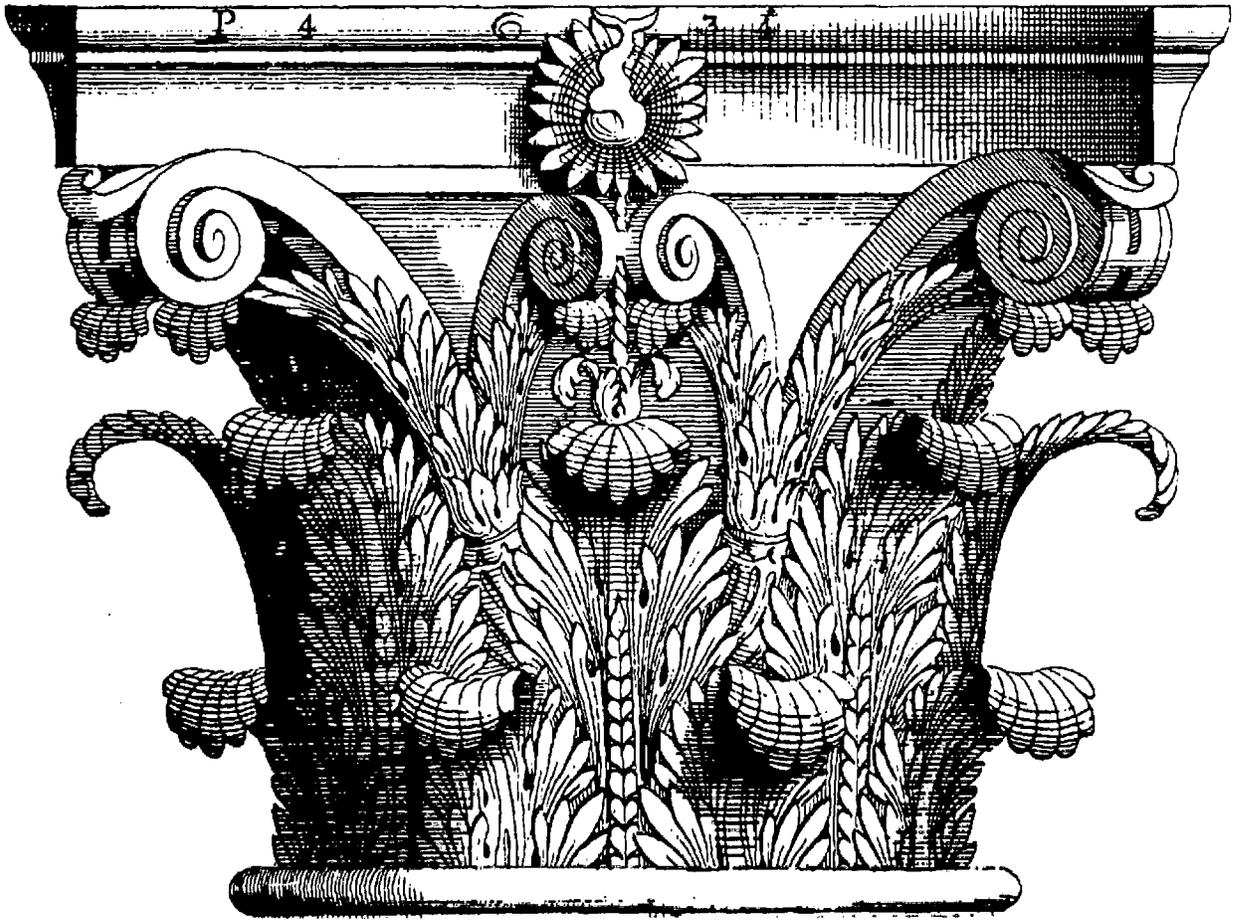


AUSENCIA DEL BIEN JURIDICO TIPICO

María Cruz Camacho Brindis



1. Cuestiones previas

El problema que se plantea es el relativo al tratamiento jurídico penal de la realización de la conducta del sujeto activo dirigida a la concreción de un tipo legal que no llega a realizarse por inexistencia del bien jurídico, como sucede cuando se dispara contra un cadáver creyéndolo una persona viva o cuando se administra un abortivo en mujer no embarazada.

