteriores (*sub a* y *sub b*) ya no se trataría de una regulación *mínima*, sino de un avance considerable en disposiciones de derecho positivo sobre la imprudencia, que restringirían considerablemente las chances de supervivencia de toda teoría devota del carácter constitutivo del resultado, es decir, que aquí entraría subrepticamente el filo de la espada de la ley, para cortar el hilo de vida de la posición contraria.

Esto es verdad a medias. En primer lugar, desde siempre existen razones que deberían haber convencido objetivamente de que la producción efectiva del resultado no tiene nada que ver con la fundamentación del ilícito. En segundo lugar, la regla *sub a* ha sido formulada por autores fijados al carácter constitutivo de los resultados, de modo que no tendrían por qué experimentarla como prueba de una derrota, mientras que la regla *sub b*, en tanto sea sólo de aplicación facultativa, permitiría que los prejuicios vinculados al carácter constitutivo del resultado sigan operando para quien lo considere ra-

zonable o necesario; ese aplicador del derecho recurriría a la pena del delito correspondiente al resultado producido, no a una *mayor* o *menor*. Por último, en este acápite no pretendo decir que un Código Penal ideal de contenidos mínimos que se sancionara hoy mismo debiera contener esas disposiciones. Si he hablado del desafío del futuro de la dogmática de la imprudencia es porque sugiero que reglas de esa naturaleza deberían ser el resultado de una evolución aún faltante sobre el ilícito de la imprudencia. Sólo podrían integrar un derecho positivo, si el consenso a su respecto en la ciencia del mañana fuera suficiente.

4. *La escala penal de la imprudencia*

Cabría preguntarse, finalmente, si las conminaciones penales aún vigentes en las legislaciones de nuestro contexto cultural para la imprudencia no han quedado rezagadas en comparación con la creciente importancia del hecho imprudente en la sociedad moderna. En particular, las escalas penales previstas para el hecho doloso de culpabilidad atenuada — imputabilidad disminuida, error de prohibición evitable —, suelen tener un campo de superposición con la escala penal normal, mientras que los marcos penales del delito imprudente, en general, tienen un máximo de pena que o bien toca el mínimo del hecho doloso, o bien está incluso por debajo de él. Esta subvaluación del hecho imprudente frente al hecho doloso de culpabilidad disminuida puede ser equivocado. Pero, si bien la comparación entre el reproche del dolo con culpabilidad atenuada y el reproche de la imprudencia es un problema de la teoría general, en todo caso éste sólo puede ser resuelto en los marcos penales de la parte especial. Como principio orientador, y dicho a grandes rasgos, vale lo siguiente: para la «imprudencia de hecho» apenas se puede justificar una pena distinta de la de la «imprudencia de derecho».

5. *Conclusiones*

A excepción de que en una evolución aún faltante, se decida incluir en los códigos penales cláusulas que flexibilicen el condicionamiento de la punición de la imprudencia a la producción de un resultado (*supra III, a, b*), no hay ninguna regla referida a la imprudencia que deba estar contenida en la PG. En esta situación está incluso la regulación del «error de tipo», que también es prescindible. En cualquier caso, las escalas penales del hecho imprudente deberían acercarse a las del hecho doloso de culpabilidad disminuida.

IV. Impunidad y disminución de la escala penal

Con lo dicho hasta aquí se agota *una* parte de lo que debería contener sobre teoría general de la imputación la PG de un Código Penal en el ideal, aquí defendido, de un «estándar mínimo»; esa parte es el conjunto de disposiciones que *fundamentan una extensión de punibilidad* de los tipos penales de la parte especial; además de la tentativa, la participación y la omisión, he incluido aquí las disposiciones que sugiero para un *futuro* derecho penal de la *imprudencia*, porque ellas también producirían una extensión de la punibilidad del tipo penal respectivo, entendido al modo tradicional. La *otra* parte, a considerar aún, está integrada por la enumeración legal de ciertas causas que determinan la impunidad del hecho y ciertas otras que imponen una atenuación del marco penal.

