

**LIMITE ENTRE ACTOS PREPARATORIOS Y EJECUTIVOS EN LA  
TENTATIVA.**

*Por Emanuel Gonzalo Mora.*

*Prosecretario del Juzgado de Garantías nro. 1 del departamento judicial de Quilmes.*

SUMARIO: I.- Introducción a la problemática en estudio, II.- Breve reseña de las teorías existentes, III.- Tesis aplicable a los tipos activos dolosos, el rol del plan criminal, forma de efectuar el análisis teórico, IV.- Tesis aplicable a los tipos omisivos dolosos, V.- El especial caso de la tentativa inidónea, VI.- Conclusiones.

**Introducción a la problemática en estudio:**

Es objetivo del presente trabajo intentar, al menos someramente, delimitar prima facie con la mayor exactitud posible, el oscuro límite existente entre actos preparatorios (legalmente exentos de punición en nuestra legislación criminal) de aquellos actos que marcan la faz ejecutiva en el delito tentado.

La cuestión no resulta para nada ociosa, si tenemos muy presente que solo los actos ejecutivos son penalizados, mientras que los actos meramente preparatorios resultan exentos de toda responsabilidad penal. No son pocos los antecedentes jurisprudenciales que marcan ello, cuando, producto de la oscuridad y ambigüedad del límite existente entre la faz preparatoria y ejecutiva del iter criminis ha arrojado por resultante la declaración judicial de atipicidad de la conducta encartada al imputado en más de una ocasión.

Que ocurriría, por ejemplo, en el caso de un sujeto que sube al taxi para sorprender a su conductor con un arma de fuego que lleva en su saco, con fines de

cometer robo calificado, cuando este delincuente es sorprendido simplemente portando el arma en sus ropas, sin haber amenazado al conductor todavía ni haberle apuntado con el arma, por un oficial policial que detiene el rodado en un control vehicular de rutina, ó que ocurre con una banda de malhechores que a la salida de un establecimiento nocturno, persiguen a una persona con fines de propinarle una golpiza, cuando dicha acción delictiva se ve frustrada por un accidente de tránsito en la que resulta víctima el perseguido, el que pierde la vida en el acto, ó con una mujer que resulta salvada por la fortuna de la caída de un ladrillo sobre la cabeza de la persona que estaba a punto de posar su mano sobre uno de sus pechos, con fines de tocarla en forma obscena, atentando contra su integridad sexual.

Como podremos percatarnos fácilmente, de considerarse actos preparatorios a la portación del arma en el caso primero, a la persecución en el segundo y al acto de acercar la mano al seno de la señorita en el último, tendremos como resultante que dichas conductas son atípicas, resultando exentas de toda punibilidad, pero si, por el contrario, consideramos a tales actos como plenamente ejecutivos (adelanto mi opinión en tal sentido al menos en 2 de los casos citados), entonces, en dichos casos, deberemos aplicar a los mismos las disposiciones del art. 42 y concordantes del código penal, siendo dichas conductas merecedoras de la escala reducida de sanción penal establecida por las normas penales en cita.

### **Breve reseña de las teorías existentes para delimitar actos preparatorios y ejecutivos:**

La doctrina ha elaborado distintas tesis para llenar ese vacío interpretativo tan grave y que motiva este trabajo, los que están basados en tres criterios básicos: el negativo, el subjetivo y el objetivo, cada uno con distintas variables y tesis, que brevemente desarrollo al fin explicativo:

Citando al ilustre Eugenio Zaffaroni (1), las teorías negativas tienen como factor común una conclusión: resulta imposible distinguir entre actos preparatorios y ejecutivos, siendo que la ley nada debería legislar al respecto, debiendo establecer el

reproche criminal aún en caso de los actos preparatorios. Otros sostenedores de la teoría, estiman que el límite entre las fases preparatoria y ejecutiva del iter criminis implica una suerte de trampa lógica, al estilo de la “cuadratura del círculo”, por lo que la resolución del conflicto debe quedar al libre arbitrio del magistrado judicial.

Como bien expresa el ilustre magistrado del máximo tribunal, esta no es la solución de nuestra legislación. Entiendo personalmente que tal teoría, lisa y llanamente, hace caso omiso del problema, abandonándolo sin resolverlo, cuando en el está en juego el mismo juicio de tipicidad, es decir, de la conclusión sobre si un acto es preparatorio ó ejecutivo concluiremos si dicha conducta resulta típica ó atípica.

La teoría subjetiva, que pone toda su mira en la persona que comete el acto y su intención criminal, interesando solo lo que el autor quiso hacer y lo que efectivamente realizó. Sabemos que dicha tesis no puede funcionar porque, tal como expresa Zaffaroni, en todos los actos del iter criminis existe voluntad criminal, sin efectuar la tesis subjetiva un límite entre preparación y ejecución del delito.

La teoría de la univocidad o inevitabilidad de los actos, es la primera tesis objetiva en estudio. Según ella, debe establecerse un juicio de valor desde el punto de vista de un tercer sujeto observador: así, cuando los actos externos del posible criminal no dejen dudas sobre su propósito delictivo, entonces estaremos ante actos ejecutivos, pero cuando los mismos puedan dirigirse tanto a un propósito delictuoso como a un fin no ilícito, entonces estaremos ante un acto preparatorio.

Como dice el ilustre jurista citado, esta teoría tiene el inconveniente de fijar un criterio procesal ó de prueba. Agregó personalmente a ello que además esta tesis tiene un problema adicional: parte de una ficción legal inadecuada, dado pretende determinar el límite sobre una base ficticia y sin un criterio adecuado y objetivo, dado el análisis debe partir desde el punto de vista de un “tercero observador”, entonces, para el caso que expuse sobre el ladrón en el taxi, por ejemplo, ese tercero bien podría suponer que esta persona (la que porta el arma) simplemente la llevaba consigo por miedo, y no con fines de robo. Otro sujeto “tercero observador” podría también pensar que la portaba con fines de cometer un delito contra la propiedad. Como se puede observar nítidamente, la tesis analizada pretende ser objetiva, pero desnuda su eminente subjetividad cuando hace depender la limitación desde el “punto de vista” del “tercero

observador” que será el juez sentenciante. Así, la teoría casi se confunde con la subjetiva, porque en definitiva juzgar si una conducta es preparatoria ó ejecutiva dependerá de lo que juzgue el “tercero observador”, el que basara su juicio de valor en las intenciones presuntas del supuesto criminal. Como se logra entender, creo que la teoría no resiste el análisis.

La teoría formal-objetiva centra su análisis en el núcleo del tipo, en el que tiene que penetrar la conducta analizada, así, se comenzará la ejecución del delito cuando se obre conforme al verbo típico, siendo que se comenzará la faz ejecutiva del homicidio, por ejemplo, cuando se empiece a matar. Tal como sostiene un sector de la doctrina, hay una multiplicidad de casos que la teoría no logra resolver por si misma, clásicos son los ejemplos del cirujano que en plena operación, y una vez abierta una arteria principal, se percata de que está interviniendo a su peor enemigo, limitándose a no unir nuevamente la arteria, o la del sujeto que hace pasar un potente veneno por sal, para que el cocinero envenene la comida de su peor enemigo. Así, ni el cirujano, que al abrir la arteria lo hizo con fines quirúrgicos, apareciendo el dolo de homicidio con posterioridad al detenerse a ver el rostro del intervenido, ni el cocinero, realizan en dichos momentos, según las criticas a la tesis, actos ejecutivos (cerrar el cuerpo y servir el plato respectivamente) dado no efectúan el verbo típico, fracasando la teoría al respecto. Sin perjuicio de lo clásico de los ejemplos dados, entiendo que en el caso del cirujano estamos ante un tipo penal de acción por omisión, mientras que en el cocinero tratamos un caso de autoría mediata, por lo que las críticas resultan a mi criterio solo relativamente acertadas. Es verdad que el cirujano no actúa con dolo al abrir la arteria, pero el dolo se manifiesta al no cerrarla, cuando eso le era jurídicamente exigible, entonces, es cierto que no realiza el verbo típico al cortar la arteria, pero si lo realiza al no cerrarla. En el caso del cocinero, este no realiza tampoco el verbo típico de matar, dado que falta el aspecto cognoscitivo y volitivo del dolo, es decir, no sabe que el banquete contiene veneno, por ende, mal puede saber que matará al comensal, conclusión: no realiza el verbo típico, porque actúa como mero instrumento del crimen, pero si realiza el verbo típico el que coloca el veneno al alcance del cocinero, dado que emplea a éste último como mero instrumento para cometer el homicidio. De una u otra forma, entiendo que la teoría formal-objetiva, si bien es muy lógica en su enunciado, deja muchos grises sin aclarar.

