

Breve Análisis sobre la Tentativa

Luis Felipe GUERRERO AGRIPINO*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. I. SUSTENTO POLÍTICO CRIMINAL. II. CONSIDERACIONES SISTEMÁTICAS. III. PRECISIONES CONCEPTUALES (TIPOS DE TENTATIVA). III.1. EL ITER CRIMINIS. III.2. CLASES DE TENTATIVA. III.2.1. Tentativa acabada. III.2.2. Tentativa inacabada. III.2.3. Tentativa inidónea. III.2.3.1. Tentativa irreal o absolutamente inidónea. III.2.3.2. Delito putativo. III.2.4. El desistimiento voluntario. IV. PRINCIPALES POSTURAS FUNDAMENTADORAS Y DELIMITADORAS DE LA TENTATIVA. IV.1. UN PUNTO DE PARTIDA: LA REGULACIÓN EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO Y SU RELACIÓN CON EL TRATAMIENTO EN OTRAS LEGISLACIONES. IV.1.1. Valoración crítica. IV.2. POSTURAS CON PREPONDERANCIA EN EL ÁMBITO OBJETIVO IV.2.1. Posturas con preponderancia en el tipo penal. IV.2.1.1. Teoría objetivo formal. IV.2.1.2 Teorías objetivo materiales. IV.2.1.3. Teoría de los actos intermedios. IV.2.2. Posturas que se sustentan en la puesta en peligro del bien jurídico. IV.2.2.1. Primarios planteamientos. IV.2.2.2. Estructuración como delito de peligro concreto. IV.2.2.3. Estructuración como delito de peligro abstracto.

* Maestro en Ciencias Jurídico - Penales por la Universidad de Guanajuato y Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Guanajuato.

IV.2.3. *Posturas con preponderancia en el ámbito subjetivo.* IV.2.3.1. Teoría subjetiva extrema. IV.2.3.2. Teoría del *dolus ex re*. IV.2.3.3. Teoría sustentada en la firmeza de la resolución. IV.2.3.4. Criterio de Bockleman. IV.2.3.5. Postura sustentada en el plan del autor. A) Posturas radicales derivadas del sustento finalista. B) Valoración de las posturas subjetivas. IV.2.4. *Teorías Mixtas. Otras teorías.* IV.2.4.1. Teoría dualista (Schmidhäuser). IV.2.4.2. La teoría del autor (Lange). IV.2.5. *Funcionalismo. Un cambio de paradigma. El distanciamiento con las premisas naturalísticas u ontológicas para la fundamentación de la tentativa.* IV.2.5.1. Primeros planteamientos. Teoría de la impresión. IV.2.5.2. Planteamiento de Zaczyk. IV.2.5.3. Planteamiento de Günter Jakobs.

V. TOMA DE POSTURA. BIBLIOGRAFÍA.

Introducción

No toda actividad antisocial tiene repercusiones para el Derecho Penal. Existen comportamientos que moralmente pueden ser desvalorados, pero no constituyen injustos en el sentido jurídico penal. En contrapartida, hay conductas que no llegan a consumir el delito, y en sí mismas, son susceptibles de sufrir una desvaloración de tal magnitud. Este es precisamente el caso de la tentativa. Surge entonces una primer interrogante ¿Por qué sancionar actos que no llegan a consumir el delito? es decir ¿cuál es el sustento de la tentativa?

Además de esta interrogante, surge otra de carácter técnico, debido a la necesidad de establecer la diferencia entre actos preparatorios y el principio de ejecución: ¿Cuándo inicia la tentativa? es una de las preguntas más controvertidas del Derecho Penal. Aún no existe consenso en la doctrina y no hay una *fórmula mágica* que responda satisfactoriamente todos los casos que se presentan a partir de la diversidad sistemática de los tipos penales.

Para precisar cuáles son los actos que constituyen el inicio de la ejecución, el primer inconveniente, lo encontramos en el ámbito fáctico, por que se trata de una delimitación que debe hacerse a partir de los hechos; de la realidad. El otro problema es propio de la esencia funcional del Derecho penal, en cuanto hace necesario establecer cuándo debe intervenir el Estado; en qué esfera de las actuaciones del individuo está legitimado para poder aplicar sus consecuencias punitivas.

Estas interrogantes guían el contenido del presente trabajo; antes de abordar esos aspectos se hace una breve referencia político criminal, sistemática y conceptual, a fin de contar con un panorama general de la tentativa.

Después, nos ubicamos en el tema central, a partir del tratamiento de que la tentativa se desprende en el Código Penal para el Estado de Guanajuato, haciendo algunas referencias a otras legislaciones del País. La regulación que se establece en este Código, y su respectiva orientación teórica, nos permiten precisar algunas cuestiones controvertidas y con ello la necesidad de abordar las principales alternativas que la doctrina ha venido desarrollando.

Bajo ese esquema, se hace un breve análisis de las principales orientaciones teóricas, tanto para desprender el sustento de la tentativa, como para precisar el momento de su inicio. Nos ubicamos primeramente, en las teorías objetivas y subjetivas, haciendo énfasis en algunas de sus principales modalidades. Después nos enfocamos a otras propuestas que la doctrina ha planteado, al margen de la inclinación objetiva o subjetiva.

En un último apartado, se entra al estudio de las teorías ubicadas bajo las premisas del funcionalismo normativo. En ellas -y principalmente en la de Jakobs-, destaca el sustento y determinación de la tentativa en premisas metodológicas diversas a las que de alguna manera la moderna dogmática penal había asimilado. Se trata de un cambio de paradigma teórico que al margen de nuestra adhesión o no a esa corriente -por el

desconocimiento mismo de la profundidad de los planteamientos que le son inherentes-, bien vale la pena explorarla.

Asumimos como obvia la imposibilidad de ofrecer en este trabajo una alternativa teórica para hacer frente a tan delicado problema del Derecho Penal. Por ello, nuestra toma de postura se limita a precisar cuál es -a nuestro propio juicio-, el estado de la cuestión y los aspectos a considerar en el tratamiento de la tentativa.

I. Sustento Político Criminal

La tentativa -además de su trascendencia sistemática- tiene un alto contenido de político criminal. La necesidad de hacer una distinción entre los actos preparatorios y el principio de ejecución se vincula con la orientación ideológica del Derecho Penal.

La construcción sistemática de la tentativa es posterior al Derecho romano, sus primeros antecedentes se encuentran en los prácticos italianos en la edad media.¹ Fue en el Código Francés donde se incorporó propiamente el principio de ejecución como tal, a partir del sustento ideológico de los Pensadores Ilustrados. Bajo estos ideales, quedó reflejada la exigencia de separar, por una parte el Derecho y la moral, y por otra, en el ámbito de organización pública y el espacio de la decisión privada.

Estas exigencias repercutieron en la necesidad de limitar la intervención del Estado en los actos ejecutivos, excluyendo su intervención en la fase interna del *iter criminis*, habida cuenta que no puede tener injerencia en el fuero interno del individuo. Es decir, los pensamientos no son relevantes para el Derecho Penal en tanto no

¹Vid. VON LISZT, Franz: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, trad.: Luis Jiménez de Asúa, Madrid, s/f, p.4. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Derecho Penal, Parte General, los fundamentos de extensión de la tipicidad*, tomo III, Lenifor, siglo XXI, España, p. 25.

Se hayan externado en acciones de manera significativa. En eso se traduce el aforismo de Ulpiano: *Cogitationes poenam nemo patitur*².

Después, con la evolución del bien jurídico,³ cobró sentido el principio de lesividad: el Estado podrá sancionar comportamientos que lesionen o pongan en peligro el bien jurídico. Ese es el límite.

En contrapartida con los antecedentes liberales, encontramos las posturas derivadas del régimen autoritario. Como referencia de esa tendencia ideológica, se puede referir al Código de Rocco del régimen fascista en Italia que pasaba por alto la diferenciación entre actos preparatorios y principio de ejecución; castigaba cualquier manifestación de voluntad dirigida de forma inequívoca a la producción del delito.⁴

En suma, la regulación de la tentativa -como toda la teoría del delito- implica una orientación ideológica, una toma de postura político criminal. Pareciera obvio que los planteamientos en nuestro contexto deben orientarse bajo los parámetros del Estado democrático de Derecho, y por ende, limitar la intervención del *ius puniendi* sólo a los actos relevantes, pero no siempre es así. Aún existen legislaciones que además de la tentativa, establecen una fórmula general para sancionar los actos preparatorios.⁵ Además, no es suficiente establecer una relación acorde a la tentativa en la parte

²Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *op. cit.*, p.18 Sobre los antecedentes de la tentativa, Vid. PALACIOS VARGAS, Ramón: *La tentativa*, Cárdenas, México, 1979, pp. 15 - 23.

³Sobre esta evolución, Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel: *El bien jurídico en el Derecho Penal*, publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974.

⁴Vid. ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Tentativa y formas de autoría sobre el comienzo de la realización típica*, Edisofer, Madrid, 2001, p. 19. Hace referencias a autores con esa orientación. Cita a Montes que planteaba que no había razón para distinguir entre actos preparatorios y punibles. Silvela exponía que para sancionar un acto no era necesario un mal exterior o físico, sólo bastaba que la conducta del agente diera a conocer de cualquier forma su ánimo o la intención antijurídica.

⁵Véase por ejemplo el artículo 14 del Código Penal para el Estado de Hidalgo: "Los actos preparatorios serán punibles cuando manifiesten en forma unívoca del dolo del agente".

general de los códigos penales, si en la parte especial se tipifican conductas que en estricto sentido constituyen actos preparatorios.⁶

II. Consideraciones Sistemáticas

La evolución de la tentativa se encuentra vinculada con el avance de la moderna dogmática jurídico penal. Esa situación ha repercutido en su ubicación sistemática. Independientemente de que la figura de la tentativa con anterioridad - sobre todo en la doctrina italiana-, había sido estudiada, asumiremos como punto de referencia 1881 a partir de los planteamientos de Liszt. Este autor ubicó a la tentativa, y también a la autoría y participación, como casos anormales o especiales de aparición del delito. Lo normal era el delito consumado, y la sistemática del delito en él se circunscribía. En cambio el delito tentado era una modalidad excepcional y su análisis se hacía al margen de la construcción de los elementos del delito.⁷

No obstante, con la aparición del tipo en 1906, y su posterior evolución dentro del propio causalismo -en su modelo eminentemente naturalista y en su proyección Neokantiana-, la tentativa fue ubicada en la propia estructura del delito y sobre todo en el tipo.⁸ Por ello, si hacemos una revisión de la doctrina contemporánea, no vamos a encontrar esa ubicación, aunque con connotaciones, de diversa índole en razón de la inclinación adoptada sobre su naturaleza

⁶Un claro ejemplo lo constituye el tipo que se regula en el artículo 2 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada "Cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembro de la delincuencia organizada: (...)".

⁷Cfr. MEZGER, Edmund: *Derecho Penal*, trad.: Arturo Rodríguez Muñoz, 2ª edición, Cárdenas editor, México, 1990, p. 275. Nótese como en esa obra aborda el tema de la tentativa como "Las formas especiales de aparición del hecho punible".

⁸Cfr. Posturas que aún la siguen contemplando como una de las formas de aparición del delito: PAVÓN VASCONCELOS, Francisco: *Manual de Derecho Penal Mexicano Parte General*, 9ª edición, Porrúa, México, 1995, p. 467. REYNOSO DÁVILA, Roberto: *Teoría General del Delito*, Porrúa, México, 1995, p. 302. Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando: *Lineamientos elementales del Derecho Penal, Parte General*, 21ª edición, Porrúa, México, 1985, al no hacer precisión al respecto.

jurídica. Por ejemplo: tipos de imperfecta realización⁹, forma imperfecta de ejecución,¹⁰ forma específica de incriminación,¹¹ extensión de la tipicidad,¹² etc.

En consecuencia la sistematización de la tentativa tendrá injerencia con el tipo respectivo. En suma, no se trata de un injusto autónomo; no hay *delito de tentativa*, sino un tipo de específico realizado en forma de tentativa.

Ahora bien, vale la pena precisar si el tipo de tentativa es idéntico al tipo consumado, o se trata de dos estructuras típicas distintas. Un sector de la doctrina sostiene que entre ambos, la diferencia sólo es precisamente la consumación, pues la tentativa implica una extensión de los tipos.¹³

⁹Vid. MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal, Parte General*, 5ª edición, Reppertor, Barcelona, 1998, p. 321.

¹⁰Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio/ ARROLLO ZAPATERO, Luis/ GARCÍA RIVAS, Nicolás/ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos/ SERRANO PIEDECASAS, José Ramón: *Lecciones de Derecho Penal, Praxis*, Barcelona 1996.

¹¹Vid. MALO CAMACHO, Gustavo: *Derecho Penal Mexicano*, 3ª edición, Porrúa, México, 2000, p. 469. precisa: "Debe atenderse su examen al concluir el estudio del delito, en su sentido estricto o injusto, es decir, después de haber concluido y definido el análisis de la conducta típica y antijurídica. Sólo después de haber superado el análisis de la tipicidad con las causas de atipicidad y de la antijuridicidad, con las causas de justificación, es procedente el análisis de la tentativa del delito, al igual que la autoría y participación y también el concurso de delitos, en la medida en que tales figuras suponen formas específicas de incriminación o de extensión de la encaminación típica o bien criterios específicos para determinar el injusto. En tanto que todos estos conceptos aparecen relacionados directamente con la conducta típica y antijurídica cometida y son independientes de las características específicas de la persona del agente, entendemos que encuentran su más precisa ubicación en el análisis del injusto".

¹²Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *op. Cit.*, p. 19. Cfr., en la doctrina mexicana, JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *Derecho Penal Mexicano*, Tomo I, 4ª edición, Porrúa, México, 1983, p. 349, al identificar a la tentativa como un dispositivo legal amplificador de la figura pública típica.

