

# SUBJETIVISMO: ANÁLISIS DOGMÁTICO DESDE LA PERSPECTIVA DE UN DERECHO PENAL LIBERAL

Por Juan Cruz Artico

## 1. Introducción.

Ciertamente, puede que la discusión en torno a la corriente teórica denominada *subjetivismo monista* no parezca demasiado actual.

Ello no significa que no sean variadas las reacciones que mereció la incursión en la dogmática de la fundamentación subjetiva del ilícito, pues como adelanto podemos decir que se le objeta la tendencia a posibilitar el castigo de pensamientos, la contradicción con los principios de lesividad y el derecho penal de acto, la indiferencia ante los contrastes que tanto en la faz subjetiva como en la objetiva presenta el delito consumado respecto del tentado, y el hecho de que acción y resultado componen un todo que no puede ser escindido. Es decir, si no se ha escrito todo sobre las inexactitudes que podría presentar el subjetivismo, se ha escrito casi todo.

Y ésta última afirmación es lo que se opone a la falta de actualidad de la discusión: lo que mantiene con vida un debate es la multiplicidad de opiniones y allí radica el tema de elección de esta monografía, que sin ser tan ambiciosa como para pretender aportar una perspectiva distinta busca exponer cuál es aquella que desde el derecho penal liberal y del estado de derecho se ajusta más a las críticas mencionadas previamente. Y vale aclarar, creemos que una elaboración de raíz dogmática como la que se va a analizar, merece una respuesta sólida desde la misma dogmática<sup>1</sup>

Lógicamente, tal sentencia no implica desatender las opiniones que se volcaron desde otros puntos de vista, sino que únicamente refleja un criterio personal según el cual el modo más fructífero de rebatir una idea estriba en recurrir al origen mismo del pensamiento que la inspira.

Sentado ello, lo que se viene desarrollando hasta aquí parece aclarar el panorama con el que se encontrará el lector, aunque es necesario adelantar que esta exposición se ciñe al análisis de los puntos de partida del subjetivismo, por

---

<sup>1</sup> En concreto, encuentro a la acusación de fomentar un derecho penal de ánimo como –si se me permite la expresión- algo superficial y fácilmente sorteable. Ello, debido a que a mi entender resulta posible desarrollar teóricamente el subjetivismo sin renunciar al principio de lesión al bien jurídico, como se verá en el texto. Por otra parte, idéntica observación le cabe a quienes ven en esta teoría una ventana a la elevación inadmisibles de la pena de la tentativa: no veo por qué no se podría hacer hacia abajo la equiparación de penas que los subjetivistas proponen. En mi opinión, si se da por sentado el respeto que se debe guardar a los preceptos fundamentales del derecho penal liberal, la crítica debe hacerse desde una perspectiva estrictamente dogmática.

cuanto las diversas consecuencias que de esta vertiente derivan en la totalidad de la teoría del delito, tales como la justificación y el tratamiento de la participación criminal, no se abarcarán sino muy brevemente. Hecha esta aclaración, en primer lugar se desarrollarán las ideas básicas de esta corriente teórica para luego confrontarlas con las herramientas que nos ofrece la teoría del delito y finalmente resolver cuál de las formulaciones expuestas es la que más se adecua a la postura sostenida.

## 2. ¿Qué es el derecho penal liberal?<sup>2</sup>

Quizás no exista una definición certera del término que titula esta monografía, porque el *derecho penal liberal* como idea no comprende un único significado sino que más bien se caracteriza por diversos postulados, plasmados –en mayor o menor medida- en la legislación actual.

Sabido es que la concepción del derecho penal como disciplina científica (entendida ésta como una herramienta a favor de la humanidad) es relativamente reciente. Cuando Cesare BECCARIA impactó al mundo en 1764 con su *Tratado de los delitos y de las penas* -la obra más importante del Iluminismo en el campo del derecho penal- su pretensión no se limitó a construir un sistema de derecho, sino que buscó trazar lineamientos para una política criminal orientada al respeto de la dignidad humana.

Partiendo de los presupuestos filosóficos imperantes en la época (que tenía como máximos exponentes a ROUSSEAU, MONTESQUIEU, MARAT y VOLTAIRE) sobre la constitución de la sociedad basado en la cesión de una porción de libertad a manos del Estado y su poder punitivo para la conservación de las restantes libertades, la crítica de BECCARIA condujo a la formulación de una serie de postulados que son la base de lo que se conoce como *derecho penal liberal*, resumido en términos de humanización de las penas, abolición de los tormentos, igualdad ante la ley, principio de legalidad, proporcionalidad entre delito y pena, etc. Se pueden enumerar a los dogmas generales del iluminismo penal como:

---

Para su mayor tratamiento, ver BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*, ARA Editores, Lima, 2004 p. 81 y ss., DONNA, Edgardo Alberto, *Teoría del delito y de la pena*, 2ª ed. Astrea, Bs. As., 1996. p. 2 y ss., JESCHECK, Hans-Heinrich– WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., trad. de Miguel Olmedo Cardenete, Ed. Comares, Granada 2002, p. 22 y ss. MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 7º ed., B de F, Bs. As., 2004, p. 111 y ss., RIGHI, Esteban, *Derecho penal. Parte general*, Lexis Nexis, Bs. As., 2007, p. 15 y ss., ROXIN Claus, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. Estructura de la teoría del delito*, trad. de la 2ª edición alemana de Diego M. Luzón Peña, Miguel Díaz y Conlledo y Javier De Vicente Remesal, Thomson Civitas, Madrid, 2007, p. 144 y ss., SILVESTRONI, Mariano H. *Teoría constitucional del delito*, 2ª edición. Ed. del Puerto, Bs. As., 2007, p. 121 y ss., ss., ZAFFARONI, Eugenio R. – ALAGIA, Alejandro – SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Ediar, Bs. As., 2001, p. 332 y ss. De los mismos autores, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Bs. As., 2007, p. 215 y ss.

- la racionalización del uso del castigo conjugando la potestad del estado de imponer penas con el resguardo de la libertad individual
- nueva base epistemológica destinada a definir un nuevo sistema de formalización del derecho, y en particular del derecho penal
- fin de establecer un límite racional al castigo
- un esfuerzo para delimitar con mayor precisión los fines que debe perseguir la pena.

Lógicamente, esta línea de pensamiento no sólo debía repercutir en el ámbito de la política criminal y en el derecho procesal penal, sino que el concepto de delito debía recoger los principios de ella derivados. Para definir y demarcar los límites teóricos de una conducta amenazada con pena, sus elementos, entonces, necesariamente deben atender al respeto de las libertades humanas que en definitiva, dejó el liberalismo penal como principal legado. Continuando con la enumeración, puede decirse que una dogmática propia del derecho penal liberal debería respetar las siguientes pautas:

- redefinición del delito como ente jurídico específico.
- una teoría de la acción ajustada a las características biológico-subjetivas de los seres humanos.
- interpretación restrictiva de los tipos penales.
- previsiones legales que describan en forma estricta únicamente conductas conflictivas.
- imposibilidad de imponer pena a quienes no se encuentran en condiciones de comportarse conforme a la norma.

### **3. Las bases teóricas del subjetivismo.**

a) *Injusto personal a partir de WELZEL*<sup>3</sup>.

