

RAFAEL ALCÁCER GUIRAO

**ESTUDIOS
SOBRE LA TENTATIVA
Y EL DESISTIMIENTO
EN DERECHO PENAL**

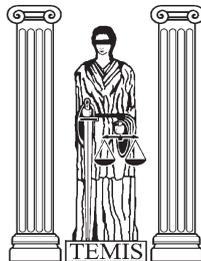


TEMIS

ESTUDIOS SOBRE LA TENTATIVA
Y EL DESISTIMIENTO
EN DERECHO PENAL

RAFAEL ALCÁCER GUIRAO

**ESTUDIOS SOBRE LA TENTATIVA
Y EL DESISTIMIENTO
EN DERECHO PENAL**



EDITORIAL TEMIS S. A.

Bogotá - Colombia

2021



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

© Rafael Alcácer Guirao, 2021.

© Editorial Temis S. A., 2021.

Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá

www.editorialtemis.com

correo elec.: gerencia@editorialtemis.com

ISBN 958-35-0574-9

2234 200600050500

ISBN e-book 978-958-35-1361-9

Hecho el depósito que exige la ley.

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

PRINCIPALES ABREVIATURAS
UTILIZADAS EN EL LIBRO:

ADPCP	<i>Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales.</i>
AP	<i>Actualidad Penal.</i>
art., arts.	Artículo, artículos.
ARSP	<i>Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie.</i>
AT	Allgemeiner Teil (Parte General).
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán).
cit.	Citado, citados.
cfr.	Confróntese.
comp.	Compilador.
coord.	Coordinador.
C. P.	Código Penal.
CPC	<i>Cuadernos de Política Criminal.</i>
Dir.	Director.
ed.	Edición.
edit.	Editor.
FS	Festschrift (Libro Homenaje)
GA	<i>Goldtdammer's Archiv für Strafrecht.</i>
GS	<i>Gedächtnisschrift</i> (Libro en memoria).
Intro.	Introducción.
JA	<i>Juristische Arbeitsblätter.</i>
JR	<i>Juristische Rundschau.</i>
Jura	<i>Juristische Ausbildung.</i>
JuS	<i>Juristische Schulung.</i>
JZ	<i>Juristenzeitung.</i>
LK	<i>Leipziger Kommentar.</i>
LL	<i>La Ley.</i>
MDR	<i>Monatsschrift für Deutsches Recht.</i>
MshrKrim	<i>Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform.</i>
NDP	<i>Nueva Doctrina Penal.</i>
NJW	<i>Neue Juristische Wochenschrift.</i>

NStZ	<i>Neue Zeitschrift für Strafrecht.</i>
ÖJZ	<i>Österreichische Juristenzeitung.</i>
pág./págs.	Página/páginas.
PE	Parte Especial.
PG	Parte General.
PJ	<i>Poder judicial.</i>
Reed.	Reedición.
RDPC	<i>Revista de Derecho Penal y Criminología.</i>
RFDUC	<i>Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense.</i>
RJCat	<i>Revista Jurídica de Cataluña.</i>
SchZStr	<i>Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht.</i>
Scil.	Scilicet: es decir, o sea.
SK	<i>Systematisches Kommentar zum Strafgesetzbuch.</i>
StGB	<i>Strafgesetzbuch.</i>
STS/SSTS	Sentencia/sentencias del Tribunal Supremo.
vid.	Véase.
ZRP	<i>Zeitschrift für Rechtspolitik.</i>
ZStW	<i>Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.</i>
§	Parágrafo.

ÍNDICE GENERAL

CAPÍTULO I

LA TENTATIVA Y LOS FINES DEL DERECHO PENAL

	PÁG.
1. La tentativa y la teoría del delito	1
2. Tentativa, concepto de delito y los fines del derecho penal	3
3. Teorías sobre el fundamento de punición	4
A) Teoría del peligro	5
B) El quebrantamiento de la vigencia de la norma	8
4. Críticas a la teoría del quebrantamiento de la vigencia de la norma.....	10
5. Dilema	15
6. Los fines del derecho penal	16
7. La lesividad penalmente relevante	22
8. Distinción entre fundamento y presupuesto de la sanción	24
9. La tentativa inidónea y los márgenes mínimos de punición	27
A) Criterios de enjuiciamiento de peligro	27
B) La peligrosidad “ex ante” como margen mínimo del quebrantamien- to de la vigencia de la norma. Dos perspectivas sobre la protección de la seguridad	28
10. Conclusiones	33

CAPÍTULO II

ENJUICIAMIENTO DEL PELIGRO, TENTATIVA Y DELITOS DE PELIGRO

1. Introducción	35
2. ¿Identidad estructural entre la tentativa idónea y los delitos de peligro concreto? Consecuencias dogmáticas y materiales	38
3. Modelos de enjuiciamiento del peligro	45
a) Perspectiva o punto de vista del juicio	47
b) Momento del hecho	48
c) Grado de conocimientos del observador	48

	PÁG.
4. Identidad estructural entre los delitos de peligro abstracto y la tentativa “inidónea”	56
5. Enjuiciamiento del peligro y estructura de lo injusto. “Desvalor” de acción y “desvalor” de resultado	71

CAPÍTULO III

ELEMENTOS TÍPICOS NO VINCULADOS AL CURSO CAUSAL Y LA TENTATIVA DE AUTOR “INIDÓNEO”

1. Planteamiento general. Tentativa “inidónea” y delito putativo	79
A) Tentativa punible y tentativa inidónea	79
B) Tentativa inidónea, tentativa irreal y delito putativo	80
C) Elementos típicos no vinculados al curso causal y enjuiciamiento del injusto	84
2. La teoría de la falta de tipo y el autor “inidóneo”	86
3. El enjuiciamiento de la tipicidad según elementos típicos no vinculados al curso causal	95
4. La teoría del delito especial	102
5. Merecimiento y necesidad de pena de la tentativa de autor “inidóneo”	111
6. La tentativa de autor “inidóneo” y el derecho positivo	116

CAPÍTULO IV

COMIENZO DE LA TENTATIVA EN LA COMISIÓN POR OMISIÓN

1. Introducción	119
2. Teorías basadas en el factor temporal	124
A) Exposición doctrinal	124
a) Teoría de la primera posibilidad de evitación	124
b) Teoría basada en la última posibilidad de evitación	126
B) Consideraciones críticas	128
3. El comienzo de la tentativa desde la energía criminal manifestada	130
A) Exposición doctrinal	130
B) Consideraciones críticas	132
4. Teorías basadas en el peligro para el bien jurídico	133
A) El criterio del peligro para el bien jurídico	133
B) El criterio del abandono del dominio del hecho o el peligro inmediato	135
5. Toma de postura: el abandono del control sobre el foco de riesgo	136
A) Consideraciones críticas sobre el criterio del peligro	136
B) El criterio del abandono del control sobre el foco de riesgo	137