¹³Vid. JESCHECK, Hans Henrich: *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 4ª edición, trad.: José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993, pp. 703 y 708. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *op. Cit.*, p. 32.

Para otra corriente de opinión, se trata de tipos distintos aunque relacionados. En ese sentido, Mir Puig plantea que la punibilidad de las fases previas a la consumación supone precisamente que no se produce la realización del tipo pretendido, sino un supuesto de hecho distinto al que por lo menos le falta el resultado de la consumación. Ejemplifica: el tipo de tentativa de homicidio no consiste en matar, sino en limitarse a iniciar actos dirigidos a conseguirlo.¹⁴

Independientemente de la variedad de posturas, lo cierto es que bajo el esquema de la moderna teoría del delito, el estudio de la tentativa se encuentra referido al tipo penal.

No obstante, al vincularnos con el tipo penal, nos encontramos con la gran variedad de controversias que en él se suscitan. En este elemento se contiene un alto porcentaje del contenido de la teoría del delito. Por un lado, nos topamos con las referencias sistemáticas imbricadas en su evolución: desde su composición eminentemente objetiva, pasando por su orientación neokantiana, su configuración en la corriente finalista, su estructura en el modelo del tipo total, su configuración en el funcionalismo sistémico, y algunas orientaciones sistemáticas novedosas como la de Schmidhäuser¹⁵.

Aunado a esas particularidades, cada tipo presenta cuestiones controvertidas derivadas de su particular estructura. Piénsese en las diferencias derivadas de las clasificaciones de los tipos, por señalar sólo algunas: en razón del bien jurídico afectado, de su formulación legal, de la ejecución de su conducta, su comisión dolosa o culposa, el requerimiento de elementos subjetivos específicos o normativos, en atención al resultado, según su calidad, la regulación del sujeto activo y pasivo., etc. En cada una de las especies de estos rubros -y en otros aspectos generales de la teoría del delito-¹⁶, encontramos puntos

¹⁴MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal...*, op. cit., p. 330.

¹⁵Vid. *Infra*, nota No. 105.

¹⁶Sobre algunos problemas particulares, Vid. FARRÉ TREPAT, Elena "Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en las *actio liberae incausa*", en: escritos de *política criminal*, XIII, Madrid, 1990, pp. 45 - 85.

de referencia que repercuten en su actualización en forma de tentativa.¹⁷

Esta situación podría propiciar dos opciones extremas: Por una parte, la abstención de construir una fórmula general para determinar la tentativa, trasladando este requerimiento a la interpretación parte especial, al analizar cada tipo. La otra opción extrema, sería crear una fórmula en la parte general que deba adaptarse rígidamente a todos los tipos, con la pretensión de lograr una aplicabilidad casi matemática. Ambos extremos no nos proporcionan resultados favorables.

Lo más recomendable es construir una regulación en la parte general que permita su sistematización en la parte especial, pero sin perder de vista que cada tipo tiene sus propias particularidades.¹⁸ En ese sentido, es necesario acudir a sus características para, a través de su sistematización, orientar las soluciones más viables.¹⁹ Todo ello, sin perder de vista los requerimientos que nos impone la dogmática jurídica penal: consistencia sistemática para resolver los casos de manera congruente y consistencia política criminal para evitar desfases que impliquen vulneración de la legalidad.

¹⁷Sobre la clasificación de los tipos penales, véase por ejemplo: ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Cárdenas, México, 1991, p. 424.

¹⁸También hay que tomar en consideración que los tipos vienen descritos a partir de su actualización en forma consumada. Al respecto, Vid. MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 367. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Derecho Penal, Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 1989, p. 524.

¹⁹Vid. FARRÉ TREPAT, Elena: *La tentativa del delito, (doctrina y jurisprudencia)*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 44 y ss. ALCÁCER GUIRAO, Rafael, op. Cit., p. 21.

III. Precisiones Conceptuales (Tipos De Tentativa)

Para lograr un mejor entendimiento del tema central de nuestra investigación, haremos una breve referencia de algunos aspectos conceptuales. No se entrará a mayores especificaciones, sólo se establecerá un panorama general.

III.1 El *ITER Criminis*

Gran parte de los hechos delictuosos, se desarrollan a través de una serie de fases o momentos. A esta secuencia de pasos se le denomina *iter criminis*, o vida del delito.²⁰ Comprende dos grandes fases: una interna y otra externa²¹. A su vez, en cada una de ellas ocurren varias etapas.

En la etapa interna, sucede la ideación de la etapa criminal. Luego, la deliberación, que implica una ponderación de los alcances del hecho. Y por último, la resolución de realizar los actos tendentes a la idea criminal.

Por lo que respecta a la fase externa, se presentan primeramente, los actos preparatorios, que implican todas aquellas actividades encaminadas a ejecutar el hecho.²² Después, ocurre la etapa de ejecución.²³ Pero entre los actos preparatorios y la ejecución, existe

²⁰Sobre esta denominación, Vid, SÁINZ CANTERO, José A.: *Lecciones del Derecho Penal, Parte General*, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1989, p. 147.

²¹Vid, QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *op. Cit.*, p. 519. Define al *Iter criminis*, como el proceso en parte mental y en parte físico; comprende la decisión hasta la consumación.

²²Algunos autores le otorgan importancia a la *resolución manifiesta*. Es decir, la expresión de cometer un hecho criminal, aún y cuando no se da aún inicio a la preparación del hecho. Al respecto, Vid, LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo: *Introducción al estudio del Derecho Penal*, 2ª edición, Porrúa, México, 1994, p. 141. en estricto sentido, la resolución manifiesta no es punible, salvo específicamente se tipifique en la parte especial. Por ello, encontramos delitos como el de rebelión, conspiración, etc.

²³Criminológicamente, después de la ejecución, es susceptible de incorporarse otra fase: *El agotamiento*, que comprende la consecución de los fines logrados por el autor a través del hecho delictuoso ejecutado. Prácticamente no tiene injerencia sistemática

una zona de particular importancia para el Derecho penal: el inicio de dicha ejecución; aquí se ubica la tentativa.

Los actos preparatorios implican una fase lejana a la afectación del bien jurídico y la ejecución propiamente dicha es ya un delito consumado. Por ello, la fase intermedia entre una y otra es la que importa para determinar la tentativa.

III.2 Clases de Tentativa

En todos los casos de tentativa nos encontramos con una característica común: el hecho típico no se consuma por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo. No obstante, los hechos suelen presentarse desde varias hipótesis con características fácticas específicas. Y estas características propician diversas consecuencias sistemáticas, algunas de ellas de difícil tratamiento. Veamos pues cuales son esos supuestos.

III.2.1. *Tentativa acabada*

En ella concurren todos los actos necesarios para la consumación; no queda pendiente ninguno,²⁴ pero el hecho típico no se actualiza por causas ajenas a la voluntad del autor.²⁵ También se identifica como delito frustrado,²⁶ tentativa completa,²⁷ o tentativa impropia.²⁸

alguna. Si acaso, podría tener alguna relevancia para la individualización de la sanción.

²⁴Vid, MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 344. sobre este tipo de tentativa, analizando el Código Zanardelli, GRAMÁTICA, Filippo, *Principios de Derecho Penal Subjetivo*, Trad.: Juan del Rosal y Víctor Conde, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1941, p. 337, señala: "Pueden ser desenvueltos todos los elementos componentes de la esencia del plan delictivo, sin que el evento, por causas extrañas al agente, se realice."

²⁵De los autores mexicanos, en similares términos, Vid, MALO CAMACHO, Gustavo: *La tentativa del delito*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, 1971, p.13. Del mismo autor: *Vid, Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 479. ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto: *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Porrúa, México, 1999, p. 473. GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo: *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, 2ª edición, Porrúa, México, 1993, p. 438. precisa que en este tipo de tentativa, el autor a hecho lo que tenía que hacer, de

III.2.2. *Tentativa inacabada*

En esta modalidad, el autor no logra realizar todos los actos tendientes a la consumación; queda pendiente alguno o algunos, por causas ajenas a su voluntad.²⁹ También se identifica como delito intentado,³⁰ tentativa propia,³¹ tentativa incompleta³² o conato.³³

acuerdo con su proyecto, pero el resultado no se ha producido, o no se ha producido todavía sólo a causa de una circunstancia externa. CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, p. 287. REYNOSO DÁVILA, Roberto, *op. cit.*, p. 312. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *op. cit.*, p. 381.

²⁶V. Gr.: MALO CAMACHO, Gustavo: *Tentativa del delito...*, *op. cit.*, p. 13. del mismo autor: *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 479. CASTELLANOS TENA Fernando, *op. cit.*, p. 287. REYNOSO DÁVILA, Roberto, *op. cit.*, p. 312. CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl: *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, Tomo II, 4ª edición, Antigua Librería Robredo, México, 1956, p. 137. Señala, sustentándose, en Romagnoso (*Ibid*, pp. 137 y 138) que en el delito frustrado el hombre no sólo emplea todos los medios que la experiencia constante ha demostrado que son adecuados para obtener el efecto dañino, sino que, además, tiene la certeza y la previsión físicas de que el efecto ha de verificarse; quiere este y realiza todos aquellos actos que de acuerdo con las leyes constantes y conocidas de la naturaleza, pueden conducir a la consumación del delito; por lo tanto, aunque por cualquier impedimento imprevisto e inevitable sobrevenido él no obtenga el efecto pernicioso, sin embargo, es reo de haber perfeccionado el acto en cuanto de él dependía.

²⁷V. gr.: JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *op. cit.*, p. 381.

²⁸V. gr.: MALO CAMACHO, Gustavo; *Tentativa del delito...*, *op. cit.*, p. 13.

²⁹En similares términos, *Vid* MALO CAMACHO, Gustavo: *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 479. del mismo autor: *Tentativa del delito...*, *op. cit.*, p. 13. GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo, *op. cit.*, p. 438. CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, p. 287. PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *op. cit.*, p. 471. ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, *op. cit.*, p. 473. REYNOSO DÁVILA, Roberto, *op. cit.*, p. 312. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *op. cit.*, p. 382. Dentro de la doctrina italiana *vid* ROMAGNOSI (Citado por CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, *op. cit.*, p. 138) al plantar sobre el tema en cuestión que cualquiera que haya sido la causa que detuvo la mano del culpable a la mitad de la ejecución del delito en los límites del último acto, es siempre cierto que le faltó realizar los otros varios actos físicos, o uno último, que, sin embargo, eran necesarios. También, GRAMÁTICA, Filippo, *op. cit.*, p. 382.

³⁰V. gr.: CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, *op. cit.*, p. 137. CASTELLANOS TENA, Fernando, *op. cit.*, p. 287.

³¹V. gr.: MALO CAMACHO, Gustavo: *Tentativa del delito...*, *op. cit.*, p. 13.

³²V. gr.: JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *op. cit.*, p. 382.

³³V. gr.: REYNOSO DÁVILA, Roberto, *op. cit.*, p. 312.

Nótese la diferencia fáctica con la tentativa acabada; existe una variación en cuanto a la realización cuantitativa de los actos.³⁴

III.2.3. *Tentativa inidónea*

Se actualiza la tentativa inidónea o delito imposible, cuando por idoneidad del *objeto*, de los *medios* o del *sujeto*, no es posible llegar a la consumación del delito intentado. En estricto sentido *ex post* toda tentativa no fue adecuada para consumir el delito. No obstante, pueden distinguirse (también *ex post*), una vez que se conocen todas las características del hecho, las acciones que inicialmente eran susceptibles de la consumación (aunque luego fallen por circunstancias posteriores) y aquellas otras que aparecen como incapaces de lesión desde un primer momento. Estos últimos momentos supuestos se tratan de tentativa inidónea.³⁵

³⁴Cfr. MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal...*, *op. cit.*, pp. 344 y 345. Hace una matización importante en cuanto al contenido del tipo subjetivo de una y otra. Plantea que en la tentativa inacabada la voluntad de realización de los actos ejecutivos realizados no puede identificarse con el dolo del delito consumado. Establece que el hecho de que el autor haya querido realizar una parte de la ejecución como ánimo de consumación, no prueba aún que el hubiera mantenido su voluntad hasta llegar a la total ejecución. Por ello, considera que quedaría debidamente fundamentada una mejor punición en la tentativa inacabada, en relación con la acabada, pues en esta última el tipo subjetivo es el mismo del delito consumado.

³⁵Así, MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 346. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *et al.*: *Lecciones de Derecho...*, *op. cit.*, p. 238. Al referirse a la tentativa inidónea exponen que se trata de un análisis *ex ante* objetivo, tomando en consideración sólo los conocimientos del autor o su forma de evaluar las posibilidades de éxito de su proyecto con los medios utilizados. En la doctrina mexicana, tratan el tema, entre otros: CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, *op. cit.*, p. 139. MALO CAMACHO, Gustavo: *Tentativa de delito...*, *op. cit.*, p. 14; del mismo autor: *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 478. GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo, *op. cit.*, p. 424 (aunque sólo se refiere a la ausencia del bien jurídico y los medios). PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *op. cit.*, p. 483. ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, *op. cit.*, p. 375. REYNOSO DÁVILA, Roberto, *op. cit.*, p. 311. JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *op. cit.*, pp. 383 y 384. Con respecto a este autor, es de resaltarse la crítica que establece con respecto a la identificación que se hace de la tentativa inidónea con el delito imposible, por tratarse de una contradicción.

En la doctrina italiana, véase entre otros: MAGGIORE, Guiseppe: *Derecho Penal*, volumen II, Temis, Bogotá, 1972, pp. 80 y 81. Distingue entre inidoneidad absoluta y

A reserva de luego abundar un poco más al respecto, es necesario precisar -aunque parezca obvio- un aspecto de trascendencia sistemática y político criminal: estamos hablando de tentativa, aunque sea inidónea, con relevancia jurídico penal que implica. Por otro lado, a partir de la tentativa inidónea se desprenden otros supuestos que aunque por identificación se les denomine tentativa, en estricto sentido no tienen tal conformación, al no tener que ser relevante para el Derecho Penal. En seguida nos referiremos a ellas.

