

Qc. 4

TD/766
T.I

Tesis doctoral



El delito de tentativa

Yesid Reyes Alvarado

Octubre de 2014

Tomo I

30 cm
961x

El delito de tentativa

1. Planteamiento del problema
2. Fundamento de su punibilidad
 - 2.1. Concepciones naturalistas
 - 2.1.1. Teorías objetivas
 - 2.1.1.1. La relación causal hipotética
 - 2.1.1.2. El peligro objetivo de realización de un tipo delictivo concreto
 - 2.1.2. Teorías subjetivas
 - 2.1.3. Teorías mixtas
 - 2.2. Concepciones valorativas
 - 2.2.1. Teoría del defecto del tipo
 - 2.2.2. Teoría de la impresión
 - 2.2.3. Teoría normativa
3. Naturaleza jurídica y ubicación sistemática
 - 3.1. La tentativa de delito
 - 3.2. El delito de tentativa
4. La imputación objetiva en la tentativa.
 - 4.1. Creación de riesgos jurídicamente desaprobados
 - 4.2. La realización del riesgo en el resultado
 - 4.2.1. Concepto de resultado
 - 4.2.2. El conocimiento como elemento del dolo
 - 4.2.2.1. La tentativa idónea
 - 4.2.2.2. La tentativa inidónea
 - 4.2.2.2.1. En las teorías objetivas
 - 4.2.2.2.1.1. Inidoneidad del objeto
 - 4.2.2.2.1.2. Inidoneidad del medio
 - 4.2.2.2.2. En las teorías subjetivas
 - 4.2.2.2.3. En las teorías mixtas
 - 4.2.2.2.4. En la teoría del defecto del tipo
 - 4.2.2.2.5. En la teoría de la impresión
 - 4.2.2.2.6. En la teoría normativa
 - 4.2.2.3. Tentativa irreal o supersticiosa
 - 4.2.2.3.1. Diferencias con la tentativa inidónea
 - 4.2.2.3.2. Los casos de “burda incompreensión”
 - 4.2.2.4. Delito putativo

- 4.2.2.4.1. El error sobre la existencia de una prohibición
- 4.2.2.4.2. El error sobre la existencia de una justificante
- 4.2.2.4.3. El error sobre la adecuación típica de la conducta
 - 4.2.2.4.3.1. Diferencias con la tentativa inidónea
 - 4.2.2.4.3.2. Elementos normativos del tipo
 - 4.2.2.4.3.3. La “inidoneidad del autor”
- 4.2.3. La intencionalidad
 - 4.2.3.1. La tentativa dolosa
 - 4.2.3.2. La tentativa imprudente
 - 4.2.3.3. La determinación condicionada
- 4.2.4. La relación causal
- 4.2.5. ¿Falta de consumación imputable al autor?
- 5. El comienzo de realización de la acción típica
 - 5.1. Concepto (la impunidad de los actos preparatorios)
 - 5.2. Determinación (Límites entre preparación y tentativa)
 - 5.2.1. Teorías objetivas
 - 5.2.1.1. Teoría objetiva-formal
 - 5.2.1.2. Teoría objetiva-material
 - 5.2.1.3. Teoría del peligro objetivo inminente
 - 5.2.1.4. Teoría de las esferas de protección
 - 5.2.1.5. Teoría de la univocidad de la conducta
 - 5.2.2. Teorías subjetivas
 - 5.2.3. Teoría de la impresión
 - 5.2.4. Teoría normativa
- 6. Punibilidad de la tentativa
 - 6.1. Igual punibilidad que para el delito consumado
 - 6.2. Menor punibilidad que para delito consumado
 - 6.3. Atenuación facultativa de la pena
 - 6.4. En las contravenciones
- 7. Particularidades
 - 7.1. Tentativa en la coautoría
 - 7.1.1. Solución individual
 - 7.1.2. Solución global
 - 7.2. Tentativa en la autoría mediata
 - 7.2.1. Solución global

- 7.2.2. Solución individual
- 7.3. Tentativa y participación
 - 7.3.1. La participación en la tentativa
 - 7.3.2. La tentativa de participación
 - 7.3.2.1. La tentativa de complicidad
 - 7.3.2.2. La tentativa de instigación
- 7.4. Tentativa en los delitos cualificados por el resultado
- 7.5. Tentativa en las omisiones
 - 7.5.1. Tentativa en las omisiones propias
 - 7.5.2. Tentativa en las omisiones impropias
- 7.6. Tentativa en los delitos de mera actividad
- 7.7. Tentativa en la *actio libera in causa*
 - 7.7.1. La acción precedente
 - 7.7.2. El comienzo de ejecución del incapaz
- 7.8. Tentativa en los delitos a distancia o con posibilidad de revocación
- 7.9. Tentativa de actos preparatorios punibles
- 7.10. Tentativa en los delitos de emprendimiento
- 7.11. Tentativa en las tentativas punibles como delitos consumados
- 7.12. Tentativa en los delitos de peligro
- 7.13. Tentativa en las justificantes sin conciencia