CAPÍTULO V

TENTATIVA Y DESISTIMIENTO
EN LA COMISIÓN POR OMISIÓN

	PÁG.
1. Cuestión previa: ¿es punible la tentativa en los delitos de comisión por omisión?	149
2. Tentativa inacabada y acabada. Relevancia de la distinción	152
3. Tentativa inacabada y acabada en la comisión por omisión	154
A) Introducción	154
B) Rechazo de la distinción entre tentativa inacabada y acabada. Razones estructurales y pragmáticas	155
C) La teoría de la diferenciación. Criterio de distinción y consecuencias dogmáticas para el desistimiento malogrado	157
a) Criterio de distinción	157
b) Consecuencias dogmáticas	159
c) La solución intermedia de Wolter	163
D) La revisión crítica de Küpper a la teoría de la diferenciación	164
a) La revisión	164
b) La crítica	166
4. Toma de postura	169
A) El comienzo de la tentativa en la comisión por omisión	169
B) El desistimiento malogrado en el delito omisivo	172
a) ¿Supuestos estructurales distintos? La “solución de la consumación” como respuesta unitaria	172
b) Criterio de distinción entre tentativa inacabada y acabada	173
c) Diferenciación de supuestos estructurales de imputación al dolo. Imprudencia, tentativa y consumación	177

CAPÍTULO VI

TENTATIVA Y COAUTORÍA

1. Introducción. Comienzo de tentativa en la coautoría y ámbito de la coautoría	185
2. Criterios doctrinales	186
A) Solución global	186
a) Exposición	186
b) ¿Distinción entre una versión extensiva y una versión restrictiva?	188

	PÁG.
B) Solución individual	189
a) Caracteres genéricos	189
b) La concepción causalista de Schilling	190
c) La concepción basada en el dominio del hecho	194
C) ¿“Tertium datur”? la concepción mixta de Kratzsch	196
3. Concepto de la coautoría: versión extensiva y versión restrictiva	199
A) Exposición	199
B) Posición personal: dominio negativo y dominio positivo del hecho	208
C) El comienzo de la acción global	212
D) Implicaciones para la discusión sobre el comienzo de la tentativa en la coautoría	216
4. Posición personal: la solución individual	223
A) Argumentos desde la tentativa	227
B) Argumentos desde la coautoría	232

CAPÍTULO VII

DESISTIMIENTO MALOGRADO Y REGLAS DE IMPUTACIÓN

1. La exigencia de imputación del resultado al dolo del agente y el desistimiento malogrado	237
2. El desistimiento malogrado en la tentativa inacabada	241
3. El desistimiento malogrado en la tentativa acabada	249

CAPÍTULO VIII

EL DESISTIMIENTO EN LA TENTATIVA ACABADA: ¿ESTÁ BIEN LO QUE BIEN ACABA?

1. La evitación del resultado en el desistimiento activo como problema de imputación	261
2. Casos difíciles	264
3. La discusión doctrinal	269
A) Causalidad	269
B) Incremento de la probabilidad de salvación	272
C) Realización de la acción óptima	275

	PÁG.
4. Tesis personal: la máxima seguridad en la salvación como requisito para la exención de pena en el desistimiento	277
A) El desistimiento como acto de reconocimiento del derecho	278
a) Dos perspectivas básicas del desistimiento: protección del bien jurídico o protección de la vigencia de las normas	278
b) Merecimiento y necesidad de pena	279
c) La aportación óptima como reconocimiento personal del derecho	283
B) La exigencia de la máxima seguridad en la salvación: criterios de imputación	287
a) La imputación del hecho	287
b) La imputación de autoría	290
5. Conclusiones	302
Bibliografía	303
Índice de autores	319

CAPÍTULO I

LA TENTATIVA Y LOS FINES DEL DERECHO PENAL

1. LA TENTATIVA Y LA TEORÍA DEL DELITO

Apenas puede encontrarse una institución dogmática que haya ejercido tanta relevancia en la evolución de la teoría del delito como la tentativa. Puede afirmarse, en este sentido, que la tentativa viene a ser la piedra de toque de la configuración del injusto penal, en virtud de dos razones esenciales: porque constituye la base de la determinación de las normas de conducta, en cuanto que, como suele afirmarse, las normas no pueden prohibir resultados, sino solo acciones¹; es decir, no pueden prohibir la consumación del delito, sino solo la realización de una tentativa. También porque viene a conformar, desde una perspectiva estructural, el núcleo del tipo de injusto, dado que sin un *desvalor* de acción, por mucho que se haya dado un *desvalor* de resultado, no podrá afirmarse el carácter delictivo del hecho².

Para destacar la influencia que la tentativa ha ejercido en la construcción del sistema, bastaría con destacar dos hitos en esa evolución:

¹ En este sentido, ya LAMMASCH, *Der Moment objectiver Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechensversuchs*, pág. 53; GRAF ZU DOHNA, *Güterbock-FS*, pág. 58; GERMANN, *Über den Grund der Strafbarkeit des Versuchs*, pág. 129. En igual sentido, entre muchos, ENGISCH, *Juristentag-FS*, pág. 419; FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, págs. 76 y ss., 124 y ss.; MIR PUIG, *La perspectiva “ex ante” en derecho penal*, págs. 100-101; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, pág. 387.

² Vid., por ejemplo, GALLAS, *Bockelmann-FS*, 1979, pág. 161; TORÍO LÓPEZ, ADPCP 1986, pág. 509: “en el tipo es el *desvalor* de acción el *desvalor* primario u originario, al que se conecta *ex post* el *desvalor* de resultado, constituido por la consecuencia lesiva del bien jurídico protegido”. No obstante, debe recalcar que la afirmación de que el *desvalor* de acción sea el *desvalor* primario del hecho punible a efectos estructurales —de imputación— no empece a la afirmación de que el *desvalor* de resultado, la lesión o puesta en peligro del bien jurídico sea el *desvalor* primario (o “primordial”, si se quiere) a efectos materiales. Cfr., en este sentido, ALCÁ CER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, págs. 417 y ss.

1) En la discusión entre causalistas y finalistas, fue el llamado “argumento de la tentativa” el que vino a asentar la incorporación del dolo en el tipo de injusto. Ya autores de la doctrina clásica como MEZGER se habían visto obligados a reconocer que en la tentativa el primer elemento que debía tenerse en cuenta para determinar la tipicidad de una conducta era el subjetivo, puesto que, al no haberse lesionado un bien jurídico, la única forma de aceptar la conducta en un tipo legal era partir de la resolución delictiva del autor³. Por ello, en la tentativa el dolo tenía necesariamente que pertenecer al injusto.