La teoría material-objetiva simplemente complementa la anterior, dado que establece que, sin perjuicio de lo antes dicho, debe existir un peligro para el bien jurídico, como así también se complementa la tesis con aquellas acciones que naturalmente se vinculan con el delito, dado que incluye en su contenido a las conductas que se relacionan con la acción típica (2). Esta teoría parece incluir en su enunciado al sujeto que coloca el veneno en la sal del cocinero, es decir, intenta complementar la anterior con aquellas acciones que, sin ser el “verbo típico”, se relacionan con él, además de aclarar que debe existir peligro para el bien jurídico tutelado. Sin perjuicio del mejoramiento en el enunciado, la tesis sigue sin generar consenso en la doctrina.

La teoría que resta por analizar es la denominada objetivo-individual, que al decir de Zaffaroni es la que más se acerca a resolver los problemas que plantea el límite entre actos preparatorios y ejecutorios, en ella, se debe tener presente el plan concreto del autor del hecho, siendo imposible marcar el preciado límite sin tomar en cuenta el plan concreto del criminal.

Así, el jurista nos cita a dos ilustres autores, cuyas palabras textualmente se citan: “la tentativa comienza con la actividad con que el autor, según su plan delictivo, se aproxima inmediatamente a la realización del plan delictivo”, (Welzel), “hay tentativa en toda actividad que, juzgada sobre la base del plan concreto del autor, se muestra conforme a una natural concepción, como parte integrante de una acción ejecutiva típica” (3), (Stratenwert).

Por mi parte, deseo formular acto seguido mi posición para establecer el límite, tomando como parámetro un juicio imaginario y abstracto de procedencia de causas de justificación ó inculpabilidad, para así fijar el fin de la etapa de los actos preparatorios y el comienzo de los ejecutorios.

Ahora bien, debe realizarse la previa advertencia de que la tesis sostenida en el presente ensayo cubre dos variantes bien diferenciadas: la forma de abarcarse las conductas que encuadran en los tipos activos dolosos y aquellas que corresponden a los tipos omisivos, ello en virtud de la diferente naturaleza óptica que se evidencia entre lo que resulta ser una acción de una omisión.

## **Tesis aplicable a los tipos activos dolosos:**

### **Criterio de valoración de causas de justificación o inculpabilidad en forma abstracta:**

Partiendo de la base ó premisa lógico-jurídica de que no puede haber legítima defensa contra actos preparatorios, y tomando siempre en consideración el plan concreto del autor del hecho, entiendo que para delimitar la oscura y confusa línea existente entre los actos de preparación y de ejecución del ilícito penal (encuadrable en la estructura típica activa dolosa), debemos tomar como base de análisis temporal y espacial, necesariamente, el momento exacto en que se detiene e interrumpe el iter criminis.

Es decir, debemos situarnos en la escena del crimen, en el punto exacto en que el presunto delito se detiene, sea por la causa que fuere.

Así, y tomando los tres ejemplos del introito (el asaltante, la banda de malhechores y el sujeto abusador), debemos situarnos y detenernos, imaginariamente, en el primer supuesto, cuando el agente de policía constata el arma cargada dentro del saco del presunto delincuente y le ordena descender del rodado, frustrando el futuro robo, en el segundo cuando el grupo de malvivientes se detiene ante la colisión del automóvil contra la persona perseguida, y en el tercero cuando el ladrillo golpea al hombre que estaba a milímetros de posar su mano sobre el busto de la señorita, interrumpiéndose por azar el ataque sexual.

A mi criterio, debemos hacer, en dichos momentos, “congelándolos” previo a la frustración del iter criminis, un juicio de procedencia de causas de justificación, ó en su caso, de inculpabilidad, en forma imaginaria o abstracta, preguntándonos si el taxista, el perseguido, la mujer y/ó terceras personas podrían haber obrado en legítima defensa, y en caso de existir provocación suficiente que impida dicha causa de justificación, deberemos preguntarnos si estas personas podrían haber obrado bajo la premisa de un estado de necesidad exculpante ó inculpante.

Así, como el taxista aún no había sido amenazado con el arma por el portador de la misma, entiendo que, al frustrarse el curso causal previo a dicho acto (desenfundar el

arma el delincuente y amenazar al conductor) la conducta de portar el arma resulta atípica, aún con fines de arremeter contra el taxista, teniendo la idea criminal de cometer una acción típica de robo calificado, habida cuenta que el conductor del taxi no podría haber actuado nunca en legítima defensa, por la simple razón de que, además de que en el caso particular desconocía la inminencia del mal que se le avecinaba, el bien jurídico tutelado (la propiedad) no corría verdadero peligro. De este modo, el hecho de portar el arma en su saco es, para con el robo, un simple acto preparatorio, exento de toda responsabilidad penal, siendo la fundamental razón de la atipicidad de la acción la ausencia de peligro para el bien jurídicamente tutelado, habida cuenta mal puede existir legítima defensa cuando, en el caso, la propiedad no está en riesgo, ante la ausencia de agresión por parte del reo.

Es decir, no podría haberse defendido legítimamente de una conducta que no generaba un riesgo verdadero contra el bien jurídico, independientemente si la víctima conocía o no la posibilidad de la agresión.

Entonces, haciendo un juicio abstracto de justificación (abstracto porque nunca ocurrió la circunstancia de ser amenazado con el arma y porque, por lógica, de hecho ni siquiera necesito defenderse) concluimos que el mismo jamás podría haber actuado en legítima defensa en ese caso puntual, dado no puede un sujeto defenderse cuando no resulta aún atacado o amenazado, en virtud de que falta el presupuesto fundamental para su defensa: la existencia de un ataque o una coacción que sirva de justificación, la que por esencia configura el estado de peligro para el bien jurídico en cuestión.

Distinto es el caso de que efectivamente lo hayan amedrentado con el arma, dado que allí si existe el riesgo, a la par que, en dicho caso puntual, conocía la inminencia del mal por sufrir.

En dichas condiciones, bien pudo el taxista haberse defendido legítimamente, entonces concluimos en que en tal circunstancia, de haberse frustrado el delito luego del empleo del arma con fines de robo, sin importar la causa de la interrupción del acto delictual, el crimen si quedó en grado de tentativa, dado que el iter criminis se detuvo en una faz plenamente ejecutiva (por ejemplo: haber desenfundado el arma el reo, dado la voz de asalto, siendo frustrado el robo por haber colisionado el conductor con otro

vehículo producto de la sorpresa y la desatención al tráfico, resultando severamente lesionado el asaltante)

En esta segunda variable del ejemplo, como el iter criminis se detiene en un acto ejecutivo del tipo de robo calificado, es claro que dicha acción típica hubiese permitido una legítima defensa por parte del taxista, dado ya es un acto ejecutivo y no meramente preparatorio el hecho de esgrimir el arma de fuego con fines de robo, habida cuenta implica una agresión inminente contra el bien jurídicamente protegido por el derecho, el que genera un estado de peligro contra el mismo.

Como se aprecia, el caso se analiza en concreto, es decir, conforme a los hechos, lo único abstracto es el juicio imaginario de procedencia de una eventual legítima defensa, dado nos preguntamos si pudo defenderse de quién aún no lo amenazaba con el arma de fuego, aún cuando esa era la finalidad del portador del revólver. En la segunda variable del ejemplo, nos preguntaremos si era jurídicamente viable defenderse el ofendido ó víctima del delito cuando era amedrentado con el arma de fuego.

En el caso del sujeto perseguido por la banda a la salida del local bailable con fines de lesionarlo, sin perjuicio de que resulta frustrado el iter criminis por ser colisionada la víctima por un rodado al cruzar una calle sin mirar, resultando su muerte en tal sentido, haciendo uso del juicio imaginario de justificación arribamos a la conclusión, creo compartida, de que este ó terceros podrían haber obrado en legítima defensa, dada la inminencia del mal a causársele. En caso de provocación suficiente (como si el perseguido haya insultado a algunos miembros de la banda o halagado inapropiadamente a una de las novias) es claro que también la futura víctima podría haber obrado bajo la amenaza de sufrir un mal grave e inminente, actuando inculpablemente bajo un estado de necesidad.

Por ello expreso que el juicio abstracto es de “justificación” ó de “inculpabilidad”, dado que primeramente verificaremos la posibilidad de la viabilidad de una legítima defensa, y siendo ésta frustrada, analizaremos la posibilidad de que la víctima del delito tentado haya podido jurídicamente obrar bajo estado de necesidad exculpante.