CAPÍTULO UNO

1. Planteamiento del problema.-

Los sucesos acaecidos en la noche comprendida entre aquellos seis (6) y siete (7) de noviembre no sólo colocaron a la clase gobernante en una difícil situación, sino que habrían de conmocionar durante un largo período a una sociedad poco acostumbrada a manifestaciones de violencia de tal magnitud. No aludo aquí al año 1985 de nuestra era, en el que tuvieron lugar la toma guerrillera del Palacio de Justicia colombiano y su posterior liberación violenta por parte del gobierno con evidente desprecio por la vida de los rehenes, un centenar de los cuales perdieron la vida como consecuencia de la irracional y cruenta solución del conflicto. Me refiero a acontecimientos que también tuvieron lugar la noche del seis al siete de noviembre, pero del año 63 antes de la era cristiana; durante aquella noche, Catilina puso en marcha un plan para dar muerte a Cicerón, objetivo que no pudo alcanzar por circunstancias ajenas a su voluntad. El enjuiciamiento de Catilina y sus seguidores permitió a CICERÓN redactar uno de sus más bellos y conocidos trabajos (Las Catilinas), en el que se refirió expresamente al intento de muerte del que fue víctima aquella noche¹. Esta ha sido quizás la primera vez en que se ha aludido dentro de un juicio penal al fenómeno de la tentativa, caracterizado por el propio Cicerón mediante la expresión "*conatus*"².

Sin embargo, desde el punto de vista "legislativo", probablemente haya sido PLATÓN el primero en ocuparse del tratamiento de la tentativa, en el desarrollo de uno de sus últimas obras: Las Leyes³. Aun cuando no existe total acuerdo respecto del año exacto en el que el texto fue confeccionado, parece haberlo en el sentido de

¹ Cfr. Marco Tulio CICERÓN, *Catilinas*, Instituto de Estudios políticos, Madrid, 1961, traducción de María Casilda Gutiérrez de Albeniz; en los capítulos V y VI de esta obra puede verse una reiterada alusión de CICERÓN al "intento" de homicidio fraguado en su contra.

² Aun cuando la versión española que de las *Catilinas* he consultado emplea la expresión "intento", en el original latino el vocablo empleado fue el de "*conatus*". Cfr. *ibídem*, págs. 8 (dentro del capítulo V) y 11 (dentro del capítulo VI).

³ Desde este punto de vista general no tendría entonces razón BAUMANN al sostener que la punibilidad de la tentativa es característica de un derecho penal moderno; cfr. Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER, *Strafrecht — Allgemeiner Teil*, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 9. Auflage, 1985, pág. 468.

considerar que estuvo terminado (por lo menos parcialmente, pues algunos afirman que con posterioridad pudo haber sido completado por algún discípulo suyo) poco antes de la muerte de PLATÓN, acaecida en el año 347 antes de la era cristiana. En dicho escrito se describe la tentativa (aun cuando referida solamente al delito de homicidio) y se señalan las penas que deberían imponerse, las cuales variaban dependiendo básicamente de las relaciones existentes entre el autor y la víctima⁴.

Pese a estas aisladas referencias al fenómeno de la tentativa, parece claro que su reconocimiento como una estructura autónoma dentro de la ciencia penal no es muy antiguo⁵. Es verdad que en el derecho romano se contemplaba la sanción de determinadas conductas que hoy corresponderían a lo que conocemos con el nombre de tentativas⁶; pero la punición de dichos comportamientos sólo era viable siempre que fueran subsumibles directamente en una norma penal que la sancionara expresamente⁷. Es decir, que si bien algunas acciones que hoy podríamos considerar como constitutivas de tentativa eran punibles por estar expresamente recogidas en alguna norma, no existía una figura general que permitiera abarcar el fenómeno de la tentativa y hacerlo predicable de cualquier delito autónomo⁸.

Cierto es que mediante la invocación a una descripción típica tan amplia como la que del delito de injuria se hacía en el antiguo

⁴ Por lo que respecta al concepto de tentativa, afirmó PLATÓN: "si alguien, proyectando matar a alguna persona amiga —salvo en los casos en que lo permita la ley—, la hiere sin poder matarla, el que de esa manera proyecta y hiere no merece compasión, antes bien, sin mayor miramiento que a aquel que realmente ha matado ha de someterse a proceso por homicidio". PLATÓN, *Las Leyes*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, Tomo II, traducción de José Manuel Pabón y Manuel Fernández-Galiano, págs. 135. En lo relacionado con las diversas penas que debería acarrear la tentativa, cfr. *ibidem*, pág. 136.

⁵ Desde esta perspectiva, es decir, examinando la tentativa como figura autónoma, asiste razón a BAUMANN cuando califica la punibilidad de la tentativa como una característica del derecho penal moderno; cfr. Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER, ed. cit., pág. 468.

⁶ Con expresas referencias a la Lex Cornelia, cfr. Heinrich-Albert ZACHARIA, *Die Lehre vom Versuch der Verbrechen, erster Theil*, Dieterischen Buchhandlung, Göttingen, 1836, págs. 117, 140, 141 y 165.

⁷ Cfr. Heinrich-Albert ZACHARIA, ed. cit., erster Theil, págs. 106, 110, 122, 144 y 165.