Siendo ello así, resultaba prácticamente obligado aceptar que ello habría de ser así también en el delito consumado, y los frustrados intentos de llegar a una conclusión contraria —como la idea de MEZGER de que cuando el delito se consumaba el dolo volvía a la culpabilidad⁴, o la tesis de NOWAKOWSKI de que la tentativa constituía una conducta culpable pero no antijurídica⁵— no hicieron sino reafirmar las tesis del finalismo⁶. El “argumento de la tentativa” formulado por WELZEL era precisamente ese: si conceptualmente el dolo ha de formar parte de la tentativa, no puede pasar a la culpabilidad si el delito se consuma⁷.

2) En la actualidad asistimos a otra gran discusión acerca de la configuración del tipo de injusto, quizá tan relevante como la que ocurrió con el finalismo. De la mano de la prevención general positiva auspiciada por JAKOBS, la idea del delito como lesión o peligro del bien jurídico viene siendo rechazada por un sector doctrinal creciente, que postula la alternativa del delito como quebrantamiento de la vigencia de las normas⁸. Pues

³ MEZGER, *AT*, págs. 83 y ss. Representantes actuales de la construcción neoclásica del delito admiten sin reparos ese hecho: vid., por ejemplo, COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *PG*, pág. 555.

⁴ MEZGER, *AT*, 1954, pág. 83.

⁵ NOWAKOWSKI, *ZStW* 63 (1951), pág. 288. Una amplia crítica de su concepción puede verse en ZIELINSKI, *Handlungs-und Erfolgswert*, págs. 41 y ss.

⁶ Sobre esas concepciones, vid. ALCÁ CER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, págs. 40 y ss.

⁷ Cfr. WELZEL, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, pág. 7. Ese argumento, o similares, han sido reiterados por la doctrina finalista hasta la actualidad: vid., entre otros, BOCKELMANN, *Zur Reform des Versuchsstrafrecht*, pág. 151: “la tentativa como tal está construida finalmente”; KAUFMANN, *Welzel-FS*, 1974, pág. 402; CEREZO MIR, *PG I* (1994), pág. 364: “La inclusión del dolo en el tipo de injusto de los delitos dolosos viene exigida, además, por la punición de la tentativa”; CUELLO CONTRERAS, *PG*, págs. 378-379: “La teoría de la tentativa confirma la doctrina del injusto personal finalista”.

⁸ Cfr., por todos, JAKOBS, *PG 2/1* y ss.

bien, los defensores de esta última concepción sostienen un “argumento de la tentativa”. La punición de la tentativa, y particularmente de la tentativa *inidónea*, es una contradicción en un sistema basado en la protección de bienes jurídicos, que solo puede castigar conductas lesivas o peligrosas para estos⁹. La tentativa *inidónea* muestra, así, que el único referente de la lesividad no puede ser el del peligro para el bien jurídico, por lo que el sistema no puede explicarse desde ese *telos*; por el contrario, solo el delito concebido como quebrantamiento de la vigencia de la norma acierta a incluir la tentativa *inidónea* de forma coherente en el sistema¹⁰. De hecho, desde esa concepción la tentativa no aparecerá como un *minus* claramente diferenciado frente al delito consumado (tal y como sí ocurre en uno basado en la protección de bienes jurídicos a partir de la diferencia entre peligro y lesión), puesto que tanto la tentativa (incluso la *inidónea*) como la consumación lesionan, se dice, de igual modo la vigencia de las normas¹¹.

2. TENTATIVA, CONCEPTO DE DELITO Y LOS FINES DEL DERECHO PENAL

A diferencia de la discusión entre el causalismo y el finalismo, que con la generalizada admisión del dolo en el tipo de injusto puede considerarse resuelta, la relativa a la concepción del delito como lesión de bienes jurídicos o como lesión de la vigencia de la norma goza de plena actualidad en la doctrina. Es todavía mayoritaria la que acoge la primera opción, si bien los planteamientos de la que podemos llamar Escuela de Bonn vienen sumando cada vez más seguidores, más quizás en la doctrina de habla hispana que en la alemana. Dada, como se ha visto, la relevancia de esta discusión para la tentativa, será necesario adoptar una postura al

⁹ Vid., por ejemplo, BOTTKE, *La actual discusión sobre las finalidades de la pena*, pág. 50, nota 15: “La punición de la tentativa *inidónea* resulta problemática *de lege domestica* en Alemania si se parte, en cuanto al fin de la pena, del axioma de la exclusiva protección de bienes jurídicos frente a su lesión o puesta en peligro”.

¹⁰ En esta línea, ya H. MAYER, AT (1936), pág. 194; LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, pág. 148, destacando el “valor dogmático inherente” a la concepción del delito como lesión de deber, “especialmente para la explicación de la tentativa *inidónea*”; KARGL, *Rechtsgüterschutz durch Rechtsschutz*, pág. 54: “Sobre todo la tentativa *inidónea* pone de manifiesto que el enjuiciamiento sobre la lesividad no puede agotarse en la lesión o puesta en peligro de concretos estados vitales de la víctima”.

¹¹ JAKOBS, PG 25/15; el mismo, *El desistimiento como modificación del hecho*, pág. 325; VEHLING, *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, págs. 86, 123.

respecto. Adelantando conclusiones, intentaré esbozar una propuesta de síntesis, planteando una relación complementaria entre ambas concepciones.

Para ello será, a su vez, imprescindible adentrarnos en la polémica acerca de los fines del derecho penal, pues ambas concepciones del delito emanan, como es sabido, de dos concepciones aparentemente opuestas del aparato punitivo: protección de bienes jurídicos frente a protección de la vigencia de las normas. En este sentido, si se aspira a esa relación de complementariedad entre las dos concepciones del delito en liza, ello solo podrá conseguirse a partir de una previa relación de complementariedad entre ambos fines del derecho penal.

Por lo demás, si, como hemos mencionado, la cuestión acerca de los límites de punición de la tentativa depende de la discusión sobre el concepto de delito, y esta viene presidida, a su vez, por la relativa a los fines del derecho penal, resulta evidente que el fundamento y límites de la tentativa va a depender, en última instancia, de cual sea el cometido que se le asigne al *ius puniendi*. Ello no puede extrañar: solo cuando hayamos delimitado qué es lo *protegido* por el derecho penal, podremos establecer qué conductas amenazan con lesionar ese objeto de protección, y se hacen, por ello, merecedoras de pena. En otras palabras: el fundamento y límites de punición de la tentativa tendrá que inferirse de los fines del derecho penal¹².

En suma: más allá de su relevancia para aspectos estructurales de la teoría del delito —que es a lo que remite la discusión entre el causalismo y el finalismo—, la tentativa se revela fundamental en la dogmática penal porque nos enfrenta a la cuestión esencial de la antijuridicidad material: ¿qué convierte en delictiva a una conducta?, y lo hace en una formulación que además resulta paradójica: si acogemos el presupuesto liberal del principio de *lesividad*, ¿cómo puede considerarse merecedora de pena una conducta que no llega a producir un daño? A esta cuestión han intentado responder las diferentes teorías acerca del fundamento de punición de la tentativa.