Una vez más, el análisis se hace bajo el caso concreto, así, el cuerpo del delito a apreciar sería el siguiente: "...una banda de personas persigue a otra con evidentes fines de lesionarla, frustrándose ello por un accidente automovilístico en el que resulta muerto el sujeto perseguido por la banda, cuando cruza sin mirar la acera...", haciendo el juicio abstracto de justificación ó, en su caso, de inculpabilidad, obtenemos por respuesta la factibilidad de una legítima defensa por parte del sujeto perseguido, y en caso de provocación de la situación amenazante, es plenamente aplicable al caso la solución bajo las normas del estado de necesidad inculpante.

En el supuesto ejemplificado, el acto de persecución, al habilitar la causa de justificación ó de inculpabilidad en su caso a favor de la víctima (por la puesta en peligro que implica para el bien jurídicamente tutelado: la integridad física), no resulta un mero acto preparatorio, sino por el contrario, la faz ejecutiva del delito de lesiones había comenzado y traspasado el límite de la preparación delictiva, siendo plenamente punible (art. 42 del código sustantivo).

Como se aprecia, de tomarse, por ejemplo, en dicho supuesto la tesis sostenida por la teoría formal objetiva (4), el comienzo de ejecución casi se confundiría con la consumación, dado precisaría que empiece la acción prevista en el verbo típico, ergo: necesitaría que comience a ser lesionada la víctima, lo que evidentemente no resuelve, a mi criterio, en forma satisfactoria el caso.

Tomando la teoría defendida por el suscripto, entiendo que la misma resulta más abarcadora y adecuada, dado, al tomar como base el estado de riesgo generado para el bien jurídico en razón de una agresión ilegítima, la misma separa en forma satisfactoria ejecución de consumación, sin confundir los estados.

En el caso de la señorita, haciendo el análisis abstracto de justificación ó inculpabilidad, ella también podría haber obrado hipotéticamente en legítima defensa de no ser por la lesión provocada en el agresor por la caída del ladrillo, se haya percatado o no de que el hombre extendía su mano con fines de palpar sus senos, habida cuenta la acción del depravado constituyó un potencial ataque contra su integridad sexual, el que colocó en estado de riesgo dicho bien jurídico. Desde la faz de la culpabilidad, y para el caso de haber seducido al hombre (provocación suficiente), también hubiese estado amparada por un estado de necesidad exculpante, dado nadie está obligado a soportar

mal alguno (obrando en la emergencia ante el mal grave e inminente del art. 34 del código penal).

Como se aprecia, el análisis se realiza siempre sobre lo realmente acontecido, sobre la conducta verdaderamente desplegada por el sujeto, y sobre esa plataforma fáctica, efectuaremos el juicio abstracto e imaginario de una eventual causa de justificación ó de inculpabilidad, según no haya existido ó si provocación suficiente por parte del ofendido.

Mi buen juicio crítico me indica que este planteamiento, sencillamente hipotético, es lo que nos puede dar la pauta sobre cuando una determinada conducta deja de ser preparatoria, impune en nuestra legislación represiva, para acceder a la faz ejecutoria, plenamente punible, aunque a escala reducida.

En definitiva, el juzgador debe, según este criterio jurídico-teórico, centrar su análisis en el momento en que se frustra el delito y/ó que su autor desiste del mismo, tal como se dijo, “congelando” la imagen de cómo finalizó el iter criminis, y preguntarse, observando esa “fotografía”, si en ése momento la víctima pudo haber obrado amparada por una causa de justificación ó de inculpabilidad. Queda claro que un tercero también pudo haber obrado en legítima defensa a favor de la víctima de mediar provocación de la agresión ilegítima, por lo que se debe analizar ello también en su caso.

Algo que debe señalarse y aunque parezca una obviedad ó una verdad de Perogrullo, casi innecesaria de aclarar, es que no puede existir legítima defensa contra los actos preparatorios, dado que los mismos pertenecen a la esfera del pensamiento del sujeto que pretende delinquir, y como justamente el delito para él en ese momento es solo eso, una pretensión abstracta, un deseo, es claro que no puede la potencial víctima defenderse contra los pensamientos de quién desea cometer un delito contra ella, dado que nadie puede ser condenado en base a sus ideas, ello implicaría una violación al principio de reserva y la instauración de los postulados de un derecho penal de autor, basado en la peligrosidad y no en la gravedad de los hechos realmente acaecidos (5).

Sentado ello, como la legítima defensa no procede cuando no existe un verdadero ataque ó amenaza inminente de provocación de un mal, no pudiéndose la persona defender contra los actos meramente preparatorios, siendo que el mentado

ataque ó coacción implicará siempre un acto ejecutorio en el iter criminis de la conducta delictiva (por poner en peligro el bien jurídicamente tutelado), entonces es evidente y lógico que la legítima defensa proceda siempre que una conducta este en su faz ejecutiva.

Entonces, partiendo de tales premisas lógicas (la legítima defensa procede contra actos ejecutivos –juicio afirmativo-, la legítima defensa no procede contra actos preparatorios –juicio negativo-), es evidente que si una persona puede defenderse legítimamente contra una acción, entonces por aplicación del principio lógico de identidad y contradicción, esta acción siempre será ejecutiva de un delito. Caso contrario, cuando el sujeto no pueda obrar defensivamente, entonces la acción pertenecerá a los actos preparatorios.

Ello surge del viejo ejemplo estudiado en la ciencia lógica, cuando se explica el fenómeno fundamentando con total razón que resulta incorrecto afirmar que algo puede ser y no ser al mismo tiempo, y de que un juicio no puede ver verdadero y falso en forma simultánea (6).

Queda claro que se tomó para graficar la comparación al tipo permisivo de la legítima defensa, pero es lógico que la misma solución acontece con la legítima defensa por un tercero y con el estado de necesidad inculpante, dado que los tres supuestos solo son procedentes y viables ante actos ejecutorios de un delito, nunca contra los preparatorios.

Sintetizando los argumentos: para conocer si una conducta determinada, constituye un acto preparatorio o ejecutorio de un tipo activo doloso, debe de analizarse si, en hipótesis, la víctima hubiese estado amparada por el permiso de la legítima defensa ante la conducta del agente.

De tal forma, si la acción puso en riesgo el bien jurídico, arribaremos a la conclusión de que se trató de una verdadera agresión (justamente ella diferencia a la ejecución de la preparación delictiva), por ende, de existir dicha agresión, la legítima defensa hubiere sido viable, lo que, por deducción, los lleva a la premisa de que la conducta agresiva constituye ejecución y nunca preparación delictiva.

Un nuevo ejemplo puede traernos mayor luz: piénsese en el caso de que, en ocasión de realizarse un allanamiento (por ejemplo, para secuestrarse armas de fuego), los funcionarios policiales toman conocimiento de la existencia de una banda, la que planificaba (en virtud de documentos habidos en el lugar: agendas, mapas, organigramas de planificación, etc), un minucioso secuestro extorsivo de un afamado empresario.

Por más odiosa que pueda parecer al lector la idea, la realidad indica de que, a los exclusivos fines de la tipicidad activa dolosa del secuestro extorsivo (art. 170 del C.P), el hecho de que se haya planificado la realización del delito, en manera alguna, constituye una agresión contra el patrimonio y la libertad ambulatoria del empresario, que eventualmente resultaría víctima del hecho (sin perjuicio de que los elementos probatorios puedan acreditar, eventualmente, una asociación ilícita –art. 210 del plexo penal sustantivo-).

Por ello, aún en el caso de ser sorprendidos los sujetos en plena orquestación del plan criminal, la realidad es que dicha actividad no escapa de la esfera del pensamiento de los mismos, no habilitando una defensa legítima a favor de la potencial víctima, habida cuenta la planificación no implica una agresión contra el bien jurídico, dado el mismo no se encuentra en peligro por la mera organización del secuestro extorsivo.

Adoptar un criterio contrario, terminaría por borrar la línea entre preparación y ejecución delictiva, toda vez que implicaría el abandono de la agresión al bien jurídico como presupuesto de la hipotética legítima defensa.

Es decir, y efectuando un paralelo con el ejemplo del ladrón y el taxista, entonces deberíamos considerar que la portación del arma en el saco del ladrón es un acto ejecutivo del tipo de robo agravado, en razón de que se crearía el peligro al bien jurídico (abstracto por cierto), lo que ya quedó, a mi juicio, demostrado que no es cierto, en virtud que el taxista no podría defenderse legítimamente de la “portación del arma” del ladrón, lisa y llanamente, porque el acto de portación del revólver no implica agresión y riesgo contra la propiedad de la potencial víctima.