Sin lugar a dudas el surgimiento del finalismo significó todo un cambio en el derecho criminal, representado por la postulación de una ley penal adecuada a las estructuras lógico-objetivas propias de los entes y previas a todo ordenamiento

---

<sup>3</sup> Sobre su desarrollo en la evolución de la teoría del delito ver BACIGALUPO, *Derecho penal...* p. 239 y ss., *Lineamientos de la teoría del delito*, 3ª ed. Hammurabi, Bs. As., 1994 p. 59 y ss., DONNA, *Teoría del delito...* p. 8 y ss., JAKOBS, Gunther, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., trad. de Joaquín Cuello Contreras y José L. Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 162 y ss. JESCHECK-WEIGEND, *Tratado...*, p. 224 y ss., MIR PUIG, *Derecho penal...*, p. 185 y ss., RIGHI, *Derecho penal...*, p. 118 y ss., ROXIN, *Derecho penal...*, p. 199 y ss., SILVESTRONI, *Teoría...*, p. 222 y ss., STRATENWERTH, Gunther, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, 5ª ed., trad. de Marcelo A. Sancinetti y Manuel Cancio Meliá, Hammurabi, Bs. As., 2005, p. 115 y ss., WELZEL, Hans *Derecho penal alemán*, trad. de la 11ª edición alemana de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Ed. Jur. de Chile, Santiago, 1970, p. 39 y ss., *El nuevo sistema del derecho penal*, tercera reimp., trad. de José Cerezo Mir, B de F, Bs. As., 2006, p. 41/57, ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Derecho Penal...*, p. 382, *Manual...*, p. 302.

jurídico. De esta apelación al ontologismo derivó la teoría de la acción final, según la cual ninguna conducta humana se puede escindir de la finalidad que se persigue al realizarla.

Según WELZEL, toda conducta implica la realización de una serie de pasos, a saber:

- Identificación del fin.
- Selección de los medios más aptos para su consecución.
- Análisis de las consecuencias concomitantes de la acción.
- Puesta en marcha la causalidad.

Sus importantes consecuencias para la estructura del delito son conocidas: de la indivisibilidad entre finalidad/conducta deriva que los principales aspectos subjetivos del ilícito (el dolo y la culpa) también pasen a formar parte del tipo, ahora infundido de una estructura compleja (tipo objetivo y tipo subjetivo), situación reforzada teóricamente mediante el conocido *argumento de la tentativa*.

Respecto de la teoría del injusto, es necesario formular los lineamientos directrices, en lo que al tema tratado se refiere.

WELZEL le asigna al desvalor de acción el carácter de objeto primario del derecho penal, el que abarca el desvalor de resultado - en los delitos de resultado- sin necesidad que exista conexión entre ambos. Consecuente, afirma la posibilidad de que exista desvalor de acción sin desvalor de resultado en los denominados *delitos de mera actividad* y en la *tentativa inidónea*, admitiendo asimismo la presencia de desvalor de resultado sin desvalor de acción, en los casos de riesgo permitido en los cuales se produce un resultado negativo. Este es el caso de los delitos imprudentes, que quedan fundamentados para WELZEL completamente con el desvalor de acción, mientras que el resultado cumple únicamente una función de selección, exclusivamente en relación con su punibilidad.

En cuanto a los delitos dolosos asevera:

“En la mayor parte de los delitos es esencial, sin duda, una lesión o peligro del bien jurídico, pero sólo como momento parcial de la acción personalmente antijurídica, y nunca en el sentido de que la lesión al bien jurídico caracterice suficientemente lo injusto del hecho. La lesión al bien jurídico (el disvalor de resultado) tiene relevancia en el derecho penal sólo dentro de una acción personalmente antijurídica (disvalor de acción)”.<sup>4</sup>

De este modelo surge la noción que indica la imposibilidad de prohibir causar un resultado, sino que solo un actuar dirigido por la voluntad puede ser objeto de prohibición.

---

<sup>4</sup> WELZEL, *Derecho Penal...*, p. 92.

Para el maestro de Bonn el desvalor de resultado no resulta ser un elemento independiente del injusto -junto al desvalor de acción- de los delitos dolosos, sino todo lo mas un elemento aumentante del injusto. El carácter de *antijuridicidad* es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. Lo injusto es injusto de la acción referida al autor, es *injusto personal*.

En síntesis el criterio general que propone WELZEL resulta explicitado por Hans Joachim HIRSCH, su más fiel discípulo, quien afirma que la comprobación de una dogmática, dirigida unilateralmente al desvalor de resultado no acierta con la esencia de lo ilícito del delito y que conlleva una extensión del tipo carente de contornos, descuidando el hecho de que las normas son prescripciones del comportamiento y su trasgresión requiere, consecuentemente un desvalor de conducta. De lo expuesto entiende HIRSCH que el resultado en los delitos dolosos es parte de la acción, atento que el mismo es parte de la voluntad dirigente del actor.

De tal forma, la problemática de la ubicación del resultado quedaría enmarcada exclusivamente en la imprudencia, donde la voluntad no esta dirigida hacia el resultado.

Como consecuencia de lo hasta aquí analizado parece deducirse que el rol que le asigna WELZEL al resultado en los delitos culposos defiere del que tendría en los delitos dolosos. En efecto en la imprudencia, el desvalor de injusto quedaría constituido solo con el desvalor de acción, quedando el resultado relegado a una mera condición objetiva de punibilidad, en lugar en los delitos dolosos, no se desprende de su pensamiento que el injusto resulte constituido con la sola presencia del desvalor de acción, tan solo afirma que no, en todos los casos será necesaria la concurrencia del desvalor de resultado.

Más allá de los cuestionamientos de los que fue objeto el finalismo, la doctrina comparte unánimemente que la antijuridicidad resulta ser siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado, lo cual deriva de la ubicación del dolo y la imprudencia en el tipo, no en base a razones ontológicas sino esencialmente valorativas, conforme el estado actual de la doctrina alemana.

#### *b) Lineamientos del pensamiento subjetivista<sup>5</sup>.*

---

<sup>5</sup> Sin perjuicio de las citas puntuales que se realizarán en las notas sucesivas, para una visión general del tema consultar JESCHECK-WEIGEND, *Tratado...*, p. 209 y 230., MIR PUIG, *Derecho penal...*, p. 166 y ss., RIGHI, *Derecho penal...*, p. 124/126 y ss., ROXIN, *Derecho penal...*, p. 319 y ss., SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría del delito y disvalor de acción*. 1ª reimp., Ed. Hammurabi, Bs. As. 1991, *Ilícito personal y participación*, 2ª ed., Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 2001, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1995, *Subjetivismo e imputación objetiva en derecho penal*, Ed. Ad-Hoc, Bs. As., 1997. SILVESTRONI, *Teoría...*, p. 291 y ss., STRATENWERTH, *Derecho penal...*, p. 79 y ss., ZAFFARONI-ALAGIA-SLOKAR, *Derecho Penal...*, p. 302 y 466, *Manual...*, p. 303.