3. TEORÍAS SOBRE EL FUNDAMENTO DE PUNICIÓN

En todo caso, no es este el lugar adecuado para una exposición de todas las concepciones acerca del fundamento de la punición de la tenta-

¹² Vid., más ampliamente, ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, págs. 333 y ss.

tiva¹³, sino que habremos de limitarnos a las dos concepciones actualmente mayoritarias, que no son sino las emanadas directamente de ambos fines opuestos del derecho penal: en primer lugar, aquella que funda la punición de la tentativa en el peligro de la acción para el bien jurídico; en segundo lugar, la concepción que considera la tentativa merecedora de pena cuando con ella pueda quebrantarse la vigencia del ordenamiento.

Por lo demás, hay también otras razones que avalan esa decisión: a mi entender, solo estas pueden considerarse legítimas en un derecho penal liberal que respete el fuero interno y limite la órbita de lo punible a conductas con trascendencia lesiva. En efecto, otras concepciones, como la que basa el castigo en la manifestación de voluntad hostil a derecho o en la mera rebelión a la norma de conducta¹⁴, o como la que parte de la peligrosidad del autor como fundamento de punición¹⁵, deben ser de antemano rechazadas, porque prescinden de esa aptitud lesiva de la acción, centrándose en lo subjetivo: ya en la actitud del agente, ya en la peligrosidad futura de este¹⁶.

A) Teoría del peligro

La concepción basada en el peligro para el bien jurídico tiene su origen en los planteamientos de FEUERBACH, que, a comienzos del siglo XIX, desarrolló su concepción del delito inspirada en la ideología liberal

¹³ Sobre ello, remito a ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea*.

¹⁴ Como sus máximos representantes puede destacarse a VON BURI, ZStW 1 (1881), págs. 185 y ss. y los representantes del finalismo extremo: cfr. KAUFMANN, *Welzel-FS*, pág. 403: “La medida de la idoneidad objetiva no constituye ningún grado de medición para la medida del injusto de la acción. En un desarrollo consecuente del concepto del injusto personal (y así mismo de una teoría subjetiva de la tentativa), el sustrato de valoración en el juicio de antinormatividad viene determinado únicamente por el sentido que el autor le da a su hecho en el dolo. La misma tentativa supersticiosa es por tanto injusto”; ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgswert*, pág. 143: “No solo carece de toda función incrementadora del injusto el resultado real, sino que asimismo toda relación «objetiva» —es decir, independiente de la finalidad— entre la acción y el resultado, en el sentido de una capacidad de resultado determinable por medio de prognosis, queda fuera del injusto. Injusto es el acto final contrario a deber, y solo él”. Una contundente y convincente crítica de esa concepción puede verse en JAKOBS, *Representación del autor e imputación objetiva*, págs. 223 y ss.

¹⁵ Cfr., por ejemplo, LANGE, JZ 1958, pág. 672; STÖGER, *Versuch des untauglichen Täters*, págs. 56 y ss.; TREPLIN, ZStW 76 (1964), págs. 441 y ss.

¹⁶ Un amplio análisis crítico de ambas concepciones, en ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, págs. 73 y ss., 123 y ss., respectivamente.

de la Ilustración. Para el autor alemán, el castigo de la tentativa solo podría justificarse en cuanto implicara una amenaza objetiva para los derechos subjetivos del ciudadano, por lo que acciones carentes de toda peligrosidad deberían quedar fuera de las lindes del derecho punitivo. El núcleo de esta idea responde, así, al afán liberal de separar derecho y moral¹⁷ y limitar la aplicación del *ius puniendi* a aquellas acciones que presenten un daño potencial para los intereses de otros ciudadanos, encarnados en los bienes jurídicos¹⁸, lo que satisface el presupuesto ilustrado del *nullum crimen sine iniuria*¹⁹.

“Una acción es antijurídica —afirmaría FEUERBACH— cuando lesiona o por lo menos pone en peligro el derecho. La mera intención antijurídica no proporciona a la acción el carácter de antijuridicidad. Quien habla del delito de administrar un supuesto veneno, o bien de la tentativa de dar muerte a un cadáver, confunde lo moral con lo jurídico, y debe considerar también culpable de una tentativa de homicidio al bávaro que se dirige a una ermita a rezar allí por la muerte de su vecino”²⁰.

Con la concepción del jurista alemán la tentativa adopta por primera vez un perfil objetivo y rompe con la tradición subjetivista presente en la doctrina alemana e italiana desde los posglosadores. A causa de esa limitación de lo punible a conductas potencialmente lesivas, con FEUERBACH vino a plantearse por primera vez el problema de la tentativa *inidónea*²¹. Ciertamente, para una concepción que partiera de la voluntad hostil al derecho como fundamento de punición, desde la cual lo único relevante fuera la voluntad manifestada, la diferenciación entre acciones idóneas e *inidóneas* habría de resultar irrelevante. En cambio, la preocupación liberal de FEUERBACH de restringir el aspecto de lo punible a las conductas que fueran adecuadas para lesionar los bienes jurídicos enfrentaría toda

¹⁷ Sobre dicho afán, vid. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, págs. 218 y ss., 459 y ss.

¹⁸ Sabido es que la noción de “bien jurídico” sería introducida bastante después que FEUERBACH —que limitaba el derecho criminal a la protección de los derechos subjetivos— de la mano de BIRNBAUM y BINDING. Sobre ello, puede verse MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, págs. 128 y ss.; SINA, *Die Dogmengeschichte der strafrechtlichen Begriffs “Rechtsgut”*, págs. 20 y ss.

¹⁹ En este sentido, por ejemplo, FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, 1986, pág. 279. Sobre dicho principio, con carácter genérico, vid. de nuevo, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, págs. 464 y ss.

²⁰ FEUERBACH, *Lehrbuch des peinlichen Rechts*, pág. 72.

²¹ En este sentido, por ejemplo, FABIAN, *Die Abgrenzung von untauglichem Versuch und Putativdelikt*, pág. 3; ALBRECHT, *Der untaugliche Versuch*, pág. 5.

teoría de raigambre objetiva al problema de la delimitación entre las acciones peligrosas y aquellas que carecieran de aptitud lesiva. Como se ha afirmado, “la distinción entre tentativa idónea e inidónea surge de la finalidad de protección del derecho penal liberal de los individuos frente al poder del Estado”²².

Fruto de un derecho penal liberal es también un cometido instrumental de la pena: esta no puede imponerse en aras de un principio apriorístico de justicia, sino solo cuando sea útil a la sociedad²³. De este modo, la punición de la tentativa se justificaría en virtud de motivos de prevención, adelantando el castigo a conductas que generen ya un peligro para estos. Pero ese fin preventivo vendría a su vez limitado por lo exigido por el principio de *lesividad*, desde el cual solo conductas peligrosas que ya hubieran manifestado una orientación indudablemente dirigida a la lesión podrían caer bajo las redes del *ius puniendi*. Con ello, se conseguiría llegar a una armonía entre la necesidad de una prevención eficaz y el respeto a determinadas exigencias de garantía.