III.2.3.1. Tentativa irreal o absolutamente inidónea.

Se trata de aquellos supuestos en los que la idoneidad alcanza un grado tal para que cualquier observador objetivo carece de toda posibilidad de consumación.³⁶ Por ejemplo: el autor puede pensar que mediante conjuros se puede matar a una persona, pero para un espectador objetivo, con la experiencia de un hombre medio, no le otorgaría relevancia jurídico penal a esa forma de evaluar las posibilidades de concretar el proyecto del autor.³⁷

Para Mir Puig, la tentativa irreal no debe sancionarse bajo el siguiente criterio político criminal:³⁸

"Un Derecho Penal que deba limitarse a prevenir los hechos externos socialmente nocivos (como es preciso en un Estado social y democrático de Derecho), sólo puede conminar con una pena la realización de conductas que en el momento de

relativa de los actos. A la primera la identifica como la presencia de actos ordinariamente eficaces para producir el resultado, que no lo acusan por circunstancias contingentes. A la segunda, cuando el resultado dañoso o peligroso es imposible por la inidoneidad de la acción y por no existir el objeto de ésta (tentativa imposible).

³⁶Vid. MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal...*, op. cit., p. 348.

³⁷Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, et al.: *Lecciones de Derecho...*, op. cit., p. 238.

³⁸Vid. MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal...*, op. cit., p. 348. Claro que el ejemplo de Mir Puig habrá que ubicarlo en un contexto normal bajo el cual se ubicaría el sujeto activo, pues cuestión diversa sería si éste es diabético y el autor lo sabe al momento de hacerlo ingerir cantidades considerables de azúcar.

ser llevadas a cabo parezcan peligrosas para bienes jurídicos para el observador objetivo situado en el lugar del autor.

Ejemplo: para un tal observador la acción de disparar con una pistola descargada podrá parecer *ex ante* como peligrosa en la medida en que la pistola parezca cargada al autor, por lo que dicha acción constituirá una tentativa idónea punible. Pero el mismo observador no considerará nunca peligrosa, ni siquiera *ex ante*, la "tentativa supersticiosa" ni el intento de envenenar con azúcar sabiendo que lo es".

Tratándose de la tentativa inidónea, ¿Por qué el Derecho penal debe sancionar comportamientos que nunca estuvieron en posibilidades fácticas de afectar el bien jurídico? y ¿En qué casos nos encontramos con la tentativa inidónea y no con una absolutamente inidónea? estas dos interrogantes revisten de una gran trascendencia jurídico penal.³⁹ El tema amerita un especial tratamiento, lo cual desde luego escapa de los fines de la presente investigación. No obstante, resulta importante por lo menos precisar que la postura asumida en torno a la tentativa en su expresión general, debe mantener congruencias con dichas interrogantes. Es decir, la definición para determinar cuándo hay tentativa y porqué se sanciona, debe orientarse, sin perder de vista la tentativa inidónea, como bien lo plantea Sola Reche:⁴⁰

"La forma en la que se introduce el factor idoneidad en el concepto de tentativa puede conducir a resultados diversos: podría diluir la distinción con otras figuras próximas como la tentativa irreal; incluso podría dar lugar a una contradicción, de modo que lo pretendido como tentativa inidónea ¡no sea ni tentativa!

³⁹Así, TIEDEMANN, Klaus: "Exigencias fundamentales de la Parte General y propuesta legislativa para un Derecho Penal europeo", en: *Revista Penal*, N° 3, trad.: Adán Nieto Martín, Praxis, Barcelona, 1999, p. 84.

⁴⁰SOLÁ RECHE, Esteban: *La llamada "tentativa idónea" de delito. Aspectos básicos*, Comares, Granada, 1996, pp. 116 y 117.

Al referirnos a la tentativa, nos estamos basando en un "intento". Se trata de una manifestación de voluntad; de un comportamiento que expresa algo más que el simple deseo de alcanzar el objetivo propuesto -para lo que debería contar con una mínima capacidad objetiva-; y como "intento" también significa que no ha alcanzado -al menos en la forma prevista- el fin perseguido".

III.2.3.2. Delito putativo

Existe otro supuesto relacionado con el tema. Aunque no tiene repercusiones jurídico penales, resulta oportuna su mención. Se trata de los casos en los que se realiza un hecho no penado por la ley penal, creyendo el autor que sí lo está. Piénsese, por ejemplo, el caso de un marido *resentido* que en el Estado de Guanajuato pretende vengarse realizando un *adulterio* con la convicción de que su hecho tendrá una trascendencia en el ámbito del Derecho Penal.⁴¹

Se trata de un error, no de un elemento del tipo (que sería un error del tipo al revés) como el supuesto de la tentativa inidónea, sino de la prohibición penal del hecho (error de prohibición al revés). En definitiva, el delito putativo no tiene consecuencias jurídico penales, simplemente por que la determinación de lo que constituye delito o no, corresponde al Estado a través de la ley, y no a la consideración del sujeto; éste, no puede convertir en punible un hecho que la ley no quiere sancionar.⁴²

III.2.4. El desistimiento voluntario

Constituye un tema que ameritaría una amplia investigación específica, y aquí sólo hacemos una breve referencia. Se trata del arrepentimiento del autor, iniciada la tentativa, pero sin que llegue a consumarse el hecho, precisamente a consecuencia de la iniciativa del activo. Implica un querer y un actuar. Estos supuestos -sin dejar

⁴¹Recuérdese que en el Nuevo Código Penal no está tipificado el adulterio.

⁴²Así, MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal...*, op. cit., p. 348. De los autores mexicanos que tratan el tema, véase entre otros: CASTELLANOS TENA, Fernando, op. cit., p. 289. ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, op. cit., pp. 376 y 377.

de desconocer otras alternativas que al respecto se han planteado constituyen una excusa legal absolutoria, bajo el antiguo criterio político criminal "A enemigo que huye, *punte de plata*".

Desde luego, ello no impide que se sancionen los hechos que por sí mismos sean constitutivos de otro tipo de delitos distintos al que se pretenden cometer con la tentativa.⁴³

IV. Principales Posturas Fundamentadoras y Delimitadoras de la Tentativa

Referidos algunos lineamientos generales de la tentativa, nos encontramos con la necesidad de asumir dos grandes interrogantes: ¿Por qué se sanciona la tentativa? y ¿Cuándo se presenta la tentativa? Existe una diversidad importantes de posturas para establecer criterios en ese tenor. Cada una de ellas, tiene sus particularidades tanto en las premisas metodológicas en las que se sustentan como en los resultados a los que pueden llegar.

En ese estado de la discusión, resulta la preponderancia dada, ya sea el desvalor del acto, del resultado o de ambos.⁴⁴ También la inclinación a orientaciones naturalísticas u ontológicas, por una parte, y por otra, la inclinación a criterios normativos.

Cada orientación metodológica resulta trascendente para imbricar la regulación de la tentativa en la corriente doctrinal respectiva. Y ese

⁴³Para un análisis de mayor profundidad de este tema, véase sobre todo: MUÑOZ CONDE, Francisco: *El desistimiento voluntario de cometer el delito*, Bosch, Barcelona, 1972.

⁴⁴Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, op. cit., p. 35. Destaca que si lo importante es el desvalor de la acción, consecuentemente resulta indiferente la ausencia del resultado, y en este sentido no habría razones para establecer diferencia alguna entre el delito consumado y la tentativa, dado que en ambos casos sería idéntico el desvalor de la acción.

En contrapartida, si se considera como relevante el desvalor del resultado, entonces su ausencia tendría que repercutir en la punibilidad del acto, y por lo tanto, habría consecuencias sustanciales entre la tentativa y el acto consumado.

Por lo que respecta a la tercera opción, se resalta la importancia equilibrada entre el desvalor del acto y el desvalor del resultado.

mismo análisis sistemático debe hacerse al analizar los códigos penales. Siguiendo esta exigencia dogmática, nuestro análisis lo haremos asumiendo como punto de referencia el Código Penal para el Estado de Guanajuato.

Después, realizaremos una breve referencia de algunas posturas que -en el panorama de la discusión actual- consideramos representativas. Lo haremos vinculando de cada orientación teórica, las dos interrogantes arriba precisadas.

IV.1. Un Punto de Partida: la Regulación en el Código Penal para el Estado de Guanajuato y su Relación con el Tratamiento en Otras Legislaciones

En el Código Penal para el Estado de Guanajuato se regula la tentativa, primeramente en su artículo 18 de la siguiente manera: "*Hay tentativa punible cuando con la finalidad de cometer un delito se realizan actos u omisiones idóneos dirigidos inequívocamente a consumarlo, si el resultado no se produce o se interrumpe la conducta por causas ajenas a la voluntad del activo*".

Luego, se hace una ampliación de dicha fórmula para regular la posibilidad de la tentativa a otros supuestos (tentativa inidónea y delito imposible) que bajo aquella no sería posible actualizar. Véase el contenido del artículo 19: "*Hay tentativa punible aún en los casos de delito imposible, cuando por error el agente considera que existía el objeto en que quiso ejecutarlo o que el medio utilizado era el adecuado*".⁴⁵

Este tratamiento de la tentativa se conserva del Código Penal derogado que data de 1978. El argumento del legislador fue: "En lo relativo a la tentativa coincidimos con los iniciantes en el sentido de que "las fórmulas federales adoptadas en los ochentas y aun la actual, se han caracterizado por ser desafortunadas". Por ello, optamos por mantener la contenida en el Código que se deroga".

⁴⁵Dictamen del Decreto N° 88 del Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Guanajuato de fecha 22 de noviembre de 2001, p. 72.

Otras legislaciones de nuestro País -cuyo inicio de vigencia es posterior al Código Penal para el Estado de Guanajuato de 1978-, tienen similitud con este tratamiento de la tentativa.⁴⁶ Y así se ha regulado también en legislaciones de otros países⁴⁷ -con vigencia previa a la referida legislación de 1978-.

No obstante, la mayoría de los códigos tienen una regulación más general, en la que precisan sustancialmente que hay tentativa *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*.⁴⁸ Algunos otros códigos hacen referencia expresa a la puesta en peligro del bien jurídico,⁴⁹ y algunos más hacen alusión a la *temibilidad del sujeto activo*.⁵⁰

⁴⁶V. gr.: El artículo 38 del Código Penal para el Estado de Coahuila (de 1992), establece: "*La figura típica en grado de tentativa se integra cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza, por realizar en parte una conducta unívoca e idónea para consumarlo; o por ejecutar totalmente la que debiera producir el resultado; si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente*".

El artículo 31 del Código Penal para el Estado de Nuevo León (de 1990) regula: "*La tentativa es punible cuando se realizan los actos, encaminados directamente a la consumación de un delito, y este no llega a producirse por causas ajenas a la voluntad de quien representó el hecho*".

El artículo 11 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala (de 1980) regula: "*La tentativa es punible si usando medios e idóneos, se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito y este no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente*".

Algo similar se regula en el artículo 20 de Código de Defensa Social del Estado Libre y Soberano de Puebla: "*Existe tentativa cuando usando medios eficaces e idóneos, se ejecutan o exteriorizan total o parcialmente actos encaminados directa o inmediatamente a la realización de un delito, o se omiten los que deberían evitarlo, sino se consuman por causas ajenas a la voluntad del agente*".

⁴⁷V. gr.: Art. 56 del Código Penal Italiano.

⁴⁸En similares términos, V. gr.: Las legislaciones de Quintana Roo (art. 15), Sonora (art. 10), Sinaloa (art. 16), Durango (art. 9), Guerrero (art. 16), Campeche (art. 10), por mencionar algunos.

⁴⁹V. gr.: Legislaciones de San Luis Potosí (art. 12) y Tabasco (art. 11).

⁵⁰V. gr.: El segundo párrafo del artículo 9 del Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Durango establece: "*Para imponer la pena de la tentativa, los jueces*

Es importante asumir como punto de partida, la referencia del Código, aunque hay que desprender de ahí las consideraciones dogmáticas que nos permitan encontrar el sustento de la esencia de la tentativa.

En ese sentido, ubiquémonos primeramente en la regulación del Código Penal para el Estado de Guanajuato. La fórmula que se contiene en el artículo 18, recaba las orientaciones planteadas desde el siglo XIX por la doctrina italiana y principalmente sistematizados y difundidos por Carrara a partir de las elaboraciones previas de maestros suyos como Nani y Carmignani. Así mismo, este tratamiento fue asimilado por la doctrina tradicional italiana.⁵¹

Carrara identificó a la tentativa como *conato*, en virtud de que tiene su esencia en un esfuerzo (*conatus*) de la voluntad, unido a un esfuerzo del cuerpo. Así, basándose en Alciato se refiere a la tentativa como: *conatus in itinere crimen in meta*.⁵²

Aducía la razón para castigar la tentativa en el *peligro corrido*, aunque no exista el daño inmediato como en el delito consumado. En estos supuestos, a pesar de que no se recrimine un evento dañoso, el ánimo de los ciudadanos se conmueve en presencia de una voluntad malvada que ya ha comenzado la ejecución de actos dirigidos a ese infeliz acontecimiento.⁵³

Es común encontrar referencias en torno a la postura de Carrara etiquetándolas radicalmente en una perspectiva objetiva o subjetiva.⁵⁴ Creemos que no es la forma más adecuada de interpretarlo, pues él le otorgó un peso específico y equilibrado a ambos aspectos. Veamos por qué.

tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito”.

⁵¹ V. gr.: GRAMÁTICA, Filippo, *op. cit.*, p. 337. También, MAGGIORE, Giuseppe, *op. cit.*, p. 77. Un estudio importante de la Teoría de Carrara sobre la tentativa lo hace PALACIOS VARGAS, Ramón: *La tentativa*, Cárdenas, México, 1979.