1. Causales que determinan la impunidad del hecho

a) Si uno da un vistazo a las legislaciones actuales, puede comprobar enseguida que existe un conjunto de causas referidas a la teoría del hecho punible que conducen a la impunidad y cuya presencia explícita en la leyes plausible. Desde luego que tales causales no se agotan en las *enumeradas en la ley*, pues, cuando la impunidad deriva de la *atipicidad* según nociones referidas al *concepto de ilícito*, especialmente las vinculadas a la teoría de la imputación objetiva, la cuestión respectiva no admite una regulación legal, y todo intento que se hiciera a este respecto generaría el riesgo de una regulación de la que habría que arrepentirse pronto. Es propio de nuestra materia que los límites de los conceptos *centrales* (¿cuándo hay un riesgo reprobado?) no sean determinables legalmente. Del mismo modo, tampoco hay un *numerus clausus* de causas de justificación; por más minucioso que se quisiera ser en la consagración de tipos permisivos, las causas de justificación conformarán siempre un catálogo abierto.

En lo que se refiere a las causales que conducen a la impunidad del hecho y que sí se hallan reguladas en la PG de los códigos penales, ellas cubren un amplio espectro: justificación, inimputabilidad, exculpación, etc. Este catálogo es bastante uniforme en lo que se refiere a la *identificación de las causales*; de un código a otro difieren, en cambio, básicamente, en la *forma* de su regulación y en los *límites* en que están concebidas.

b) En este campo también se puede optar o bien por una regulación muy detallada de la situación de hecho que configura la causal respectiva o bien por una regulación más bien *laxa*, con límites *abiertos*, del mismo modo que se puede optar por un sistema que clasifique la causal en un determinado estrato de la estructura del hecho pu-

nible o *por* uno que solamente la enumere dentro de un conjunto heterogéneo, bajo la expresión general: «El hecho no es punible en los siguientes casos... (etc.)».

Un modelo de sistema legal «clasificadorio» lo ofrece justamente el StGB, en el que se distingue, por ejemplo, entre estado de necesidad *justificante* (§ 34) y *exculpante* (§ 35), y en el que parece una cuestión de principios aclarar, *por* ejemplo, que, aquel que ejerce una legítima defensa «no actúa de modo antijurídico» (§ 32), mientras que quien obra por error de prohibición inevitable «actúa sin culpabilidad» (§ 17), etc. Se supone que tales clasificaciones son *importantes*, especialmente por su influencia en la participación criminal, en tanto incidirían sobre la definición de un hecho principal como «doloso y antijurídico» —una exigencia, a su vez, errad —.

Un modelo completamente distinto contenía el Código Prusiano de 1851, que incluía una nómina de causales de *exclusión* y de *atenuación* de la pena, sin atribuirle a la causal respectiva una categoría dogmática (§§ 40 ss.). Su enumeración era, sin duda, incompleta, juzgada a la luz de los conocimientos actuales; pero el sistema escogido era muy superior al modelo alemán actual, que quiere resolver en el texto legal cuestiones en las que sólo es competente la filosofía práctica. Dicho a modo de ejemplo: ¿Es realmente necesario distinguir en la ley entre un estado de necesidad que excluye el ilícito y otro que excluye la culpabilidad, cuando es discutible ya el hecho mismo de que ilícito y culpabilidad constituyan estadios realmente distinguibles uno del otro?

c) La propuesta de un «estándar mínimo» presupone también una toma de posición en esta materia: así como en las causas que fundamentan la extensión de los tipos penales el ideal está constituido por una regulación mínima, así también en materia de causales que conducen a la impunidad, la ley no debe hacer ninguna clasificación de su ubicación sistemática: sólo debe *preverlas*, porque es razonable que a grandes rasgos estén reguladas *legalmente*.

Acoto, para ilustrar por vía de ejemplo, que el Código Penal argentino mantiene aún el sistema de mera enumeración de causales de impunidad, *sin* ninguna clasificación (art. 34). Bajo la expresión general del Título V: «Imputabilidad» esa disposición establece que «no son punibles» un conjunto de casos de diferente estructura dogmática: insuficiencia o alteración de las facultades mentales, estado de inconciencia, *error* de hecho, fuerza física irresistible, coacción, estado de necesidad, legítima defensa, ejercicio de un derecho, autoridad o cargo, cumplimiento de un deber. Por cierto, el catálogo es imperfecto (la ausencia más significativa en la práctica es la falta de regulación del error de

prohibición); pero el sistema en sí —correspondiente al del Código Prusiano— es largamente preferible al del StGB actual.