⁸ Entre quienes sostienen que en el antiguo derecho romano no existía una regla general que contemplara la figura de la tentativa, cfr. Ludwig von BAR, *Zur Lehre von Versuch und Teilnahme am Verbrechen*, Hahn'sche Hofbuchhandlung, Hannover, 1859, pág. V, nota 1; Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER, ed. cit., pág. 468; Heinrich-Albert ZACHARIA, ed. cit., erster Theil, págs. 106, 117, 140, 141, 165.

derecho romano, era posible la punición de casi todas las conductas que modernamente serían consideradas como tentativas, pues la mayoría de ellas suponía un ataque a bienes jurídicos para cuya protección se había erigido el delito de injurias⁹. Pero ni siquiera esta forma indirecta de sanción permite sostener que en el antiguo derecho romano era ya conocida una figura autónoma de la tentativa, sino que, por el contrario, el rodeo que debía hacerse para poder sancionar tales comportamientos permite afirmar que en aquella época no existía una distinción entre el delito tentado y el consumado¹⁰, como al parecer tampoco existió en el antiguo derecho canónico¹¹.

Quien de forma desprevenida observara las definiciones más generales y frecuentes que a nivel doctrinal suelen ofrecerse de la figura de la tentativa, como el comienzo de la ejecución de una acción delictiva sin lograr su consumación¹², podría llegar a imaginar que existiendo amplio consenso respecto de esta noción básica, se trata de un tema dogmático de escasa complejidad¹³. ¡Nada más distinto de la realidad!. Los interrogantes en torno del

⁹ Así, por ejemplo, el penetrar en una casa sin el consentimiento del propietario era considerado como un delito de injuria, de tal manera que quien en tales circunstancias fuera sorprendido "intentando" un hurto, podía ser sancionado como autor de un delito de injuria, pero sólo en razón de haber penetrado en un inmueble ajeno sin autorización de su propietario, y sin que ello supusiera una sanción específica por una "tentativa de hurto". Al respecto —citando a Ulpiano—, cfr. Heinrich-Albert ZACHARIA, ed. cit., erster Theil, págs. 144 y 145.

¹⁰ Cfr. Heinrich-Albert ZACHARIA, ed. cit., erster Theil, pág. 122.

¹¹ Cfr. Ludwig von BAR, *Die Lehre...*, ed. cit., pág. V nota 1; Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER, ed. cit., pág. 408; Heinrich-Albert ZACHARIA, ed. cit., erster Theil, pág. 168.

¹² Para algunas definiciones de tentativa, comprensivas de estos que podrían denominarse "elementos esenciales" de la figura, cfr. Robert von HIPPEL, *Deutsches Strafrecht* Scientia Verlag, Aalen, 2. Band, 1971 (Neudruck der Ausgabe Berlin 1930), pág. 395; Luis JIMENEZ DE ASUA, *Tratado de Derecho Penal*, editorial Losada S. A., Buenos Aires, Tomo VII, 2ª edición, 1977, pág. 495; Eberhard SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht — Allgemeiner Teil*, Lehrbuch, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1975, 2. Auflage, § 15/1, pág. 587; Otto TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht — Allgemeiner Teil*, Springer-Verlag, Wien-New York, 1985, pág. 352; Johannes WESSELS, *Strafrecht — Allgemeiner Teil*, C. F. Müller juristischer Verlag, Heidelberg, 1989, 19. Auflage, pág. 176; Heinrich-Albert ZACHARIA, ed. cit., erster Theil, pág. 1.

¹³ De hecho, la escasa bibliografía que sobre el particular existe en los países hispanoparlantes (tanto a nivel de artículos como de monografías), deja la impresión de que se otorga poca importancia al tema, como si en verdad se tratase de un fenómeno carente de complejidad. En contraste, sobresale la enorme proliferación de escritos sobre el particular en Alemania e Italia, donde los problemas de la tentativa se vienen debatiendo con especial vehemencia, y casi ininterrumpidamente, desde los albores del siglo XIX.

fundamento de la punibilidad de la tentativa y respecto del momento en que ella surge a la vida jurídica como conducta relevante para el derecho penal, han sido motivo de enconada discusión desde el momento mismo en que el concepto se integró al mundo jurídico, y constituyen uno de los problemas más trascendentales¹⁴ y de más difícil solución en la ciencia del derecho penal¹⁵.

Dada la enorme dificultad que plantea el dar respuesta a inquietudes como las acabadas de reseñar, no es de extrañar que muchas veces se haya afirmado que cuantos esfuerzos se realicen para establecer la frontera entre preparación impune y tentativa punible están de antemano condenados al fracaso¹⁶. Pero la importancia de la tentativa —que impide renunciar anticipadamente a la solución de los problemas que ella plantea— no radica tanto en la dificultad misma de fundamentar su punibilidad y establecer sus linderos, como en la circunstancia de afectar al núcleo del derecho penal¹⁷: la delimitación entre aquellas conductas que merecen una sanción penal y las que deben permanecer impunes¹⁸.

¹⁴ ALCÁCER GUIRAO afirma que fue la tentativa la que llevó a la doctrina mayoritaria a aceptar el traslado del dolo desde la culpabilidad hasta el injusto; cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, El juicio de adecuación de la conducta. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLIX, Madrid, 1996, pág. 497.