Es una imposibilidad fáctica para que haya delito; sin

embargo, se polemiza sobre la punibilidad de los actos ejecutivos que lleva a cabo el sujeto activo.

Dos son las denominaciones que la doctrina ha dado a este problema. La primera por la teoría causalista y la teoría finalista, que es la de "delito imposible" e, incluso, "tentativa inidónea por falta de objeto jurídico", y, recientemente, la segunda, debida a la creación de la Teoría del Modelo Lógico, que es "ausencia del bien jurídico típico".



Sin embargo, las denominaciones mencionadas involucran una problemática referente -como se indicó- a la punibilidad para este caso, que es muy discutida entre los especialistas de cualquiera de las corrientes teóricas mencionadas, problemática que, por otra parte se ha dado aun en una misma corriente teórica. Tan es así que, la doctrina -causalista y finalista- se debate en torno a si debe aplicarse en la solución de los casos planteados, la teoría objetiva o la teoría subjetiva en la determinación de su punibilidad.

En medio de una seria polémica la teoría objetiva surge "en la suposición de que lo ilícito jurídico, penalmente relevante, se agota básicamente en la lesión de un bien jurídico, de tal manera que la antijuridicidad de la tentativa sólo puede fundamentarse a través de la puesta en peligro de un bien jurídico".¹ De acuerdo a esto la conducta en el delito imposible será considerada impune.²

Y, en cuanto a la teoría subjetiva de la peligrosidad, sostiene que: "no necesita la realización exterior de voluntad ser, en cuanto tal peligrosa, sino que para el ordenamiento jurídico es seriamente peligrosa la voluntad que cree ponerse con su actuación de inmediato en relación con la realización del delito".³ De acuerdo a esto la conducta en el delito imposible debe ser castigada penalmente.

A continuación se expone esta diversidad a favor o en contra del castigo penal para la conducta planteada y se presenta el marco legislativo de referencia de países como Alemania, España, algunos latinoamericanos y México. Panorama que, finalmente, es en donde se localiza la **respuesta, objetable o no.**

2. Alemania

La doctrina alemana sostiene algunos puntos de vista. Así, Jescheck sostiene que la tentativa debe encerrar un mínimo de peligrosidad y que ésta falta cuando el hecho, por la

naturaleza del objeto en el que iba a recaer o de los medios con los que fue cometido, en ningún caso podía llegar a la consumación.⁴ Por peligrosidad entiende: "el reproche que se hace al autor por haberse convertido en una personalidad criminal".⁵ Y si la reacción penal se vincula directamente a esa peligrosidad criminal, entonces reconoce la impunidad para la tentativa inidónea en cuanto al objeto, en los siguientes términos: "aunque en el fondo falte en estos casos la necesidad de pena..."⁶

Welzel, por su parte, señala que en Alemania la posición constante de la jurisprudencia es que la realización exterior de voluntad no necesita ser, en cuanto tal, peligrosa, sino que, para el ordenamiento jurídico es seriamente peligrosa la voluntad que cree ponerse con su actuación de inmediato en relación con la realización del delito.⁷ Y más adelante menciona un punto de vista frente a estos casos: "mientras más idónea es la tentativa, más intensa es, también por principio, la energía delictiva. De ahí que cuando la acción tentada pierda toda base de realidad, en tal caso a la voluntad le falta todo merecimiento de pena".⁸

En cuanto al Código Penal, el legislador alemán considera que la tentativa inidónea en cuanto al objeto no llega a la total impunidad, sino sólo a la posibilidad de prescindir de la pena o incluso sólo a una atenuación facultativa de la pena, ya que el juez puede, en todos los casos, rebajar la punición hasta el mínimo legal.⁹ El marco legal es como sigue:

Artículo 62 del Código Penal Alemán: "Si el autor desconociese, por grosera incomprensión que, por la naturaleza del objeto o del medio, en o con el cual ha de realizarse el hecho, la tentativa no podía conducir en absoluto a la consumación, el Tribunal puede atenuar la pena según su libre apreciación o prescindir de ella".¹⁰