Podría definirse a la doctrina en estudio como una radicalización de la teoría final de la acción. Por eso no es desacertado el término *postfinalismo* que se mencionó con anterioridad. Y no es por el simple hecho de que la teoría tratada es cronológicamente posterior a esta escuela<sup>6</sup>, sino porque se trata de una doctrina de cuño eminentemente *welzeniano* que veía en la fundamentación subjetiva del delito una consecuencia necesaria del finalismo. Por lo tanto, no es de extrañar que sean de origen *finalista* los expositores más renombrados de la materia, tales como Armin KAUFMANN (discípulo directo de WELZEL) Eckardt HORN y Diethart ZIELINSKI<sup>7</sup>, este último, quizás, quien con más maestría y didáctica expuso este paradigma.

El planteo realizado por estos autores es que el resultado es un evento azaroso que no depende de la voluntad de quien lleva a cabo una conducta. Por lo tanto, otorgar importancia a la consecuencia causal de una acción contradice el principio según el cual las normas sólo pueden prohibir acciones y sólo ellas pueden infringir los mandatos normativos. Consecuentemente, el ilícito está conformado exclusivamente por el disvalor de acción y el resultado es una circunstancia desvinculada de la decisión individual del autor.<sup>8</sup>

Recurriendo a la teoría de las normas para enunciar esta postura, se hace hincapié en las denominadas *norma de valoración* –que da inicio al ilícito- y *norma de determinación* -que da inicio a la culpabilidad-<sup>9</sup>. Para KAUFFMAN, toda norma presupone un juicio de valor: la primera valoración es siempre positiva, crea los bienes jurídicos; la segunda es la de las valoraciones. Y lo que se valora no es la causalidad en tanto “acontecimiento” o “suceso”, sino la composición teleológica de la intencionalidad del hombre.<sup>10</sup>

La acción toma su cualidad valorativa ya por si referencia final al (dis) valor de la situación de hecho “objetiva”. La “valoración” se refiere tanto al estado de cosas objetivo como a la acción; el único contenido de la valoración que puede interesar al derecho es aquel que coincide con el de la orden, es decir, la conducta: la norma de valoración y la de determinación tienen, por tanto, el mismo objeto. Como sostenía WELZEL, con respecto a la acción, la norma de valoración y la norma de

---

<sup>6</sup> Sin embargo, un primer esbozo de esta *sobredimensión* del disvalor de acción en el injusto se remonta a GERMANN, en 1914. Al respecto, cfr. STRATENWERTH, Gunther, “*Disvalor de acción y disvalor de resultado en derecho penal*”, trad. de Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Bs. As., p. 38).

<sup>7</sup> ZIELINSKI, Diethart, “*Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*”, trad. de Marcelo A. Sancinetti, Hammurabi, Bs. As., 1991.

<sup>8</sup> MAGARIÑOS, Mario, *Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto*, AD-HOC, Bs. As., 2008, p. 57 y ss.

<sup>9</sup> Para un mayor desarrollo de este tema puntual ver THON, August, *Rechtsnorm und subjektives Rechts*, 1878 y GOLDSCHMIDT, Werner –quien traduce este binomio en norma objetiva/norma de deber- *Normative Schuldbegriff*, ambos citados en ZIELINSKI, *Disvalor de acción...*, p. 6 y 11, respectivamente. Resumidamente, SANCINETTI, *Subjetivismo...*, p. 45/48.

<sup>10</sup> KAUFMANN, Armin, *Teoría de las normas*, p. 90.

determinación coinciden.<sup>11</sup> El alcance de la acción agota, por eso, también el objeto posible de la prohibición.<sup>12</sup>

Así, admitiendo la existencia de una norma objetiva que otorga valor a un bien jurídico determinado (*norma de valoración*), lo que constituye el ilícito es la infracción a la *norma de determinación* que de ella se deduce, debido a que el objeto de ambas normas es el mismo: disuadir de realizar conductas que *tiendan* a lesionar bienes jurídicos ajenos. Así, entienden, se salva el respeto al principio de afectación al bien jurídico, ya que el imperativo subjetivo tiene razón en la previa existencia de un objeto de tutela. Señala al respecto KAUFMANN: “sólo los juicios sobre acciones serán, en consecuencia, fundamentos de una norma”<sup>13</sup>.

Desechada la lesión objetiva de un bien jurídico como componente del injusto y siendo que el derecho no puede prohibir sucesos casuales, tanto en el delito tentado como en el consumado la norma infringida es la misma en razón de su idéntico disvalor de acción. Y el dolo, trasladado al tipo según la estructura desarrollada por el finalismo, abandona el papel de mero integrante del ilícito para convertirse en aquello que lo define. Resume SANCINETTI:

“el no expulsar del todo el resultado del ámbito del ilícito, nunca se correspondió bien con los puntos de partida del finalismo. El tipo penal era definido por WELZEL como ‘la descripción objetiva y material de la conducta prohibida’. Dado que el resultado producido después de la acción no era un elemento definitorio de la acción en sí misma no había ninguna razón para que el resultado pudiera caracterizar el tipo” [...] los discípulos de WELZEL se hicieron más *welzenianos* que el propio WELZEL”.<sup>14</sup>

Partiendo de esta base, el resultado entonces no debería ser imputado a la voluntad del agente, sino que éste sólo debe responder por aquello sobre lo cual tuvo dominabilidad, sobre lo que es propio de su ámbito de decisión, y que en definitiva es lo que está en sus manos:

“el autor no puede asegurar la causalidad de un modo absolutamente necesario. Él sólo puede representar el curso causal más o menos posible de su acción [...] Entonces, la producción efectiva del resultado, como cualquier efecto de una causa, es siempre casual, un producto del azar, del acaso, de la arbitrariedad”.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> SANCINETTI, *Subjetivismo...*, p. 51.

<sup>12</sup> KAUFMANN, Armin, *Teoría de las normas*, p. 141.

<sup>13</sup> Recojo esta cita de SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría del delito...*, p. 35. Y agrega el autor “el acto ilícito presupone el conocimiento, por parte del autor, de la infracción; y sólo su acción, no su resultado, puede ser objeto de una norma” (Op. Cit., p. 19).

<sup>14</sup> SANCINETTI, *Teoría del delito...*, p. 8.

<sup>15</sup> Op. Cit. SANCINETTI, p. 127.

¿Cuál es el fundamento de estas afirmaciones? El propio principio de culpabilidad, en el sentido de que si se trata de explicar un sistema de imputación regido por éste, el reproche sólo puede ser personal y referido a la voluntad del autor.<sup>16</sup> No hay ninguna infracción, ninguna culpabilidad, que no sea una culpabilidad de voluntad. La otra idea proviene de la magia causal, según la cual infracción es la causación de un daño<sup>17</sup>

La razón de una imputación está siempre en aquello dominable por el sujeto al que se le formula la imputación. Y aquello que el sujeto puede dominar son sus actos. Imputable -en consecuencia- sólo es la decisión de acción, y dado que el presupuesto de la culpabilidad es el ilícito, éste no puede incluir ingredientes que no estén alcanzados por el contexto de la finalidad de la persona y que no sean enteramente dependientes de su voluntad.<sup>18</sup> Es elocuente la recordada frase que para ejemplificar sus ideas utilizó KAUFMANN, quien se preguntaba en qué reside la diferencia en el contenido de la culpabilidad entre el disparo que acierta y aquél que pasa silbando.<sup>19</sup>

De tal modo, el ilícito se conforma únicamente por el dolo<sup>20</sup>, y el (disvalor de) resultado en nada coadyuva a su configuración, quedando relegado al papel de condición objetiva de punibilidad en los delitos imprudentes con una función selectiva pero no constitutiva debido al carácter de tipo abierto del que éste reviste<sup>21</sup>, también en coincidencia con WELZEL.

