

§ 7. EL DELITO IMPOSIBLE EN EL DERECHO CHILENO

Reconoce CURY, partidario de la teoría *subjetivista*, que el punto de vista que afirma la *punibilidad* de la *tentativa inidónea* "en Chile es minoritario" y conviene, con razón, en que "no se divisa una fórmula de solución o compromiso".³²²

7.1. LA OPINIÓN PREDOMINANTE DE LA IMPUNIDAD

La doctrina chilena que, por supuesto, no es siempre coincidente en aspectos importantes de la teoría del delito, está de acuerdo mayoritariamente en impugnar la punibilidad del *delito imposible* (*tentativa absolutamente inidónea*), tanto a través de la reconstrucción dogmática de los textos vigentes en el sistema legal chileno, como por cuestiones de principio.

"Un hombre que hiere a un muerto creyéndolo dormido; otro que administra una sustancia inofensiva creyéndola venenosa; y un tercero que intenta sustraer una especie de su patrimonio creyéndola ajena, no pueden ser castigados como reos de tentativa", escribía ya nuestro eminente comentarista ALEJANDRO FUENSALIDA el pasado siglo. "La intención en estos casos ha sido cometer un delito, pero en ninguno puede decirse que hay un principio de ejecución; porque esta idea supone la posibilidad de alcanzar un objeto por los medios empleados, o porque, como dice Rossi, no puede comenzarse lo imposible."³²³

³²² Cury, *Derecho Penal*, II, p. 213.

³²³ Alejandro Fuensalida, *Concordancias y comentarios del Código Penal chileno*, Lima, 1883, I, p. 21.

LABATUT sostiene la impunidad del *delito imposible*, subrayando que la propia ley exige "hechos directamente encaminados a la obtención de la finalidad perseguida", de suerte que si la no consumación se debe "no a la interferencia de una nueva cadena causal, sino a que los actos carecen de eficacia para lograrla... nos hallamos ante un *delito imposible*... por absoluta inidoneidad del objeto o del medio (que) queda impune, porque, en caso contrario, la represión recaería sobre la mera voluntad criminal".³²⁴

En la más reciente edición de su obra sistemática, ETCHEBERRY señala que "no puede decirse que ha comenzado a ejecutar, que está ejecutando, una acción penada por la ley (cualquiera que sea su intención) quien realiza actos que jamás podrán llegar a constituir el resultado constitutivo de tal acción penada por la ley".³²⁵ Para NOVOA, los casos de *falta de objeto* (disparar sobre un cadáver, creyendo que el cuerpo vive; maniobras abortivas sobre una mujer que no está embarazada; intento de hurtar una cosa que pertenece al hechor) son hipótesis de *falta de tipicidad*. Tampoco existiría objetivamente *tentativa* y sólo "un propósito de delinquir, no manifestado en forma idónea", en el caso de "inidoneidad de la actividad desplegada por el agente", sea que "se utilice una vía inapropiada o que se empleen medios inadecuados para el objeto propuesto".³²⁶ Una opinión semejante sostiene WALDO DEL VILLAR, catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valparaíso.³²⁷

Todos los autores señalados coinciden en la punibilidad de la *tentativa relativamente inidónea*, es decir, si con leves variaciones de circunstancias, el intento pudo ser apto para la consumación del delito (caso del disparo, con la intención de lesionar, dirigido al lecho de la víctima que acaba de abandonarlo para ir a la sala de baño; intento de sustraer la cartera del

³²⁴ Labatut/Zenteno, op. cit., II, pp. 185 y 190.

³²⁵ Alfredo Etcheberry, *Derecho Penal. Parte General*, t. II, 3ª edición, 1998, p. 62.

³²⁶ Novoa, op. cit., II, p. 151.