También es preferible que el «tipo» de cada causal esté enunciado de modo tan solo esquemático. Para seguir con el mismo ejemplo comparativo, todo el conjunto de casos que pueden caer bajo una denominación general de «estado de necesidad» está previsto, en el Código Penal argentino, en dos reglas sumamente escuetas (art. 34, incs. 3 y 4): «No son punibles... 3) el que obrare violentado... por amenazas de sufrir un mal grave e inminente; 4) el que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño». Seguramente los §§ 34 Y 35 del StGB precisan *mejor* la situación de hecho que conduce a la impunidad, sobre todo si uno pretende, por ejemplo, que un estudiante comprenda rápidamente los presupuestos reales del estado de necesidad. Pero sería preferible que las condiciones en que opera un estado de necesidad estén deparadas *a la ciencia* y a la *jurisprudencia* y que sean éstas las que sienten las reglas (flexibles) bajo las cuales el autor queda impune. Como *disposiciones legales*, por ello, son preferibles las (imperfectas) disposiciones del Código Penal argentino que las (detalladas) del StGB.

Intentaré ahora abogar en favor de esta preferencia de la mano de una comparación de disposiciones del mismo StGB. Los §§ 34 y 35 StGB son el producto de la extraordinaria evolución de la dogmática alemana, que en algo más de cien años de aplicación del Código del Reich llegó a un concepto exhaustivo de cada situación reconocida como «justificante» o «exculpante», con un consenso científico suficientemente amplio. No hay, en cambio, una regulación tan detallada para el error de prohibición en el § 17, porque a fines de los años 60 apenas se había logrado la convicción suficiente de que la regla *error juris nocet* debía ser desterrada; bajo *qué condiciones* debía serlo, empero, estaba aún sumamente inseguro. Que el autor actúe «sin culpabilidad» cuando le «falta la comprensión del ilícito por el error inevitable» puede ser entendido como una afirmación tautológica; lo relevante sería saber bajo qué condiciones el error es considerado *inevitable*. Esto, naturalmente, no está especificado por el § 17, a pesar de que se trata de un límite mucho más importante en la práctica, que lo que son los presupuestos del estado de necesidad. Ahora, a unos 35 años de los trabajos de reforma que jalonaron la PG de 1975, existe una importante jurisprudencia que trató de establecer estándares para la aplicación del § 17. Pero sería un grave error querer fijar hoy legalmente esos estándares en una reforma eventual. Eso sería el final de la evolución dogmática, en un tema justamente capital. ¿Cuánto se tardaría en ver una deficiencia en la regulación?

Contra el argumento que se podría ensayar, de que siempre sería posible reformar los estándares de cada situación de hecho conforme a una evolución sobreviniente a pesar de la ley, hay que contestar que las soluciones últimas de los problemas jurídico-penales guardan una relación directa con la conformación de los valores esenciales de la sociedad. Y una sociedad que está cambiando constantemente la redacción de su código penal se muestra insegura de sí misma: se asemeja a una familia que se mudara de ciudad todos los meses; posiblemente ella encuentre una vivienda cada vez más confortable, pero difícilmente sus miembros puedan desarrollar un proyecto de vida racional y saludable.

d) En suma, no hay ninguna necesidad de establecer que tal causal excluye el ilícito, tal otra *la culpabilidad*, etc., incluso en el caso de que el consenso científico al respecto sea extremo. Si existe un consenso de esa índole, nadie necesitará de una disposición legal; y si no lo hay, la regla será posiblemente desacertada. Por ello, basta con esbozar una situación de hecho suficientemente identificable a grandes rasgos.

No puedo entrar aquí en la discusión de los límites concretos de cada causal. Justamente si la regulación legal se limita a lo ideal de un «estándar mínimo», tal discusión será un capítulo de la doctrina, no de la legislación. Sólo me permito agregar, con relación al error de prohibición en particular, que en lugar de una fórmula determinada por el concepto «desconocimiento del ilícito», tal como se lee en el § 17 StGB, sería preferible una determinación más general, como: «no comprender la *criminalidad del acto*», de tal modo de dejar abierta la posibilidad — aunque sin conducir necesariamente a ello — de que también un error sobre la *punibilidad*, bajo ciertas circunstancias, pudiera tener efecto eximente o atenuante.