### *c) Consecuencias de una fundamentación subjetiva del ilícito.*

Como se dijo en el acápite introductorio, este trabajo no pretende ahondar exhaustivamente sobre este punto, no obstante lo cual no se puede eludir una breve referencia a los efectos que en la teoría del delito tiene el subjetivismo.

En el campo de la antijuridicidad se sostiene que si el rasgo definitorio del ilícito es la voluntad de lesionar un bien jurídico, entonces la voluntad de su salvamento debe ser trascendental para su exclusión: si el disvalor de acción configura por sí solo el delito, el *valor de acción* lo excluye. En otras palabras, así

---

<sup>16</sup> Ver RIGHI, *Derecho penal...*, p. 125.

<sup>17</sup> SANCINETTI, *Subjetivismo*, p. 30/34.

<sup>18</sup> Op. Cit. SANCINETTI, p. 62. También en *Subjetivismo...*, p. 64 y ss.

<sup>19</sup> Cita recogida de SANCINETTI, *Teoría del delito...*, p. 102.

<sup>20</sup> Según ZIELINSKI, "ilícito sólo puede ser una acción (final) dirigida a una lesión del objeto de bien jurídico [...] ilícito es el acto final contrario a la ley y sólo él" (Op, Cit., ZIELINSKI, p. 100).

<sup>21</sup> ROXIN, Claus, *El injusto penal en el campo de tensiones entre la protección de bienes jurídicos y la libertad individual*, trad. de José A. Caro John, en *La teoría del delito en su discusión actual*, Ed. Jur. Grijley, Lima, 2007, p. 104.

como el dolo de la tentativa fundamenta el ilícito, la tentativa de salvamento –el *dolo de salvamento*- fundamenta la justificación<sup>22</sup>.

Un tema sumamente relevante es el de la tentativa, piedra angular de la teoría de la imputación del subjetivismo, en el cual el concepto de *dolo* asume un papel preponderante en su elaboración sistemática. Al respecto, se señala que lo decisivo para su conformación es que el autor sea consciente de las circunstancias del hecho que configuran el riesgo jurídicamente reprobado. Este conocimiento conforma el denominado *dolo básico*, que en ocasiones puede ser mucho más grave que el dolo directo. En esta esfera interna, lo relevante no es cuánto se desee el resultado, sino qué grado de riesgo reprobado el autor asume como posible, y eso es lo que fundamenta el ilícito. El dolo –a decir de SANCINETTI- no equivale a la intención: ésta no es necesaria, ni es suficiente.<sup>23</sup>

Sin perjuicio de que en la tentativa acabada se infringe la misma norma que en la consumación, se afirma que en la tentativa inacabada el autor violenta una norma distinta, ya que en el caso no hay un dolo suficientemente desarrollado como para admitir la producción del resultado: la diferencia de punibilidad que todo el mundo ve como razonable entre tentativa y consumación sólo tiene fundamento entre la tentativa inacabada y la tentativa acabada.<sup>24</sup>

Por otra parte, cabe considerar el tratamiento que se da a la tentativa objetivamente no peligrosa: siguiendo este pensamiento, se sostiene que si el autor asumió un proyecto de acción completamente racional como para alcanzar el resultado, el que haya habido un riesgo exterior o no, es irrelevante. Lo relevante es que él ha *aceptado* crear un riesgo reprobado (tentativa punible). Si el proyecto es completamente racional, la *idoneidad general* del medio es evidente; si el arma está descargada por razones ajenas a la voluntad del autor, su proyecto, tal como está concebido, sigue siendo idóneo. La tentativa entonces, sería inidónea cuando ya el proyecto de acción esté concebido de tal modo que, según una valoración objetiva, normativa, ese modo de comisión no pueda llegar a la consumación, o pueda hacerlo sólo por casualidad<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> SANCINETTI, *Subjetivismo...*, p. 89, *Teoría del delito...*, p.524 y ss.

<sup>23</sup> SANCINETTI sentencia además que “Hay que combatir la tendencia natural a ver en el *dolo directo* de primer grado el prototipo del hecho punible.”, en *Subjetivismo...*, p. 70. Ver también *Teoría del delito...*, p.409 y ss.

<sup>24</sup> SANCINETTI, *Subjetivismo...*, p. 74, ZIELINSKI, *Disvalor de acción...*, p.160. También, STRUENSEE, Eberhard, *Dolo, tentativa y delito putativo*, trad. de Marcelo A. Sancinetti, Ed. Hammurabi, Bs. As., 1992, p. 45/53.

<sup>25</sup> SANCINETTI, *Subjetivismo...*, p. 77. En la misma obra, dice el autor “Así como no importa que no se haya producido un peligro para el objeto de bien jurídico si es que hubo una voluntad de realización del tipo con contenido racional (ilícito culpable), tampoco importa que sí se haya producido un resultado si la representación del hecho no era un proyecto comunicativamente relevante, racional=impunidad” (p. 79).

Otra derivación de suma importancia es la alusiva a la participación criminal. El planteo formulado es el siguiente: si el ilícito personal se agota allí donde el agente ya hizo todo cuanto estaba a su alcance para su consecución, ese aporte existió y no tiene por qué verse afectado por la intervención posterior de otra persona que impida la continuación del *iter criminis*, puesto que esta intervención de otra persona ya no es de su competencia. El aporte primigenio se erige en un delito independiente, con lo cual para el subjetivismo la accesoriedad de la participación no tiene razón de ser<sup>26</sup>.

#### 4. Análisis de las principales objeciones al subjetivismo.

Sin dudas, un planteo tan concluyente como el descripto fue pasible de una considerable cantidad de críticas. Corresponde detenerse en las más relevantes.

a) Se escucha y se lee con normalidad que el subjetivismo es el culto a la criminalización de los pensamientos y se lo cataloga como una doctrina propia de un derecho penal de ánimo, lo que lo sitúa en clara contraposición con dos de los principios más básicos del derecho penal liberal: el principio de lesividad y el derecho penal de acto. Más puntualmente, se objeta que circunscribir la conducta delictiva a la mera voluntad contraria a la norma habilitaría una ilimitada punición de actos previos al comienzo de ejecución de un delito (por ejemplo las ideas) que no ponen en peligro bien jurídico alguno y que no son manifestados exteriormente.

Sin perjuicio de que autores tan reconocidos en la doctrina nacional como ZAFFARONI, ALAGIA y SLOKAR exponen esta opinión<sup>27</sup>, los autores alemanes tampoco dejaron de lado el cuestionamiento. Tal es el caso de ROXIN –cuya opinión ocupará más espacios en este trabajo-, quien sostiene:

“si el derecho penal quiere proteger bienes jurídicos contra afecciones realizadas por seres humanos, esto solamente es posible prohibiendo la creación de riesgos no permitidos para la existencia de los bienes jurídicos, y considerando como injusto penal, bajo la forma de afección al bien jurídico, la realización de tales riesgos en contra de la prohibición. Entonces, las acciones típicas son siempre afecciones de bienes jurídicos...”<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> SANCINETTI, *El ilícito propio de participar en el hecho ajeno*, en *Ilícito personal y participación*, p. *Subjetivismo...*, p. 82, *Teoría del delito...*, p. 741 y ss.