³²⁷ Waldo del Villar Brito, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Valparaíso, 1985, pp. 206 y sgts.

bolsillo derecho, en vez del izquierdo, donde ésta se hallaba; insuficiente dosis del veneno; etc.).³²⁸ FUENSALIDA destaca que tal ha sido la opinión de la jurisprudencia de nuestros tribunales desde antes del Código Penal,³²⁹ que exigen “una imposibilidad absoluta, según las leyes de la naturaleza”, ya que, en los casos de imposibilidad relativa ha existido “el germen de un peligro serio”.³³⁰

Por razones de principio, en el plano de la política criminal, RIVACOBRA sostiene que la punibilidad de la *tentativa absolutamente inidónea* se debe proscribir por constituir un rasgo propio de un derecho penal autoritario.³³¹ Para BUSTOS, asimismo, la incriminación de la *tentativa absolutamente inidónea* o tentativa de *delito imposible* importa un quebrantamiento del principio de *lesividad*. En lo que respecta al caso particular de *inidoneidad del sujeto* (p. ej., al sujeto que intenta cometer un delito funcionario le falta la calidad de empleado público), sostiene, de acuerdo con la doctrina dominante, que en él no podría realizarse el tipo legal, ya que el hechor no puede violar un deber jurídico de que carece.³³²

Debe destacarse la opinión, también en el sentido de excluir la punibilidad del *delito imposible*, de MARIO GARRIDO MONTT quien, si bien ha optado por un modelo sistemático cercano al finalismo, considera que el derecho penal, en cuanto “ciencia práctica”, requiere una normatividad que permita “una regulación clara del comportamiento humano *en sus consecuencias*”.³³³ No parece, pues, el autor nacional seducido por las pretensiones de WELZEL y sus seguidores de que la ciencia penal sería una ciencia unitaria con cimientos “ontológicos”, de los que no podría apartarse ni siquiera el legislador, al que *se le prohibiría*, como al científico o al práctico del derecho, una opinión con-

³²⁸ Novoa, op. cit., II, p. 154; Etcheberry, op. cit., p. 68; Labatut/Zenteno, op. cit., II, p. 190.

³²⁹ Fuensalida cita: *Gaceta de los Tribunales*, sentencia 1060, p. 380, año 1864; 947, p. 418, año 1866; 2131, p. 900, año 1867.

³³⁰ Fuensalida, op. cit., p. 23.

³³¹ Manuel de Rivacoba y Rivacoba, op. cit., pp. 25-42 (33-37).

³³² Bustos, op. cit., p. 279.

³³³ Garrido Montt, op. cit., p. 262.

traría, aun sobre aspectos particulares de la teoría del delito.³³⁴ En lo que respecta a las hipótesis de *tentativa absolutamente inidónea (delito imposible)*, en las cuales “desde que se comienza la acción queda descartada toda posibilidad de consumación del hecho”, tal tentativa –afirma GARRIDO MONTT– “es atípica y no punible conforme al art. 7º, porque los actos en que consiste nunca pueden calificarse de *hechos directos*”.³³⁵ Al igual que los escritores arriba citados, concluye este autor que son punibles los casos de *inidoneidad relativa*, tanto cuando los medios “siendo intrínsecamente aptos para alcanzar la consumación del delito, no lo son en el momento de actuar por las circunstancias concurrentes (disparar un balazo al sujeto que está protegido por un chaleco antibala)”, como acontecería si, “existiendo el objeto de la agresión, por circunstancias accidentales no se encuentra en el lugar del ataque”, que ilustra con el ejemplo antes mencionado del disparo dirigido a una persona que se supone dormida en su lecho, cuando ésta lo acaba de abandonar.³³⁶

Las citas anteriores revelan que, con leves matices de diferencia, coincide la mayor parte de nuestros escritores³³⁷ en desear las tesis *subjetivistas* en que se funda la punibilidad de la *tentativa absolutamente inidónea* (vid. *supra* 6.2.2), ajenas a la tradición liberal de que proviene nuestra ley. Huellas de esa tradición (que se infiere, antes que nada, del propio texto del cita-

³³⁴ Según la ortodoxia finalista, observa Hassemmer, “el legislador no podía decidir sobre la regulación justa; él podía encontrarla o perderla” (Winfried Hassemmer, “La ciencia jurídica penal en la República Federal Alemana” (traducción de Hernán Hormazábal Malarée), en *Anuario de Derecho Penal*, enero-abril 1989, pp. 35 y sgts. (p. 46). “La estructura del comportamiento humano final y la función del dolo en ella –escribe Welzel– no puede ser cambiada por el legislador, sino que tiene, si quiere regularla, que vincularla en su regulación de ella. En caso contrario, yerra el objeto de la regulación” (Hans Welzel, *Naturrecht und materiele Gerechtigkeit*, Gotinga, 1955, 2ª ed., p. 197).