¹⁵ Ya a comienzos del siglo XIX precisaba MITTERMAIER que la tentativa pertenece a aquellas teorías que dentro del derecho penal se consideran como de más difícil solución; cfr. Carl Joseph Anton MITTERMAIER, Beiträge zur Lehre vom Versuche der Verbrechen, in Neues Archiv des Criminalrechts (NACR), Halle, 1816, ersten Bandes, pág. 163. Entre quienes en tiempos más recientes destacan la importancia y complejidad del fenómeno de la tentativa, cfr. Dietrich KRATZSCH, Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, Duncker & Humblot, Berlin, 1989, pág. 17.

¹⁶ Al respecto, cfr. infra. 5.

¹⁷ MOLINA advierte, con razón, que "La inserción de la tentativa en el sistema de la teoría del delito ha planteado siempre muchas dificultades"; cfr. Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, Antijuridicidad penal y sistema del delito, J. M. Bosch editor, Barcelona, 2001, pág. 753.

¹⁸ Cfr. Manuel CANCIO, Überlegungen zu einer gemeineuropäischen Regelung des Versuchs, en Wirtschaftstrafrecht in der Europäischen Union, Carl Heymann Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 2002, pág. 170; Manuel CANCIO MELIÁ, Consideraciones sobre una regulación común europea de la tentativa, en Revista Canaria de Ciencias penales, Instituto Iberoamericano de Política Criminal y Derecho Penal Comparado, número 5, 2000, pág. 38; Rainer ZACZYK, Das Unrecht der versuchten Tat, Duncker & Humblot, Berlin, 1989, pág. 17.

CAPÍTULO DOS

2. Fundamento de su punibilidad.-

Un estudio sobre el fenómeno de la tentativa debe comenzar necesariamente con el análisis de las razones por las que el derecho penal considera oportuno reaccionar frente a esta clase de comportamientos mediante la aplicación de una sanción, puesto que sin que previamente se haya tomado posición sobre este tópico, resulta imposible abordar con claridad otra clase de problemas como el de la delimitación entre los actos preparatorios y ejecutivos o el del fundamento de la impunidad en el desistimiento¹⁹.

Pese a que usualmente se habla del fundamento de la punibilidad de conductas como las que configuran la tentativa, resulta evidente que el examen sobre el merecimiento de la pena en tales hipótesis no debe recaer sobre la conducta en sí misma, sino sobre el autor de dicha actividad, pues sólo respecto de él tiene sentido discutir si merece o no que le sea aplicada una sanción penal²⁰. No es que el análisis del comportamiento carezca por completo de significación, sino que él no tiene relevancia para el derecho penal sino cuando es puesto en relación con el autor; la necesidad de que el juicio sobre el merecimiento de una sanción penal examine tanto la conducta como el autor, se pone de manifiesto en las múltiples oportunidades en las que el resultado de dicho juicio es diverso respecto de *conductas idénticas* que han sido desplegadas por dos *sujetos diversos*²¹. Así, por ejemplo, la misma conducta que siendo desarrollada por un inimputable no merece sanción penal, puede dar lugar a la aplicación de una pena respecto del imputable, y si el mismo comportamiento que es ejecutado por una persona en posición de garante originaría una sanción penal, no merece reproche punitivo cuando es llevado a cabo por un sujeto que carece de ella.

La ya antigua polémica respecto del fundamento de la punibilidad de la tentativa se ha venido planteando en derredor de dos concepciones básicas que tanto la doctrina como la jurisprudencia caracterizan con

¹⁹ Cfr. Günther JAKOBS, *Strafrecht — Allgemeiner Teil*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1991, 2. Auflage, § 25/13, pág. 709.

²⁰ Sobre esta precisión conceptual, cfr. Heiner ALWART, *Strafwürdiges Versuchen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1982, págs. 21, 35 y 42.

²¹ Cfr. Heiner ALWART, *Strafwürdiges...*, ed. cit., págs. 42, 43.

las expresiones de "teorías objetivas" y "teorías subjetivas". No obstante la ardua polémica que han mantenido durante los últimos doscientos años los partidarios de una y otra teorías —generando así la impresión de que se trata de dos concepciones irreconciliables—, es preciso reconocer que tratándose de dos formas diversas de examinar el fenómeno de la tentativa desde el punto de vista ontológico²², ambas padecen el defecto de llevar a cabo un análisis parcial del problema. En verdad, ningún sentido tiene la disputa sobre si el fundamento de la punibilidad en la tentativa es la "intención delictiva" o la "exteriorización" de una voluntad criminal, puesto que desde el punto de vista ontológico (que es —insisto— el punto de partida de estas dos concepciones) resultan imprescindibles tanto el aspecto objetivo como el subjetivo de todo comportamiento humano²³. Por ello —como al final han venido reconociéndolo paulatinamente los partidarios de una y otra teorías— resulta imposible que los defensores de una tesis objetiva desconozcan toda importancia al aspecto subjetivo, como inimaginable resulta también que los sostenedores de una concepción subjetiva nieguen toda relevancia al aspecto objetivo de la tentativa²⁴.