<sup>27</sup> Según ZAFFARONI – ALAGIA – SLOKAR, la tesis analizada “...debería conducir a las más absurdas anticipaciones punitivas”, en *Derecho penal...*, p. 466. Muy resumidamente, pero con un cuadro ilustrativo de la evolución de la teoría del delito, ver la obra de los mismos autores *Manual...*, p. 303 y ss..

<sup>28</sup> ROXIN, *La teoría del delito...*, p. 53.

Al tiempo que HIRSCH afirma que: "...el delito no es simplemente voluntad malvada, sino voluntad malvada realizada en un hecho. El fundamento real de cualquier delito es la objetivación de la voluntad en el hecho exterior."<sup>29</sup>

Ante posibles observaciones, es conveniente asentar que estas críticas persiguen la loable finalidad de resguardar las garantías fundamentales de los ciudadanos (lo que deberían hacer todas las construcciones teóricas que pretendan hablar de *derecho*) y de evitar excesos y manipulaciones por parte de los legisladores. Pero como se adelantó, no abarcan con suficiencia el análisis del subjetivismo y –para expresarlo claramente- lo acotan. Y el por qué de ello se entiende así: se puede elaborar una teoría subjetivista sin menoscabar el principio de lesividad. ¿Cómo? El binomio norma de valoración/norma de determinación (traducible a norma objetiva/norma subjetiva) proporciona la posibilidad de elaborar una teoría subjetiva que fundamente el ilícito en un disvalor de acto orientado a la lesión de, justamente, el objeto de protección recogido por la norma objetiva, lo que clausuraría la supuesta *etización* o *moralización* del derecho penal.

Para fundamentar esta afirmación es necesario acudir a la respuesta que los subjetivistas dieron a tan grave acusación, recurriendo al significado mismo de *afectación del bien jurídico*. En este sentido, no es errada la interpretación de SANCINETTI, para quien el principio de lesividad no debe ser interpretado en el sentido de que la medida de un hecho punible está dada por la medida del daño material efectivamente causado por el delito sobre un objeto de bien jurídico, sino en aquél en el que la norma se sustente en un fin legítimo: el tender a evitar lesiones de terceros<sup>30</sup>. Sobre ello refiere:

"la desviación del derecho hacia la moral no dependerá de la ponderación del disvalor de acción, pues éste se halla siempre definido en función de cómo se comportó el autor con relación a la posible afectación ulterior del objeto de bien jurídico, es decir, del resultado."<sup>31</sup>

Y más adelante expone:

"un derecho penal circunscrito al disvalor de acción, supone la identificación de la finalidad del autor, no la caracterización de él como 'autor en general' (como 'tipo criminológico'). El juicio de disvalor es (tiene que ser) individual, sobre la acción, sin que puedan influir aquí elementos de la personalidad del autor [...] un derecho

---

<sup>29</sup> HIRSCH, Hans Joachim, *Los conceptos de disvalor de acción y disvalor de resultado o sobre el estado de las cosas*, trad. de Eduardo D. Grespo, en *Derecho penal. Obras completas*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, TIII, p.236.

<sup>30</sup> SANCINETTI, *Subjetivismo...*, p. 30/31, donde dice "La medida del ilícito es igual a la medida del dominio del sujeto sobre la posibilidad de menoscabar el objeto de bien jurídico".

<sup>31</sup> SANCINETTI, *Teoría del delito...*, p. 111.

penal de voluntad no es un derecho penal de autor, es un derecho penal de acción.”<sup>32</sup>

De ello se deduce –como hace SANCINETTI- que la subjetivización pretendida alude únicamente a la conducta y no a la norma, cuya objetividad se mantiene incólume. Por lo tanto, teniendo en cuenta ésta última aseveración y siempre y cuando el mandato se oriente a la evitación de *lesiones concretas*<sup>33</sup> de bienes jurídicos, no veo, al menos con tanta nitidez, la *animización* del castigo sin más que tan comúnmente se reprocha a los subjetivistas.

En cuanto al principio del hecho, se enuncia que debe ser interpretado subjetivamente. Formulado de modo negativo: no es alcanzable por el derecho penal ninguna decisión de voluntad que no se dirija ya al exterior, que incluso para el propio autor se mantenga en la propia esfera de organización. Formulado de modo positivo: es alcanzable por el derecho penal la decisión de voluntad que, según la representación del autor, ya signifique una arrogación actual de una esfera de organización ajena.<sup>34</sup>

b) Corresponde ahora indagar si el delito tentado y el delito consumado poseen el mismo grado de disvalor. Mariano SILVESTRONI efectúa en su obra *Teoría constitucional del delito* una lúcida elaboración: sostiene que en la consumación y en la tentativa la estructura interna del agente es distinta debido a que la ausencia de consumación presupone una imperfecta planificación del hecho por parte su autor. De este modo, la diferencia entre el disvalor de acción del delito consumado y el del tentado no estriba en la mayor o menor voluntad de infringir la norma, sino en que la voluntad que conforma al segundo es *defectuosa*. Se puede deducir entonces que el criterio diferenciador utilizado por SILVESTRONI no es cuantitativo (respecto del mayor o menor disvalor) sino *cualitativo*. Puede ayudar a su comprensión un pasaje de la citada obra:

“...si en tentativa y consumación el disvalor de resultado es diferente ¿por qué razón la deficiencia objetiva no es a la vez una deficiencia en la programación subjetiva? Ésta es la pregunta que debe responder con éxito el subjetivismo para sostener su teoría [...] a mi juicio existe esa diferencia, ya que mientras en el delito consumado la programación de la causalidad hacia el resultado (dolo) fue la

---

<sup>32</sup> SANCINETTI, *Teoría del delito...*, p. 94. Y agrega “que la norma se dirija a una voluntad no significa que pueda avasallar el fuero interno. Para que la decisión de voluntad sea contraria a derecho tiene que configurar una conducta identificable como ‘conducta prohibida’. Esta norma es una norma objetiva, que no depende de la voluntad del autor [...] sólo la infracción es subjetiva, no la norma infringida” (*Ilícito personal y participación*, p. 31).

<sup>33</sup> Este término no es utilizado aquí en un sentido técnico, sino que alude a la efectiva afectación del bien jurídico, con independencia del carácter concreto o abstracto del peligro.

<sup>34</sup> SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva del ilícito...*, p. 45.

correcta, en el delito tentado esa programación fue incorrecta y el efecto resultante fue el causante de la frustración del plan del autor.”<sup>35</sup>

Afirma el autor que la existencia o inexistencia del resultado lesivo no debe entenderse como azarosa, sino como producto de una planificación y de su ejecución, por lo que el disvalor de conducta no es el mismo en uno u otro caso. Y para defender su postura, explica que existen dos subespecies de disvalores de acción: uno *inicial* que fundamenta la punición de la tentativa, y uno que llama *predictivo de la causalidad real*, que es el que orienta al resultado. De la suma de ambos, se obtiene el completo disvalor de acción de un delito doloso.<sup>36</sup> Es este un criterio que más allá de sus particularidades, guarda relación con el que se plasmara en diversas ocasiones mediante la afirmación de que en la mayoría de los casos la frustración del resultado no responde a una obra del destino, sino a la menor energía criminal desplegada por el actuante, tal como lo destacaran oportunamente ROXIN<sup>37</sup> y HIRSCH<sup>38</sup>.