³³⁵ Garrido Montt, op. cit., p. 290.

³³⁶ *Ibíd.*

³³⁷ Sobre mi propio punto de vista, en el mismo sentido, pueden confrontarse, entre otros trabajos, mis artículos “Sistema jurídico-penal y legitimación política en el Estado democrático de derecho”, en *Gaceta Jurídica*, 1994/octubre/Nº 172, pp. 10 y sgts.; y “El papel del factor subjetivo en las causas de justificación”, en Luiz Luisi/Manuel de Rivacoba/José Luis Guzmán Dálbora/Sergio Politoff, *Política criminal y reforma penal*, Santiago, 1996, pp. 100 y sgts.

do artículo 7º) se hallan en el acta de la sesión 75 de la Comisión Redactora del Código Penal, donde "hay un indicio sobre los principios a los que en esta materia se dio acogida en el Código".³³⁸ En efecto, respecto del delito de bigamia (artículo 382), "se hizo presente que no debía castigarse el segundo matrimonio, cuando el primero era sólo putativo, porque *según los principios adoptados en este Código*, el que creyendo cometer delito no lo comete en realidad, no merece pena". Tiene razón NOVOA, sin embargo, que esa constancia sólo podría invocarse como argumento respecto de los casos de "imposibilidad delictuosa por falta de tipo",³³⁹ esto es, en rigor, en los casos de *inidoneidad del sujeto y del objeto*.

A los argumentos citados puede añadirse todavía lo que disponía el artículo 33 inciso 3º, de la Ley N° 11.625 sobre Estados Antisociales, que para los efectos de la habitualidad criminal autorizaba al juez, con el objeto de poder imponer una medida de seguridad, para que considerara también los hechos que no hubieran sido merecedores de pena "*en razón de no ser constitutivos de delito por falta de idoneidad del medio empleado o inexistencia del objeto*". Aunque dicha ley, que nunca se aplicó por falta de reglamentación, haya sido finalmente derogada, en virtud de la Ley N° 19.313, no obsta a que constituya un revelador antecedente sobre la índole *no delictiva* reconocida en nuestro sistema jurídico al *delito imposible*.³⁴⁰

También la jurisprudencia, aunque escasa, ha sido constante y resuelta para excluir la punibilidad del *delito imposible*, en los diversos casos de *inidoneidad absoluta*. La Corte Suprema ha resuelto que comete tentativa inidónea por inidoneidad absoluta de objeto y por lo tanto es absuelto quien, creyendo cumplir el encargo de llevar cocaína a un reo, llevaba un polvo inocuo.³⁴¹ Pueden mencionarse asimismo sentencias de otras

³³⁸ Novoa, op. cit., II, p. 158.

³³⁹ *Ibid.*

³⁴⁰ Cf. Labatut/Zenteno, op. cit., t. I, p. 285.

³⁴¹ C.S. 13.9.95, en *Gaceta Jurídica* 183: 100, Cf. José Patricio Aravena López, *Evolución del tratamiento jurisprudencial del tráfico ilícito de estupefacientes en Chile*, Universidad de Talca, 1998, p. 35. Véase un ejemplo parecido en Juan Fernández Carrasquilla, *Derecho Penal Fundamental*, Bogotá, 1989, II, p. 239.

Cortes, que se refieren a la *imposibilidad* de cometer el delito de suplantación de un ciudadano elector cuya inscripción estaba cancelada;³⁴² de apropiarse, a través de maquinaciones o procedimientos que el sujeto cree adecuados, respecto de algo de que no puede apropiarse;³⁴³ de cometer aborto, si las maniobras abortivas se llevaron a cabo cuando el feto estaba ya muerto;³⁴⁴ de cometer robo con violencia en las personas, si los actos de violencia para apoderarse de unas prendas de vestir tuvieron lugar cuando la víctima, que los hechores suponían viva, había fallecido anteriormente.³⁴⁵ Los sentenciadores, en cambio, consideraron que, como “carece de importancia el valor de lo robado”, hay tentativa punible si el hecho se cometió con intención de robar, aunque no se robase nada a la víctima, por no tener ésta nada que robarle.³⁴⁶ Aunque piensa ETCHEBERRY que en este caso habría “imposibilidad de objeto con respecto al robo”,³⁴⁷ nos parece que la imposibilidad era sólo relativa, ya que, como dicen los sentenciadores, “carece de importancia el valor de lo robado”, de manera que si la víctima nada tenía que, a los ojos de sus agresores, valiera la pena sustraer, ello no impide que la apropiación de alguna prenda u objeto suyos, por ínfima que fuera su significación económica, hubiera sido posible.