2. Causales de disminución de la escala penal

Un defecto notorio de las legislaciones de buena parte de América Latina consiste en la falta de una nómina de causales de atenuación del marco penal o, al menos, de una suficientemente amplia. Dado que eso se une a un contexto en el que, mediante una injerencia cada vez mayor de los medios masivos en pos de un derecho penal más drástico, los mínimos de las escalas penales son elevados permanentemente — con frecuencia por oportunismo político —, bajo la promesa ilusoria de que eso podría augurarle a la sociedad un futuro maravilloso, la lesión al principio de culpabilidad y de proporcionalidad que eso lleva consigo llega a límites cada vez más preocupantes.

Podría sostenerse que si se previeran mínimos punitivos más bajos y fuera menos amplia la amplitud de las escalas, no sería necesario un

catálogo de causas de atenuación del marco penal; la pena justa podría quedar en manos de la dogmática de la determinación de la pena. Pero este argumento no es acertado. En la determinación de la pena es decisivo cual es el *punto de ingreso* en la escala penal para el caso normal; y es conveniente que en casos de ilícito, culpabilidad o necesidad de pena *sensiblemente menor* por situaciones dadas de modo estándar, el punto de ingreso descienda también *sensiblemente* por el establecimiento de una escala penal alternativa.

La PG del StGB prevé varios casos de atenuación de la escala penal, regidos por el § 49 StGB. Así, la tentativa, la omisión, la capacidad de culpabilidad disminuida, el error evitable de prohibición, tienen prevista la posibilidad de atenuar el marco penal, mientras que la atenuación es obligatoria para la complicidad. A grandes rasgos, estas posibilidades de atenuación son acertadas, con la salvedad de las observaciones y correcciones formuladas hasta aquí (atenuación obligatoria para la tentativa inacabada, en principio identidad del marco para la tentativa acabada respecto del delito consumado, posibilidad de atenuación para la instigación, etc.). A esa enumeración —que en algunas legislaciones latinoamericanas vigentes, como el CP arg., se reduce sólo al caso de la tentativa, la complicidad y la edad de quienes tienen entre 16 y 18 años— habría que añadir un catálogo de aquellas situaciones que en casos normales inciden en la medición de la pena *dentro* del marco, a fin de que ellas también puedan atenuarlo si revisten un valor extraordinario.

A este respecto, no es factible diseñar un catálogo válido para todas las sociedades, porque lo relativo al más y al menos se halla mucho más vinculado a la configuración concreta de la sociedad que la teoría general del hecho punible, del mismo modo que lo está el sistema de penas y medidas en su conjunto y la redacción de los tipos penales de la PE.

Dedicaré igualmente dos palabras a los casos de la poena naturalis, la conducta posterior al hecho y las eximentes incompletas.

El StGB prevé la posibilidad de eximir de pena al autor que haya sufrido consecuencias tan graves que la imposición de una pena fuese manifiestamente errada, si el hecho está amenazado *con* pena inferior a un año (§ 60). Si este principio es razonable para *ese* caso, habría que extraer de allí la regla general de que la poena naturalis debería ser tenida en cuenta para atenuar el marco penal, especialmente cuando las consecuencias perjudiciales para el autor hubieran tenido un valor extraordinario. Una solución de esta clase crearía, sin duda, varios inconvenientes, en particular, la elaboración de una teoría de la imputación de las consecuencias nefastas para el autor: ¿cuándo serían tales

consecuencias imputables *a su hecho* y cuándo *mera casualidad* irrelevante vinculadas al hecho *por azar*? Pero, a grandes rasgos, esa previsión sería equitativa. Al menos ha de descender de algún modo la *necesidad* de pena del autor de un atentado que ha perdido en él, por ejemplo, sus dos brazos. Estas situaciones se presentan con alguna frecuencia en la vida real, pero normalmente no hay cómo atemperar las consecuencias rígidas de la ley. Por cierto, el ilícito y la culpabilidad quedan inalterados por las consecuencias del hecho, pero en tanto el autor y la comunidad pudieran vivir esos costes como consecuencia negativa por la acción incorrecta, parte de la función corriente de la poena forensis puede ser absorbida por la poena naturalis.