La postura de SILVESTRONI en un principio cumpliría con las expectativas depositadas en una respuesta al planteo subjetivista. Se apoya en argumentos de indudable carácter dogmático y apunta al núcleo de la construcción teórica del subjetivismo: el *dolo*. Sin embargo, yerra en lo siguiente: la correcta o incorrecta planificación a la que alude resulta un criterio útil para determinar el grado de idoneidad de la conducta en relación con el fin perseguido y así establecer una mejor delimitación entre las diferentes especies de tentativa. Pero la realidad de los hechos indica que muchas veces las *circunstancias ajenas a la voluntad del autor* que impiden que el injusto se perfeccione pueden aparecer incluso cuando el agente ya empleó toda la energía posible y planificó rigurosamente su ejecución. No puede negarse la sutileza de la construcción teórica de SILVESTRONI, referente a dos estratos sucesivos del dolo en la estructura del disvalor de acción, pero tampoco parece equivocado observar que la conclusión a la que arriba desatiende numerosos casos que se presentan en el plano fáctico.

c) De las exposiciones repasadas en el apartado previo deriva la afirmación de que el resultado no es producto de la casualidad, sino que forma parte de la acción como una unidad objetivo-subjetiva que debe incluir en su seno

---

<sup>35</sup> SILVESTRONI, Mariano, *Teoría...*, p. 294. Si bien la condición de *cualitativa* volcada en el texto no es empleada por el autor, entiendo que el uso del término corresponde a una correcta interpretación de su opinión.

<sup>36</sup> SILVESTRONI, *Teoría constitucional...*, p. 295.

<sup>37</sup> ROXIN, *La teoría del delito...*, p. 129.

<sup>38</sup> HIRSCH, *Derecho penal...*, p. 242.

elementos objetivos del tipo penal respectivo<sup>39</sup>. Quizás sea STRATENWERTH quien más claramente expuso la idea, al afirmar que:

“la lesión al bien jurídico penalmente relevante no puede separarse de la conducta sobre la cual se apoya [...] la lesión al bien jurídico ‘en sí’, que sería independiente de la acción que la provoca, se muestra ya con esto, en gran medida, como una quimera, como un producto de la dogmática que no se corresponde con ninguna realidad”.<sup>40</sup>

Ello lo cimienta sobre la base de que la lesión al bien jurídico separado de la conducta humana no puede constituir el ilícito, porque –justamente- lo que constituye la lesión al bien jurídico es la conducta humana. Para este autor, el objeto de la llamada norma de valoración, tiene que ser, por tanto, un actuar u omitir que se presenta como la lesión de un bien jurídico incluyendo sus elementos subjetivos: actuar significa llevar a los hechos una decisión.”<sup>41</sup>

Es casi unánime la opinión doctrinaria sobre este punto al desechar que una efectiva lesión del objeto de protección de la norma imputable a un sujeto es un evento azaroso<sup>42</sup>, resumiendo ROXIN el estado de la discusión:

“El resultado no depende del azar, porque de antemano sólo se imputan resultados en los que la lesión del bien jurídico se presenta como obra del autor. El resultado es la pieza nuclear, en absoluto casual, sino precisamente necesaria, del injusto, en cuanto a que en él mismo, si es imputable, se manifiesta en todo su sentido el disvalor de acción.”<sup>43</sup>

Mientras que sobre el mismo punto, STRATENWERTH sostiene con vehemencia:

“Es correcto decir que no pueden ser prohibidas o mandadas la producción o ausencia del resultado, sino sólo acciones. Pero esto de ningún modo significa, a la inversa, que el autor no tenga nada que ver con el resultado ¡cuando éste se produce!”<sup>44</sup>

Más adelante se tratará el tema de este apartado (puntualmente, al momento de la conclusión), por lo que seguidamente se considerarán restantes puntos de vista.

d) Se planteó también la siguiente cuestión: la menor escala penal del delito tentado incita al autor a no continuar actuando pese a que su plan no se haya

<sup>39</sup> ROXIN, *Derecho penal...*, p. 319 y ss.

<sup>40</sup> STRATENWERTH, *Disvalor de acción...*, p. 35.

<sup>41</sup> STRATENWERTH, *Disvalor de acción...* p. 37.

<sup>42</sup> Ver HIRSCH, *Derecho penal...*, p.244 y ss., MIR PUIG, *Derecho penal...*, p.171.

<sup>43</sup> ROXIN, *Derecho penal...*, p.325.

<sup>44</sup> STRATENWERTH, *Disvalor de acción...*, p. 71

concretado. De existir escalas idénticas (sin importar aquí si una se agrava o la otra se reduce), ello implicaría que, en la psique del autor, no exista motivo alguno que lo inhiba de intentar nuevamente la afectación del bien jurídico.<sup>45</sup> Más gráficamente, se podría desarrollar esta idea: ante un primer disparo que no resultó mortal -y en el supuesto de que tentativa/consumación sean reprimidas con igual pena- ¿qué agravación le reportaría al agente el acercarse a la víctima herida y rematarla? En este entendimiento, ninguna. Tiene aquí entonces la menor punibilidad de la tentativa un efecto motivador contra las consumaciones.

Ciertamente, es una opinión que en el campo político criminal no parece muy discutible. De hecho, quizás sea de las más fructíferas aportaciones al tema. Pero lo cierto es que si toda respuesta al subjetivismo se redujera a ello, importaría aceptar tácitamente sus postulados y desecharlos únicamente en base criterios de utilidad punitiva que responden a contextos políticos, culturales y sociales determinados, en detrimento de la discusión dogmática que amerita el tema tratado. Como ya se explicó, la presente monografía no pretende erigir a la teoría del delito como la única respuesta ante los problemas penales (lo que es imposible), sino que responde a una elección puramente personal respecto de qué criterio es el que tiene más posibilidades de salir airoso de un confronto con el subjetivismo<sup>46</sup>.

Sentado ello, corresponde entonces adentrarme en mi punto de vista propio.

## **5. Conclusión.**

Habiendo expuesto mínimamente –pero con citas que ilustran con suficiencia los puntos de vista reseñados- las más reiteradas críticas al subjetivismo, habré de finalizar el presente trabajo volcando mis propias consideraciones.

Como vimos, son diversos los enfoques y los puntos de partida posibles a la hora de analizar el tema, ya sea desde las garantías del derecho penal de fondo, desde la política criminal, desde la teoría de las normas. Sin embargo y como se adelantó en la parte introductoria, el eje central de esta monografía apunta a las raíces dogmáticas de la –pretendida- fundamentación subjetiva del injusto penal. Y para efectuar este análisis se debe ahondar en la génesis de esta teoría, que se

---

<sup>45</sup> Expuesto también por SILVESTRONI en *Teoría...*, p. 295.