Menos consistentes con el fundamento de la impunidad del *delito imposible*, que —como señala GARRIDO MONTT— reside en el principio de que “no es punible la iniciación de la ejecución de un delito que carece de toda posibilidad de lesionar o poner en peligro el bien protegido”³⁴⁸ (lo cursivo es mío, S.P.), son algunas senten-

³⁴² C. de Chillán, 27 de mayo de 1943, *Gaceta de los Tribunales*, 1943, 1^{er} sem., N^o 61, pp. 293 y sgts.

³⁴³ Corte de Chillán, 4 de agosto de 1938, *Revista de Ciencias Penales*, t. IV, 1938, pp. 434 y sgts.

³⁴⁴ Corte de Santiago, 1963, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. LX, sección 4^a, p. 77, cit. p. Alfredo Etcheberry, *El derecho penal en la jurisprudencia*, Santiago, 1987, pp. 124 y sgts.

³⁴⁵ Corte de Santiago, 1890, *Gaceta de los Tribunales*, 1890, t. 3, p. 345, cit. p. Etcheberry, op. cit., p. 470.

³⁴⁶ Corte Suprema, 1953, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 50, sección 4^a, p. 89, cit. p. Etcheberry, op. cit., p. 472.

³⁴⁷ Etcheberry, *ibíd.*, p. 471.

³⁴⁸ Garrido Montt, op. cit., p. 289.

cias que han admitido la existencia de tentativa punible en casos en que, con participación de la policía, se han fingido circunstancias para hacer caer en una trampa al actor que proyectaba un delito. Tal fue el caso respecto de un desequilibrado mental, que informó a un tercero, el cual alertó con anticipación a la policía, de sus planes para dar muerte a un supuesto enemigo. Al actor se le permitió desarrollar su plan, para aprehenderlo con puñal y revólver en mano.³⁴⁹

Puede inferirse, pues, de las opiniones de los autores y de la jurisprudencia citadas, que en la dogmática chilena se ha impuesto, de manera raramente coincidente, el principio de la *impunidad del delito imposible*. Para concluir la *inidoneidad absoluta* de un acto, singularmente considerado, son válidos los criterios generalmente admitidos de la *prognosis póstuma*, antes aludida, es decir, se trata de un juicio *ex ante* (colocándose el juzgador en el momento de la acción) en que se tienen en cuenta las *circunstancias concretas y todos los elementos que habían podido estar en conocimiento del agente*.

7.2. LA OPINIÓN MINORITARIA SOBRE LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA INIDÓNEA. LAS TESIS DE CURY Y SU APOYO EN LA DOCTRINA DE WELZEL ACERCA DE LA PROTECCIÓN DEL "ORDEN VALORATIVO"

La fuerza de la tradición que en nuestro país ha consagrado la doctrina de la *impunidad del delito imposible* conoce muy contadas excepciones. Hasta un autor como COUSIÑO, que no ha disimulado su ferviente adhesión a la doctrina del "injusto *personal*"³⁵⁰ y que llegó a escribir que, a pesar del "valioso soporte jurídico al régimen nacionalsocialista" que suministraron los

³⁴⁹ Corte Suprema, 1875, *Gaceta de los Tribunales*, 1875-I, N° 829, p. 378, cit. p. Etcheberry, op. cit., p. 473. Véanse en ese mismo libro otros fallos en parecido sentido. Sobre el tema del agente provocador en relación con el delito imposible, véase mi artículo "El agente encubierto y el informante "infiltrado" en el marco de la Ley N° 19.366 sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas", en *Gaceta Jurídica*, 1997, mayo, N° 203, pp. 7 y sgts.