⁵² Vid. CARRARA, Francesco: *Derecho Penal* (obra compilada y editada), traducción y compilación de: Enrique Figueroa Alfonso, Harla, México, 1993, p. 125.

⁵³ Vid. *Ibid.*, p. 126.

⁵⁴ Sobre esta discusión, Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *op. cit.*, p. 49.

Aclara que, al referirse al peligro, se trata de un *peligro ya corrido*, y no de uno meramente futuro; este no puede ser el sustento de la tentativa por que implicaría castigar las meras intenciones delictivas o las malas inclinaciones.⁵⁵

Ahora bien, al determinar cuando existe la tentativa, se sustenta en su planteamiento general del delito consumado: una fuerza moral (de intención) y una fuerza física, derivada del acto externo dañoso. Así, en la tentativa, falta el efecto dañoso, lo que se actualiza es el *peligro corrido*, y este es precisamente su componente material. Precisa que fundamentar la tentativa únicamente en el peligro, sin tomar en cuenta la intención, implicaría llevar la imputación civil más allá de los límites de la imputación moral y así ofender a la justicia para servir a una especulación de falsa política. En contra partida, justificar el conato sólo por la intención, sin la realidad del peligro del daño inherente a la potencia del acto ejecutado, implicaría asumir el principio moral como fundamento de la imputación política.⁵⁶

Así, vinculando ambos aspectos, establece para la determinación de la tentativa lo siguiente:

“El examen del atentado obliga a la mente humana a dos consideraciones diversas. Una que no considera en el ánimo del atentado el estado de la intención (que supone siempre perfecta y directa), sino el final al cual ella miró. Otra que contempla los medios que el cuerpo de él, considerado como instrumento del ánimo, pone en movimiento como **idóneos** para la consecución del fin. La primera consideración puede llamarse objetiva, y la otra subjetiva. Nomenclatura que, si bien se ha abusado con frecuencia de ella, es la más oportuna y la más significativa para explicar el **doble procedimiento** de la teoría del atentado delictuoso.

(...) Esta diversidad de nomenclatura dio origen a varias contradicciones aparentes en las enseñanzas de unos y otros. Contradicciones que en realidad no existen. Y a esta materia

⁵⁵ Vid. CARRARA, Francesco, *op. cit.*, p. 126.

⁵⁶ Vid. *Ibid.*, p. 128.

ya demasiado abstrusa y difícil, se le agregó también la dificultad del lenguaje. Pero así como el lenguaje no es más que un instrumento, y en materia de instrumento se prefiere al que mejor sirve para el uso para que se lo destina, de la misma manera permítaseme seguir el lenguaje de mis maestros, por que también me parece el más apropiado a las necesidades de la escuela en el desenvolvimiento de la presente teoría, y, al mismo tiempo, el más apropiado para evitar las funestas equivocaciones en la aplicación práctica de los principios.

Tenemos, pues, la intención y el peligro. He aquí los dos elementos constitutivos del **conato**. El primero se representa en su elemento **moral**; el segundo el elemento físico.⁵⁷

En cuanto a la problemática para determinar los actos preparatorios de la tentativa, expone:⁵⁸

"(...) en la preparación criminal podrá quedar incierto a qué delito se dirijan los actos encaminados, pero tan pronto como aparece cierto que se dirijan a un **delito**, se tiene un **conato**. No es cuestión del **ser** sino del **conocer**. Y la incertidumbre entre varios delitos posiblemente asequibles por esos actos, se resuelve con la regla que hace prevalecer la suposición más **benigna**. La **univocidad** de su dirección hacia un acto criminal es, por lo tanto (objétese lo que se quiera desde el punto de vista ontológico), el único criterio que la ciencia le puede suministrar a la práctica para distinguir los actos **preparatorios de la tentativa**."

Proporciona un ejemplo:⁵⁹

"El entrar al domicilio ajeno, si se contempla aisladamente, deberá llamarse acto preparatorio, por que no revela estar dirigido a un delito; será delito autónomo de violación de domicilio, y nada más; pero si se supone el caso de un enemigo a muerte que blandiendo su puñal se

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 128 y 129.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 156.

⁵⁹ Citado por LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *op. cit.*, p. 50.

introduce en mi habitación mientras yo duermo; o el amante rechazado, que invade por la noche, en compañía de dos sicarios, la casa de una doncella; o el de los ladrones reconocidos, que, provistos de ganzúas, escoplos y recipientes adecuados para el transporte, penetran en la casa donde se encuentran un botín que corresponde a esos recipientes, el juez, con sobrado motivo, podrá ver en esa introducción clandestina ó violenta, el respectivo carácter de tentativa de homicidio, de rapto intentado, de tentativa de hurto, etc."

Después, Carrará hizo un replanteamiento a su postura original. Otorgó mayor relevancia al sujeto pasivo del delito, para determinar la presencia de la tentativa. Estableció que no puede ser sujeto constitutivo de delito ningún hecho que sea lesivo de derechos ajenos, y en ese sentido, los actos preparatorios se caracterizan por no constituir una lesión de un derecho perteneciente al individuo al cual se estaba encaminada la acción delictiva.⁶⁰

Precisa que son actos consumativos los que recaen sobre el sujeto pasivo de la consumación, es decir, la cosa o persona sobre la cual debía producirse la afectación definitiva del derecho. En cambio, actos ejecutivos son los que recaen sobre el sujeto pasivo del atentado. Por ejemplo, en el homicidio, sujeto pasivo de la consumación es la persona a quien se quería matar, y el sujeto pasivo del atentado, el domicilio que fue invadido al introducirse al interior para cometer el homicidio.⁶¹

⁶⁰ *Ídem.*

⁶¹ *Ibid.*, pp. 50 y 51.

IV.1.1. Valoración Crítica

La propuesta original de Carrará, indudablemente constituyó una alternativa metodológica importante. Prueba de ello es que influyó en la regulación de varias legislaciones. Con respecto a su segundo planteamiento, da la impresión de que llega a confundir al sujeto pasivo con el objeto del delito.

Ahora bien, quizás la principal bondad de dicha postura es que es susceptible de propiciar varias interrogantes. La vinculación de sus criterios implica valorar aspectos objetivos y subjetivos. Entre otros: ¿Cómo y en que momento evaluamos la *idoneidad*; ubicados *ex ante* del hecho o *ex post* a él? ¿El carácter unívoco se determina a partir del conocimiento real del autor o del que a criterio del juzgador debió tener? bajo esta postura, ¿Cómo justificar la punibilidad de la tentativa inidónea? indudablemente, vale la pena acudir a las propuestas que la doctrina ha venido planteando al respecto. En seguida nos referiremos a algunas de ellas.

IV.2. Posturas con Preponderancia en el Ámbito Objetivo

Nos referiremos primeramente a las posturas que para fundamentar la tentativa se sustentan preponderantemente en aspectos de carácter objetivo. En ellas destaca generalmente la consideración del ámbito externo como lo socialmente dañoso. El juicio de injusto es preponderantemente objetivo, a partir de la transformación empírico – real en el mundo exterior.⁶²

⁶²Vid. REY SANFIZ, Luis Carlos, *La Tentativa Jurídico – Penal (Acercamiento al tratamiento doctrinal del fundamento de los criterios de imputación entre naturalismo y normativismo)*, cuadernos “Luis Jiménez de Asúa”, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 17 y 18.

IV.2.1. Posturas con preponderancia en el tipo penal

IV.2.1.1. Teoría objetivo formal

Bajo esta postura, el principio de ejecución se encuentra en el comienzo de la acción descrita en el tipo.⁶³ De esta manera, para determinar las acciones ejecutivas debe acudirse a la parte especial y desprender el verbo típico que la ley emplea y mediante el cual determina el resultado.

Esta teoría tiene su sustento principalmente en la construcción del tipo de Beling. Dicho autor distingue entre tipo en sentido estricto y tipo en sentido amplio. Al primero lo considera como *núcleo del tipo* y al segundo de los mencionados como el de la *zona periférica*. Las acciones típicas en sentido amplio sustentan la realización del tipo en sentido estricto y las acciones preparatorias comprenden la zona periférica. Por el contrario, si realizan el núcleo del tipo, se deben considerar acciones ejecutivas.

Esta teoría ha sido criticada por su rigidez. A costa de garantizar la legalidad que le corresponde a la cualidad garantista del tipo se reduce de manera significativa el ámbito de la tentativa. Su aplicación impediría por ejemplo, considerar tentativa al sujeto que sólo esta extrayendo el arma o al ladrón que esta a punto de extender la mano hacia el objeto ajeno.⁶⁴

IV.2.1.2. Teorías objetivo materiales

Existe un grupo de posturas que para limitar los extremos de la teoría objetivo material, establecen criterios materiales tendentes a ampliar las acciones ejecutivas más allá del núcleo del verbo típico.

Por ejemplo, para Reinhard Frank, existe principio de ejecución en todos los momentos de actividad que en virtud de su necesaria

⁶³Vid. FARRÉ TREPAT, Elena: *La tentativa del delito...*, op. cit., p. 156.

⁶⁴Vid. ZAFFARONI, Eugenio Raúl / LAGIA, Alejandro/ SLOKER, Alejandro: *Derecho Penal, Parte General*, Porrúa, México, 2001, p. 791.

conexión con la acción típica, aparecen como partes integrantes de ella, desde una *perspectiva natural*⁶⁵.

Esta fórmula implica considerar acciones ejecutivas aquellas que en estricto sentido no son típicas sino previas. En ello radica su principal crítica, dado que en determinados supuestos la existencia de actos vinculados bajo una "concepción natural" con la acción típica, en estricto sentido pueden ser aún valorados como actos preparatorios, siendo demasiado rígido calificarlos como actos ejecutivos.

IV.2.1.3. Teoría de los actos intermedios

Dentro de la misma línea amplificadora del verbo típico, se ha venido diseñando la teoría de los actos intermedios.⁶⁶ Se plantea que la ampliación del verbo típico debe ser a aquellas acciones que implican un inicio inmediato de la realización del tipo. Y al determinar cuando se da ese inicio hay que sustentarse en la ausencia de *eslabones intermedios*. Es decir, cuando se pueda concretar en la fase decisiva del hecho sin interrupción alguna; sin que sean necesarios pasos intermedios esenciales.⁶⁷

La estructura de esta teoría se sustenta en los siguientes requisitos:

Una *inmediatez de la acción*: que entre el acto a valorar y la acción del verbo típico no sean necesarios actos intermedios esenciales. Se requiere que la acción conformadora del injusto pueda concretarse sin obstáculo alguno.⁶⁸

⁶⁵Vid. FARRÉ TREPAT, Elena: *La tentativa del delito...*, op. cit., p. 163.

⁶⁶Entre algunos autores que de alguna manera han hecho planteamientos con injerencia en esta teoría, Vid. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 106.

⁶⁷ALCÁCER GUIRAO, Rafael, op. cit., p. 55.

⁶⁸Vid. *Ibid.*, pp. 70-75. Cita varios casos para ejemplificar: No podría considerarse todavía tentativa de robo a un banco el dirigirse armados y con máscaras hasta las inmediaciones de la puerta principal de dicho lugar, desistiendo del plan antes de llegar a la puerta por ver demasiada gente en la calle. Tampoco habrá tentativa, el

Una *inmediatez temporal*: se refiere a un inicio inmediato entre el acto y la realización parcial del tipo.

Ambos aspectos se encuentran íntimamente ligados pero no tienen el mismo contenido. Existen diferencias sutiles. Veamos algunos ejemplos:⁶⁹

A con intención de violar a su víctima, la ata desnuda a la cama, y en lugar de tener acceso carnal inmediatamente después, decide primero salir a la calle a comer algo **B** fuerza la cerradura de la ventana de una casa vacía, con la intención de volver al siguiente día con un vehículo a realizar el robo. **C** deja listo un dispositivo explosivo para accionarlo a distancia al cabo de dos días.

Bajo la postura analizada, en todos estos ejemplos, el lapso temporal que media entre la última acción y el verbo típico impide considerar el comienzo de la tentativa, aunque se considere que no falten actos intermedios esenciales.

Esta teoría constituye un buen intento por precisar referentes precisos para delimitar la presencia de la tentativa, y ha venido ganando adeptos.⁷⁰ Sus principales objeciones se encuentran sobre todo en su segundo elemento (la inmediatez temporal), por su rigidez. Implica una determinación casi matemática de los actos, distanciándose de las estructuras sistemáticas propias del Derecho Penal.

hecho de llegar al banco y tocar el timbre de la puerta, sin poder tener acceso al interior del banco por no haber accionado el encargado para ello el mecanismo de apertura.

Tampoco habría tentativa en el siguiente caso: A, dispuesto a robar en una casa que se sabe se encuentra vacía, accede al patio de la misma, donde se encuentra un perro guardián. Para evitar ser descubierto, el autor guía al perro fuera de la granja, alejándolo del lugar con el fin de volver a entrar enseguida, pero es capturado por la policía antes de que logre su objetivo.

⁶⁹Todos ellos referidos y explicados por ALCÁCER GUIRAO, Rafael, op. cit., p. 80.