Pretender lo contrario, sustentar la ejecución en el peligro abstracto de la portación del arma, equivale a justificar la defensa del taxista contra los pensamientos

del ladrón, lo cual es absurdo e insostenible en nuestro Estado de Derecho, que postula un derecho penal de acto, y nunca en la peligrosidad presunta esgrimida por el derecho penal de autor.

De igual forma, el empresario no puede defenderse legítimamente de la reunión existente en la banda, aun cuando se esté planificando un secuestro en su perjuicio, toda vez que el bien jurídicamente tutelado no se encuentra en peligro, atento no existe una agresión que justifique hipotéticamente el tipo permisivo de la legítima defensa.

No casualmente, nuestra legislación criminal establece tipos especiales en virtud no ya del resultado, sino del peligro que generan algunas conductas para ciertos bienes jurídicos (ello motiva la diferencia entre delitos de lesión, o de resultado, y delitos de peligro), lo que provoca que, retomando los ejemplos, la acción del ladrón sea típica del delito de portación ilegítima de arma de fuego, y en el caso de la banda, la acción resulte encuadrable en las previsiones del crimen de asociación ilícita (es poco probable que un secuestro extorsivo sea planificado por menos de tres individuos), sin perjuicio de la confluencia de otras figuras delictivas (art. 213 bis del C.P, por ejemplo).

Se podrá criticar a la teoría, explicando que se parte de una ficción, sobre algo que en verdad nunca ocurrió (dado la víctima, en los hechos, no necesariamente actuó en legítima defensa ni bajo un estado de necesidad inculpante), en verdad considero que el pensamiento jurídico debe muchas veces valerse de planteos hipotéticos, dado que el derecho en muchas ocasiones parte de presunciones, que no dejan de ser por ello justamente ello, ficciones instauradas legalmente.

Sin ir más lejos, y en nuestra disciplina, nuestro sistema legal establece la presunción de inocencia del imputado, lo que implica una ficción legal, dado que bien lo sabe el abogado de profesión que en la praxis esto no implica que en verdad el acusado pueda ser tranquilamente culpable del delito que se le encarta.

Inclusive, en verdad la víctima del delito pudo bien haber repelido el ataque del sujeto activo del crimen en la realidad de los acontecimientos, actuando justificadamente, por lo que en ese caso el delito también queda, eventualmente, en grado de tentativa, tomemos el ejemplo del taxista, que cuando es amenazado acciona repentinamente los frenos y le arrebató el arma al delincuente, siendo éste detenido por

el policía, el delito de robo calificado quedó en grado de tentativa, dado que el conductor se defendió legítimamente contra un acto ejecutorio del tipo de robo calificado.

Como se desprende, sea que se tome el caso real, es decir, el último que se expuso, en donde la víctima verdaderamente obra justificada ó inculpablemente, ó aún siendo que se realice el esfuerzo de plantearse imaginariamente y en forma abstracta si la víctima pudo hipotéticamente haber obrado de tal modo (justificada ó inculpablemente), de igual modo, todos los caminos conducen a Roma: siempre que la víctima haya podido obrar justificadamente, se habrá defendido siempre de un acto ejecutorio de un delito, nunca de un acto preparatorio impune.

La verdad considero que la línea divisoria entre actos preparatorios y ejecutorios no es un problema menor, dado que, como bien expresa Zaffaroni, implica un límite a la tipicidad penal, siendo que los primeros están exentos de penalidad, por resultar atípicos, mientras que los segundos son sancionados con el reproche disminuido del artículo 44 del código de fondo.

Lo realmente positivo de la teoría expuesta es que parte siempre del caso concreto, y a partir de él, ubicando al sujeto de análisis en tiempo y espacio (elemental para el juzgamiento, debiéndose analizar la acción en el momento que se interrumpe el iter criminis), comienza la etapa de hipótesis, no sobre lo ocurrido, sino tomando lo ocurrido y analizando si en teoría la víctima se pudo haber defendido legítimamente ó haber obrado bajo estado de necesidad.

Si contestamos afirmativamente la pregunta del millón (conforme al momento en que se detuvo la acción, ¿pudo la víctima obrar jurídicamente en legítima defensa?, para el caso de provocación suficiente, ¿pudo la víctima obrar válidamente bajo estado de necesidad exculpante?), entonces concluiremos que la víctima obró contra un acto ejecutorio, por ende, estamos ante un caso de tentativa, conducta plenamente reprochable penalmente y no impune, como sí lo son los meros actos preparatorios, exentos ellos de punibilidad.

A favor de la teoría se debe sostener que resuelve ó al menos en principio clarifica dicha línea oscura y nublada, trayendo algo de luz a los ojos del magistrado, de las partes y del abogado.

### **El rol que desempeña el plan delictivo del autor:**

Dentro de la estructura de la teoría del delito, más aún concebida desde la faz de la tesis finalista de la acción, sabemos perfectamente que no existe conducta sin finalidad, dado esta última es la que da sentido y fundamento a la acción humana (7).

El crimen, o delito, como se prefiera, no deja, claro está, de ser una conducta más dentro de las de posible realización humana. Lo que la diferencia, y que motiva su disvalor social (y consecuente reproche penal mediante la coerción penal, es decir, la imposición de la pena) es que su finalidad esta dirigida a lesionar un bien jurídicamente tutelado, lo que la hace merecedora de punibilidad, tal como se expuso.

Dentro de este razonamiento lógico, concluyo que el plan delictivo del autor se vincula necesaria e intrínsecamente con la finalidad delictiva, es decir, con el objetivo que busca el criminal al cometer el delito, que no es otro que realizar los elementos del tipo objetivo. Así, el plan delictivo ó criminal del autor de un homicidio es dar muerte a su víctima, siendo ésta última circunstancia (tipo objetivo: matar a otro) la finalidad última de la acción delictuosa.

Ahora, para lograr esa finalidad, el autor desplegará un plan más ó menos elaborado para lograrla, así, comprará un arma en el mercado negro, seguirá a su víctima para conocer sus movimientos, y de esa forma buscar el momento propicio para fulminarla a disparos.

Ese plan criminal, es un problema correspondiente a la tipicidad penal, dado se relaciona con el conocimiento del tipo objetivo (matar a otro empleando un arma de fuego) y con el tipo subjetivo (desplegar la conducta de matar conforme al plan criminal).

Entonces, arribamos a la conclusión que la finalidad se relaciona con el iter criminis, dado “el camino para cometer el delito” (itinerario criminal) es un problema también estructurado en la fase de la tipicidad penal, dado que el iter criminis se despliega conforme al plan delictivo del autor del delito.

Entonces, el “plan delictivo” no es otra cosa que la representación psíquica que se hace el autor sobre como cometer el delito, mientras que el “iter criminis” es, lisa y llanamente, el “plan delictivo” llevado a la práctica, es decir, la exteriorización de la conducta propiamente dicha.

De esta forma, el plan criminal se vincula, en lo que hace a los actos preparatorios y ejecutorios del delito, al conocimiento de los elementos del tipo objetivo y la voluntad de realizarlos, y su aplicación técnica a la teoría que fundamenta este autor se relaciona, a mi juicio, con el grado de cercanía ó proximidad que estaba el autor del hecho de llegar a completar el tipo objetivo, así, y tomando el caso del sujeto que portaba el arma con fines de asaltar al taxista y cuyo iter criminis de robo calificado se ve interrumpido por el policía que detiene el taxi para un control de rutina, sorprendiéndolo portando el arma de fuego, pero sin que el malhechor haya desenfundado en momento alguno el instrumento para llevar a cabo la acción típica, arribamos a la conclusión, tomando en cuenta el plan delictivo del individuo (desenfundar el arma y tomar el dinero recaudado por el taxista a bordo del automóvil) de que el sujeto portaba el arma con fines delictivos, más el grado de cercanía de completar el tipo objetivo (apoderarse de una cosa ajena con violencia en la víctima) al momento de interrumpirse el curso causal del iter criminis, hace que la conducta sea impune, dado se quedó estancada en los actos preparatorios, no habiendo el iter criminis (plan delictivo llevado a la praxis) traspasado la faz preparatoria, por lo que el delito de robo calificado no había comenzado aún a ejecutarse, siendo imposible en tal sentido, en dichas circunstancias, hablar de tentativa de robo calificado.

Desde este punto de vista, conocer el plan delictivo del autor reviste utilidad, dado nos devela la finalidad de su conducta, y de ser la misma antijurídica ó antinormativa, por ser delictiva y perseguir un fin en tal sentido, nos indicará que tan cerca estuvo el autor de cometer el delito que trató de llevar a la práctica.



La exteriorización de la conducta es lo que realmente tiene relevancia jurídico-penal, por ello, la portación del arma en el saco del ladrón no deja de ser un acto preparatorio, habida cuenta que, justamente, la acción de robar no ha sido exteriorizada, no ha tenido relevancia óptica, quedando el robo, en ese caso, solo en la mente, en la representación psíquica del pretense criminal.