³⁵⁰ Luis Cousiño Mac-Iver, *Derecho penal chileno*, t. II, Santiago, 1978, pp. 71 y sgts.

juristas alemanes bajo ese régimen y de los reparos que por ello merezcan, "muchas cosas útiles quedaron", entre las que menciona, "una visión más certera sobre las verdaderas finalidades de la ciencia punitiva" y que, gracias a ellos, "el aspecto ético logró penetrar dentro del concepto de lo injusto"³⁵¹ (afirmación que leemos con asombro), admite que "(hay) países, entre otros el nuestro, en que no es sancionable la tentativa inidónea" (lo cursivo es mío, S.P.).³⁵²

No parece, pues, aventurado sostener que, tal vez, el único escritor que se ha esforzado, en nuestro medio por fundamentar, de una manera razonada, la tesis de la *punibilidad de la tentativa absolutamente inidónea* es el profesor CURY, a través de dos importantes obras: en su monografía sobre la tentativa, primero,³⁵³ y luego en su *Derecho Penal*.³⁵⁴

Debe advertirse que la adhesión de ese autor a la tesis de la *punibilidad* no está restringida a las hipótesis tradicionales de *inidoneidad del objeto* (p. ej., maniobras abortivas sobre una mujer que, "por obra de un azar benigno, sólo aparentemente se encontraba embarazada")³⁵⁵ e *inidoneidad de los medios* (maniobras abortivas con medios ineficaces).

CURY sostiene asimismo,³⁵⁶ siguiendo en esto a MAURACH,³⁵⁷ que básicamente lo mismo debe decirse en el caso de *inidoneidad del sujeto*: Tal acontecería, por ejemplo, cuando el sujeto cree por error que la mujer con quien yace es su hija, lo que constituiría *tentativa punible de incesto* (art. 364 del C.P.). Por una razón parecida, aunque la norma se dirija a un reducido grupo de eventuales sujetos activos (médicos, abogados, militares, empleados públicos, etc.), sometidos a deberes especiales, piensa CURY que "cuando un *no calificado* intenta cometer un delito especial, *incurre en una tentativa inidónea punible*".

³⁵¹ Luis Cousiño Mac-Iver, *Derecho penal chileno*, t. I, p. 15.

³⁵² *Ibíd.*, t. II, p. 80.

³⁵³ *Op. cit.*, pp. 147 y sgts.

³⁵⁴ *Op. cit.*, II, pp. 213 y sgts.

³⁵⁵ Cury, *Tentativa y delito frustrado*, p. 185.

³⁵⁶ *Ibíd.*, p. 179.

³⁵⁷ Reinhart Maurach, *Tratado de Derecho Penal* (traducción de Córdoba Roda), Barcelona, 1962, II, 41, III, C.2, p. 197.

Según esa doctrina, existe, por ejemplo, tentativa de prevaricación propia punible si el sujeto, "creyendo ser juez, pronuncia una sentencia que infringe una ley expresa y vigente" o, en su caso, si un ex magistrado "solicita favores especiales a una procesada, ignorando que días antes se puso término a sus funciones" (hipótesis en la que, con arreglo a esa doctrina, incurriría en tentativa punible de la figura de prevaricación del art. 223, N° 3° del C.P.)³⁵⁸ (lo cursivo es mío, S.P.). También procedería castigar una "tentativa de malversación de caudales públicos por el que *no es funcionario*" (pero cree serlo).³⁵⁹

En estos casos —sostiene CURY— "lo que (el sujeto) quiere realizar es típico, pero no puede completarlo porque valoró mal la situación, y eso le impidió percatarse de que era imposible hacerlo". En otros términos, retomando el primero de los ejemplos propuestos, "la acción del magistrado que dicta una sentencia vulnerando la ley expresa y vigente es socialmente intolerable y está sometida a pena", pero el hecho está incompleto y por lo tanto existiría, al decir del referido autor, tentativa inidónea punible, cuando "su error (del sujeto) radica, *únicamente*, en suponer que cuenta con la calidad de magistrado y es hábil, por lo tanto, para realizar el hecho" (lo cursivo es mío, S.P.)³⁶⁰

¿Cuál es el fundamento de esa tesis que, a nuestros ojos, representa uno de los extremos a que puede conducir la inextricable doctrina alemana sobre la punibilidad del *delito imposible*? Antes nos hemos referido al origen y a las conclusiones desconcertantes a que puede conducir el *principio de inversión* para el *error al revés*, que inventara, con una extraña lógica, el *Reichsgericht* alemán, para fundamentar la punibilidad de la *tentativa inidónea* (vid. *supra* 6.2.2.). Como admite BAUMANN, "justamente en casos como éstos aparece de manifiesto que no cabe sostener la existencia de una plena reciprocidad entre un error liberador de pena y un error que conduce a la pena por tentativa. Una excesiva insistencia en tal sentido *ha causado mucho daño*".³⁶¹

³⁵⁸ Garrido Montt, op. cit., p. 292. Correctamente sostiene este autor que esa conducta es una prevaricación imaginaria, un delito putativo y por lo tanto impune.