⁷⁰Sobre la influencia de esta teoría, Vid. TIEDEMANN, Klaus, op. cit., p. 84

IV.2.2. Posturas que se sustentan en la puesta en peligro del bien jurídico

IV.2.2.1. Primarios planteamientos

El sustento de las teorías objetivas que tienen una orientación en torno al peligro del bien jurídico, se deriva primeramente de los planteamientos de Feuerbach (uno de los precursores del Derecho Penal liberal).⁷¹ Planteaba dicho autor: "una acción externa intencionalmente dirigida a la producción de un crimen (*connatus delinquendi*) ya constituye por sí misma una infracción y será penada, siendo objetivamente peligrosa (...) la sola intención antijurídica no proporciona a una acción ninguna característica de antijuridicidad."⁷² Establecía varios ejemplos para sustentar su postura; por citar algunos: Quien refiere como delito suministrar veneno (cuando en realidad no lo es), de la tentativa de homicidio sobre un *cadáver*, o de casos análogos, confunde lo moral con lo jurídico "de los motivos de la *policía de seguridad* con el derecho a la pena y debe reconocer como culpable de una tentativa punible de homicidio a aquel bávaro que fuese de peregrinación a una capilla para allí *rezar* por la muerte de su vecino".⁷³

Las primeras críticas se le hicieron por la vaguedad del significado del peligro, bajo el argumento de que este es un *continuum* no susceptible de fraccionarse en grados. En la tentativa, el peligro tiene un incremento desde el primer acto preparatorio hasta el momento de la consumación. En este sentido, acciones muy distantes de la realización del tipo, bien pueden tener un alto grado de peligro.

En virtud de estas críticas, los partidarios de esta orientación teórica fueron proponiendo correctivos a fin de concretar la indeterminación del peligro. Surgieron así criterios como el peligro *directo*, *inmediato*, *serio*, *muy elevado*, etc.⁷⁴

⁷¹ Para mayores referencias sobre las premisas de las que parte dicho autor, Vid. REY SANFIZ, Luis Carlos, *op. cit.*, pp. 21 - 24.

⁷² Tomado de: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *op. cit.*, p. 36.

⁷³ Tomado de: REY SANFIZ, Luis Carlos, *op. cit.*, p. 221.

⁷⁴ Vid. ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *op. cit.*, p. 25.

Otro inconveniente que se le atribuye a estas primeras orientaciones, es que si se hace una valoración *ex post* del peligro, quedarían sin sustento los supuestos de tentativa inidónea. En estos casos, precisamente la característica esencial es que no existe un peligro para el bien jurídico.

No obstante, bajo otra corriente de opinión más moderna, sustentada principalmente por Von Hippel,⁷⁵ se toma en consideración el peligro desde una perspectiva *ex ante*. Es decir, la ponderación se determina en el momento del hecho; a partir de ahí se valora si la acción del autor es objetivamente peligrosa para la afectación del bien jurídico. Bajo esta perspectiva, hay tentativa, cuando los actos son peligrosos y estos lo son cuando un hombre *juicioso* con los conocimientos del autor y observador atento, en el momento del hecho (*ex ante*), hubiese considerado la consumación como adecuada.⁷⁶

IV.2.2.2. Estructuración como delito de peligro concreto

A la propuesta de Hippel se le ha criticado su vaguedad. Eberhard Schmidt, objetó su alto contenido subjetivo, dado que puede llegar a admitir la presencia del peligro objetivo cuando no existe siquiera objeto, sólo porque el autor lo supuso.⁷⁷ Ejemplifica: el autor dispara contra un árbol, creyendo (como en esa situación cualquier observador juicioso lo hubiera también creído) que se trata de su enemigo. Siguiendo la postura de Hippel, lo preponderante para determinar la tentativa no sería la propia situación de peligro sino lo cognoscible de la situación concreta.

Spendel ofrece otra propuesta centrada en el peligro concreto, también a partir de la crítica a la posición de Hippel. Establece que como el concepto de peligro entendido como probabilidad de alcanzar un resultado, se relaciona con el principio de casualidad, se trata entonces de un problema ontológico: entre el no ser y la realidad (el ser real) no existe una posibilidad real.⁷⁸ En contrapartida, propone lo

⁷⁵ Tomado de: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *op. cit.*, pp. 38 y 39.

⁷⁶ Vid. REY SANFIZ, Luis Carlos, *op. cit.*, p. 28.

⁷⁷ Vid. *Ibid.*, p. 30.

⁷⁸ Vid. *Ibid.*, p. 31.

siguiente: es necesario partir de una perspectiva *ex ante* para determinar la peligrosidad de la acción; sólo así puede valorarse un peligro concreto y objetivo, pues observadas con posterioridad ninguna tentativa es peligrosa. Pero las demás circunstancias del hecho actuales e independientes del autor deben ser corroboradas bajo una perspectiva *ex post*.

Precisa Spindel:⁷⁹ "así como el delito de lesiones consumadas pasa por la etapa de peligrosidad concreta, lo mismo sucede en la tentativa; se da una peligrosidad concreta. Bajo esta óptica, el injusto de la tentativa tendría una estructura distinta de los delitos de peligro concreto sólo en el ámbito del dolo".

Un sector importante de la doctrina, ha seguido la determinación de la tentativa bajo la perspectiva de los delitos de peligro concreto. Por ejemplo, para Berdugo:⁸⁰

"Para explicar cual es el *desvalor del resultado* en la tentativa conviene tomar como modelo el injusto de los delitos de peligro concreto, a cuya estructura se debe asimilar la del delito intentado. En ambos, la acción del sujeto debe provocar una *situación de peligro* que se identifica con la *probabilidad de lesión al bien jurídico protegido*. Dicha probabilidad se comprueba a partir de todos los datos presentes en ese momento, incluyendo aquellos que no estén al alcance del espectador objetivo (que no es infalible); es decir, se amplía la base del juicio hasta introducir en él todos los elementos que configuran la situación y realizando un pronóstico acerca de las probabilidades de lesión del bien jurídico. Únicamente hay que despreciar un dato que es posterior a la situación de peligro: que la lesión se produzca o no, por que ello puede ser debido, tanto en un caso como en otro, a un mero accidente. Quizá pueda resultar a veces difícil separar la acción, por una parte, y

⁷⁹ Ídem.

⁸⁰BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, *et al.*, *op. cit.*, p. 239. Cfr. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: "algunos aspectos dogmáticos y su solución en el Nuevo Código Penal Español", en: *Revista Penal*, N° 1, Praxis, Barcelona, p. 18.

esa situación de peligro por otra, ya que en la realidad se presentan frecuentemente como una sucesión instantánea de fenómenos, pero a efectos analíticos resulta imprescindible si se quiere comprobar la existencia del resultado".

No está exenta de críticas de esta corriente doctrinaria. Wolter,⁸¹ desde parámetros de la prevención general, sustenta su crítica en el sentido de que para esta postura, al desarraigarse de las circunstancias independientes del autor, se corre el riesgo de dejar a la casualidad o a la mala suerte las circunstancias valoradas *ex post*. Por ejemplo: un sujeto que quiera matar a otro a través de heridas insignificantes *ex ante* inofensivas, resultan mortales porque la víctima es hemofílica, hecho que no había podido conocer el autor. Para Spindel, es suficiente el dolo respecto de los elementos del tipo, sin importar el conocimiento de las circunstancias. Estas, se toman en consideración *ex post* para emitir el juicio de peligrosidad *ex ante* pero a partir de los datos *ex post*. Por ello, en este ejemplo -con esa postura-, se puede llegar a plantear la tentativa, aún y cuando el peligro era impredecible, y es ahí donde se atribuye su referente al azar.

Se le cuestiona la atribución del peligro sin sustentarse a criterios basados en la descripción de tipo, lo cual propicia un exceso. Se amplía el marco de lo ejecutivo a conductas aún preparatorias en las que ya puede haber un peligro elevado. Por otra parte, se pueden llegar a considerar conductas como no ejecutivas indudablemente típicas, porque aún no revelan un peligro. Por ejemplo: alguien quiere matar a otro con sucesivas dosis de veneno, cada una por separado inocua. Para esta teoría, hasta que no existiera un peligro concreto para la salud podría actualizarse el principio de ejecución; las primeras habrían de considerarse como actos preparatorios. Ahora, si se pretendiera afirmar que esas dosis constituyen ya un peligro concreto, entonces se caería en el otro extremo, al calificar ya todo acto preparatorio como constitutivo del principio de ejecución.⁸²

⁸¹Citado por REY SANFIZ, Luis Carlos Rey, *op. cit.*, p. 33.

⁸²Vid. ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *op. cit.*, p. 26

IV.2.2.3. Estructuración como delito de peligro abstracto

A partir de los fines preventivos del Derecho Penal, en cuanto a la íntegra tutela de bienes jurídicos, se plantea la concepción de la tentativa como delito de peligro abstracto. Sus seguidores proponen la intervención del Derecho Penal antes de que la afectación del bien jurídico dependa de la casualidad.⁸³ Recordemos que la singularidad de los delitos de peligro abstracto consiste en la desvinculación concreta de la acción del autor con el resultado; no es necesaria la lesión específica del bien jurídico. Bajo esta perspectiva se abre la posibilidad de justificar la presencia de la tentativa inidónea.

Con la estructura del delito de peligro abstracto, la tentativa se constituye con el impedimento de la realización de los actos voluntarios previos a la afectación del bien jurídico, cuando la evitación resulta exigible y es posible.⁸⁴ No se trata de determinar si una acción determinada crea o no un peligro en una situación concreta. La cuestión se centra en precisar si el hecho, según la *experiencia* y la *estadística*, es susceptible de llegar a la consumación eficaz.

Insistimos, estas posturas surgen preponderantemente para justificar la tentativa inidónea. Incluso hay autores que a la tentativa idónea le dan el tratamiento de peligro concreto y a la inidónea de peligro abstracto. Por ejemplo para Santiago Mir Puig:⁸⁵

"Hay delito imposible (o "tentativa inidónea") cuando por inidoneidad del *objeto* o de los *medios* o del *sujeto* no podía llegarse a la consumación del delito efectivamente intentado. Aunque *ex post* toda tentativa demuestra no haber sido adecuada para consumir el delito, pueden distinguirse entonces (*ex post*), una vez que se conocen todas las características del hecho, las acciones que en *un principio* eran capaces de la consumación (aunque luego fallen por

⁸³Un autor representativo de esta postura es KRATSCH. Citado por REY SANFIZ, Luis Carlos, *op. cit.*, pp. 34 y ss.

⁸⁴*Ibid.*, p. 35.

⁸⁵*Vid.* MIR PUIG, Santiago: *Derecho Penal...*, *op. cit.*, pp. 346 y 347.

circunstancias posteriores) y aquéllas otras que aparecen como incapaces de lesión *desde un primer momento*. Sólo estas constituyen la tentativa inidónea.

"..." 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. Un tal derecho debe penar comportamientos que *ex ante*, al realizarse aparezcan como peligrosos para bienes jurídicos. La tentativa inidónea es peligrosa *ex ante* en la medida en que, para un espectador objetivo situado en el lugar del autor, hubiera podido no concurrir en ella la idoneidad y producirse por su parte del delito. La apariencia de idoneidad *ex ante* implica, por otra parte, la *realidad de la peligrosidad estadística* del hecho. Se trata de un *peligro abstracto*, a diferencia del *peligro concreto* que concurre en la tentativa inidónea. Como en todo delito de peligro abstracto, no es preciso que un concreto bien jurídico haya resuelto estar en peligro, sino que basta la "peligrosidad típica" de la conducta. De ahí que, como en la conducción bajo la influencia del alcohol, no sea necesaria la presencia de la víctima (tentativa por falta de objeto)".

La postura del peligro abstracto no escapa de la crítica general que se le atribuye a las teorías sustentadas en el peligro. Se le cuestiona su carencia de fijación cualitativa, al orientar sus criterios hacia el establecimiento de una intensificación cuantitativa continuada de la peligrosidad desde el primer acto preparatorio hasta la consumación, y con ello, la fijación de los "grados de peligro" pero no "categorías de peligro".⁸⁶

Otra crítica importante se centra en la *subjetivización* a la que llegan las teorías objetiva, en la medida que se requieren los conocimientos del autor para la determinación *ex ante*.

⁸⁶*Vid.* REY SANFIZ, Luis Carlos, *op. cit.*, p. 37.

IV.2.3. Posturas con preponderancia en el ámbito subjetivo

Para las teorías subjetivas, el sustento de la tentativa se encuentra en la manifestación de la voluntad criminal; el Derecho Penal se dirige en contra del pensamiento hostil al Derecho de alguna manera externado.⁸⁷ Bajo esta orientación teórica -en su expresión más radical- el dolo constituye el factor elemental en la determinación del principio de ejecución, al margen de la puesta en peligro o no del bien jurídico.

Desde una apreciación de las posturas subjetivas más radicales, como la tentativa se sanciona por que revela una voluntad contraria a Derecho en idénticos términos que el contenido de la voluntad del tipo consumado, no se debe establecer sanción distinta para ambos supuestos.⁸⁸

Dentro de la tendencia subjetiva, también encontramos posturas específicas. Nos referiremos a algunas de ellas.

IV.2.3.1. Teoría subjetiva externa

Esta postura es de las primeras manifestaciones subjetivas y se caracteriza por su rigidez. Según esta orientación, debe considerarse tentativa punible cualquier intención antijurídica tan pronto pueda ser reconocida. Es criticable porque implica no asumir criterio diferenciador; cualquier resolución objetivada ya es principio de ejecución.⁸⁹

IV.2.3.2 Teoría del *dolus ex re*

A diferencia de la teoría subjetiva extrema, para esta postura no es suficiente la mera exteriorización de la voluntad; también debe desprenderse qué delito se pretendía cometer. En que sentido, existe tentativa cuando de los hechos probados se puede extraer la conclusión de que el autor quería cometer un determinado delito. Si

⁸⁷Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *op. cit.*, p. 39.

⁸⁸Vid. ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Manual de Derecho...*, *op. cit.*, p. 641.

⁸⁹Vid. FARRÉ TREPAT, Elena: *La tentativa del delito...*, *op. cit.*, p. 145.

de los hechos probados no es posible extraer esa conclusión, entonces la acción permanece impune.⁹⁰

Se ha criticado a esta teoría por su poca utilidad. La acción no permite apreciar cual es la intención del autor sino precisamente hasta la realización del hecho típico.