Ante la evidencia de que el análisis del problema no puede ser convenientemente abordado sin tener en cuenta que desde el punto de vista ontológico esas conductas (como todo comportamiento humano) suponen la indiscutible presencia de factores objetivos y subjetivos, debe afirmarse que la diferencia entre las antiguas teorías objetivas y subjetivas que pretenden fundamentar la punibilidad de la tentativa, radica sólo en el diferente acento que ellas colocan en uno de los dos aspectos integrantes de la conducta. Así, los objetivistas dan prevalencia a la exteriorización del comportamiento (aspecto

²² El hecho de que (como a continuación se verá) la discusión se centre sobre si es más importante la "intención delictiva" que "el movimiento corporal" que la exterioriza, es lo que me lleva a catalogar de "ontológicos" a estos intentos de fundamentación de la punibilidad de la tentativa.

²³ Ya BÜNGER decía a finales del siglo XIX que deseo y contracción muscular son sólo distintas partes de la misma cosa: la acción; por eso para dicho autor la acción es externamente movimiento corporal e internamente deseo; cfr. BÜNGER, *Über Vorstellung und Wille als Elemente der subjektiven Verschuldung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Verlag von J. Guttentag, Berlin und Leipzig, 6. Band, 1886, pág. 307. Más recientemente ha insistido ZACZYK en que la tentativa supone una especial relación entre lo interno y lo externo representando, por tanto, una mediación entre lo objetivo y lo subjetivo; cfr. Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., pág. 18.

²⁴ Cfr. Günter SPENDEL, *Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie*, in *Festschrift für Ulrich Stock*, Holzner Verlag, Würzburg, 1966, págs. 94 y 95.

objetivo) frente a la intención delictiva (aspecto subjetivo), y los subjetivistas conceden prelación a la voluntad criminal (aspecto subjetivo) frente a su manifestación corporal (aspecto objetivo)²⁵.

Por su parte, la mayoría de las denominadas "concepciones mixtas" sobre el fundamento de la punibilidad de la tentativa, no hacen nada diverso de reconocer expresamente que es imposible la comprensión del fenómeno sin el examen de los dos aspectos mencionados²⁶, y usualmente se trata también de teorías en las que se da preeminencia, a veces a los factores objetivos, a veces a los subjetivos; desde este punto de vista, su principal mérito frente a las concepciones "puramente" objetivas y subjetivas, consiste en el reconocimiento expreso de que les resulta imposible prescindir de los dos elementos que componen toda conducta humana.

Por consiguiente, pese a que la doctrina ampliamente mayoritaria acostumbra a exponer lo relacionado con el fundamento de la punibilidad en la tentativa con base en el examen de las teorías objetivas, subjetivas y mixtas²⁷, aquí se abordará con ayuda de una clasificación diversa, en la que, sin embargo, no se desconoce la importancia de las formulaciones objetiva y subjetiva tradicionales. Por ello, a pesar de que podría sostenerse que la usual clasificación entre teorías objetivas y subjetivas puede ser todavía de gran ayuda como un instrumento auxiliar metódico para facilitar al lector la comprensión del problema en estudio²⁸, prefiero dividir en dos grandes bloques las concepciones sobre el fundamento de la punibilidad: en el primero de ellos se agrupan todas aquellas tesis que asentadas sobre presupuestos marcadamente ontológicos discuten si la tentativa merece un reproche penal dada la existencia de una voluntad delictiva, en virtud de manifestaciones exteriores

²⁵ Cfr. Günter SPENDEL, Zur Notwendigkeit des Objektivismus im Strafrecht, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1953, 65. Band, pág. 521; Günter SPENDEL, Stock-Festschrift, ed. cit., págs. 94 y 95.

²⁶ Aludo aquí sólo a la "mayoría" de las teorías mixtas, puesto que alguna parte de la doctrina incluye dentro de ellas a la denominada teoría de la impresión, que en realidad corresponde a una concepción normativa y no ontológica; sobre el contenido de esta teoría, cfr. infra. 2.2.2.

²⁷ Sobre el predominio de estas teorías en lo atinente a la explicación de la punibilidad de la tentativa, cfr. Manuel CANCIO, Überlegungen..., ed. cit., pág. 175; Manuel CANCIO MELIA, Consideraciones..., ed. cit., pág. 41; en sentido similar, cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, El juicio de adecuación..., ed. cit., pág. 497.

²⁸ Así, por ejemplo, Rainer ZACZYK, Das Unrecht..., ed. cit., pág. 18.

censurables, o por la conjunción de dichos factores objetivos y subjetivos. En un segundo grupo se examinarán las teorías que, abandonando el plano estrictamente ontológico, pretenden fundamentar la punibilidad de la tentativa desde un punto de vista primordialmente valorativo (o normativo, si se prefiere la expresión).

La preferencia por esta sistematización de las mencionadas teorías se deriva del reconocimiento previo de que la posición que se adopte en torno del fundamento de la punibilidad de la tentativa está estrechamente vinculada con la que se tenga de la teoría del delito se tenga²⁹. Así, por ejemplo, los partidarios de tesis estrictamente causalistas o puramente finalistas del injusto sólo pueden comprender la tentativa desde un punto de vista naturalístico, en cuanto sus concepciones del delito obedecen a parámetros estrictamente ontológicos³⁰. Pero en la medida en que se ha abandonado de forma total o parcial una visión puramente naturalista del sistema penal, han venido surgiendo teorías que —sin desconocer el factor ontológico que subyace a toda acción humana— pretenden explicar la punibilidad de la tentativa sobre argumentaciones valorativas, abandonando así la exclusiva referencia a problemas naturalísticos.