³⁵⁹ Cury, *Tentativa y delito frustrado*, pp. 149 y 179.

³⁶⁰ *Ibíd.*, p. 149.

³⁶¹ Jürgen Baumann, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bielefeld, 1977, p. 512.

Ello no obsta a que MAURACH, seguido en esto, como se ha visto, por el profesor chileno, afirme que "también en los casos en que el actor *supone* la existencia de un deber de lealtad o un deber especial, revela en los hechos su voluntad criminal, de manera no diferente de los casos en que tales deberes realmente existan".³⁶² (Ni siquiera el propio WELZEL llegó a tanto en esta materia, ya que, aunque sostenga el modelo de "injusto *personal*", reconoce que "la suposición errónea de la existencia de un deber no puede reemplazar al deber que objetivamente no existe"³⁶³ y añade que la disposición penal respectiva "sólo afecta al juez y no también al que se cree juez".³⁶⁴ Asimismo JAKOBS concluye: "El que no es funcionario público no puede quebrantar la validez de las normas previstas para el funcionario".)³⁶⁵

Desde la perspectiva *subjetivista* adoptada por CURY, es perfectamente consecuente que afirme también, para incriminar la tentativa, la *tipicidad* de conductas tales como yacer con el consentimiento de una mujer mayor de doce años, creyendo que es menor de esa edad. Tanto hay *tentativa punible de violación (impropia)* —dice— "cuando no se completa el yacer, como cuando la mujer es mayor de doce años y el autor cree erradamente que aún no alcanzó esa edad".³⁶⁶

Si el ejemplo citado u otros parecidos se examinaran a la luz del §22 del C.P. alemán es probable que la conclusión fuera, en ocasiones, coincidente con la del profesor CURY, porque ese precepto expresamente declara que comete *tentativa* "aquel que, de acuerdo con sus representaciones del hecho, se pone directamente a realizar el supuesto de hecho" (vid. *supra* 6.2.3). Pero nuestro Código (art. 7º) no se refiere a las *representaciones del hechor*, sino al *principio de ejecución del crimen o simple delito por hechos directos*. Yacer con una mujer mayor de doce años con su consentimiento *no es delito*, aunque el hechor se complazca, en su perfidia, imaginando que está yaciendo con una menor de esa edad; ni

³⁶² Maurach/Gössel/Zipf, op. cit., II, p. 38.

³⁶³ Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, p. 175.

³⁶⁴ *Ibid.*, p. 176.

³⁶⁵ Günther Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlage und die Zurechnungslehre*, Berlín, 1993, p. 723.

³⁶⁶ Cury, *Derecho Penal*, II, p. 216.

hay tentativa de incesto en yacer con una extraña, creyendo que es pariente; ni comete tentativa de prevaricación el que se cree juez. Sobre la base del principio de *lesividad*, nuestra ley protege bienes jurídicos particulares, que no son puestos en peligro por las *representaciones del hechor*.

Tal vez el punto de partida de donde arrancan las tesis de CURY sobre la punibilidad de la *tentativa inidónea* sea una concepción determinada sobre la misión del derecho penal, que éste ha recogido de criterios sistemáticos que, aunque a veces atrayentes por su pretensión ontológica (la "artillería pesada" de WELZEL, "desde la Segunda Guerra Mundial", dice con humor HASSEMER),³⁶⁷ estimamos ajenos a la tradición liberal que inspiró a los redactores de nuestro Código y que pervive en su texto.