Lo mismo se puede decir del comportamiento posterior al hecho. Tampoco él modifica el ilícito ni la culpabilidad, pero puede ser justo computar en compensación el valor de la acción posterior. En circunstancias normales, el comportamiento posterior al hecho sólo puede ser una razón para atenuar la pena *dentro* del marco; pero pueden darse situaciones extraordinarias que justifiquen una atenuación mayor. Sería de desear, sin embargo, que el comportamiento posterior al hecho estuviera exclusivamente circunscripto, *como* causal de atenuación de la pena, a la conducta desplegada en situación correspondiente a la “voluntariedad» de un desistimiento); en particular, que no estuviera motivada en la iniciación de la causa penal. Ciertamente el derecho penal actual va a contramano de esa restricción, en la medida en que se conciben beneficios indignos por el comportamiento *procesal*, en favor, por ejemplo, del «testigo de la corona» («arrepentido», en las legislaciones latinas), con tal de que incrimine a otro que al Estado le resulte más «conveniente» o en favor de quien indemniza a la víctima antes de cierto estado del proceso. En este «Estado mercader» la pena no puede ser entendida más *como* la ratificación de la vigencia de la norma. El condenado a la pena máxima puede explicarle a todos que él no ha sido un buen hombre de negocios en el proceso penal, y que se halla en la misma situación de justicia material que aquel otro que fue premiado bajo las reglas *del mercado*. Por lo demás, la incidencia del comportamiento procesal lleva en germen la destrucción del principio *nemo tenetur*, como garantía básica del proceso penal y de los derechos fundamentales. Por ello, también son erradas las atenuaciones fundadas en general en la autoincriminación (ejemplo: art. 21, inc. 4, CPesp.); ellas implican una agravación de la situación procesal para todo el que *no* se autoincrimina.

También sería de desear que los casos análogos a la justificación o exculpación, las llamadas «eximentes incompletas» en la doctrina española (art. 21, inc. 1., CPesp.) fueran previstos como causales de atenuación del marco penal. En particular, habría que tratar bajo este con-

cepto el caso de *exceso en los límites de la necesidad* de un acto de defensa o por estado de necesidad. La solución del § 33 StGB que impone la impunidad de aquel que traspasa los límites de la legítima defensa por confusión, temor o espanto —solución que el art. 24 CP parag. extiende al estado de necesidad— implica el riesgo de actos de justicia de Lynch bajo la invocación simplista de una confusión o atemorización y, con ello, a aumentar la comunicación violenta de la sociedad. Si la situación de desconcierto, al ejercer la defensa, es tan intensa como para provocar realmente la incapacidad de culpabilidad del autor, entonces debe regir directamente esta causal; de otro modo, es suficiente —a lo sumo— con una atenuación.

Si a pesar de todas las diferencias evidentes de las valoraciones de cada sociedad, se quisiera convenir en una disposición de la parte general de los códigos penales, para la atenuación de la escala penal de todos los delitos, se podría pensar en una formulación como ésta:

§ 12 *Imputabilidad disminuida*. 1) Se podrá aplicar una escala penal atenuada cuando las especiales circunstancias atenuantes en que hubiere sido cometido el hecho, la voluntaria conducta posterior del agente, anterior al proceso, como sus esfuerzos serios por evitar el resultado o por reducir o reparar el perjuicio causado, o los daños sufridos por él mismo con motivo u ocasión del hecho tuvieran un valor excepcional, así como también cuando la capacidad para comprender la criminalidad del acto o dirigir las acciones conforme a esa comprensión hubiere estado esencialmente disminuida, o cuando hubieren concurrido circunstancias de cualquier eximente sin que se perfeccionen todos sus elementos, o se hubiere obrado con exceso en los límites impuestos por la ley o por la necesidad.

Con esta disposición amplia existiría una mayor posibilidad de que la medida de la pena esté en relación directa con la medida del ilícito y de la culpabilidad, así como también que sea restringida, en su caso, en función del principio de proporcionalidad.