1. Stratenwerth, Gunter, *Derecho Penal. Parte general. I, El hecho punible*, Tr. Gladys Romero, Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, 1982, p. 212.
2. Feuerbach ya había determinado que una acción es contraria a Derecho si lesiona o pone en peligro precisamente al Derecho; que el dar supuesto veneno o la tentativa de homicidio de un cadáver deben ser impunes. En *Lehrbuch des peinlichen Rechts*, 9ª ed. Citado por Stratenwerth, Gunter, *Derecho Penal. Parte general. I, El hecho punible*, ob. cit., p. 212.
3. Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán. Parte general*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 11ª ed., 1976, p. 266.

4. Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Tr. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, Ed. Bosch, vol. 2, 1981, p. 727.
5. Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Tr. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Barcelona, Ed. Bosch, vol. 1, 1981, p. 75.
6. Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal., Parte general*, vol. 2, ob. cit., p. 728.
7. Es el concepto de peligrosidad de la teoría subjetiva. Cfr. Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán. Parte general*, ob. cit., p. 266.
8. Welzel, Hans, *Derecho Penal Alemán. Parte general*, ob. cit., p. 267.
9. Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, vol. 2, ob. cit., p. 728.
10. Confrontar la siguiente obra, de donde se ha tomado este contenido legal: Bustos Ramírez, Juan, *Control social y sistema penal*, Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias, 1987, p. 309.



Al respecto, Stratenwerth objeta esta disposición y señala que la tentativa inidónea o delito imposible, en principio es punible. De todos modos se pregunta todavía si ello debe regir para toda tentativa que, "según la especie del objeto sobre el cual debería haber recaído o del medio con el que debería habérsela cometido, de ningún modo hubiera podido conducir a la consumación".¹¹

Lo que sucede es que la legislación alemana es el resultado de una polémica en que, en lo fundamental, se ha impuesto el punto de vista del Reichsgericht. Punto de vista que, en principio, tomó el concepto de peligrosidad de la teoría subjetiva, como punto de partida y que llegó muy lejos. Este peligro fue contemplado de modo abstracto y general porque interesa menos el peligro del bien jurídico que el del orden público que resulta amenazado por la voluntad rebelde del autor, independientemente de que el sujeto sea, o no, capaz de alcanzar su meta: "una distinción de las acciones del autor atendiendo a la idoneidad (peligrosidad) o inidoneidad (no peligrosidad) es imposible, desde el momento en que la falta de resultado de la tentativa concreta aporta la prueba de la concreta inidoneidad de su proyecto".¹²

Se observa, en lo fundamental, que se ha impuesto este punto de vista, sin embargo, modificado por las aportaciones de la ciencia.¹³

Lo cierto es que la regla general debería ser prescindir de la reacción penal, en lugar de dejar al juez la decisión, ya que sólo él puede no aplicar la pena o atenuarla a su discreción.

3. España

La doctrina española se encuentra dividida en torno al fundamento de la punibilidad de esta figura, es decir, en

torno a la teoría objetiva¹⁴ o subjetiva.¹⁵ Una opinión en contra de su castigo penal la encontramos en Mir Puig, quien expresa: "Personalmente me he inclinado por una perspectiva objetiva, que creo necesaria en el Derecho Penal preventivo que impone un Estado social y democrático de Derecho".¹⁶

Muñoz Conde indica que el límite de la punibilidad de la tentativa debe buscarse en la peligrosidad de la acción, la cual debe medirse con criterios distintos. Así, disparar contra un cadáver, creyéndolo una persona viva no es una conducta objetivamente peligrosa para el observador imparcial que conozca la realidad, pero puede ser considerada como peligrosa e idónea para matar, para el observador imparcial que crea, como el autor, que el cadáver es una persona viva.¹⁷ Precisamente esto último hace que la tentativa inidónea en cuanto al objeto jurídico sea punible. El marco legal español es como sigue:

Artículo 52, párrafo 2- del Código Penal Español: "A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados, según arbitrio del tribunal, a la señalada por la ley para el delito consumado.