IV.2.3.3. Teoría sustentada en la firmeza de la resolución

Bajo la orientación de esta postura, para que exista la tentativa, se requiere la presencia de una resolución firme, invariable e irrevocable.⁹¹

A pesar de las bondades que puede representar en relación con la teoría de *dolus ex re*, también puede llegar a ampliar demasiado el ámbito de la tentativa. Sin otros correctivos, se corre el riesgo de considerar actos ejecutivos lo que sustancialmente serían actos preparatorios.

IV.2.3.4. Criterio de Bockleman

Según este autor, para establecer la distinción en estudio, es necesario valorar si el autor ha tomado la última, la decisiva determinación sobre el sí del hecho.⁹² Lo importante es dar impulso a la voluntad al margen de la firmeza de la resolución.

Esta teoría no explica quién debe determinar esa última voluntad, si un espectador objetivo o bien, debe sustraerse del propio autor. No obstante, en cualquiera de los dos supuestos parece persistir las mismas inconveniencias de las posturas arriba referidas. Ubicándonos en el contexto del observador, este puede llegar a fijar el acto de ejecución en momentos muy próximos a la consumación o por el contrario, establecerlo en un momento demasiado lejano. Bajo otra opción, no es posible dejar al autor la fijación del momento en que inicia la tentativa.

⁹⁰Vid. *Íbid.*, p. 146.

⁹¹Vid. *Íbid.*, p. 148.

⁹²Vid. *Íbid.*, p. 154.

IV.2.3.5. Postura sustentada en el plan del autor

Esta teoría fue sustentada principalmente por Hans Welzel. Para dicho autor, la tentativa comienza con aquella actividad con la cual el autor, según su plan delictivo, se pone en relación inmediata con la realización del tipo.⁹³

La postura de Welzel, obviamente tiene su sustento en sus propios fundamentos metodológicos centrados en el concepto final de acción y su correlativa orientación del injusto personal.⁹⁴

Con el sustento de esta teoría, el análisis deberá asumir como punto de partida, la acción típica del injusto específico y a ello agregar la comprobación individual de si el autor, de acuerdo a la disposición de su plan delictivo, puso en actividad inmediata a la realización típica. En suma, lo determinante en el enjuiciamiento del principio de ejecución es la base del plan individual del autor y no desde la apreciación de un observador hipotético que no conoce el plan delictivo, en contrapartida de la tendencia objetiva.

Esta teoría llegó a tener una aceptación considerable en la doctrina,⁹⁵ pero no se ha salvado de la crítica general que se le hace a las posturas subjetivas: la inclinación de un Derecho Penal de actitud. No se admite que las penas se fundamenten en representaciones, decisiones de la voluntad o en una específica actitud del autor; lo preponderante son los hechos no el plan individual del autor.⁹⁶

⁹³Vid. WELZEL, Hans: *Derecho Penal Alemán, Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, 11ª edición, Chile, 1976, p. 263.

⁹⁴Para mayores referencias de sus fundamentos Vid. WELZEL, Hans: *La teoría de la acción finalista*, trad.: Carlos Fontán Balestra en colaboración con Eduardo Friker, Depalma, 1951. También, FROMEL, Monika: "Los orígenes de la teoría final de la acción de Welzel", en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Fasc. II, tomo XLIII, trad.: Francisco Muñoz Conde, Madrid, 1989, pp. 622 y ss.

⁹⁵Para FERRÉ TREPAT, Elena (*La tentativa del delito...*, op. cit., p. 171. esta fórmula "(...) ofrece mayor seguridad jurídica que las anteriores, pues partiendo de acciones típicas limita la punición además de éstas a aquellas acciones que representan un inicio directo").

⁹⁶Vid. REY SANFIZ, Luis Carlos, op. cit., p. 47.

A) Posturas radicales derivadas del sustento finalista

Bajo los planteamientos del finalismo y sobre todo del injusto personal, sus principales continuadores llegaron a plantear soluciones radicales. En la valoración de la contrariedad a la norma resulta preponderante el sentido doloso del hecho del autor. En ese sentido, incluso la tentativa supersticiosa configura la realización de un injusto.⁹⁷

Zielinzki llega a afirmar que el autor "comete tentativa idónea antijurídica, cuando cree, mediante invocación al diablo, tener influencia dominante sobre la caída del rayo" y de esta forma poder privar de la vida a otro.⁹⁸

En suma, para estos autores lo relevante para la configuración del injusto es la realización del plan del autor; al existir éste, el injusto se encuentra completo tanto cuantitativa como cualitativamente, con independencia del desvalor del resultado. Bajo esa premisa se desprende un análogo tratamiento entre la consumación y la tentativa acabada.⁹⁹

Sistemáticamente y sobre todo desde una perspectiva político criminal, propicia problemas esta postura. Implica un retorno a la teoría subjetiva extrema. No es lo más racional inclinar la balanza del Derecho Penal a las malas intenciones del individuo tomando distancia del desvalor del resultado.

B) Valoración de las posturas subjetivas

La bondad de las posturas subjetivas, sobre todo la formulada por Welzel, fue poner énfasis en la inconveniencia de pretender encontrar todo el sustento de la tentativa en el ámbito objetivo. Hay problemas sistemáticos si pretendemos sustentar el principio de ejecución sin acudir al plan específico del autor. Es necesario valorar en estos casos, el objetivo no conseguido y el que propició la dirección dada al

⁹⁷ Vid. *Ibid.*, p. 48.

⁹⁸ *Ídem.*

⁹⁹ Vid. *Ibid.*, p. 49.

hecho. No es posible determinar que un autor específico intentó algo que no planeó.¹⁰⁰

Aunado a las ventajas de considerar -con las delimitaciones referidas-, el aspecto subjetivo en la tentativa, la evolución de esta corriente teórica sirvió para precisar el contenido subjetivo del injusto.

En efecto, el tipo de tentativa tiene una diferencia sustancial con el consumado: no se concreta el resultado descrito en el supuesto de hecho. No obstante, entre ambos existe similitud en su contenido subjetivo. Precisamente en el ámbito de la tentativa se aprecia la evidencia de la ubicación sistemática del dolo en el tipo, dada la imposibilidad de constatar su configuración sin atender a la decisión de autor.

Recordemos el ejemplo de Welzel: si alguien realiza un disparo que pasa junto a otro, este proceso casual externo puede ser una tentativa de homicidio, una tentativa de lesiones o un disparo de arma de fuego, dependiendo del dolo del autor. En este caso, el dolo del autor sin duda alguna es elemento del tipo; sin él, no puede ser constatada la tipicidad del acontecer externo. De esta manera, incluso para el causalismo el dolo debe ser un elemento del injusto.¹⁰¹

¹⁰⁰ En el mismo sentido, Vid. ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *op. cit.*, p. 45. ejemplifica: "(...) ante la mera contemplación externa de quien apunta a otra persona desde su ventana, no podemos determinar si se dispone inmediatamente a disparar (entonces comienzo de tentativa), o si esta sólo comprobando las posibilidades de acierto del disparo que realizará la semana siguiente (entonces acto preparatorio)".

¹⁰¹ Vid. WELZEL, Hans: *Derecho Penal Alemán...*, *op. cit.*, p. 90. Principalmente con la corriente finalista, sustentada en sus inicios por este autor, se cuestiona la sistemática casualista que aún en su etapa neoclásica, sostenía la ubicación del dolo y la culpa en la culpabilidad. Bajo el sustento de la composición subjetiva del tipo de tentativa, no se puede sustraer otra distinta del consumado. Precisaba Welzel: ¿Cómo podría depender de que el disparo dé o no en el blanco para que el dolo sea un elemento del injusto o de la culpabilidad?. Lo injusto no se agota en la causación del resultado (lesión del bien jurídico), desligada en su contenido de la persona del autor, sino que la acción es antijurídica sólo como obra de un autor determinado: el fin que le asignó el hecho; la actitud con que lo cometió. La antijuridicidad es siempre la desaprobación de un hecho referido a un autor determinado. En ese sentido, lo injusto es referente de la acción referida al autor; es injusto personal (*Ibid.*, p. 92) Cfr.

Toda acción consciente es conocida por la decisión. Es decir, por lo que se quiere. (Momento intelectual) y por la decisión respecto de querer realizarlo (momento volitivo). Ambos elementos, como factores configuradores de la acción típica real, forman el dolo. Por otro lado, la parte objetiva constituye la ejecución adecuada del dolo. Cuando esta ejecución es detenida en sus inicios constituye la tentativa. En este supuesto, el dolo comprende más allá de lo que se logra alcanzar, en cambio, si la decisión al hecho es ejecutada adecuadamente hasta su culminación, estamos en presencia de un acto consumado; el hecho total no ha sido querido dolosamente sino también ejecutado dolosamente. En suma, en la tentativa el tipo en su parte subjetiva permanece idéntico al tipo consumado. Lo que no está completa es la parte subjetiva.¹⁰²

Son importantes estas puntualizaciones de Welzel. No obstante, el plan del autor no es el factor determinante -insistimos, si necesario-, para precisar cuando comienza la tentativa. Esta cuestión debe orientarse a partir de la posible afectación del bien jurídico desde un plano objetivo.

Los cuestionamientos a la postura de Welzel en torno a la tentativa, se basan principalmente en las inconveniencias que se le atribuyen a su tratamiento sistemático ligado a su marco ideológico. Al respecto, puede resultar ilustrativa referencia de Muñoz Conde:¹⁰³

"No sé hasta que punto WELZEL estaba convencido que sus planteamientos dogmáticos estaban por encima de las tendencias político-criminales que le tocó vivir en la primera etapa de su vida, eran que, como es sabido, el reproche más firme que se ha hecho a su teoría es precisamente que desde

MEZGER, Edmund, *op. cit.*, p. 279. No obstante su inclinación por la sistemática causalista (neoclásica), llega a reconocer la esencia de la "resolución del autor" en el tipo de tentativa.

¹⁰² En el mismo sentido Vid. BACIGALUPO, Enrique: *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Temis, Bogotá, 1994, p. 127.

¹⁰³ MUÑOZ CONDE, Francisco: *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo. (Los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 45.

el punto de vista político-criminal aun favorecía el "Derecho Penal de la voluntad" patrocinado por los penalistas nazis más destacados, al subjetivizar en demasía el concepto de ilícito o injusto, preconizar que la tentativa sea castigada con la misma pena que el delito consumado, ampliar la punibilidad de la tentativa inidónea a casos rayanos a la tentativa irreal o el delito imposible, tesis que evidentemente son más afines, en todo caso al Derecho Penal autoritario que a un Derecho Penal liberal".

IV.2.4. Teorías mixtas. Otras teorías

Al margen de la preponderancia del aspecto objetivo o subjetivo, se han venido desarrollando otras alternativas. Sólo mencionaremos dos de ellas.

IV.2.4.1. Teoría dualista (Schmidhäuser)

Dentro de los autores contemporáneos de la teoría general del delito, destacan los planteamientos de Schmidhäuser. Este autor, al contenido formal de los elementos del tipo, le proporciona una orientación material sustentada en la aplicación justa y razonable de la pena.¹⁰⁴

El contenido formal del tipo se caracteriza por su carácter externo; se trata de un suceso exterior vulnerador de bienes jurídicos. Para esta sistemática, el contenido de la voluntad tiene vital importancia en el contenido del tipo, y en ello tiene coincidencia con la postura finalista. No obstante, el dolo no forma parte del contenido de la acción ni del injusto. El dolo no equivale a la voluntad. En el dolo de segundo grado y en el eventual, en estricto sentido sólo se puede aducir la presencia de la voluntad en sentido figurado. Así, la voluntad en cuanto a la representación de lo querido constituye un elemento del injusto, pero no es equivalente al dolo.¹⁰⁵

¹⁰⁴Vid. REY SANFIZ, Luis Carlos, *op. cit.*, p. 56.

¹⁰⁵Sobre las referencias generales a la sistemática de este autor, Vid BORJA SORIANO, Emiliano: "Algunos planteamientos en la teoría jurídica del delito en

Siguiendo este tratamiento, la conciencia del hecho, tiene su ubicación en el contexto espiritual del autor. Es decir, en la culpabilidad. En cambio, en el injusto sólo se contiene la voluntad en cuanto la expresión de la puesta en acción.¹⁰⁶

En cuanto a la tentativa, esta, contiene dos desvalores: del fin y de la peligrosidad del autor. La voluntad resulta decisiva para la producción de hechos que atacan el bien jurídico; implica un carácter amenazante. Decide la dirección del hecho y en esa medida existe mayor probabilidad de que se produzca el resultado. Existe un *peligro de reincidencia*, como posible repetición de la acción hasta que se tenga éxito en la producción del resultado.¹⁰⁷

Para este autor, en estricto sentido la tentativa existe desde la primera pretensión de lesionar el bien jurídico, pero además es necesario determinar el merecimiento de pena en los diversos actos previos a la ejecución.¹⁰⁸

Se aprecia interesante la postura de Schmidhäuser al incorporar el criterio político criminal de merecimiento de pena, cuestión que no es nueva, ya Roxin lo había iniciado, aunque desde luego a partir de orientaciones sistemáticas distintas.¹⁰⁹ No obstante, parece quedar a la deriva la determinación de parámetros específicos para determinar el inicio de ese merecimiento.

IV.2.4.2. La teoría del autor (Lange)

Para los seguidores de esta postura -aunque con sus respectivas matices- el sustento de la tentativa se encuentra en la peligrosidad del autor. No hay que atender solo a la lesión o puesta en peligro derivado de la acción, sino a la idea peligrosa del autor; es ella la que

Alemania, Italia y España", en: Cuadernos de Política Criminal, N° 63, Edersa, Madrid, 1997, pp. 603 y 604.

¹⁰⁶Vid. REY SANFIZ, Luis Carlos, *op. cit.*, p. 57.

¹⁰⁷Vid. *Ibid.*, p. 58.

¹⁰⁸Vid. *Ibid.*, p. 59.