<sup>46</sup> SANCINETTI no desatiende el carácter contramotivador que respecto de las consumaciones tiene la norma penal, pero evidencia un razonamiento inverso al planteado por sus opositores al referir “Si la pena produce alguna clase de protección a los bienes físicos esto no es precisamente respecto del bien que ha sido afectado con el delito a reprimir. Este bien ya dejó de existir...si alguna protección es posible lo máximo que un derecho penal preventivo podría lograr sería justamente el poder evitar toda tentativa” y “Cuanto mayor fuera la diferencia de la reacción a favor de la tentativa, más razones para no dejarse disuadir en el intento”, en *Subjetivismo...*, p. 37/39.

encuentra –como sus defensores lo asumen- en los desarrollos del finalismo, y más concretamente, en el concepto de *acción*.

Al respecto, particularmente no veo, al menos con tanta claridad como los subjetivistas, que una concepción final de la acción implique que el injusto se constituye exclusivamente por el disvalor de acto. El principal legado del finalismo es (aún para quienes lo han atacado abiertamente) la pertenencia del dolo al tipo y la consecuente bipartición tipo objetivo/tipo subjetivo, y justamente esa dualidad permite mantener incólume el resultado como elemento constitutivo del ilícito. Así, resulta evidente el punto de partida de corte finalista de las formulaciones estudiadas, pero este punto de partida no es necesariamente incompatible con una visión resultadista del delito.

Si a lo largo del tiempo la doctrina ha coincidido en que la acción –sea conceptualizada como causal<sup>47</sup>, final<sup>48</sup>, social<sup>49</sup>, negativa<sup>50</sup>, personal<sup>51</sup> o funcional<sup>52</sup>- requiere ineludiblemente de una manifestación exterior, entonces el reduccionismo que identifica al disvalor de acción con *disvalor de voluntad* es errado, porque desplaza una de los elementos constitucionales propios de este componente del delito. Es sistemáticamente lógico que una teoría personal del injusto establezca que sólo pueden ser penadas las conductas jurídicamente desvaloradas, pero la misma conformación de una conducta impone que dicha valoración no debe atender sólo a la hostilidad al derecho por sí sola, sino también a su expresión física.

¿Cómo repercute esto en la estructura del ilícito? Entran en juego aquí diversas cuestiones. Como hoy por hoy se sostiene casi universalmente, el tipo subjetivo dual comprende la voluntad de realización del tipo objetivo -dolo- o su realización mediante la violación de un deber de cuidado -imprudencia-. Ahora bien, si atendiendo a estos postulados casi indiscutidos, se descarta el tipo objetivo como caracterizador del delito ¿cómo se corrobora la presencia de la tipicidad dolosa? SANCINETTI responde a este cuestionamiento al afirmar que su construcción del delito también requiere del tipo objetivo, porque de la representación de sus elementos se derivan los conocimientos necesarios para la afirmar la existencia de dolo.<sup>53</sup>

Hasta allí se parece haber sorteado la crítica. Pero si teniendo en cuenta lo dicho recién, optamos por mantener la constitución actual del tipo objetivo con la salvedad de excluir de su contenido el resultado ¿Con base en qué criterio se

---

<sup>47</sup> ROXIN

<sup>48</sup> Ver nota 3.

<sup>49</sup> JESCHECK-WEIGEND, *Tratado...*, p. 232 y ss.

<sup>50</sup> ZAFFARONI- ALAGIA-SLOKAR, *Derecho Penal...*, p. 410.

<sup>51</sup> ROXIN, *Derecho Penal...* p. 232 y ss.

<sup>52</sup> JAKOBS, *Derecho penal...*, p. 153 y ss.

<sup>53</sup> SANCINETTI, *Subjetivismo...*, p. 90.

establece el nexo causal (también objetivo)? Si la respuesta a esto es que ese criterio es el resultado, habría de recurrirse a aquello que supuestamente no juega ningún papel, nada menos que para llevar a cabo el juicio de tipicidad objetiva, lo cual implica que la consecuencia exterior de la acción se incluye indefectiblemente en el ilícito. Ello, por cuanto la teoría de la imputación no efectúa su juicio únicamente en base a la intención, sino que busca atribuir al autor solamente los resultados en los que la lesión al bien jurídico sea obra suya, excluyendo los aquellos que no le pertenecen <sup>54</sup>.

Así, como se dijo anteriormente, no resulta posible concebir la acción sin su manifestación externa, independientemente de la definición de conducta a la cual se adscriba. Recuerda HIRSCH:

“WELZEL se mostraba de la opinión de que el disvalor sobre el estado de las cosas forma parte del disvalor de acción. La voluntad pertenece a la acción dado que, y en la medida en que genera objetivamente el suceso exterior. La acción así, es una unidad de momentos objetivos y subjetivos.”<sup>55</sup>

La conformación del disvalor de acción que aquí se sostiene sería entonces la siguiente:

disvalor de acción = voluntad contraria al derecho + exteriorización de la voluntad

Mientras que la estructura del delito se mantiene así:

delito = disvalor de acción + disvalor de resultado

Considero sumamente acertada la siguiente observación de HIRSCH, en el sentido de que la acción no se conforma únicamente con la voluntariedad, sino que engloba además –y como parte componente de ésta- a la lesión del bien jurídico:

“Una tajante separación de lo injusto antes y después de la tentativa acabada deja fuera de consideración que la pretensión del ordenamiento jurídico, al establecer prohibiciones, es la protección de bienes jurídicos y, en primera línea, por ello, la evitación de la consumación. Por consiguiente, el resultado pretendido no puede ser ya, por ello, un disvalor jurídico existente sólo fuera de la norma de prohibición, sino que se trata de una prohibida realización voluntaria del resultado.”<sup>56</sup>

Estas afirmaciones deberían conducir a afirmar que no hay injusto de resultado sin injusto de acción, y que ese resultado forma parte de ésta. En palabras de ROXIN, la acción típica, en cuanto unidad de factores internos y externos, es el

<sup>54</sup> ROXIN, *Derecho penal...*, p. 324.

<sup>55</sup> HIRSCH, *Derecho penal...*, p. 236.

<sup>56</sup> HIRSCH, *Derecho penal...*, p. 246.

objeto de las normas de valoración y de determinación en que se basa el injusto; y la distancia espacio-temporal entre el acto de la acción y su consecuencia imputable no alteran la unidad jurídica proporcionada por la imputación.<sup>57</sup>

De este modo, aquella célebre frase de KAUFMANN que rezaba que el ilícito está constituido exclusivamente, y siempre, por la voluntad de realización y no por la realización de la voluntad<sup>58</sup>, puede modificarse: el delito es, justamente, *voluntad de realización concretada en la realización de la voluntad*. Afirmación que no contradice los principios constitucionales en juego, puesto que no está en tela de juicio que no se puede prohibir resultados derivados de consecuencias incalculables y azarosas, pero está claro que sí se los puede prohibir –y ese es el sentido que le da la ley penal- cuando su objetivación es consecuencia de un acto humano verificable.<sup>59</sup>

Seguramente el lector con cierto grado de conocimiento se habrá preguntado el alcance que este trabajo le da a la tentativa inidónea, receptada por el art. 44 de nuestro Código Penal. Quizás este lector se decepcione por la simplicidad de la respuesta, pero lo cierto es que el concepto de disvalor de acción que aquí se defiende en nada contradice la posible aplicación de este instituto, siempre y cuando la consecuencia exterior de la acción –que en este caso se traduce en la ausencia de lesión del objeto de protección dada su falta de idoneidad para provocarla- importe una perturbación de la paz jurídica. Esta es la interpretación, creo, es la que debe darse a la norma citada.<sup>60</sup>

En definitiva, no puede ignorarse que la realización de un tipo penal engloba un disvalor de resultado y un disvalor de acción porque la conducta típica es objeto tanto de la norma de determinación como de la de valoración. Por ende, ambos disvalores tienen que coincidir en su totalidad para fundamentar el ilícito en su medida completa y ni la voluntad ni el resultado –por sí solos- resultan decisivos.<sup>61</sup>

Acierta entonces ROXIN al afirmar que la principal deficiencia del subjetivismo radica en desconectar por completo al injusto de su dimensión social y

---

<sup>57</sup> ROXIN, *Derecho penal...*, p. 324. Por este motivo, el autor discrepa expresamente con quienes ven al disvalor de acción y al disvalor de resultado como únicos objetos de la norma de determinación y de la norma de valoración, respectivamente (ver nota nro. 134, de la misma página).