La misma regla se observará en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito."¹⁸

Por su parte, la jurisprudencia española señala, precisamente, el segundo párrafo del artículo 52 del Código Penal Español como fundamento de punibilidad para el caso que nos ocupa;

"Este artículo señala la punibilidad de la tentativa, del delito de ejecución imposible... El tribunal tiene facultad para imponer la pena inferior en uno o dos grados. Se castiga como delito Imposible cuando se aprecie una resolución para delinquir, se comience la ejecución de la infracción por realización de actos que tengan encaje en la tipología delictiva y se ponga de relieve la peligrosidad del bien protegido como síntoma de antijuricidad, aunque los medios sean in idóneos o no exista objeto

11. Stratenwerth, Gunter, *Derecho Penal. Parte general. I, El hecho punible*, ob. cit., p. 212.
12. Maurach, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal, Barcelona, Ediciones Ariel, 1962, p. 191.*
13. *Sobre el desarrollo de la polémica puede verse Maurach, Reinhart, Tratado de Derecho Penal, ob. cit., pp. 190 y ss.*

14. Antón Oneca, citado por Mir Puig, Santiago, en Jescheck, H.H., *Tratado de Derecho Penal, ob. cit.*, p. 733 ("Adiciones de Derecho Español").
15. Cuello Calón, Cerezo Mir, Suárez Montes, citados por Mir Puig, Santiago, en Jescheck, H.H., *Tratado de Derecho Penal, ob. cit.*, p. 733 ("Adiciones de Derecho Español").
16. Mir Puig, Santiago, "Adiciones de Derecho Penal Español", en Jescheck, H.H., *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, vol. 2, ob. cit., p. 733.
17. Muñoz Conde, Francisco, *Teoría general del delito*, 2ª ed., Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1989, pp. 169 y 170.
18. Código Penal Español, Madrid, 1989, Editorial Cóllex, p. 94.



delictivo (SS. 23-1 y 11-10-83, en el mismo sentido otras como las de 5-4-76 y 3-12-78)".¹⁹

"El delito o tentativa imposible constituye, según S. 24-5-82, una figura propia, de modo que dicho precepto funciona como causa de extensión de la pena con preferencia a cada uno de los delitos mencionados en el texto penal, reconoce su fundamento en la peligrosidad del sujeto por su manifiesta rebeldía contra la norma y la conmoción colectiva que produce en el medio social... S. 27-3-87".²⁰

Es así como el párrafo 2^s del artículo 52 del Código Penal Español hace punible el delito imposible, al margen de, si se considera legítimo o no, sancionar penalmente a un sujeto exclusivamente por la peligrosidad de su acción mostrada en la manifestación de su voluntad dolosa, a pesar de la inexistencia de un bien jurídico. Lo que debería fundamentar, suficientemente, también, la inexistencia de punibilidad.

4. Países latinoamericanos

En Latinoamérica la problemática se plantea sólo en algunos códigos penales.

Zaffaroni considera que la sanción penal, a una mera manifestación de voluntad, puede convertirse en una tipicidad de tentativa de homicidio: "Así, un acto atípico y, por ende impune, como la necrofilia, por vía de este instituto puede pasar a ser tentativa inidónea de violación, si el sujeto activo creyó que la supuesta víctima estaba viva".²¹ Zaffaroni se pronuncia, así, en contra de esta figura y recomienda excluir del ámbito de lo punible las llamadas tentativas inidóneas o delitos imposibles.²² Ejemplos de estas tipificaciones son:

Artículo 18 del Código Penal Colombiano: "Si el delito fuere imposible, podrá disminuirse discrecionalmente la sanción establecida para el delito consumado y hasta prescindirse de

Ella teniendo en cuenta lo que dispone el artículo'36" (el que, entre otras cosas, se refiere a la peligrosidad).²³