Si partimos del fin de protección de bienes jurídicos, las dificultades de esta concepción no parecerían hallarse tanto en el campo de la fundamentación, perfectamente plausible en cuanto lo punible se ciñe a conductas potencialmente lesivas para esos bienes jurídicos, como en el de los límites; esto es, en la concreción de cual habrá de ser el grado relevante de peligro.

En cualquier caso, dejaremos para un momento posterior la discusión acerca de los límites de la punición. En este momento, quisiera hacer algunas consideraciones acerca de la misma fundamentación del castigo en virtud del peligro. *Prima facie*, fundamentar la responsabilidad penal en virtud del peligro resulta, como he afirmado, plausible desde el fin de protección de bienes jurídicos, puesto que si solo acciones peligrosas son adecuadas para la lesión de estos, habrá de ser el peligro el criterio para discriminar la relevancia de la indiferencia penal. No obstante, surge inmediatamente la duda: ¿cómo puede castigarse una conducta que no ha llegado a lesionar una esfera de libertad ajena? El peligro constituye una fase previa a la lesión, pero en sí mismo en nada afecta al bien jurídico: una

²² FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, pág. 279.

²³ Cfr., por ejemplo, RAWLS, *Zwei Regelbegriffe*, pág. 97; HART, *Prolegomenon to the principles of punishment*, págs. 1 y ss., págs. 4 y ss.; NINO, *Introducción al análisis del derecho*, págs. 428 y ss.; FLETCHER, *ZStW* 101(1989), pág. 809; SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, pág. 183; MIR PUIG, *PG*, 4/44: “El principio de necesidad conduce, pues, a una exigencia de utilidad”.

bala que pasa cerca del cuerpo de una persona le ha puesto en peligro la vida, pero el bien jurídico “vida” no ha sufrido, en rigor, ningún daño.

Más genéricamente, la duda radica en que el peligro no implica ese componente de *lesividad*, ese *resultado de daño*, que habría de exigirse como requisito de toda sanción, por lo que, a menos que asumiéramos una concepción exclusivamente preventiva del derecho penal y prescindiéramos del componente *garantístico*, no podría justificarse el castigo. Parece que, entonces, desde esta concepción no estaríamos muy alejados de los fundamentos del finalismo extremo: al igual que en aquel, se castiga con la mirada puesta exclusivamente en la contradicción con la norma preventiva, y no en la *lesividad*, puesto que el fundamento se basaría exclusivamente en la prevención de conductas futuras, pero no en la calidad lesiva de la acción realizada.

Esa duda posee, en realidad, mucho mayor calado. Así, habría de llevarnos también a privar de legitimidad el castigo de los delitos de peligro, ya abstracto, ya concreto, pues tampoco en ellos se ha producido el daño del bien jurídico, sino solo una situación de peligro que solo reclama atención penal en aras de una anticipación de la prevención.

Pero aún más. En realidad, considero que desde el fin de protección de bienes jurídicos tampoco puede hallarse un *fundamento* legítimo al castigo de la lesión del bien jurídico, porque, aunque se haya producido un daño, este es irreparable, por lo que de nada serviría la imposición de una pena.

Ello me lleva a sostener una tesis que puede sonar contradictoria con lo afirmado hasta ahora: *el daño al bien jurídico no puede ser nunca fundamento de la imposición de la pena*.

Dejemos reposar un momento esa idea, y planteemos a continuación la opción alternativa: aquella que funda la punición de la tentativa en el quebrantamiento de la vigencia de la norma.

B) *El quebrantamiento de la vigencia de la norma*

Dentro de esta concepción se aglutinan una serie de líneas teóricas que suponen que el fundamento de la tentativa radica en que toda acción dirigida a la lesión de un bien jurídico genera, aunque no logre la lesión de este, determinadas repercusiones intersubjetivas consistentes en la alteración social y en el quebrantamiento de la confianza en la vigencia de las normas que poseen los ciudadanos. Exponentes de esta concepción

son, entre otros, la noción de los hegelianos de la lesión del derecho²⁴, la concepción de WELZEL, según la cual la tentativa lesiona el “poder espiritual del ordenamiento”, desautoriza la autoridad moral de las normas jurídicas y debilita los valores ético-sociales plasmados en ellas²⁵; la teoría de la impresión, que pone el acento en el quebrantamiento de la paz social y el poder de cohesión social del ordenamiento²⁶; y, por último, la concepción sostenida por JAKOBS, para quien la tentativa “constituye un quebrantamiento perfecto de la norma”, porque, de igual modo que el delito consumado —aunque en un menor grado de objetivación—, lesiona la expectativa que los ciudadanos tienen en la vigencia social de las normas²⁷.

Como es sabido, todas estas teorías pueden aglutinarse bajo el *telos* de la prevención general positiva, concepción que, aceptada como fin primordial del derecho penal, considera que la lesividad propia del delito, o en todo caso la única relevante al derecho penal, no es la lesión material de los bienes jurídicos, sino el “daño intelectual”²⁸ o, en términos más de moda, el daño comunicativo-simbólico a la vigencia de la norma²⁹.

²⁴ Cfr. HEGEL, *Principios de filosofía del derecho*, §§ 97, 99, 101. Sobre el concepto de delito y pena en HEGEL, vid. también SEELMANN, *JuS* 1979, págs. 687 y ss.; LESCH, *ADPCP* 1995, págs. 920 y ss.

²⁵ WELZEL, *Strafrecht*, págs. 3 y ss.

²⁶ La teoría de la impresión es mayoritaria en Alemania, como un intento de interpretar, desde bases preventivo-generales, la regulación subjetivista de la tentativa en el StGB. Cfr., por ejemplo, JESCHECK, *PG*, págs. 465, 480: El fundamento de punición de la tentativa se encuentra en la voluntad del autor contraria a derecho, pero solo existirá un merecimiento de pena cuando con dicha voluntad “pueda perturbarse profundamente la confianza de la colectividad en la vigencia del ordenamiento jurídico, así como el sentimiento de seguridad jurídica, y, en consecuencia, resultar menoscabada la paz jurídica; ROXIN, *Nishihara-FS*, 1998, pág. 157. Ulteriores referencias en ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, págs. 251 y ss.

²⁷ JAKOBS, *PG* 25/22 y ss., y 25/15: “El fundamento de punición de la tentativa es exactamente el mismo de la consumación”; el mismo, *El desistimiento*, pág. 325; el mismo, *Die Strafrechtlichen Handlungsbegriffe*, pág. 34; VEHLING, *Abgrenzung*, pág. 86. De igual forma, FREUND, *AT*, 8/11.