<sup>58</sup> SANCINETTI, *Teoría del delito...*, p.42.

<sup>59</sup> Dice ROXIN "...en derecho penal no hay injusto de resultado sin injusto de acción; pero perfectamente se pueden prohibir resultados que supongan realizaciones planificadas de acciones punibles o la consecuencia adecuada de la infracción del cuidado debido.", *Derecho penal. Parte general*, p. 324

<sup>60</sup> No ignoro que el concepto de paz jurídica es susceptible de variadas interpretaciones y puede ser cuestionado por su ambigüedad, aunque considero que no debe ser dejado de lado como criterio determinante para delimitar la tentativa punible de la no punible. Para abordar el tema de la tentativa inidónea –tema en que traigo a colación este concepto-puede servir este ejemplo: tanto en el supuesto en que A gatilla en dirección a B con un arma de fuego descargada y como en el que vierte agua en su café en lugar de una dosis de veneno, ambos medios son en igual medida inidóneos para materializar el ilícito. Sin embargo, no puede negarse que el primer caso representa una mayor alteración de la paz jurídica, puesto que el pragma conflictivo aparece como mucho más evidente cuando se apunta a alguien con un arma –aún descargada- que cuando se vierte agua en su café.

<sup>61</sup> STRATENWERTH, *Disvalor de acción...*, p. 54

del equilibrio entre intereses de protección e intereses de libertad<sup>62</sup>, y también JAKOBS, cuando advierte que erige en demasía la significación individual del injusto por sobre su significación social.<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> ROXIN, *Derecho penal...*, p. 102.

<sup>63</sup> JAKOBS, *Derecho penal...*, p. 129.

## **Bibliografía consultada.**

- BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*. ARA Editores, Lima, 2004.
- *Lineamientos de la teoría del delito*. 3ª edición mejorada y ampliada, Editorial Hammurabi, Bs. As., 1994.
- DONNA, Edgardo Alberto, *Teoría del delito y de la pena*. 2ª edición, Editorial Astrea, Bs. As., 1996.
- *Derecho Penal. Parte general. T I*. Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007.
- ( HIRSCH, Hans Joachim, *Derecho penal. Obras completas*. Editorial Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007.
- ( JAKOBS, Gunther, *Derecho penal. Parte general*. 2ª edición ampliada y corregida, trad. de Joaquín Cuello Contreras y José L. Serrano González de Murillo, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1997.
- *La imputación objetiva en el Derecho Penal*. 3ª reimpresión, trad. de Manuel Cancio Meliá. Editorial Ad-Hoc, Bs. As. 2005.
- *Fundamentos del Derecho Penal*. Editorial Ad-Hoc, Bs. As., 1996.
- ( JESCHECK, Hans-Heinrich - WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho penal. Parte general*. 5ª edición, trad. de Miguel Olmedo Cardenete, Editorial Comares, Granada, 2002.
- ( MAGARIÑOS, Mario, *Los límites de la ley penal en función del principio constitucional de acto. Una investigación acerca de los alcances del art. 19 de la Constitución Nacional*, Editorial AD-HOC, Bs. As., 2008.
- ( MAURACH, Reinhart, *Derecho Penal. Parte general*. 7ª edición, trad. de José Bofill Gensch y Enrique Aimore Gibson; Editorial Astrea, Bs. As., 1994.
- ( MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Parte general*. Libro de estudio, trad. de Conrado A. Finzi , Editorial, Córdoba, 1958.
- ( MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*. 7º edición. Editorial B de F, Bs. As., 2004.
- ( NÚÑEZ, Ricardo C. *Manual de derecho penal. Parte general*. 4ª edición, Editorial Marcos Lerner, Córdoba, 1999.
- ( RIGHI, Esteban, *Derecho penal. Parte general*. Editorial Lexis Nexis, Bs. As., 2007.
- ( ROXIN Claus, *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. Estructura de la teoría del delito*, trad. de la 2ª edición alemana de Diego M. Luzón Peña, Miguel Díaz y Conlledo y Javier De Vicente Remesal, Editorial Thomson Civitas, Madrid, 2007.

- La teoría del delito en su discusión actual, trad. de Manuel Abanto Vázquez, Editorial jurídica Grijley, Lima, 2007.
- ( SANCINETTI, Marcelo A., Teoría del delito y disvalor de acción. 1ª reimpresión, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1991.
- Ilícito personal y participación, 2ª edición, Editorial Ad-Hoc, Bs. As, 2001..
- Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. Editorial Hammurabi, Bs. As., 1995.
- Subietivismo e imputación objetiva en derecho penal. Editorial Ad-Hoc, Bs. As., 1997.
- La teoría del error en el sistema del Código Penal argentino. Editorial Hammurabi, Bs. As.
- ( SILVESTRONI, Mariano H. Teoría constitucional del delito. 2ª edición, Editores del Puerto, Bs. As., 2007.
- SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*. 2ª edición, Editorial TEA, Bs. As., 1957.
- STRATENWERTH, Gunther, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*. 5ª edición totalmente reelaborada, trad. de Marcelo A. Sancinetti y Manuel Cancio Meliá. Editorial Hammurabi, Bs. As., 2005.
- *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho Penal*. 2ª edición, trad. de Marcelo A. Sancinetti y Patricia S. Ziffer. Editorial Hammurabi, Bs. As., 2006.
- STRUENSEE, Eberhard, *Dolo, tentativa y delito putativo*, trad. de Marcelo A. Sancinetti, Editorial Hammurabi, Bs. As., 1992.
- ( WELZEL, Hans Derecho penal alemán, trad. de la 11ª edición alemana de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970.
- El nuevo sistema del derecho penal. 3ª reimpresión, trad. de José Cerezo Mir, Editorial B de F, Bs. As., 2006.
- ( ZAFFARONI, Eugenio R. – ALAGIA, Alejandro – SLOKAR, Alejandro, Derecho Penal. Parte General. 2ª edición, Editorial Ediar, Bs. As., 2001
- Manual de Derecho Penal. Parte General. Editorial Ediar, Bs. As., 2007.
- ( ZIELINSKI, Diethart, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho Penal*, trad. de Marcelo A. Sancinetti. Editorial Hammurabi, Bs. As., 1990.