En efecto, escribe CURY: "*Debe ser sancionada toda actualización de la voluntad que signifique la iniciación o ejecución parcial de la forma de conducta prohibida por el tipo de injusto si, atendidas las circunstancias cognoscibles para un observador razonable, es capaz de disminuir el respeto del grupo social por los valores elementales de acción, o de quebrantar su confianza en el sistema de protección que se le ha otorgado*".³⁶⁸

Según explica ese autor, "la causación de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico —esto es, el disvalor de resultado— sólo tiene una importancia secundaria... (ya que), como dice WELZEL: "La misión del derecho penal consiste en la protección de los valores elementales de conciencia, de carácter ético-social, y sólo por inclusión (lo cursivo es de CURY) la protección de los bienes jurídicos particulares". Añade el escritor nacional: "Respecto a la tentativa inidónea, ese punto de partida conduce, lógicamente, a una solución semejante a la de la teoría subjetiva; pues el disvalor de acción se expresa en cualquier principio de ejecución de un hecho típico, aunque el autor em-

³⁶⁷ Winfried Hassemer, *Einführung in die Grundlagen des Strafrechts*, Munich, 1981, p. 211. El autor se refiere, con ironía, a los supuestos tomados por Welzel de la filosofía de Hartmann y Scheler.

³⁶⁸ *Ibíd.*, p. 218. Véase una elocuente crítica a la teoría de la "impresión" en Juan Fernández Carrasquilla, *Derecho penal fundamental*, 2ª edición, vol. II, Bogotá, 1989, p. 384.

plee medios incapaces de ocasionar el resultado o dirija el ataque contra un objeto inexistente".³⁶⁹

Como puede observarse, el autor nacional ha construido su tesis acerca de la punibilidad de la *tentativa absolutamente inidónea* sobre la base de la doctrina welzeliana acerca de la misión del derecho penal, referida sólo secundariamente a la protección de bienes jurídicos particulares, y, primordialmente, a asegurar el "respeto del grupo social por los valores elementales". Tal concepción justifica un examen más detallado.

No es por azar que WELZEL encuentre en la *tentativa inidónea* un soporte paradigmático para su afirmación sobre la importancia práctica de la preeminencia del *desvalor del acto* sobre el *desvalor del resultado*. "El sujeto que no sabía que contaba con el consentimiento (del derechohabiente) debe ser castigado, a pesar del consentimiento, por *tentativa respecto de un objeto inidóneo*—escribe—, ya que la acción, aunque medie el consentimiento, sigue siendo antijurídica".³⁷⁰

Según WELZEL, con independencia de los meros fundamentos que apuntan a "fines actuales", la decisión del juez en el caso particular, "en su verdadero sentido" debería dirigirse al "orden valorativo permanente", si se quiere que el derecho penal "cumpla su función formadora de moralidad". Más allá de la utilidad o daño social, el Estado tendría que reconocer como valor "el aseguramiento del ánimo conforme a derecho de los individuos". Así, la *valentía*, con independencia de su utilidad, sería el fundamento de la fuerza obligatoria de las normas que castigan la cobardía frente al enemigo en el Código Militar. Aunque "la ventaja o daño momentáneo" se hayan olvidado hace tiempo, lo que tiene importancia para la comunidad como una ganancia duradera sería "el aseguramiento de los valores del ánimo conforme a derecho: la lealtad hacia el Estado, la veracidad de lo que se afirme bajo juramento, el respeto a la personalidad ajena, la honradez, la rectitud, etc.". Lo que interesa en el falso testimonio —afirma— no es el peligro para una correcta decisión judicial, sino *el deber de honrar el juramento*.

³⁶⁹ Cury, *Tentativa y Frustración*, p. 171.

³⁷⁰ Hans Welzel, "Studien zum System des Strafrechts", en *ZStW*, t. 58, 1939, pp. 491-566 (564).

En suma, "la ley penal en sentido substancial" se dirigiría "en contra de la posibilidad siempre existente de un uso negativo de la libertad, que consista en un real decaimiento de los valores jurídicos en el ánimo de las personas". Añade ese autor: "en la medida en que por la amenaza penal y por la imposición de la pena aparece visible la validez inquebrantable de los valores del acto en el ánimo jurídico, *se forma y afirma el juicio moral y el sentimiento jurídico de los miembros del pueblo y se inhiben tendencias enemigas del derecho*".³⁷¹