Dada la estrecha relación entre la concepción que se tenga de la teoría del delito y la que se posea respecto de la fundamentación de la punibilidad en la tentativa, no es de extrañar que la correcta explicación del delito intentado suela ser tenida como "piedra de toque" o "prueba de fuego" de los sistemas penales³¹; así, por ejemplo, cuando con el finalismo se pudo otorgar una explicación de la tentativa aparentemente compatible con dicha teoría del delito, sus

²⁹ Cfr. Elena FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, editorial Bosch, Barcelona, 1986, pág. 32; Dietrich KRATZSCH, *Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel (§ 22 StGB) — ein absolut untauglicher Versuch?*, in *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1983, págs. 421 y 422; Dietrich KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung...*, ed. cit., pág. 86; Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., pág. 17.

³⁰ Sobre la base ontológica común que poseen las escuelas causalista y finalista de la teoría del delito, cfr. Yesid REYES ALVARADO, *Fundamentos teóricos de la imputación objetiva*, en *Anuario de Derecho Penal y Criminología (ADPCP)*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, págs. 936 y siguientes; también en Yesid REYES ALVARADO, *La imputación objetiva*, editorial Temis, Bogotá, 2005, 3ª edición, págs. 53 a 61.

³¹ Cfr. Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, *Strafrecht — Allgemeiner Teil*, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, Teilband 2, 1989, 7. Auflage, pág. 13; Dietrich KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung...*, ed. cit., pág. 86; Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., pág. 17.

partidarios reclamaron para sí la ventaja de poder operar coherentemente aun en el ámbito del delito intentado, cosa que no podían argumentar tan claramente en su favor los causalistas.

2.1. Concepciones naturalistas.-

Dentro de éste epígrafe se hará referencia a las tradicionales teorías objetivas y subjetivas, así como a las concepciones mixtas sobre el fundamento de la punibilidad de la tentativa, en cuanto se trata de tesis en las que la referencia a conceptos ontológicos desempeña un papel preponderante. Por ello, si bien resulta innegable que en la exposición de las mismas son importantes conceptos valorativos como el de la peligrosidad (bien del hecho, en las tesis objetivas, bien del autor, en las concepciones subjetivas), la sola referencia a nociones ajenas al mundo de lo natural no puede hacer perder de vista que se trata de tesis edificadas fundamentalmente sobre conceptos ontológicos como el de la relación de causalidad en las teorías objetivas o el de la intencionalidad del comportamiento en las tesis subjetivas. Se trata pues, del mismo motivo que en otro lugar me ha llevado a sostener que las concepciones causalista y finalista de la teoría del delito responden por igual a una estructura naturalística del hecho punible³².

2.1.1. Teorías objetivas.-

Dentro de las teorías que la doctrina suele analizar bajo la denominación de objetivas pueden distinguirse históricamente dos planteamientos diversos, que si bien están contruidos sobre el supuesto de que lo determinante para que se configure una tentativa es la existencia de un peligro para el bien jurídico, difieren en cuanto a la forma en que esa peligrosidad debe determinarse; la primera de ellas (que lo es desde una perspectiva histórica) trabaja sobre una noción de causalidad hipotética, mientras la segunda está contruida a partir del concepto de peligro objetivo de realización de un tipo delictivo concreto.

³² Cfr. Yesid REYES ALVARADO, ADPCP 1992, ed. cit., págs. 936 y siguientes; Yesid REYES ALVARADO, La imputación..., ed. cit., págs. 53 a 61.

2.1.1.1. La relación causal hipotética.-

En su presentación objetiva más antigua, el fundamento de la punibilidad de la tentativa estaba estrechamente relacionado con la relación de causalidad que por entonces constituía el eje en derredor del cual giraba la determinación del injusto penal. Por consiguiente, entendió FEUERBACH que la tentativa es punible cuando la acción, en su configuración externa, esté en relación causal con el delito pretendido, es decir, cuando desde este punto de vista dicha acción sea objetivamente peligrosa³³. Nótese que aun cuando el propio FEUERBACH precisara a continuación que la razón por la cual debe ser punible la tentativa radica en la "peligrosidad para el bien jurídico"³⁴, esa expresión (eminente valorativa) de peligrosidad debería ser determinada siempre desde una perspectiva naturalística con arreglo a la relación de causalidad, vale decir, examinando en cada caso concreto si desde un punto de vista general (es decir objetivamente) existía un vínculo causal entre la acción del sujeto y el resultado proyectado (pero finalmente no acaecido)³⁵.

Conforme a la opinión mayoritaria, las pretensiones de explicar el injusto penal desde la perspectiva de la relación de causalidad tenían como presupuesto la existencia real de una acción (causa) y de un resultado o modificación del mundo exterior (efecto), por lo que su pretendida validez sólo podía ser referida a los delitos que supusieran la producción de resultados. Por consiguiente, como la tentativa ha sido tradicionalmente caracterizada por la ausencia de dicho resultado, la fundamentación de su punibilidad requería una explicación diversa³⁶, que en la propuesta de FEUERBACH consistía en el examen de una relación causal que hipotéticamente existiría entre el factor conocido (la acción desplegada por el sujeto) y el inexistente resultado que pretendía el autor.