¹⁰⁹Cfr. ROXIN, Claus: *Política Criminal y Sistema de Derecho Penal*, traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1972.

tiene especial significado para justificar la punibilidad de actos previos a la consumación.¹¹⁰ Asumen al hecho y al autor como una unidad de sentido indisoluble. De esta manera la definición de la voluntad criminal la consideran factor relevante, incluso, más allá del hecho concreto.¹¹¹

A tenor de esta postura, la tentativa inidónea, se sustenta en la peligrosidad del autor a partir de la preponderancia de su voluntad criminal dirigida a la lesión del bien jurídico o con base en dos elementos: el dolo y la *sospecha de un peligro de reincidencia*. En el primer aspecto, es decisiva la intención por lo que incluso es factible la presencia del dolo eventual.

En suma, no es suficiente la expresión de la voluntad contra el orden jurídico. Lo que determina la presencia de la tentativa es la actitud del autor con respecto al bien jurídico; el dolo no constituye un elemento subjetivo del injusto, sino un juicio de peligrosidad del autor.¹¹²

En cuanto a la *sospecha de un peligro de reincidencia*, la manifestación de la voluntad criminal es punible cuando propicia temor de una realización posterior de un hecho penal, de forma inminente. Plantea Lange: "un autor que cree poder matar a un hombre rezando por su muerte o mediante medios supersticiosos o semejantes sólo es normalmente merecedor de pena, cuando su voluntad criminal genera el temor de que tras el fracaso de su primer intento, recurrirá a medios más idóneos."¹¹³

Esta teoría ha sido acreedora de múltiples críticas. En esencia, implica asumir la concepción de un Derecho Penal de autor. Toma distancia del desvalor del acto en cuanto a afectación del bien jurídico, cuestión criticable desde la perspectiva de un Derecho Penal democrático. Bajo esta postura, se corre el riesgo de configurar la

¹¹⁰Vid. REY SANFIZ, Luis Carlos, *op. cit.*, p. 65.

¹¹¹Vid. *Ibid.*, p. 67.

¹¹²Vid. *Ibid.*, p. 71.

¹¹³Vid. *Ibid.*, p. 70.

construcción de una tentativa que degenera en el régimen de la sospecha.

IV.2.5. Funcionalismo. Un cambio de paradigma. El distanciamiento con las premisas naturalísticas u ontológicas para la fundamentación de la tentativa.

Desde la perspectiva del funcionalismo normativista, se han venido distanciando los planteamientos derivados de las premisas epistemológicas naturalistas u ontológicas que de alguna manera caracterizan a la gran parte de las teorías tradicionales, sin pasar por alto precisiones importantes de carácter político criminal. Se puntualiza que los tipos penales no son simples indicadores de la realidad externa, sino que fundamentan el orden de una sociedad determinada. Manifiestan la configuración de una sociedad específica en un tiempo preciso.

La calificación de un comportamiento inadecuado no solo tiene una configuración individual; es resultante de un esquema derivado de la constitución de una sociedad.

IV.2.5.1. Primeros planteamientos. Teoría de la impresión

Bajo la pretensión de sustentar la tentativa con criterios político criminales inspirados en la prevención general, los seguidores de esta postura fundamentan su posición en la voluntad del autor pero no de manera aislada, sino en su vinculación con la comunidad. En este sentido, el merecimiento de la pena de la tentativa estará ligado a que dicha manifestación de la voluntad sea susceptible de perturbar la confianza que la colectividad tiene de la vigencia del ordenamiento jurídico. Además, en cuanto afecta el sentimiento de seguridad jurídica, y en consecuencia, resultar transgredida la paz jurídica.¹¹⁴

¹¹⁴Vid. JESCHECK, Hans Henrich, *op. cit.*, p. 465. Sobre una referencia más detallada de esta teoría, Vid. ALCÁ CER GUIRAO, Rafael, *op. cit.*, pp. 26 y ss.

A esta teoría la podríamos considerar como ecléctica. En esencia parte de una postura subjetiva, dado que sustenta su postura en la voluntad del autor, pero la limita con criterios objetivos.¹¹⁵

No obstante, dejar a la mera impresión de la sociedad las conductas, independientemente de su aproximación con la afectación del bien jurídico, puede propiciar estados de inseguridad jurídica. Hay actos preparatorios -por ejemplo- de un homicidio, que pueden propiciar una impresión considerable a la sociedad pero no por eso deben ser punibles; y por el contrario, puede haber consumaciones que no generen ningún tipo de impresión a la sociedad.¹¹⁶

A esta teoría se ha catalogado como un *recurso oportunista*, vulnerador de la legalidad,¹¹⁷ que recoge como tentativa punible supuestos no aceptados por las posturas objetivas y también excesivas para las corrientes objetivas.

IV.2.5.2. Planteamiento de Zaczyk

Como el finalismo, parte del injusto personal pero con otro significado. No ubica esta idea en la persona que realiza una actuación, sino en cuanto su relación con otras personas y con las normas. Lo importante del carácter autónomo del autor no se centra en la afirmación del yo, sino también en relación con los otros que también gozan de autonomía como yo.¹¹⁸

Se toma distancia de las premisas ontológicas del finalismo y se otorga preponderancia en el individuo como punto de partida en el cual el Derecho encuentra su fundamento. Pero dicho fundamento, tiene su origen en las propias relaciones jurídicas reguladas por la norma. Así, el injusto, tanto de tentativa como de consumación, constituyen la relación de un estado jurídico; lo preponderante no es tanto la afectación del bien jurídico, sino el incumplimiento de una relación jurídica mucho más amplia.

¹¹⁵Vid. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *op. cit.*, p. 41.

¹¹⁶Así, FARRÉ TREPAT, Elena, *La tentativa del delito...*, *op. cit.*, p. 27.

¹¹⁷Vid. SOLÁ RECHE, Estaban, *op. cit.*, pp. 106 y 107.

¹¹⁸Vid. REY SANFIZ, Luis Carlos, *op. cit.*, p. 74.

La tentativa, no se determina sólo a partir del resultado producido, sino desde el ámbito en que se relaciona esa relación jurídica con un poder configurador lesivo. Por eso, bajo esta teoría no se justifica la tentativa de delito imprudente; en esos supuestos no concurre la voluntad de realización del resultado lesivo del autor; sólo hay una expresión que no propicia una relación relevante para el Derecho Penal.

Siguiendo con este planteamiento, la situación bajo la cual se desarrolla debe realizarse tomando en cuenta la voluntad del individuo. Por ejemplo, tocar el timbre de una casa, puede resultar un acto normal que no afecta las relaciones jurídicas del contexto, salvo que pretenda que una vez que abran la puerta, robar.¹¹⁹

Una crítica importante que se le hace a esta teoría es su amplia abstracción. En estricto sentido no proporciona una alternativa para distinguir -bajo parámetros claros-, la delimitación entre actos preparatorios y el principio de ejecución. Además, se le critica que en estricto sentido llega a las mismas conclusiones que las posturas subjetivas, aunque con un sustento filosófico distinto.¹²⁰

IV.2.5.3. Planteamiento de Günther Jakobs.

También bajo el sustento de la prevención general positiva, pero con premisas metodológicas distintas, Jakobs plantea la tentativa desde una óptica distinta a las corrientes tradicionales.¹²¹

Jakobs se sustenta en pautas derivadas de las posturas sociológicas sistemáticas, centrándose en la significación del Derecho a través de la validez de la norma.¹²²

¹¹⁹Vid. *Ibid.*, p. 80.

¹²⁰Vid. *Ibid.*, p. 82.

¹²¹Sobre un análisis de dichas premisas metodológicas, véase el estudio preliminar de Enrique PEÑARANDA RAMOS Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ, y Manuel CANCIO MELIÁ, a la obra: JAKOBS, Günther: *Estudios de Derecho penal*, traducción y estudio preliminar de Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, Cívitas, Madrid, 1997.

¹²²JAKOBS, Günther: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad.: Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Cívitas, Madrid.,

Así, la construcción normativa del Derecho Penal no se guía en seres humanos valorados manera naturalista, como individuos con una conformación psico-físico, sino desde una perspectiva funcionalista, normativa, es decir, a partir del individuo ubicado en un Derecho Penal específico, en una sociedad concreta. Establece:¹²³

"El Derecho Penal reacciona frente a una perturbación social; esta no puede (precisamente al ser una perturbación social) disolverse de modo adecuado en los conceptos de un sujeto aislado, de sus facultades y de una norma imaginada en términos imperativistas (como correspondería, especialmente, con el programa de Armin Kaufmann). Por el contrario, hay que partir de los correspondientes conceptos sociales: de los conceptos de sujeto mediado por lo social, es decir, de la competencia, y de la norma en cuanto expectativa social institucionalizada.

Si persona significa tener que representar un papel. Persona es la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad de su portador, sino que es representación de una competencia socialmente comprensible. Toda sociedad comienza con la creación de un mundo objetivo, incluso una relación amorosa, si es sociedad. Los partícipes de esa sociedad, es decir, los individuos representados comunicativamente como relevantes, se definen entonces por el hecho de que para ellos es válido el mundo objetivo, es decir, al menos una norma".

Desde la perspectiva funcional normativista, el Derecho Penal no relaciona individuos sino personas; se da una comunicación personal, conformadora de una comunicación eminentemente social, y en ella se ubica la dimensión jurídico penal.

1996. p. 15. precisa: "Desde la perspectiva de la que aquí se parte, el funcionalismo jurídico-penal se concibe como aquella teoría según la cual el Derecho Penal está orientado a garantizar la identidad normativa. La constitución y la sociedad".

¹²³ *Ibid.*, p. 50

En este sistema de comunicación, sociedad y persona poseen magnitudes normativas que guían el contexto específico. Cada individuo tiene un rol específico y de acuerdo a él los demás componentes esperan que garantice su cumplimiento. Se crean expectativas de acuerdo al rol específico, y si esas expectativas se defraudan, implica un incumplimiento a la norma. A su vez, el sistema jurídico tiene que intervenir para reestablecer el orden.

El Derecho Penal orientado eminentemente a proteger bienes jurídicos, tiene otra función con los planteamientos de Jakobs: La sociedad no se entiende como un estado de bienes que hay que salvaguardar, sino como una identidad normativa, como construcción de un contexto de comunicación personal.¹²⁴ Cuestiona que el Derecho Penal proteja bienes jurídicos, precisamente cuando a consecuencia del delito estos ya han sido afectados.¹²⁵

Bajo estas premisas, plantea a la que tanto en la tentativa como en la consumación se encuentran ataques validez de la norma. En ambos casos, el autor manifiesta su desapego con aquella. En suma: "El fundamento de punición de la tentativa es que se pone de manifiesto una infracción de la norma; en la tentativa en sentido material, a través de un comportamiento que el Derecho positivo declara externo".¹²⁶

La tentativa es un perfecto quebranto a la norma que no tiene diferencia cualitativa alguna con el tipo consumado. la diferencia es sólo cuantitativa; en el delito consumado hay un quebranto a la norma más intenso.

Ahora bien, bajo este planteamiento, ¿Cuándo hay tentativa?: cuando el autor genera un riesgo no permitido por el contexto social al cual pertenece, generando con ello un quebrantamiento a la norma

¹²⁴ *Vid.* REY SANFIZ, Luis Carlos, *op. cit.*, p. 91.

¹²⁵ *Vid.* JAKOBS, Günther: "Superación del pasado mediante el Derecho Penal", en: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Nº 47, fascic. II, Madrid, 1994, pp. 137 y 138.

¹²⁶ JAKOBS, Günther: *Derecho Penal, Parte General*, trad.: Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 865.

menos intenso al propiciado por el delito consumado. Ese *riesgo no permitido*, dependerá del rol desempeñado por el individuo en dicho contexto. Es precisamente el rol lo que da lugar a un esquema de interpretación social que permite la determinación de comportamientos relevantes o insignificantes. Para Jakobs, hay dos tipos de roles: los inherentes a todo tipo de persona a partir de un esquema de libertades organizado, y los especiales, que son los atribuibles a los individuos a partir de ciertas vinculaciones (por ejemplo, la relación padre-hijo) o a través de ciertos conocimientos.¹²⁷

Así, el ámbito de garantía del rol de cada individuo dependerá de su rol especial y del contexto concreto mediante el cual se comunica en el esquema social. Jakobs cita un ejemplo:¹²⁸ Un ingeniero renta un automóvil y descubre, debido a sus especiales conocimientos técnicos, que los frenos están a punto de fallar. A pesar de ello, regresa el vehículo al arrendador. El siguiente cliente que usa el vehículo se salva milagrosamente de un accidente mortal propiciado justamente por el fallo de los frenos. Para el autor de referencia, no habría tentativa de homicidio, por que los conocimientos de mecánica no son inherentes al rol del sujeto que alquila un automóvil, sino sólo, en su caso, de responsabilidad por infringir los deberes mínimos de solidaridad.

De esta postura, se desprenden varias consecuencias sistemáticas:

A). No cabe la diferencia entre tentativas supersticiosas, irreales, idóneas, inidóneas (absolutas o relativas) dado que estas distinciones se hacen bajo parámetros naturalistas. Lo que hay son tentativas comunicativamente relevantes y comunicativamente irrelevantes.¹²⁹ En los casos de tentativa comunicativamente irrelevante, -no solo en los supuestos de delito supersticioso-, el autor sustenta una visión del mundo de manera incorrecta en cuanto a sus principios, ó los procesa de manera inadecuada. Tales tentativas no se dirigen contra

¹²⁷Sobre este análisis, Vid, REY SANFIZ, Luis Carlos, *op. cit.*, pp. 98 y ss.

¹²⁸*Ibid.*, p. 101.

¹²⁹*Vid. Ibid.*, p. 102.

ninguna norma verdaderamente existente, porque todo comportamiento sujeto a valoración jurídico penal ha de realizarse tomando en consideración el contexto específico. En consecuencia, cada contexto se rige por el tipo de relaciones sociales que le sean inherentes. Por ello, la idoneidad de ciertos medios -derivados de ciertas supersticiones o creencias-, será valorada dentro del propio esquema de comunicación funcional de ese medio específico, en virtud de lo que para ellos juzguen racionalmente adecuado.¹³⁰

En el Derecho Penal, lo que es racional esta vinculado con la evolución de la identidad de la sociedad.