Inclusive, pudo el autor tener una finalidad delictiva distinta de la sospechada: piénsese en la persona que porta un arma cargada y en perfecto estado de uso, sin el permiso ó licencia del estado, para el solo fin de sentirse seguro y protegido ante cualquier eventualidad, portando el arma a sabiendas de la antijuridicidad de su conducta, y se sube a un remis, siendo sorprendido por el policía y arrestado, portando el arma, se le notifica en sede policial la formación de una causa por robo calificado en grado de tentativa y por portación ilegal de arma de fuego de uso civil o de guerra, según sea el caso.

Queda claro que la finalidad era delictiva, dado que el sujeto portaba el arma aún sabiendo que cometía el delito de peligro de portación ilegal de arma de fuego, pero mal puede pensarse que cometió un acto integrante del iter criminis de robo calificado, dado que su fin era solo portar el arma, pero no asaltar al remisero.

La finalidad también nos indicará si estamos ante un tipo culposo ó ante un tipo doloso, es decir, sabemos que los tipos dolosos se caracterizan porque la finalidad de la acción siempre es delictiva, pero en los tipos culposos la finalidad es perfectamente lícita, siendo que la conducta es penalizada por la forma en que se obtiene esa finalidad, dado que en dicha “forma de obtener una finalidad lícita” se viola un deber de cuidado por un obrar negligente ó imprudente.

Si tomamos la teoría finalista de la acción, desechando la causalista, la tentativa solo es posible en los tipos dolosos, y nunca en los culposos, dado que intenta cometer un delito quién tiene la voluntad de realizarlo (tipo doloso), es decir, existe finalidad criminal, pero quién transita a exceso de velocidad en una calle para llegar rápido a su hogar, y por poco mata a una persona, que logra saltar a una zanja y así evitar el violento impacto, lleva adelante una conducta con finalidad lícita (llegar rápido a casa) pero la acción es penalmente reprochable por la forma de obtener esa finalidad (circular a 150 km/h en una zona poblada).

Así, el sujeto que viola el deber de cuidado, no busca una finalidad delictiva, por ende, nunca planificó matar a una persona con su vehículo producto de un impacto a 150 km/h, por lo que si el hecho no se consuma, tampoco se puede sostener la tentativa del delito culposo, según la tesis finalista de la acción, dado que nunca hubo un iter criminis, y la tentativa se refiere siempre a la frustración de un delito determinado, palabra utilizada no ociosamente en el art. 42 del código penal (8), es decir, a una acción llevada a cabo para cometer un delito (finalidad criminal), entonces, la tentativa es imposible en los delitos culposos, dado el sujeto no busca cometer un delito “determinado”.

Entonces, desde ese punto de vista, el plan delictivo también es útil, así descartamos a los tipos culposos, dada la finalidad no criminal de la conducta violatoria del deber de cuidado, para así no analizar un iter criminis que jamás existió.

### **Causas de justificación e inculpabilidad a analizar:**

Entiendo que a los efectos de la teoría que se desarrolla, el juzgador no necesita analizar todas y cada una de las causales de justificación y de inculpabilidad, sino solo aquellas que, por ser elementalmente básicas y más por relacionarse necesariamente con una agresión y/o amenaza del delincuente, la que fundamenta y permite hipotéticamente el tipo permisivo ó la causa de inculpabilidad, resultan de utilidad para conocer si la víctima pudo haber obrado justificada ó inculpablemente, y de ese modo colegir si el iter criminis se interrumpió en la faz preparatoria ó ejecutiva del delito.

De este modo, y desde la fase delictiva de la antijuridicidad, no tiene sentido preguntarnos si la víctima pudo obrar en el legítimo ejercicio de un derecho (a excepción de la legítima defensa, por supuesto) o bajo un estado de necesidad justificante, dado que la legítima defensa y la legítima defensa por un tercero son los tipos permisivos que tienen utilidad para el análisis teórico de esta tesis y que abarcan la totalidad de las conductas típicas en las que el agente criminal arremete y/o amenaza a la víctima. Se descarta al estado de necesidad justificante, habida cuenta que de inflingirse el mismo, el delito contra el necesitado ya se ha cometido, por lo que mal

puede servir a la teoría (siempre, claro está, que la situación de necesidad tenga origen en una conducta).

Piénsese en el caso de una persona que es amenazada de muerte para que hurte un cuadro del vecino: la víctima de las amenazas (el necesitado) si comete el tipo penal del hurto lo hace justificadamente, bajo un estado de necesidad, habida cuenta que realiza un acto, resultando un mal menor (afectar la propiedad del vecino) para evitar su propia muerte (el mal mayor). Pero en modo alguno puede hablarse de “tentativa” de amenazas, dado que las mismas ya han sido consumadas, con este ejemplo se grafica que el estado de necesidad no nos es útil para el análisis teórico que sostenemos.

Es decir, como lo que buscamos constatar es la utilidad del estado de necesidad justificante como parámetro lógico de análisis teórico en ésta tesis, es decir, como figura legal aplicable para el juicio hipotético, de ser imposible una legítima defensa (propia o por terceros), es claro que el tipo permisivo del estado de necesidad no nos ayuda para nada en la teoría desarrollada para saber si la acción de coaccionar a la víctima resulta un acto preparatorio ó ejecutorio, antes bien, no hace otra cosa que confirmar la plena consumación del delito, ya que se traspasó no solo la fase preparatoria, sino también la ejecutoria.

Desde la culpabilidad, no tiene sentido plantear el juicio imaginario sobre si la víctima pudo actuar sumida en un error de prohibición ó bajo una incapacidad psíquica, si el estado de necesidad inculpante es la causal de inculpabilidad que abarca todos los supuestos en los que, a los efectos del juicio abstracto de inculpabilidad, la víctima resulta atacada y/ó amenazada.

Así, el magistrado debe analizar las siguientes causas de justificación ó de inculpabilidad: legítima defensa, legítima defensa por un tercero, y de fracasar las mismas, se analiza residualmente el estado de necesidad exculpante.

Es decir, como lo que buscamos es saber si una conducta que fue interrumpida, resultaba un acto preparatorio ó ejecutorio para conocer la posibilidad de su reprochabilidad penal y basándonos en la tesis desarrollada aquí por este jurista, solo las causas de justificación y de inculpabilidad que reseñé revisten utilidad para llevar a la práctica el juicio imaginario ó abstracto de justificación y de inculpabilidad, dado son

las más claras y concretas para desarrollarlo intelectualmente, y por ser supuestos tan básicos que, para un juicio hipotético (sobre algo que en realidad no ocurrió, o al menos no necesita haber ocurrido para posibilitar su análisis teórico) cubren la totalidad de los supuestos en los que una víctima resulta agredida ó amenazada por el delincuente.

De esta manera, debemos primero preguntarnos si la acción con finalidad criminal desarrollada por el sujeto hubiere posibilitado, eventualmente, una legítima defensa por parte del destinatario de la conducta presuntamente delictiva.

Para ello, claro está, debieron darse ciertos requisitos: la agresión ilegítima por parte del sujeto agresor y la configuración de una situación de peligro inminente por parte del agredido. Entonces, si la conducta del agresor hubiere legitimado una defensa por parte del agredido, concluimos que se trató la conducta de un acto ejecutivo y no meramente preparatorio, porque no puede haber legítima defensa contra un acto de tal carácter (preparatorio).

Si existió provocación suficiente por parte del agredido, la solución de nuestra legislación penal es quitar el permiso, siendo imposible la legítima defensa por parte del ofendido (la víctima de la agresión), pero ello no obsta a que un tercero actúe legítimamente defendiendo al agredido.

Así, de fracasar el análisis de la legítima defensa por cuenta propia, cabe preguntarse si un tercero pudo haber defendido al agredido que provocó y motivó suficientemente la agresión. Una vez más, si ello resulta afirmativo, resolvemos nuevamente la pregunta sobre si la conducta del agresor consistió un acto preparatorio ó ejecutivo de un delito determinado.

Si el tercero también provocó suficientemente la agresión ilegítima del sujeto victimario, entonces cabe preguntarse si pudo obrar la víctima bajo un estado de necesidad inculpante, dado causa un mal al agresor fundado en la amenaza de sufrir la víctima un mal grave e inminente, de ser así, es claro que se trató la conducta del agresor de un acto ejecutivo de un delito.