Es ilustrativo citar aquí algunos de los "valores elementales de conciencia, de carácter ético-social", cuya protección encomendaba WELZEL a la "fuerza formadora de moralidad" del derecho penal, todavía a pocos meses del fin de la guerra: "Lealtad al pueblo, al Estado, al jefe supremo (*Führung*), obediencia a la autoridad, disposición a cumplir el deber militar...".³⁷² En un escrito anterior ese autor había señalado ya que la tarea *política* de la ciencia del derecho penal, desde la "revolución espiritual" del 30 de enero de 1933, consistía en una "orientación valorativa", en el sentido de la "comunidad del pueblo" y de su "concreción racial" ("la sangre y el destino") cuyas necesidades, derivadas de la "situación jurídica concreta", tendrían su expresión jurídica sobre todo en la ley, esto es, en la "voluntad manifestada por el *Führer*".³⁷³ La idea de la función formadora de moralidad que incumbe al derecho penal en la protección de los valores ético-sociales, expuesta en su artículo de 1944, no es diferente de lo que afirmaba en otro trabajo, en 1939: "La conducta prohibida contraria a la ética social (y no la violación de un bien jurídico) es el contenido general de disvalor de las normas".³⁷⁴

³⁷¹ Hans Welzel, "Über den substantiellen Begriff des Strafgesetzes", en *Probleme der Strafrechtsneuerung. Eduard Kohlrausch zum 70. Geburtstag dargebracht*, Berlín, 1944, *passim*, especialmente pp. 104, 106, 107, 109, 111, 114 y 118.

³⁷² *Ibid.*, p. 118.

³⁷³ Hans Welzel, *Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht*, Mannheim, 1935. Reproducido por el autor, sin explicaciones ni añadidos, en *Naturalismus und Wertphilosophie. Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlín/Nueva York, pp. 105 y 118. Las citas de Freisler y Carl Schmitt, así como las referencias a los artículos de Dahm y Schaffstein sobre "Ciencia penal política" y sobre "Derecho penal liberal y Derecho penal autoritario" se reproducen, asimismo, sin comentarios.

³⁷⁴ Welzel, *Studien zum System des Strafrechts*, p. 513, nota (30).

Lo que debiera sorprender, en cambio, es que su concepción sobre "la fuerza formadora de moralidad" del derecho penal, a través de su "protección de los valores jurídicos del acto en el ánimo de las personas", haya pasado, tranquilamente, sin más trámites y sin reservas, del contexto totalitario al del Estado de derecho.

Semejantes criterios, propios de ideologías autoritarias (que a veces se adoptan sin una reflexión acerca del clima político en que surgieron y sobre sus implicaciones para la práctica del derecho penal), no son compatibles, según me parece, con un Estado democrático de derecho. El Estado no es una institución para el fomento de una determinada concepción de la moralidad. Ello contradice la esencia de *la justicia como imparcialidad*³⁷⁵ y supone la pretensión del Estado de no satisfacerse con el acatamiento de sus reglas, y de querer *imponer coactivamente su legitimidad*.

Un legislador de las costumbres que señale al juez un preexistente orden de valores no cabe en un Estado libre, en que debe haber espacio para la coexistencia de opiniones morales diversas. Como ha reconocido un juez alemán: "Hay un peligro, no sin importancia, si el juez, con la mejor de las intenciones, declara como parte integrante del derecho sus propias opiniones éticas".³⁷⁶ Tal sería la tentación a que se expondría el juez que tuviera que resolver, "caso por caso", como quiere CURY, si los hechos constitutivos de *tentativa inidónea* causaron o no un efecto psicológico (la *impresión*) sobre la generalidad de los miembros del grupo social, esto es, de "disminuir el respeto" y de "quebrantar su confianza" en "los valores fundamentales sobre que descansa la vida de relación".³⁷⁷

³⁷⁵ Cf. John Rawls, *Liberalismo político*, México, 1993, p. 44; Jürgen Habermas, *Escritos sobre moralidad y eticidad*, Barcelona, 1991, p. 161.

³⁷⁶ Horst Woesner, "Strafrechtlicher und sittlicher Schuldvorwurf", en *Neue Juristische Wochenschrift*, año 17, cuaderno 1-2, p. 3. Ver en sentido parecido, entre nosotros, José Luis Guzmán Dálbora, "Consideraciones críticas sobre el reglamento penitenciario chileno", separata de *De las penas. Homenaje al profesor Isidoro de Benedetti*, Buenos Aires, 1996, pp. 272-279 (277).

³⁷⁷ Cury, *Tentativa y delito frustrado*, p. 179.