²⁸ Sobre la idea del daño intelectual, vid., MÜLLER-DIETZ, *GA* 1983, págs. 481 y ss.; recientemente, PEÑARANDA RAMOS, *Doxa* 23 (2000), págs. 289 y ss., resaltando que dicha idea ya estaba presente en CARRARA.

²⁹ Sobre la prevención general positiva, sus diferentes versiones, y sus elementos comunes, vid. ALCÁCER GUIRAO, *Los fines del derecho penal, passim*.

Especialmente relevante para nuestra exposición será la concepción de JAKOBS, porque, frente a la mayoritaria teoría de la impresión, no considera el fundamento del quebrantamiento de la vigencia de la norma como excepción para la tentativa *inidónea* en un sistema basado en la protección de bienes jurídicos³⁰, sino que ese concepto de lo delictivo se erige en la base de todo el sistema, y encuentra, por tanto, idéntica fundamentación el castigo de la tentativa *inidónea* que el del delito consumado. Así, en ambos casos la *lesividad* se cifra en el quebrantamiento de la vigencia de la norma, y existe entre ambos no una distinción cualitativa (del peligro a la lesión del bien jurídico), sino meramente cuantitativa³¹: la lesión del bien jurídico implica una mayor objetivación del quebrantamiento de la vigencia porque es socialmente más “visible” que un mero intento de lesión sin resultado³². Dado que lo relevante no es la causación evitable de la lesión de un bien jurídico, sino el *significado* de la conducta para la vigencia de la norma, la diferencia entre el peligro y la lesión carecerá de relevancia penal; el único resultado penalmente relevante será el del quebrantamiento a la expectativa normativa, resultado que se produce tanto en la consumación como en la tentativa.

4. CRÍTICAS A LA TEORÍA DEL QUEBRANTAMIENTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA

Como adelantábamos, para tomar postura por este fundamento de punición de la tentativa será preciso en primer lugar adoptar una postura acerca de los fines del derecho penal, por lo que pospondremos nuestra opinión a un momento posterior. No obstante, pueden ya en este momento realizarse algunas críticas de carácter intrasistemático, relativas a su aplicación, que pueden en cualquier caso poner en duda la viabilidad dogmática y político-criminal de esta concepción. Dos son los problemas que a estos efectos podemos resaltar, oponiéndolos a las alternativas que presenta la teoría basada en el fin de protección de bienes jurídicos:

³⁰ Aluden expresamente a ese carácter de excepcionalidad WOLTER, *Imputación objetiva y personal a título de injusto*, págs. 109-110; RUDOLPHI, *El fin del derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico-penal*, pág. 87, nota 12; FRISCH, *Tatbestandsmässiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, pág. 42.

³¹ Cfr. JAKOBS, *Handlungsbegriff*, pág. 35; LESCH, *Das Problem*, pág. 258 (en referencia al injusto en general); VEHLING, *Abgrenzung*, pág. 124. En este sentido se manifestaba ya el hegeliano KÖSTLIN, *System des deutschen Strafrechts*, pág. 227, a quien suelen citar estos autores.

³² Cfr. JAKOBS, *Handlungsbegriff*, págs. 34 y ss.; *idem*, PG, 23/25.

a) En primer término, esta concepción se ve radicalmente incapaz de proponer un límite definido de punición ante la tentativa *inidónea*. Si en la lesión del bien jurídico es plausible afirmar el quebrantamiento de la vigencia de la norma, también lo sería en casos de tentativas idóneas, peligrosas para el bien jurídico. Pero ¿qué pasa con los casos de *inidoneidad*? ¿Quebrantaría una tentativa irreal la vigencia de las normas? Podría afirmarse que también quien intenta matar con dos bolsas de té desautoriza la vigencia de la norma, pues ha manifestado una voluntad contraria al valor de la vida humana incardinada en la norma. Pero también podría sostenerse lo contrario, y considerar que solo aquellas acciones adecuadas para matar implicarán ese potencial lesivo contra la validez del ordenamiento, porque las tentativas irreales no alterarán la conciencia social sobre el derecho, al no sentirse la sociedad amenazada con su realización³³.

Lo cierto es que, por imposición del legislador alemán, la teoría de la impresión en la actualidad parte, al igual que lo hizo WELZEL, de una base subjetivista, admitiendo el castigo de tentativas irreales³⁴; pero cierto es también que los primeros autores que formularon dicha concepción —entre quienes puede citarse a HORN³⁵ o VON BAR³⁶— consideraban que en casos de ausencia de objeto, o de absoluta *inidoneidad* de los medios, la conciencia social del derecho no se vería alterada³⁷.

Como puede apreciarse, ese es el gran problema de esta concepción: que su alto grado de normativización y el prescindir de referentes empíricos referidos a la potencialidad causal de la acción para el objeto fáctico de agresión impide trazar una jerarquización desvalorativa de las distintas acciones. Ejemplo palmario es el de JAKOBS, para quien tentativa y consumación tienen el mismo “resultado”, a pesar de lo cual afirma que el delito consumado puede ser penado más gravemente porque con él se

³³ Para un desarrollo de esas críticas, y de las posteriores, remito a ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, págs. 262 y ss.

³⁴ Cfr. JESCHECK, PG, pág. 480: “Lo decisivo para la punibilidad de la tentativa es la voluntad del autor, pero no como un fenómeno en sí mismo, sino entendida en sus efectos para la comunidad”. En este sentido ha podido afirmarse que la teoría de la impresión supone “una reconstrucción racional de los vagos planes del legislador” (SCHÜNEMANN, GA 1986, pág. 311; en igual sentido ROXIN, JuS 1979, pág. 1), y, en el párrafo § 22 introduce una regulación de cariz marcadamente subjetivo de la tentativa.

³⁵ HORN, ZStW 20 (1900), págs. 309 y ss.

³⁶ VON BAR, *Gesetz und Schuld im Strafrecht*, págs. 570 y ss.

³⁷ Vid. ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea*, págs. 247 y ss.

produce una mayor “objetivación” de la lesión de la vigencia de la norma. Pues bien, esa mayor objetivación, ese mayor quebrantamiento de la vigencia de la norma, se debe exclusivamente a que en la consumación se lesiona el bien jurídico, mientras en la tentativa solo hay un peligro de lesión.