Todos los supuestos descriptos, terminan respondiendo, a mi juicio, la pregunta sobre si la conducta del sujeto activo del delito se trató de un acto preparatorio ó ejecutivo de un ilícito criminal, dado es jurídicamente imposible la legítima defensa

(propia ó por un tercero) ó el estado de necesidad inculpante contra un acto preparatorio, por ende, si la víctima pudo, efectuado el juicio imaginario, obrar justificada ó inculpablemente, entonces concluimos que estaremos ante un acto ejecutorio y no meramente preparatorio.

Tesis aplicable a los tipos omisivos dolosos:

Ahora bien, lo señalado hasta aquí debe de modificarse con respecto a los tipos omisivos, elementalmente con respecto a las llamadas omisiones impropias, toda vez que prácticamente el único tipo omisivo propio existente en nuestro código penal (la omisión de auxilio –art. 108 del C.P-), es un delito que no admite tentativa, por ende, la ejecución del tipo, en tal caso, implica así también la consumación del delito en cuestión (9) (10).

El problema que tenemos con los denominados tipos impropios de omisión es que, en la mayoría de los casos, estos no se encuentran expresamente escritos en la legislación criminal, además de que los mismos tienen una suerte de “gemelo”, un tipo activo doloso equivalente (por ejemplo: el art. 242, que dispone como tipo omisivo impropio la conducta del funcionario público que, en el arresto o formación de causa contra un miembro de los poderes públicos nacionales o provinciales, no guardare la forma prescrita en las constituciones o leyes respectivas, lo que equivale materialmente al tipo activo doloso de incumplimiento de los deberes de funcionario público, cuando en el art. 248 pune al funcionario público que dictare resoluciones u órdenes contrarias a las constituciones o leyes nacionales o provinciales).

Basta para dejar en claro la problemática citar el clásico ejemplo que se estudia en cualquier manual de nuestra ciencia: la madre que, con el fin de matar a su hijo, en lugar de darle muerte a partir de una acción directa, se percata que le basta, lisa y llanamente, con dejar de alimentarlo, limitándose a realizar cualquier conducta, excepto la debida (alimentar al niño).

El gran conflicto que vislumbran estos casos es que, al no existir una agresión contra un bien jurídico (al menos en forma directa), mal puede plantearse el juicio hipotético de una eventual legítima defensa, en el caso, a favor del niño.

De tal forma, imaginemos el caso de que la madre, que en lugar de amamantar al lactante, simplemente lee el diario o sus revistas, dejando que el niño muera paulatinamente por inanición, pero la finalidad homicida es frustrada a partir de la visita inesperada efectuada por un familiar, el que observa la desnutrición del niño, dando aviso a la autoridad.

En el caso, el homicidio agravado por el vínculo se trunca en una etapa ejecutiva del tipo del art. 80 inc. 1 del C.P, no porque fuera procedente una legítima defensa a favor del niño, sino en virtud de que, en el momento de interrumpirse el iter criminis, a dicha persona, que ocupaba una posición de garante con respecto al bien jurídicamente tutelado (la vida del niño, siendo la fuente de la posición de garante la propia ley –los deberes que emergen de la patria potestad-), le era jurídicamente exigible la realización de la conducta debida (amamantar al bebé), por lo que su inacción (leer revistas en lugar de alimentar al niño con un fin homicida) puso en peligro el bien jurídico.

En tal inteligencia, cuando la conducta debida le era exigible, en virtud de ocupar la especial posición de garante con respecto a la preservación del bien jurídico, entiendo que la omisión resulta un acto ejecutivo, es decir, de tentativa, siempre que el mentado bien jurídico haya sufrido peligro en virtud de la inacción dolosa del autor del delito.

Por ello, el solo pensamiento de la madre de cometer el hecho constituye un mero acto preparatorio, siempre y cuando, claro está, no haya comenzado la efectiva omisión de alimentar a su hijo con fines homicidas, momento en que, estando en riesgo concreto la vida del menor (habida cuenta su progenitora planea no proporcionarle más alimentos hasta que fallezca), entonces la conducta encuadra en el art. 80 inc. 1 del C.P, en grado de conato.

Sintetizando: para conocer si un acto es preparatorio o ejecutivo, en los supuestos de tipos omisivos impropios (siempre que los mismos admitan tentativa, desde luego), debe de plantearse si la conducta debida le era exigible al autor, por lo que, existiendo dolo en la omisión, de frustrarse el resultado y habiendo corrido peligro en bien jurídico, concluimos que el mismo se truncó en la faz ejecutiva del iter criminis, habida cuenta el estado de riesgo para el bien jurídico que el autor debía proteger fundamenta la punibilidad de la conducta.

Si la situación no ha generado peligro para el bien jurídico, entonces estamos ante una omisión vacía, toda vez que el delito solo existe en la mente del pretense autor del hecho, por ende, esa omisión no deja de ser un acto preparatorio del delito en cuestión.

Inclusive, prácticamente lo postulado por este autor implica un esfuerzo mental similar al que se realiza cuando la conducta logró su finalidad: así, si el niño ha muerto, lo que se debe realizar es plantearse la conducta debida (amamantar al lactante), caso en que si, de haberse realizado la acción esperada y exigible, el resultado muerte desaparece, entonces el tipo se encuentra consumado. Lo único que verdaderamente se modifica aquí es que, como el resultado no ocurrió (el niño sobrevive), lo que debemos plantear no es un nexo de evitación del resultado (en el caso del delito consumado) sino un nexo de evitación del peligro que sufrió el bien jurídico, por lo que, si hipotéticamente en el caso la madre hubiese actuado conforme al deber típico, desaparece el estado de riesgo para la vida de su hijo, entonces llegamos a la conclusión de que el hecho se truncó en la etapa ejecutiva del delito (11).

### **El especial caso de la tentativa inidónea:**

Existe un caso muy particular que tiende de alguna forma a desvirtuar las reglas que hemos expuesto hasta el momento, que es el llamado “delito imposible”, que se traduce a los casos de tentativa inidónea.

Expresa Zaffaroni que en esta especie de tentativa existe un burdo error sobre la aptitud en cuanto a la eficacia de los medios para materializar el injusto, como ser los clásicos ejemplos de desear envenenar a una persona que goza de buena salud con azúcar, querer demoler un edificio utilizando alfileres, etc.

El gran inconveniente que trae aparejada esta especialísima clase de tentativa, y que por ello resulta del todo excepcional, es que en ella no existe peligro para el bien jurídico tutelado.

Tómese el caso de la mucama que pretende dar muerte a su empleador, “envenenándolo” al “adulterar” su comida con azúcar, creyendo que este morirá al momento de la ingesta.

Mal puede pensarse que el bien jurídico vida humana corrió riesgo, habida cuenta el medio empleado ha sido notoriamente burdo para conseguir el resultado típico esperado por el agente.

De tal manera, la puesta en peligro no puede ser tomada en cuenta, dado que si bien ella justifica y fundamenta a la tentativa idónea, la realidad indica que con el delito imposible las reglas se ven drásticamente modificadas.

En verdad, he de coincidir con el maestro Zaffaroni en el punto, cuando manifiesta que la justificación de la punibilidad de la tentativa inidónea no radica en el peligro para el bien jurídico, sino en la perturbación (12) que siente el titular del mismo, en cuanto a la relación de disponibilidad con dicho ente tutelado.

Vale decir: si bien es cierto que el dueño del hogar no sufrió peligro en su vida con la acción de su mucama, es claro que el mismo resulta atormentado, amedrentado o perturbado, en cuanto se plantea psíquicamente que su dependiente desea darle muerte, por un medio inidóneo, es cierto, pero no podrá evitar pensar que una persona quiso matarle.

Creo que ello justifica la inclusión del concepto de “peligrosidad” en el art. 44 in fine del C.P, en cuanto a la cuantificación de la pena.

Algo que resulta oportuno señalar es que dicha norma debe ser interpretada con suma cautela, al efecto de compatibilizar su adecuación al texto constitucional argentino.

Bien expresa el art. 19 de nuestra ley fundamental en forma implícita y deductiva que nadie puede ser penado en base a sus meros pensamientos, excluyéndose de tal forma los postulados de un derecho penal de autor de neto corte autoritario, fundado el mismo no en la gravedad de los hechos (por afectar al bien jurídico, sea por lesión o por peligro), sino en la “mala conducción” de la propia vida.

Considero que la única forma de subsumir correctamente el art. 44 in fine del C.P al art. 19 de la C.N es estableciendo un criterio restrictivo, ajeno al peligrosismo garofaliano (13), es decir, debe entenderse que la pena deberá reducirse en mayor medida a menor peligro de la reiteración de la conducta, teniendo en cuenta los alcances propios del art. 41 del C.P.