Artículo 99 del Código Penal Peruano: "El juez podrá atenuar la pena hasta límites inferiores a su mínimo legal, respecto de aquel que hubiera intentado cometer un delito, por medio o contra un objeto de naturaleza tal que la realización de este delito fuese absolutamente imposible".²⁴

Los textos legales presentados permiten que, en la tentativa inidónea o delito imposible, sea el punto de vista del juez el que decida su impunidad o no, o bien tan sólo la atenuación, en la que no por ello deja de considerarse un delito porque lo decisivo es precisamente la reacción penal frente al autor por haberse convertido en una personalidad criminal.²⁵ Tal resultado viola el principio de legalidad porque falta la necesidad de punibilidad. La regla general debería ser excluir de punibilidad la tentativa inidónea o delito imposible.

5. México

Entre los países latinoamericanos no podía dejar de mencionarse México. En nuestro país también existe división de opiniones en torno a la punibilidad de lo que la doctrina tradicional denomina delito imposible o tentativa inidónea en cuanto al objeto.

González de la Vega está a favor de su punibilidad y lo define así: "Delitos imposibles en que el agente emplea medios idóneos para la consumación, siendo ésta irrealizable materialmente por circunstancias del todo extrañas; por ejemplo: una persona que dispara su arma de fuego (medio idóneo) contra persona muerta a quien creía viva; como en esta hipótesis el homicidio imposible lo es por causas totalmente ajenas al agente, el hecho debe ser clasificado y punible dentro del grado de tentativa... se trata de un verdadero delincuente que puede causar daños graves".²⁶

19. Código Penal Español, 5^o ed. puesta al día legal y jurisprudencialmente, Madrid, Editorial Colex, 1989, p. 94.

20. *Ibidem*, p. 94.

21. Zaffaroni, Raúl, "Los derechos humanos y sistemas penales en América Latina". *Revista Mexicana de Justicia*, Procuraduría General de la República, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Instituto Nacional de Ciencias Penales, núm. 2, vol. IV, abril-junio, 1986, p. 89.

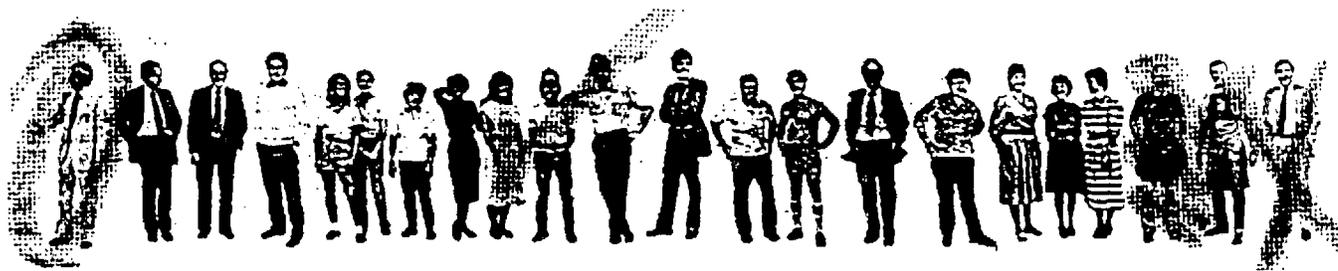
22. *Ibidem*, pp. 88, 89 y 90.

23. Confrontar la siguiente obra, de donde se ha tomado este contenido legal: Bustos Ramírez, Juan, *Control social y sistema penal*, ob. cit., p. 309.

24. *Ibidem*.

25. También se permite, además de la atenuación, el prescindir de la punición en los textos penales de Cuba, artículo 14, y Honduras, artículo 66.