A mi entender, esta teoría solo aporta una argumentación relativa a establecer lo que, en abstracto, debería ser punible; es decir, solo distingue, en un plano genérico, el aspecto de las acciones con relevancia social frente a las acciones carentes de trascendencia intersubjetiva, y es incapaz, en cambio, de ofrecer un criterio de delimitación de la gravedad lesiva de las conductas en el caso concreto. Con ello se corre el riesgo no solo de llegar a argumentaciones circulares³⁸, si ese quebrantamiento de la vigencia de la norma se remite de nuevo al ordenamiento jurídico³⁹, sino además a dejar en manos del “sentimiento jurídico” del juez de turno el castigo de la tentativa, tal y como, por lo demás, lo postula expresamente

³⁸ Vid. TAMARIT SUMALLA, ADPCP 1990, pág. 532, nota 72: “[...] razonamiento circular, en el que la idea de la «conmoción del derecho» aparece como un referente vacío de contenido”. En este sentido, las críticas metodológicas que SCHÜNEMANN, GA 1995, pág. 220, realiza de los postulados de JAKOBS son perfectamente aplicables a la teoría de la impresión. Afirma dicho autor que la interpretación de los conceptos exclusivamente a partir de la funcionalidad sistémica “lleva ... al establecimiento de toda una cadena de conclusiones circulares, tras cuya fachada las verdaderas decisiones se toman de forma puramente decisionista”.

³⁹ Tal parece ser la línea seguida por JAKOBS, PG 25/21, que rechaza la apelación directa a repercusiones psicosociales. Así ha sido interpretado también por PEÑARANDA/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, *Consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs*, pág. 42, cuando sostienen que, dado que la exigencia de ese efecto quebrantador de la vigencia normativa no implica que este deba concurrir fácticamente en un sector de la colectividad, ello “significa que la desautorización de la vigencia de la norma se determina desde el punto de vista del ordenamiento jurídico y está, por tanto, en función del contenido que se atribuya a sus normas, que puede ser determinado de un modo más o menos objetivo o subjetivo”. La cuestión es, entonces, ¿de qué sirve una noción de lo injusto que a su vez remite la decisión al propio ordenamiento legal, si se trata precisamente de hallar una noción de lo injusto que sirva como criterio de interpretación del derecho positivo, para determinar el contenido de sus normas? Como no pocos autores han objetado la noción de JAKOBS, el quebrantamiento de la vigencia de la norma “no se trata más que de una perifrasis del concepto de lesión de la norma y, por tanto, de una *referencia formal y positivista* a la totalidad de las normas penales” (SCHÜNEMANN, *Sobre el estado actual de la dogmática de los delitos de omisión en Alemania*, pág. 13). Con ella se corre el riesgo de incurrir en una argumentación circular, ya que un concepto normativo llevaría a otro concepto normativo, que a su vez necesitaría concreción interpretativa.

alguno de sus defensores⁴⁰. Mientras no se establezca un sustrato material que permita “desnormativizar” esas genéricas formulaciones, la noción de “conmoción social”, o la de “quebrantamiento de la vigencia de la norma” resultará vacía de contenido⁴¹. Ello ha sido destacado con especial claridad por STRATENWERTH: “Las exigencias de prevención general —y de eso se trata en la «impresión» conmovedora del derecho— no pueden ser convertidas directamente en reglas de valoración penal ... La teoría de la impresión no contiene más que una relativamente obvia afirmación de que solo un ataque serio al ordenamiento jurídicamente protegido debe implicar una sanción. Cualquier conclusión ulterior es problemática”⁴².

Expresado en otros términos: este sector doctrinal se limita a destacar el *sentido* comunicativo que han de tener las acciones penalmente relevantes, pero prescinden completamente de la concreción del *sustrato*, susceptible de concreción fáctica en el caso concreto, que permita discriminar qué acciones van a poseer ese sentido y cuales no. Ello es reconocido por los mismos defensores de esta concepción. Así, sostiene LESCH que “la comprensión del injusto no depende de la valoración de un *suceso causal del mundo exterior*, sino del *significado* de tal suceso del mundo exterior para la vigencia de la norma. Con otras palabras: un curso material-naturalístico es, *como tal* —y aunque se haya dirigido de forma evitable—, irrelevante para el derecho penal, aun cuando consista en un ataque a un bien jurídico. El injusto penal, al igual que el efecto al que

⁴⁰ Cfr., por ejemplo, S. PAPAGEORGIOU GONATAS, *Wo liegt die Grenze zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch?*, págs. 210-213, que expresamente sostiene que el criterio para evaluar esa “impresión” debe partir “de lo considerado normal en una sociedad determinada”, tomando la perspectiva de la “gente sensata e imparcial con una determinada experiencia vital”.

⁴¹ Sobre la ausencia de contenido definido de este concepto, MAIWALD, GA 1983, págs. 49 y ss.; MÜLLER-DIETZ, *Jescheck-FS*, 1985, págs. 818-819. En similar sentido que en el texto, sobre la aplicación de criterios de prevención general positiva para fundar la impunidad del desistimiento, MARTÍNEZ ESCAMILLA, *El desistimiento en derecho penal*, pág. 60: “La ambigüedad y ductilidad de estas ideas [*scil.* prevención general positiva] nos permite acudir a ellas para fundamentar cualquier solución: la previamente adoptada como justa o conveniente”.

⁴² STRATENWERTH, AT (1981), pág. 192. En igual sentido ha de entenderse la crítica de RATH, JuS 1998, pág. 1108, a la teoría de la impresión, al afirmar que “resulta metodológicamente cuestionable la pretensión de resolver problemas dogmáticos bajo remisión directa a aspectos preventivo-generales”.

tiende la sanción, no acontece en el aspecto del daño a los bienes, sino en el del daño a la vigencia, es decir, en un nivel inmaterial, demostrativo-simbólico”⁴³.

Pues bien, a mi modo de ver, mientras permanezcamos en ese mundo de lo simbólico y no descendamos al mundo de lo fáctico, no encontraremos un criterio de aplicación racional para la determinar la gravedad de la tentativa. En este sentido, criterio idóneo para esa “desnormativización” puede ser el del peligro para el bien jurídico, el cual, a pesar de los distintos criterios de enjuiciamiento posibles para determinarlo, y a pesar de que con la referencia al *bien* jurídico estemos todavía en el mundo de lo normativo, permite realizar un enjuiciamiento basado en la mayor potencialidad causal y, por ello, en referentes fácticos de la conducta, por lo que podrá establecerse una graduación de la gravedad delictiva en función del mayor o menor peligro —hasta llegar a la lesión— para el bien jurídico⁴⁴. Después concretaremos esos criterios de enjuiciamiento.

b) En segundo lugar, esta concepción tiende a diluir, por las razones antedichas, las diferencias de *lesividad* entre la lesión del bien jurídico y el del mero peligro de lesión, desatendiendo uno de los aspectos que considero fundamentales en una concepción liberal del delito: la desvaloración y mayor castigo de las acciones que producen efectivamente un daño a un interés ajeno frente a las que solo intentan alcanzar ese fin⁴⁵. Con ello llega, o puede llegar, a idénticas consecuencias que el finalismo extremo, que consideraba que no había diferencias de merecimiento de pena entre la tentativa *inidónea* y la consumación delictiva⁴⁶. Los argumentos manejados por este sector doctrinal para evitar esa conclusión —que la consumación implica mayor objetivación de la vigencia de la norma—, o bien poseen carácter formal y circular, pues se limitan a parafrasear

⁴³ LESCH, *Das Problem*, pág. 253. (Cursivas en el original).