Ello por cuanto mensurar la cuantía de la pena, en los casos de delito imposible, a la sola “peligrosidad” del individuo, implica, solapadamente, instaurar un etiquetamiento del agente, es decir: instalar el derecho penal de autor, favoreciendo el desquicio del poder punitivo, al permitirse a este último la selección de sujetos considerados enemigos, determinados de tal modo por la cuantía de su “peligrosidad”, que justamente medirá el propio poder punitivo (14).

Sentado ello, la única interpretación armónica con nuestra Constitución es considerar que el art. 44 in fine del plexo penal de fondo no hace más que derivar o reenviar al propio art. 41 del mismo ordenamiento.

Por ello, entiendo que la única forma de justificar la punición del denominado delito imposible deriva en la tesis zaffaroniana de la perturbación en la relación de disponibilidad del titular para con el bien jurídico, en el sentido de afectarse en sentimiento de seguridad jurídica.

Ello inclusive es receptado jurisprudencialmente por el Tribunal de Casación de la provincia de Buenos Aires, Sala I, en la causa 3590, del día 26/12/02 (15).

A ello agregó que la punibilidad se fundamentaría, a la par de la perturbación, en esenciales motivos de política criminal, es decir, en la prevención especial bien interpretada (claro está que esta justificación radica en afirmaciones del deber ser de la pena, y no de lo que está es en verdad, es decir de su ser, de lo contrario, todo el sistema penal debería resultar reemplazado ante el incumplimiento evidente de los fines que pretende lograr).

En efecto, si la pena se impone no como castigo, sino como prevención especial (es decir, la resocialización del delincuente –ver art. 5 inc. 6 de la Convención Americana, que establece expresamente dicha finalidad-) entonces es claro que si la conducta, traducida en una tentativa de delito imposible, afectó el bien jurídico no ya como lesión o peligro del mismo, sino en la forma de perturbación de la relación de disponibilidad del titular para con el bien, es evidente que dicha conducta deviene en delictiva, en tanto se produjeron los efectos que el derecho tiene en cuenta para la imposición de la pena (es decir: la afectación del bien jurídico -perturbación- que hace merecedor de pena a su autor –prevención especial, conforme art. 5 inc. 6 del Pacto de San José de Costa Rica).

Ahora bien, la gran cuestión es: ¿cuándo considerar que una conducta, potencialmente típica de delito imposible, se estancó en los actos preparatorios impunes y cuando comienza la ejecución del delito imposible?, veamos acto seguido como podemos esbozar el límite.

Considero que debemos seguir un parámetro similar al sustentado ut-supra, para los casos de tipos activos y omisivos dolosos, solo que aquí no podemos considerar la puesta en peligro para el bien jurídico como el factor decisivo (que si se aplica a la tentativa “común” o idónea), porque por concepto, en la tentativa inidónea el bien jurídico no corrió riesgo alguno.

La única forma que concibo para delimitar actos preparatorios y ejecutivos en el caso de delito imposible es regresando al justificativo, a su fundamentación: la perturbación que sufre el titular.

De tal modo, en los casos de tipos activos dolosos, debe de imaginarse el momento en que se detiene el iter criminis y allí interrogarnos si el titular del bien jurídico se hubiera visto perturbado, al punto de quizás desear repeler la acción (siempre planteándonos abstractamente que el titular del bien jurídico afectado logra conocer la situación, el “atentado” en su contra).

De esta forma, como jamás resultaría viable una legítima defensa (ante la inexistencia de riesgo) debemos tomar otros parámetros de análisis, así y regresando al caso de la mucama: ¿podría sentirse afectado el empleador al ver que la misma prepara su cena?, ¿o acaso cuando toma el azúcar y lo coloca en su comida para “envenenarlo”?, ¿será cuando le sirve el plato “envenenado”?

Si bien el criterio es forzado (ante la ausencia de riesgo), creo que a partir de que la mucama coloca el azúcar en el alimento comienza la ejecución del delito imposible de homicidio, ello porque la sola preparación de la cena mal puede perturbar al empleador, sin que exista un acto exterior que deje en claro la existencia del dolo de homicidio de la dependiente (colocación del azúcar).

Para los casos de omisiones, debe de considerarse si la conducta debida era, en la sola psiquis del agente, exigible, y si su continuación causal hubiere, imaginariamente, perturbado al titular del bien jurídico.

Grafiquemos con un ejemplo: a una enfermera le es confiada la salud de una anciana cuadripléjica, la que quedará sola ante la partida de sus hijos al exterior.

De esta forma, la enfermera, cansada de los arduos cuidados, la abandona a su suerte, aceptando la posibilidad de que muera por inanición, no dando aviso a familiar alguno.

Resulta que la anciana muere en forma súbita, instantánea, producto de un violento accidente cerebro vascular, con el que nada podría haber hecho la enfermera, aun guardando los cuidados debidos, pocos minutos antes de salir y retirarse del hogar (sin haberlo notado el fallecimiento), por lo que mal pudo haber fallecido producto de la ausencia de alimentos aceptada como posibilidad en la mente de la enfermera.

Ahora bien, ¿puede considerarse la omisión de la enfermera un caso de delito imposible en grado de tentativa?, veamos.

Primeramente, en su esfera íntima la agente sabía perfectamente que le era exigible quedarse en el lugar a cuidar a la anciana (conducta debida acorde a la situación típica y la posición de garante asumida), aceptando, con su retiro, la posibilidad de su muerte (la que ocurrió estando ella todavía en el lugar y sin que hubiese podido hacer nada al respecto, derivando el delito en imposible), pienso que, en abstracto, la titular del bien jurídicamente tutelado (la anciana) se hubiese visto perturbada ante tal cuadro fáctico.

Es claro que estamos partiendo de ficciones o de cuadros hipotéticos (anticipando las críticas a mi tesis), pero considero que estas ficciones nos dan respuestas, o aproximaciones al menos, a potenciales soluciones que al día de hoy, la doctrina no logró canalizar.

Sin perjuicio del criterio expuesto por el suscripto, el cual resulta de alguna utilidad a los fines prácticos, esto es, para los casos concretos, considero que una ulterior reforma legislativa de nuestro código penal debería de establecer la exención punitiva en torno a la figura del delito imposible, ello toda vez que el derecho penal no debería permitir que el Estado seleccione a una persona que, si bien pudo haber realizado una conducta perturbadora, en verdad no ha puesto en peligro al bien jurídico, lo contrario sería legitimar que el poder punitivo sancione a un individuo por algo más virtual que el propio concepto de “peligro abstracto”, dado que estamos ante un caso de “peligro meramente imaginario”.

Inclusive, me permito dudar de la constitucionalidad del art. 44 in fine del Código Penal, ello en razón de que el art. 19 de nuestra Constitución Nacional señala que las acciones que no afecten derechos de terceros quedan exentas de la autoridad de los magistrados, lo que hace al pleno respeto del principio de ofensividad o lesividad penal.

Se justifica la punibilidad de la tentativa idónea en cuanto que la acción ejecutiva ha generado un estado de peligro para el bien jurídico, más allá de no haber sido afectado este último, al ser la lesión inexistente por la interrupción del iter criminis respectivo.

Pero como justamente, en la tentativa inidónea el peligro solo existe en la mente del autor, entiendo que es bastante claro que estaremos pensando más sus pensamientos que una acción concreta de este sujeto, lo cual es aberrante en un Estado constitucional de Derecho.

### **Conclusiones:**

Así, y para sistematizar la tesis aquí efectuada, considero que se podría utilizar la siguiente definición de ésta teoría, que humildemente he denominado del “juicio abstracto de justificación o inculpabilidad”, aplicable a los tipos activos dolosos: para diferenciar entre actos preparatorios y ejecutivos de un delito, se debe, tomando en cuenta la finalidad criminal y el plan concreto del autor para llevarla a cabo, analizar puntualmente el momento preciso en que se detiene el iter criminis y preguntarse si, hipotéticamente, la víctima hubiera podido, en dicho espacio y tiempo, haber obrado justificadamente en legítima defensa, ó en su caso un tercero de mediar provocación suficiente, y para el caso de que este tercero también haya provocado la situación de agresión, se debe plantear si la víctima pudo haber obrado inculpablemente, bajo un estado de necesidad exculpante.

Para el caso de las omisiones impropias, se postura el siguiente enunciado teórico sintético: para diferenciar preparación de ejecución delictiva, debe tenerse presente el dolo del autor, en el sentido de representación psíquica del resultado deseado con la omisión, debiendo analizarse el momento en que se detiene el iter criminis y allí

interrogarse si le era exigible al agente la realización de la conducta debida en dicha situación típica, por lo que, si le resultaba exigible la conducta debida, y de haber sido efectuada esta, el estado de peligro para el bien jurídico desaparece en tal hipótesis, entonces estamos ante una omisión ejecutiva del delito, y no ante preparación del mismo.