B) En la tentativa, el tipo objetivo se encuentra incompleto, y el tipo subjetivo tiene el mismo contenido y forma de consumado. Y si para la consumación es suficiente el dolo eventual, lo mismo sucede para la tentativa.

C) Establece una crítica al Código Penal Alemán -en el cual se sustenta Jakobs-, que no se desprende la posibilidad de sancionar la tentativa imprudente. Plantea que existen graves perturbaciones a la norma a consecuencia de la ejecución de riesgos no reconocibles por el autor y aunque no lleguen a consumarse, implican defraudaciones a las expectativas sociales más intensas que otros delitos consumados leves. Establece: "La tan extendida idea que no hay tentativa en los delitos imprudentes, o bien constituye un uso, exclusivamente terminológico, de la denominación tentativa del delito doloso, o es incorrecta: Lo que se puede llevar a cabo también se puede comenzar, y lo que se puede llevar a cabo con éxito también se puede llevar a cabo sin éxito."¹³¹

La postura de Jakobs ha venido ganando adeptos en la doctrina -algunos de ellos con orientaciones particulares-, como el caso de

¹³⁰ JAKOBS, Günther: *Derecho Penal...*, *op. cit.*, p. 865.

¹³¹*Ídem.*

Vehling, quien orientó la teoría de la impresión bajo los parámetros del funcionalismo sistémico.¹³²

Pero también ha sido criticada, sobre todo por sus premisas epistemológicas sobre las cuales construye un discurso general del Derecho Penal. Se cuestiona -entre otras cosas-, el desapego y en ocasiones la hostilidad a la trascendencia político criminal del bien jurídico para orientar las construcciones sistemáticas.

Por otra parte, sus fundamentos derivados del funcionalismo sociológico, sobre todo de Luhmann¹³³, tienden a ser criticados porque llevados al terreno del Derecho Penal, se pueden convertir en un instrumento demasiado riguroso.¹³⁴ Se pueden llegar a extremos irreconciliables por que al final de los sistemas de comunicación debidamente estructurados, se encuentra la fidelidad cegada a la norma.

Desde luego, esta orientación teórica, -no sólo en la tentativa sino en la propuesta integral que hace Jakobs en el ámbito jurídico penal-, constituye una de las aportaciones contemporáneas más novedosas. Sin duda alguna de sus bondades e inconveniencias emanarán nuevos planteamientos. Como bien lo precisa Bacigaluopo:¹³⁵

¹³²Sobre un análisis y crítica importante de esta postura, *Vid.* ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *op. cit.*, pp. 32 - 40.

¹³³En este Sentido MIR PUIG, Santiago: "el sistema del Derecho Penal en la Europa actual", en (VV.AA): *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal* (Libro Homenaje a Claus Roxin) edición española a cargo de: Jesús María Silva Sánchez, coord.: B Schünemann y J. De Figueiredo Dias, Bosch, Barcelona, 1995, p. 28.

¹³⁴Aunque Jakobs aclara (en su obra *Sociedad, norma y persona...*, *op. cit.*, p. 16): "La exposición más clara de la diferenciación entre sistemas sociales y psíquicos, que tiene consecuencias para el sistema jurídico, si bien con una enorme distancia con respecto al Derecho Penal, se encuentra en la actualidad en la teoría de los sistemas de LUHMANN. Sin embargo, un conocimiento superficial de esta teoría permite advertir rápidamente que las presentes consideraciones no son en absoluto consecuente con dicha teoría, y ello ni tan siquiera en lo que se refiere a todas las cuestiones fundamentales". *Cfr.* LUHMANN, Niklas: *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

¹³⁵*Vid.* BACIGALUPO, Enrique, en el prólogo a la obra de REY SANFIZ, Luis Carlos, *op. cit.*, p. 11.

"Esta nueva perspectiva de la dogmática penal es observada con atención y, en ciertos casos, con prevención, pues se piensa que carece de capacidad para enjuiciar la legitimidad del orden jurídico estudiado. La cuestión merece ser considerada seriamente, pero no debe asombrarnos, pues todo cambio de paradigma teórico en la dogmática penal ha comenzado siendo sospechoso."

V. Toma de Postura

Indudablemente, la discusión no esta culminada y ni siquiera se alcanza a apreciar un consenso más o menos certero en la doctrina, para sustentar la tentativa y delimitar su configuración. Desde las posturas basadas en parámetros naturalísticos u ontológicos hasta el sustento funcionalista más radical, nos seguimos encontrando con puntos controvertidos, y en muchos casos antagónicos.

No hay que perder de vista que cada alternativa teórica se encuentra inmersa en un marco ideológico preciso, incluso en algunos de los casos, propios del contexto en el que fueron planteadas. Como bien puntualizara Cassier:¹³⁶ "toda época posee un sistema fundamental de conceptos y premisas generales, y últimas por medio de los cuales domina y ordena en unidad la variedad de la materia que la experiencia y la observación le suministran".

Ante ese escenario, es importante no perder el rumbo derivado de los postulados de un Estado de Derecho, y la exigencia delimitadora del *ius puniendi* que le es intrínseca. En ese sentido, consideramos importante no despegarnos de la misión protectora de los bienes jurídicos. Su puesta en peligro, bajo la determinación concreta o abstracta -con sus respectivos limitantes-, nos permite otorgarle mayor énfasis al desvalor objetivo del acto y despegarnos de la posibilidad de caer en un Derecho Penal de intención. Esta formulación nos permite orientar también la tentativa inidónea, bajo los parámetros expuestos en su momento.

¹³⁶CASSIRER, Ernest: *El problema del conocimiento I*, trad.: Wenceslao Roces (1ª edición en alemán: 1906), Fondo de Cultura Económica, México, 1953, p. 7.

El referente del plan del autor, es desde luego necesario para ubicarnos en la intención concreta del activo, pero no es la determinante, ni para la concreción de la tentativa, ni para sustentar la razón de su punibilidad.

La problemática de la tentativa no culmina en la toma de postura sobre la corriente teórica que se asuma. Sistemáticamente, se agudizarán las controversias al orientarla -sea cual fuere-, en las particularidades de las estructuras típicas y en algunas modalidades de su actuación. Piénsese sólo a manera de ejemplo, en las dificultades para determinar la tentativa en los delitos de mera actividad o los cualificados por el resultado. Así mismo, las controversias sistemáticas para determinar la tentativa en los tipos cometidos a través de la comisión por omisión, los tipos de omisión simple, en las *actio liberae in causa*, en la autoría mediata; la controversia de su actualización en el dolo eventual, incluso, en el propio delito imprudente, en los delitos continuados, etc.

Pero esta gran cantidad de problemas no deben propiciar desánimo. Es parte de la esencia de la evolución científica del Derecho Penal. Lo que sí resulta desalentador es el sacrificio que se hace de las construcciones sistemáticas y su contenido político criminal, cuando se tipifican comportamientos aún distantes de toda lesión del bien jurídico. Es una salida fácil para evadir el carácter garantista que debe caracterizar a la estructura sistemática de la tentativa.

En fin, parece ser que la discusión es interminable como también la detección de nuevos problemas.

BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, Rafael: *Tentativa y formas de autoría sobre el comienzo de la realización típica*, Edisofer, Madrid, 2001.

BACIGALUPO, Enrique: *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Temis, Bogotá, 1994.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: "Algunos aspectos dogmáticos y su solución en el Nuevo Código Penal Español", en *Revista Penal*, No. 1, Praxis Barcelona, 1998.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio / ARROLLO ZAPATERO, Luis / GARCÍA RIVAS, Nicolás / FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos / SERRANO PIEDECASAS, José Ramón: *Lecciones de Derecho Penal*, Praxis, Barcelona, 1996.

BORJA SORIANO, Emiliano: "Algunos planteamientos en la teoría jurídica del delito en Alemania, Italia y España", en: *Cuadernos de Política Criminal*, No. 63, Edersa, Madrid, 1997.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl: *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, Tomo II 4ª edición, Antigua Librería Robredo, México, 1956.

CARRARA, Francesco: *Derecho Penal* (obra compilada y editada), traducción y compilación de: Enrique Figueroa Alfonso, Harla, México, 1993.

CASSIRER, Ernest: *El problema del conocimiento I*, trad.: Wenceslao Roces, (1ª edición, en alemán: 1906), Fondo de Cultura Económica, México, 1953.

CASTELLANOS TENA, Fernando: *Lineamientos elementales del Derecho Penal, Parte General*, 21ª edición, Porrúa, México, 1985.

FARRÉ TREPAT, Elena: *La tentativa del delito (doctrina y jurisprudencia)*, Bosch, Barcelona, 1986.

- "Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en las *actio liberae in causa*", en *Escritos de Política Criminal*, XIII, Madrid, 1990.

FROMEL, Monika: "Los orígenes de la teoría final de la acción de Welzel", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fascic. II, Tomo XLIII, trad.: Francisco Muñoz Conde, Madrid, 1989.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique: *Autor y cómplice en el Derecho Penal*, Tecnos, Madrid, 1996.

GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo: *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, 2ª edición, Porrúa, México, 1993.

GRAMÁTICA, Filippo: *Principios de Derecho Penal Subjetivo*, trad.: Juan del Rosal y Víctor Conde, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1941.

JAKOBS, Günther: "Superación del pasado mediante el Derecho Penal", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, No. 47, fascic II, Madrid, 1994.

- *Derecho Penal, Parte General*, trad.: Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*, trad.: Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Civitas, Madrid, 1996.
- *Estudios de Derecho Penal*, traducción y estudio preliminar de: Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1997.

JESCHECK, Hans Henrich: *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, 4ª edición, trad.: José Luis Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano: *Derecho Penal Mexicano*, Tomo I, 4ª edición, Porrúa, México, 1983.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Derecho Penal, Parte General, los fundamentos de extensión de la tipicidad*, Tomo III, Lenyfor, Siglo XXI, España.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo: *Introducción al estudio del Derecho Penal*, 2ª edición, Porrúa, México, 1994.

LUHMANN, Niklas: *Sistema Jurídico y dogmática jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

MAGGIORE, Guisepe: *Derecho Penal*, volumen II, Temis, Bogotá, 1972.

MALO CAMACHO, Gustavo: *Tentativa del delito*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México, 1971.

- *Derecho Penal Mexicano*, 3ª edición, Porrúa, México, 2000.

MEZGER, Edmund: *Derecho Penal*, trad.: Arturo Rodríguez Muñoz, 2ª edición, Cárdenas editor, México, 1990.

MIR PUIG, Santiago: "El sistema del Derecho Penal en la Europa actual", en (VV.AA): *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho Penal* (Libro Homenaje a Claus Roxin) edición española a cargo de: Jesús María Silva Sánchez, coord.: B Schünemann y J. De Figueiredo Dias, Bosch, Barcelona, 1995.

- *Derecho Penal, Parte General*, 5ª edición, Reppertor, Barcelona, 1998.

MUÑOZ CONDE, Francisco: *El desistimiento voluntario de cometer delito*, Bosch, Barcelona, 1972.

- *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo blanch, Valencia, 1973.
- *Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo. (los orígenes ideológicos de la polémica entre causalismo y finalismo)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto: *Curso de Derecho Penal, Parte General*, Porrúa, México, 1999.

PALACIOS VARGAS, Ramón: *La tentativa*, Cárdenas, México, 1979.

PAVÓN VASCONCELOS, Francisco: *Manual de Derecho Penal Mexicano, Parte General*, 9ª edición, Porrúa, México, 1990.

POLAINO NAVARRETE, Miguel: *El bien jurídico en el Derecho Penal*, publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Derecho Penal, Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 1989.

REY SANFIZ, Luis Carlos: *La tentativa Jurídico – Penal (acercamiento al tratamiento doctrinal del fundamento de los criterios de imputación entre naturalismo y normativismo)*, Cuadernos "Luis Jiménez de Asúa", Dicción, Madrid, 2001.

REYNOSO DÁVILA, Roberto: *Teoría General del Delito*, Porrúa, México, 1995.

ROXIN, Claus: *Política criminal y sistema de Derecho Penal*, traducción e introducción de Francisco Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1972.

SÁINZ CANTERO, José A.: *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1989.

SOLÁ RECHE, Esteban: *La llamada "tentativa inidónea" de delito. Aspectos básicos*, Comares, Granada, 1996.

TIEDEMANN, Klaus: "Exigencias fundamentales de la Parte General y propuesta legislativa para un Derecho Penal europeo", en *Revista Penal*, No. 3, trad.: Adán Nieto Martín, Praxis, Barcelona, 1999.

VON LISZ, Franz: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, trad.: Luis Jiménez de Asúa, Madrid.

WELZEL, Hans: *La teoría de la acción finalista*, trad.: Carlos Fontán Balestra en colaboración con Eduardo Friker, Depalma, 1951.

– *Derecho Penal alemán, Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, 11ª edición, Chile, 1976.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl: *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Cárdenas, México, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl / LAGIA, Alejandro / SLOKER, Alejandro: *Derecho Penal, Parte General*, Porrúa, México, 2001.

LEGISLACIÓN

Código Penal Italiano.

Código Penal para el Estado de Coahuila.

Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Durango.

Código Penal para el Estado de Guanajuato.

Código Penal para el Estado de Hidalgo.

Código Penal para el Estado de Nuevo León.

Código de Defensa Social del Estado Libre y Soberano de Puebla.

Código Penal para el Estado de Quintana Roo.

Código Penal para el Estado de San Luis Potosí.

Código Penal para el Estado de Sinaloa.

Código Penal para el Estado de Sonora.

Código Penal para el Estado de Tabasco.

Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Tlaxcala.

Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.