26. González de la Vega, Francisco, *El Código Penal comentado*, México, Editorial Porrúa, 1982, p. 69.



Castellanos Tena no está a favor de su punibilidad: "El imposible tampoco debe punirse ni como tentativa, pues no entraña la ejecución de hechos encaminados directamente a la realización de un delito; éste jamás se verificaría por falta de objeto jurídico".²⁷

Jiménez Huerta expresa: "Cuántas veces nos hallemos ante actos que, si bien realizados con el propósito de cometer un delito, están carentes de idoneidad en el caso concreto, surge el concepto negativo del delito imposible,.. que surge del absoluto divorcio que existe entre la conducta y el tipo penal".²⁸

La opinión de la Corte también ha estado presente en este asunto tan discutido entre los especialistas, por ejemplo la de Rodolfo Chávez Sánchez, ministro de la Suprema Corte de Justicia: "sustentaba el criterio de que sí hay tentativa punible cuando el delito no se consuma por ausencia de objeto jurídico, como en el caso del ejemplo clásico de quien dispara sobre alguien ya muerto, desconociendo el agente esta circunstancia, pero siempre' que los medios sean idóneos y se encaminen directamente a la ejecución del acto típico, así sea éste de imposible realización".²⁹

Un dato importante lo es la opuesta posición que los juristas en México presentan en torno a la anterior redacción del artículo 12 del Código Penal del Distrito Federal.³⁰ Las posiciones por demás opuestas son las siguientes:

Raúl Carrancá y Trujillo: "dentro de la amplia fórmula transcrita encontramos que caben las siguientes tentativas punibles... 2, el delito imposible (tentativa imposible o delito tentado)".³¹

García Ramírez, cuando explica las hipótesis comprendidas en este artículo 12 del Código Penal del Distrito Federal, anterior al vigente, expresa: "Se estima que bajo esta fórmula caen tanto la tentativa inacabada por causas ajenas a la voluntad del agente, como el delito imposible...".³²

Jiménez Huerta, también en relación al anterior artículo 12 del Código Penal del Distrito Federal, expresa: "...la llamada tentativa imposible, esto es aquella que carece de idoneidad para consumar el delito, no es subsumible en el dispositivo amplificador del tipo contenido en el artículo 12 del Código Penal".³³

Verdaderamente de la anterior redacción del artículo 12 del Código Penal del Distrito Federal no se extrae la conclusión de que abarcaba el concepto de delito imposible o tentativa inidónea porque el legislador hablaba de "delito" y el delito es un hecho inseparable del bien jurídico,³⁴ es más, es irrealizable un delito de tentativa cuando no existe en la realidad el interés tutelado, aun cuando la actividad puesta en juego por el sujeto activo sea la idónea para alcanzar la lesión del bien jurídico si éste no existe, tampoco puede existir, en el caso concreto, una punición. Esto contradice el principio de protección de bienes jurídicos propio del Estado social y democrático de Derecho. De allí que la figura denominada por casualistas y finalistas "delito imposible" o "tentativa inidónea en cuanto al objeto", no existe en esa anterior redacción del artículo 12 del Código Penal del Distrito Federal y, en consecuencia no es ningún fundamento legal de punibilidad.

Finalmente en este panorama doctrinario mexicano destaca, por su novedad, la solución propuesta por la Teoría del Modelo Lógico a este caso. Olga Islas de González Mariscal lo denomina "atipicidad por ausencia del bien jurídico típico", que no es subsumible en el concepto de delito y, en consecuencia, no da lugar a la concreción de punibilidad.³⁵ Y, precisamente, en esta teoría y en otro concepto fundamentado^ como lo es el principio de legalidad, se apoya el último aspecto a tratar en este análisis.

6. Toma de Posición

Es ya el momento de abandonar la terminología tradicional de "delito imposible" o "tentativa inidónea en cuanto al objeto jurídico" porque, en primer lugar, no se puede hablar

27. Castellanos, Fernando, *Lineamientos elementales de Derecho Penal*, 19ª ed., México, Editorial Porrúa, 1984, p. 282.

28. Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, tomo I, 3ª ed., México, Editorial Porrúa, 1980, p. 389

29. Citado por Castellanos, Fernando, *Lineamientos elementales de Derecho Penal*, ob. cit., p. 282.

30. Anterior redacción del artículo 12 del Código Penal del Distrito Federal: "La tentativa es punible cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente".

31. Carrancá y Trujillo, Raúl, *Derecho Penal Mexicano. Parte general*, 14ª ed., México, Editorial Porrúa, 1982, p. 645.

32. García Ramírez, Sergio, *Derecho Penal*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, Serie A. Fuentes b) Textos y estudios legislativos, núm. 36, 1983, p. 36.

33. Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, ob. cit., p. 385.

34. El bien jurídico es denominado objeto jurídico por las teorías tradicionales.

35. Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, México, Editorial Trillas, 1982, p. 45.



de la existencia de un delito sin que exista un bien jurídico que por lo menos se ponga en peligro. La expresión representa una contradicción, según la cual no se puede punir lo que no se ha dado materialmente. Por la misma razón y, en segundo lugar, tampoco puede hablarse de una tentativa cuando no tiene existencia en la realidad un interés protegido en la norma, lo que impide, en el caso concreto, ponerlo en peligro. Por lo tanto, ahora se emplea la expresión "atipicidad por ausencia de bien jurídico".

En el modelo lógico, el delito encuentra su expresión fáctica, su existencia, en la tipicidad: "correspondencia unívoca uno a uno entre los elementos del tipo legal y los contenidos del delito; es decir, que para cada elemento del tipo tiene que haber una porción de contenido que satisfaga la semántica de aquél, y para cada porción de contenido del delito tiene que haber un elemento del tipo que exija su concreción".³⁶

Este concepto de tipicidad remite a un contenido elaborado por el legislador y, con base en lo expuesto, expresado en el tipo legal de la siguiente manera: "Tipo legal es una figura elaborada por el legislador, descriptiva de una clase de eventos antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizar uno o más bienes jurídicos".³⁷

El tipo legal tiene 22 elementos distribuidos en 8 subconjuntos. Su definición estructural³⁸ es la siguiente:

Deber jurídico penal

Elemento

N= Deber jurídico penal

Bien jurídico Elemento

B= Bien jurídico

Sujeto Activo

Elementos

A₁ = Voluntabilidad

A²⁼ Imputabilidad

A₃= Calidad de garante

A₄= Calidad específica

A₅ = Pluralidad específica

Sujeto Pasivo

Elementos

P₁= Calidad específica

P₂= Pluralidad específica

Objeto Material

Elementos

M= Objeto material

Kernel Elementos

J₁ = Voluntad dolosa

J₂ = Voluntad culposa

I₃ = Actividad

I₂ = Inactividad

} conducta

R= Resultado material

E= Medios,

G= Referencias temporales Modalidades

S= Referencias espaciales

} modalidades

F= Referencias de ocasión

Lesión o puesta en peligro del bien jurídico

Elementos

W₁ = Lesión del bien jurídico (tipo de consumación)

W₂= Puesta en peligro del bien jurídico (tipo de

tentativa) Violación del deber jurídico penal

Elemento

V = Violación del deber jurídico penal

Además de remitir a un contenido legislativo, como lo es el tipo legal, el concepto de tipicidad remite, de acuerdo a su definición, a un contenido fáctico, en el que se ubica, precisamente, el delito, porque: "el delito es la culpable concreción de un tipo legal".³⁹ Su fundamento normativo se encuentra en el tipo legal que, como se vio, se presenta como una figura creada por el legislador, y cuyo elemento básico en esa estructura es el bien jurídico, que se define como: "el concreto interés, individual o colectivo, de orden social protegido en el tipo legal".⁴⁰ Su lesión o el peligro al que lo expone el sujeto activo, da lugar a que, en el caso concreto, se le fije una punición, salvo en aquellas situaciones concretas en que no exista ese interés porque la protección penal deviene inútil e innecesaria. No habiendo qué tutelar, carece de todo sentido imponer esa punición.

Lo anterior conduce a las siguientes observaciones: El interés individual o colectivo es relevante penalmente, siempre y cuando exista tipicidad. Por ejemplo, si el tipo legal de homicidio prevé como bien jurídico la vida humana, en el caso concreto debe existir esa vida humana. Cuando esta correspondencia no se presenta se está dando uno de los aspectos negativos de la tipicidad, se está frente a una atipicidad por ausencia de bien jurídico, por lo que no habiendo tipicidad, no hay delito.