⁴⁴ Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en derecho penal*, pág. 165, nota 26, quien, en similar sentido, resalta que “la función primordial que ha de cumplir la configuración del deber de conducta es la de protección de bienes jurídicos. Y, para lograrlo, es preciso que la valoración y la determinación jurídica de conductas parta de una base fáctica: del conocimiento de la eficacia causal potencial de las posibles conductas respecto del resultado disvalioso. Pues otra base distinta de esta no garantizaría que el contenido finalmente atribuido al deber satisficiera esta función de protección”.

⁴⁵ Vid., por ejemplo, FERRAJOLI, *Derecho y razón*, pág. 466.

⁴⁶ Cfr., por ejemplo, MIR PUIG, PG, 13/17, entiende que desde el fundamento de punición de la teoría de la impresión —idéntico a estos efectos al mantenido por JAKOBS— dicha atenuación habrá de ser facultativa, a diferencia de lo que sostiene la teoría del peligro, que impone una atenuación obligatoria (PG 13/9).

sear en lenguaje sistémico lo que impone el legislador, o bien resultan, desde dentro de sus planteamientos, muy discutibles. Así, puede haber casos de tentativas intencionales muy peligrosas que vengan a conmocionar la paz social en mucho mayor medida que lesiones del bien jurídico con un mero dolo eventual, por ejemplo. En otras palabras, y volviendo a la similitud con el finalismo extremo, con la teoría de la impresión, o modelos afines, se corre el riesgo de otorgarle mayor peso desvalorativo al plano subjetivo: intenciones del autor, que al plano objetivo: amenaza de lesión de intereses ajenos⁴⁷, porque el baremo de castigo y de determinación del grado de punición vendrá dado no por la *lesividad* de la acción para el bien jurídico, sino por el grado de conmoción social que haya despertado la acción en el entorno social, y, por ello, las necesidades concretas de pena⁴⁸.

c) En tercer lugar, la incapacidad de esta orientación teleológica de establecer criterios de delimitación valorativa entre las acciones delictivas se traduce también en una pérdida de sistematicidad en las estructuras dogmáticas de valoración, que prescinde, en concreto, de la diferencia entre el *desvalor* de acción y *desvalor* del resultado⁴⁹. En efecto, si el único resultado relevante radica en el quebrantamiento de la vigencia de la norma y ese quebrantamiento se produce ya con una acción *inidónea*, el resultado penalmente relevante se funde y confunde con la vulneración de la norma por la acción, por lo que, como el mismo JAKOBS resalta, la distinción entre *desvalor* de acción y *desvalor* de resultado deviene innecesaria, pues el juicio de la antijuridicidad se funde en una indiferenciada “lesión del deber”⁵⁰.

5. DILEMA

Tras dichas críticas, nos enfrentamos al siguiente dilema: si bien la fundamentación de la punición de la tentativa basada en el quebrantamiento de la norma permite exigir ese requisito de un *resultado lesivo*, de un daño, que habíamos considerado ineludible para afirmar el merecimiento de pena, dicha concepción carece de toda posibilidad de aplicación al

⁴⁷ Recuérdese que la teoría de la impresión, dominante en Alemania, parte de una perspectiva subjetiva de enjuiciamiento, a partir del plan del autor.

⁴⁸ Cfr., por ejemplo, FEIJÓO, *El injusto penal y su prevención*, pág. 114.

⁴⁹ VEHLING, *Abgrenzung*, págs. 86 y ss., 123, 127; JAKOBS, *Handlungsbegriff*, pág. 35.

⁵⁰ Vid. especialmente LESCH, *Das Problem*, pág. 148.

caso concreto, dado su elevado grado de abstracción y generalidad. Por el contrario, el fundamento basado en el peligro para el bien jurídico sí ofrece esa posibilidad de aplicación racional al caso concreto, puesto que opera con referentes fácticos susceptibles de graduación valorativa, pero adolece de serios problemas en lo tocante a la legitimación del castigo, puesto que no consigue justificar la presencia de un daño relevante para los intereses protegidos. De hecho, como decíamos, ni siquiera la misma lesión del bien jurídico, en la que indudablemente sí se produce tal daño, será adecuada para legitimar la punición. Para salir de ese dilema hemos de tomar postura por los fines del derecho penal. La cuestión es: ¿protección de los bienes jurídicos o protección de la vigencia de las normas?

6. LOS FINES DEL DERECHO PENAL⁵¹

Comenzaré por afirmar que, frente a algunas críticas mal encaminadas, a mi entender dicho fin de protección de la vigencia de la norma ha de considerarse uno de los principales cometidos del derecho penal en una sociedad democrática. La protección de la vigencia de las normas debe entenderse, a mi modo de ver, como el aseguramiento al ciudadano de que terceras personas respetarán las prescripciones del ordenamiento y no atentarán, entonces, contra sus intereses⁵². Así, ese cometido viene a plas-

⁵¹ Sobre este epígrafe, vid. más ampliamente, ALCÁCER GUIRAO, *Los fines del derecho penal*, *passim*.

⁵² Cfr., por ejemplo, JAKOBS, *El principio de culpabilidad*, pág. 385: “El fin de la pena que acabo de esbozar se denomina actualmente prevención general positiva; prevención general, porque pretende producirse un efecto en todos los ciudadanos; positiva, porque ese efecto no se pretende que consista en miedo ante la pena, sino en una *tranquilización* en el sentido de que la norma está vigente”. Que ese fin de la pena dista de ser tan novedoso, puede mostrarse de la mano de dos ejemplos, aparte del empleado por PEÑARANDA RAMOS/SUÁREZ GONZÁLEZ/CANCIO MELIÁ, *Consideraciones*, págs. 25 y 26, sobre CARRARA. El primero es nadie menos que HOBBS. Para HOBBS, el papel del Soberano no es solo motivar coactivamente a la obediencia, sino así mismo —y recíprocamente— garantizarles a los súbditos la seguridad de que se respetarán las condiciones del pacto social, eliminando la “sospecha razonable de que los demás no respetarán el cumplimiento de sus acuerdos” (citado por ZIMMERLING, *Doxa* 6 (1989), pág. 50 y nota 3). El segundo es JELLINEK, que ya en 1878 interpretaba la *Wiederherstellung des Rechts* hegeliano de forma muy similar a como hoy lo hace la actual Escuela de Bonn: “El delito provoca en la sociedad un sentimiento de inseguridad... por el quebrantamiento de una norma jurídica. A través de la pena impuesta según el merecimiento del autor, se restablece el sentimiento de seguridad y tranquilidad. Tienen lugar, así, dos procesos psicológico-sociales, uno producido por el delito, otro producido por la pena, cuyos efectos se compensan mutuamente” (JELLINEK, *Die sozialethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, pág. 96).