La doctrina ha criticado esta propuesta con el argumento de que para poder determinar si la conducta desarrollada por el autor estaba en

³³ Cfr. Paul Johann Anselm Ritter von FEUERBACH, *Lehrbuch des Peinlichen Rechts* (herausgegeben von Carl Joseph Anton MITTERMAIER), Georg Friedrich Heyer's Verlag, Giessen, 1847, 14. Auflage, pág. 71.

³⁴ Cfr. Paul Johann Anselm Ritter von FEUERBACH, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 72.

³⁵ Cfr. Biagio PETROCELLI, *Il delitto tentato*, Padova, Milani, seconda ristampa, 1966, pág. 25.

³⁶ Cfr. Peter ALBRECHT, *Der untaugliche Versuch*, Helbing & Lichtenbahn, Basel und Stuttgart, 1973, págs. 6 y 7.

una relación causal "hipotética" con el resultado no sobrevenido, sería indispensable saber con certeza que —de no haber existido la interrupción efectivamente acaecida— dicha acción hubiera provocado el resultado³⁷, pues cualquier duda sobre ello debería resolverse en favor del procesado mediante la aplicación del *in dubio pro reo*.

Sobre ese supuesto, se afirma que es imposible sostener con absoluta seguridad que un comportamiento habría sido causal, pues siempre es imaginable que el autor pueda fracasar en su intento por conseguir el resultado³⁸, ya que su sobrevenición depende no sólo de la voluntad del sujeto sino también de factores casuales que escapan al control del propio autor³⁹.

También se afirma que aun admitiendo por vía de discusión la posibilidad de establecer con certeza la posible relación causal entre la acción efectivamente desarrollada y el inexistente resultado, se estaría fundamentando la punibilidad del autor, no en los hechos realmente acaecidos sino en lo que hubiera podido ocurrir⁴⁰, con lo cual la punibilidad de la tentativa estaría expresada de una forma tal que el autor habría de responder por lo que hubiera podido ocurrir y no (como debe ser en un estado de derecho) por lo que ciertamente ha tenido lugar.

En contra de esta tesis se afirma igualmente que el juego intelectual sobre las posibilidades que una acción tendría de ser causal respecto de un resultado no sobrevenido, podría resolverse siempre en contra de la existencia de esa relación causal acudiendo a lo efectivamente acaecido, puesto que la no consecución del resultado es siempre la prueba más fehaciente de que la conducta desarrollada no podía ser

³⁷ Cfr. Maximilian von BURI, Zur Lehre vom Versuche, in Der Gerichtssaal (GS), Verlag von Ferdinand Enke, Erlangen, 19. Band, 1867, pág. 69.

³⁸ Cfr. Maximilian von BURI, GS 19 [1867], ed. cit., pág. 69; en este sentido se pronuncia también KRATZSCH, al decir que sería indispensable saber que la acción peligrosa mantendrá esa peligrosidad en el futuro y que llegará a ser parte de un comportamiento exitoso; cfr. Dietrich KRATZSCH, Verhaltenssteuerung..., ed. cit., pág. 432.

³⁹ Cfr. Dietrich KRATZSCH, Verhaltenssteuerung..., ed. cit., pág. 434.

⁴⁰ Cfr. Christian Reinhold KÖSTLIN, System des deutschen Strafrechts— Allgemeiner Teil, Abteilung I, Scientia Verlag, Aalen, 1978 (Neudruck der Ausgabe Tübingen 1855), pág. 226.

causa del resultado perseguido⁴¹. Precisamente por ello, se afirma, la manera en que se desarrollaron los acontecimientos habrá mostrado de manera indiscutible que factores ajenos a la voluntad del autor han determinado que su conducta haya tenido un resultado distinto del esperado, y que ese resultado realmente ocurrido sea la única consecuencia evidente de la acción desplegada, es decir que la relación causal sólo podría considerarse existente entre la conducta del autor y el resultado no querido (el fracaso de la tentativa), lo cual dejaría en claro que en la forma como los hechos acaecieron resultaba imposible el vínculo causal entre la conducta desarrollada y el resultado no sobrevenido.

De otra parte, para quienes sostienen que el juicio sobre la existencia o inexistencia de una relación de causalidad debe efectuarse siempre desde una perspectiva *ex-post*⁴², vale decir, una vez que los hechos (causa y resultado) han tenido lugar, resulta innegable que si la conducta del autor no puede estar causalmente unida al resultado pretendido porque éste no ha ocurrido, esa conducta —considerada desde una perspectiva *ex-post*— no puede ser considerada como peligrosa para el bien jurídico precisamente porque el desarrollo de los acontecimientos demostró que no lo afectó⁴³.

⁴¹ Esta crítica a la antigua teoría objetiva fue ya destacada por Maximilian von BURI, *Über das Wesen des Versuchs*, in *Archiv für Gemeines Deutsches und für Preußisches Strafrecht (GA)*, R. v. Decker, Berlin, 25. Band, 1877, pág. 272. Posteriormente ha insistido sobre este argumento Peter ALBRECHT, *Der untaugliche...*, ed. cit., pág. 8.