En cuanto a los casos de tentativa inidónea, debe abandonarse el criterio de la puesta en peligro, tomando como base el estado de perturbación para el titular del bien jurídico, de esta forma: en los tipos activos dolosos, debe plantearse si al momento de detenerse el iter criminis el sujeto pasivo se hubiese visto perturbado ante la acción del agente, mientras que en las omisiones debe plantearse la hipotética situación típica, si ella tornaba una exigibilidad de la conducta debida en la psiquis del agente, y si dicha conducta omisiva hubiese generado un estado de perturbación, en abstracto, con respecto a la víctima.

Considero sin temor a equivocarme que esta tesis reviste una mayor amplitud de análisis que la objetivo-individual, ya que la complementa y le agrega aspectos que quizás esta última ha omitido en su momento.

Es valioso que la teoría que sostengo parta siempre del análisis concreto de cómo se sucedieron los hechos, para desde su punto culmine y final efectuar en análisis teórico sobre la eventual procedencia imaginaria de las causas de justificación e inculpabilidad que he mencionado.

La teoría que sostengo se nutre de incuestionables principios lógicos, como el de identidad y contradicción, de ellos se colige que sólo se puede obrar justificada e inculpadamente contra un hecho que es un acto ejecutorio, por lo que, si ello resulta positivo, la conducta del criminal será ejecutiva, tal como se detallo holgadamente en ésta tesis ó ensayo.

Mi deseo es que ella sirva para traer luz sobre la problemática analizada, y para contribuir a la ciencia penal en uno de sus misterios más graves e importantes.

Ojala sirva también para reavivar la polémica sobre el tema, y poder escuchar las críticas de mis colegas, dado ello querrá decir que valió la pena el trabajo intelectual

llevado a cabo por el infrascripto, y que él a servido de progreso en el esclarecimiento del fenómeno en análisis.

### **Citas bibliográficas:**

- 1) “Manual de Derecho Penal”, de Eugenio Raúl Zaffaroni, ed. Ediar, 1986, pág. 606.
- 2) “Derecho Penal: Parte General”, de Carlos Creus, ed. Astrea, 1992, 3ra edición, pág. 434, el autor expresa que “a partir de un uso natural del lenguaje (según la proposición de Beling) se formula una teoría material objetiva, hay comienzo de ejecución en todos aquellos actos que “como consecuencia de su necesaria pertenencia al contexto de la acción típica, aparezcan como partes constitutivas de ella según su natural concepción” (Frank)”.
- 3) “Manual de Derecho Penal”, de Eugenio Raúl Zaffaroni, ed. Ediar, 1986, pág. 607.
- 4) “Derecho Penal: Parte General”, de Carlos Creus, ed. Astrea, 1992, 3ra edición, pág. 434, el autor se refiere a la teoría expresando que “el acto ejecutivo requiere que se trate de un acto del cual pueda decirse que ha ingresado en el círculo de la acción expresado en el verbo principal del tipo (p. ej. comenzar a matar...)”.
- 5) Expresa Eugenio Raúl Zaffaroni en su obra “Estructura Básica del Derecho Penal”, ed. Ediar, 2009, 1ra edición, pág. 43, que “las acciones que no lesionan o afectan a terceros están fuera del poder del Estado (art. 19 CN). Todo el derecho sirve a la realización de la persona (es personalista y no trascendente) de modo que no puede imponerse una moral o asumir posiciones paternalistas en nombre de ningún mito transpersonal”.
- 6) “Lógica e introducción a la filosofía”, de Vicente Fatone, editorial Kapelusz, novena edición, 1969, pág. 40 a 43.
- 7) Véase la citada obra de Zaffaroni “Estructura Básica del Derecho Penal”, ed. Ediar, 2009, 1ra edición, pág. 64, cuando el ilustre jurista nos expresa que “el concepto jurídico-penal de conducta requiere solo dos elementos: voluntad y exteriorización en el

mundo. La voluntad humana siempre tiene una dirección o finalidad (se dirige hacia algo), como dato inseparable de la realidad”.

8) “Manual de Derecho Penal”, de Eugenio Raúl Zaffaroni, ed. Ediar, 1986, pág. 604, el autor nos expresa que: “...se ha pretendido que la palabra “determinado” excluye de la tentativa al dolo eventual. Ello no tiene asidero lógico ni histórico. Si el fin de cometer un delito determinado excluye el dolo eventual, es porque el fin de cometer un delito determinado es propio del dolo directo, luego, el dolo eventual sería “el fin de cometer un delito indeterminado”, lo que es absurdo, porque el fin de cometer un delito indeterminado es un concepto inasible”.

9) Eugenio Raúl Zaffaroni, “Estructura Básica del Derecho Penal”, ed. Ediar, 2009, 1ra edición, pág. 128.

10) Carlos Creus en su obra “Derecho Penal: Parte Especial”, tomo I, editorial Astrea, pág. 136, expresa con respecto a la omisión de auxilio que “el hecho se consuma con la omisión, sin necesidad de que se haya producido resultado alguno (fuera de la situación peligrosa); la consumación existe igualmente aunque la víctima haya sido socorrida por un tercero que la encontrase inmediatamente después que el agente no actuó... no admite tentativa”.

11) Lo expuesto tiene, de alguna manera, igual fundamento que lo expuesto por el maestro Eugenio Zaffaroni en su “Manual de Derecho Penal”, ed. Ediar, 1986, pág. 608, cuando, en torno a la tentativa en la omisión, el ilustre jurista nos enseña que “...si tomamos como punto de partida el peligro que amenaza al bien jurídico y que determina el deber de actuar en la forma típicamente descripta, habrá una tentativa cuando las demoras en intervenir con el fin salvador tienen por efecto aumentar ese peligro”.

12) “Manual de Derecho Penal”, de Eugenio Raúl Zaffaroni, ed. Ediar, 1986, pág. 610.

13) Ver la obra “El Enemigo en el Derecho Penal”, de Eugenio Raúl Zaffaroni, editorial Ediar, segunda reimpresión, Buenos Aires, 2009, pág. 91, cuando en referencia a Rafael Garófalo nos expresa que “la ciencia penal tiene por objeto la defensa contra los enemigos naturales de la sociedad... a los ojos del pueblo –escribía...- los códigos, los procedimientos y el mismo Poder Judicial, parece que se han puesto de acuerdo para proteger al criminal contra la sociedad, más bien que a la sociedad contra el criminal”.

14) Bien dice Zaffaroni en la citada ut-supra obra “El Enemigo en el Derecho Penal”, pág. 187 que “a lo largo de estos siglos el poder punitivo y la doctrina dejaron sobrevivir al viejo hostis romano. No se trata de un puro dato de hecho, sino también de derecho: el derecho penal siempre justificó y legitimó el trato de algunas personas como enemigos, con mayor o menor amplitud”.

15) Expresa la Casación provincial en dicho precedente que “La pena prevista para el delito tentado cuando fuere imposible va dirigida no al injusto del resultado sino a la concreta tentativa desarrollada por el autor con el dolo de consumación que el error de tipo al revés no afecta, por lo que debe estimarse que la norma ha pretendido sancionar no la peligrosidad del sujeto sino la que este demuestra con su acción no obstante la imposibilidad del resultado y la impresión que en la comunidad causa una voluntad contraria al derecho por parte de quien se propuso seriamente realizar un delito grave y dio principio a su ejecución aunque no haya reparado en algún obstáculo insalvable para su concreción” (voto del Dr. Jorge Hugo Celesia).

### **Bibliografía:**

CODIGO PENAL DE LA NACION ARGENTINA.

“MANUAL DE DERECHO PENAL”, de Eugenio Raúl Zaffaroni, editorial Ediar, 1986, Buenos Aires.

“ESTRUCTURA BASICA DEL DERECHO PENAL”, de Eugenio Raúl Zaffaroni, editorial Ediar, primera edición, 2009, Buenos Aires.

“DERECHO PENAL: PARTE GENERAL”, de Carlos Creus, editorial Astrea, tercera edición, 1992, Buenos Aires.

“DERECHO PENAL: PARTE ESPECIAL”, de Carlos Creus, tomos I y II, editorial Astrea, Buenos Aires.



“EL ENEMIGO EN EL DERECHO PENAL”, de Eugenio Raúl Zaffaroni, editorial Ediar, segunda reimpresión, Buenos Aires, 2009.

“LOGICA E INTRODUCCION A LA FILOSOFIA”, de Vicente Fatone, editorial Kapelusz, novena edición, 1969, Buenos Aires.