36. *Ibidem*, p. 44,

37. *Ibidem*, p. 15.

38. *Ibidem*.

39. *Ibidem*, p. 44.

40. *Ibidem*, p. 19.

Lo que sucede es que el bien jurídico es un presupuesto, un antecedente, que debe existir en la realidad antes de la realización de la actividad idónea para lesionarlo.⁴¹ Y aun cuando el sujeto activo, efectivamente despliegue esa conducta idónea (voluntad dolosa y actividad idónea para lesionar un bien jurídico); sin embargo, y a pesar de ello su conducta no se convierte en delictiva, pues no ha satisfecho la coincidencia necesaria para su existencia porque está ante una hipótesis de atipicidad por ausencia del presupuesto típico.

. Cuando algunos juristas y algunas legislaciones extranjeras plantean la existencia del delito imposible y, como tal, el merecimiento de punibilidad, lo hacen poniendo énfasis, precisamente, en la ejecución de la actividad idónea para la lesión del bien jurídico.

Por ejemplo, la vida humana, pero no esa que, en el caso concreto, ya no existe. Sin embargo, y a pesar de esto, consideran que el autor ha realizado una parte de la imagen rectora típica, la de la ejecución, y que ha exteriorizado su peligrosidad aunque no ha logrado su objetivo por su propia voluntad, sino por el hecho de que el sujeto pasivo ya estaba muerto, o la mujer no estaba embarazada, causas éstas, ajenas a su voluntad.

Se olvida que, a pesar de la exteriorizada voluntad dolosa, se aprecia la imposibilidad de lesión, sin considerar que las normas penales se formulan para la protección de bienes de interés social.

Ahora bien, en virtud del principio de legalidad "queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata".⁴²

Siendo así, del artículo 12 del Código Penal que rige actualmente, no se desprende la punibilidad para aquellos casos de inexistencia de bien jurídico:

Artículo 12 del Código Penal del Distrito Federal: "Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u

omitiendo la que debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente".⁴³

Y no se desprende, porque esa ley no existe en nuestro ordenamiento jurídico (como en el caso de las legislaciones extranjeras planteadas) y porque el concepto de delito previsto en el artículo 12 del Código Penal del Distrito Federal contempla como probable la lesión de un bien jurídico que existe previamente en la facticidad. El principio de legalidad impide cualquier exigencia de responsabilidad penal.

Tal parece que los partidarios del castigo penal para los casos de inexistencia de bien jurídico fundamentan ese castigo en la idea de que la tipicidad es tan sólo "adecuación de la conducta al tipo".⁴⁴ En el modelo lógico, como se apreció, es mucho más que eso, comenzando porque el tipo legal se estructura no sólo de conducta.

Consecuentemente, se insiste en esto, el delito, con base en el concepto de tipicidad expresado es, también, mucho más que la exteriorización de una voluntad dolosa (conducta), y el problema de atipicidad planteado

no llega a convertirse en delito de tentativa punible por una razón fáctica. Y el principio de legalidad demuestra que un exclusivo Derecho Penal de autor que fundamenta la reacción penal en la peligrosidad, tiene que fracasar, porque no es posible que en un Estado de Derecho el delito se refiera a personalidades de autor, cuando es evidente la ausencia de tipicidad.

En virtud del principio de legalidad, el Derecho Penal no debe reaccionar frente a comportamientos de imposible realización fáctica, con la débil argumentación de que aparecen como actitudes peligrosas ante el ordenamiento jurídico. Debe imperar una perspectiva objetiva que sólo puede derivarse de un Estado social y democrático de Derecho, en donde las normas penales y su concreción se basan en la tutela de bienes de interés social que existen realmente legitimando la actividad jurídica penal. 21

41. Confróntese para el estudio de los presupuestos del delito: Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, ob. cit., pp. 44 y ss.
42. Artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

43. Código Penal para el Distrito Federal, México, Ed. Porrúa, 1991, p. 10.
44. Cfr. Islas de González Mariscal, Olga, *Análisis lógico de los delitos contra la vida*, ob. cit., p. 43, cita 22.