⁴² Sobre la necesidad de un juicio *ex-post* para la determinación de la relación de causalidad cfr. Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., Rd. 7/13; Justus KRÜPELMANN, *Die normative Korrespondenz zwischen Verhalten und Erfolg bei den fahrlässigen Verletzungsdelikten*, en *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, Dunker & Humblot, Berlin, 1985, vol. I, págs. 318 y 322. Aun cuando defendí la tesis conforme a la cual la determinación sobre la existencia de una relación causal debe hacerse siempre desde una perspectiva *ex-post*, (Cfr. Yesid REYES ALVARADO, *La imputación...*, ed. cit., pág. 44), mi criterio sobre este punto fue posteriormente modificado, para aceptar de manera expresa que la relación causal también puede ser determinada desde una perspectiva *ex-ante*, como ocurre en los delitos de omisión y en las tentativas; en este sentido, ver, Yesid REYES ALVARADO, *Relación causal e imputación objetiva en los delitos de omisión*, en *Jurisprudencia de casación penal (dirección de Patricia S. Ziffer)*, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011, ed. cit, págs. 122 y ss.

⁴³ En este sentido se pronunció antiguamente el Tribunal Supremo del Imperio Alemán; cfr. por ejemplo, RGSt 1, 439 [442] y RGSt 8, 198 [202]. A nivel doctrinal, cfr. Max WAIBLINGER, *Subjektivismus und Objektivismus in der neueren Lehre und Rechtsprechung vom Versuch*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 69. Band, 1957, pág. 195. PETROCELLI, declarado partidario de esta concepción objetiva, admite que la objeción es cierta desde un punto de vista estrictamente causal (Biagio PETROCELLI, *Il delitto...*, ed. cit., pág. 26), pero advierte que, a su juicio, la exclusión de la causalidad no implica necesariamente la

Las objeciones que acaban de mencionarse parten todas del entendimiento de una relación causal edificada sobre el concepto de certeza. Se asume, siguiendo en ello los puntos de partida empleados por NEWTON para el desarrollo de sus teorías, que solo puede hablarse de causalidad cuando se establece sin lugar a duda alguna que una específica condición condujo a la sobrevenida de un resultado concreto. A su vez, la utilización de la certeza como núcleo esencial de la causalidad lleva a sostener que su determinación sólo puede hacerse una vez se hayan producido tanto la causa como el resultado (valoración *ex-post*), puesto que únicamente a partir de la real existencia de este último se puede analizar su conexión con una causa.

Sobre esos mismos supuestos está edificada la ya mencionada crítica conforme a la cual como en la tentativa no se consigue la pretendida modificación del mundo exterior, la conexión causal hipotética de la que habla FEURBACH tendría que elaborarse a partir de una perspectiva *ex-ante*, es decir antes de que el resultado se presente. Y como esa metodología impide llevar a la certeza sobre la conexión entre una causa cierta y una consecuencia hipotética, se aduce que esta teoría viola el principio del *in dubio pro reo* en cuanto permitiría condenar por la sola posibilidad de que el resultado se hubiera producido; a través de este razonamiento se concluye que si en la tentativa no se consiguió el propósito criminal, fue porque el comportamiento efectivamente desplegado por el autor no era causalmente apto para producir el resultado, circunstancia que pondría en evidencia que esa conducta no representaba desde el punto de vista causal, y con una visión *ex-post*, un peligro para el bien jurídico.

Todas estas críticas desaparecen si se renuncia al concepto de certeza como elemento estructural de la causalidad y se lo reemplaza por el de probabilidad, que es la senda seguida desde hace varios años por

de la peligrosidad entendida como probabilidad de verificación de un daño, (cfr. *ibídem*, pág. 27). Con ello PETROCELLI introduce un juicio *ex-ante* para valorar una peligrosidad que parece más cercano a la propuesta de von HIPPEL (peligro objetivo para el bien jurídico como razón de ser de la punibilidad de la tentativa) que a la de FEUERBACH (causalidad hipotética como fundamento de la punición de la tentativa).

la física teórica⁴⁴. Una causalidad edificada sobre la noción de certeza significa que cada vez que se presente una causa, ella conducirá de manera inflexible a un resultado previamente conocido. Pero si fuera cierto que unas mismas causas llevaran siempre a idénticos resultados, el universo permanecería estático y sin posibilidades de evolucionar, porque todas las causas imaginables llevarían siempre a los mismos resultados y ello mantendría al cosmos funcionando de igual manera desde sus orígenes. Son las variaciones que pueden conseguirse en las relaciones causales las que explican no solo la evolución del universo en términos generales y de las especies en términos más concretos, sino en general todo avance científico⁴⁵.

Adicionalmente a lo anterior y en estricto sentido, la aparición de un resultado sólo puede atribuirse a una o varias condiciones con un determinado grado de probabilidad⁴⁶, puesto que un juicio de certeza parte del supuesto de que el autor de la conducta está en capacidad de controlar todas las posibles variables de su acción, lo que es materialmente imposible; y si lo fuera, conduciría a una visión determinista del mundo que incluso afectaría el libre albedrío sobre el que suele edificarse el juicio de culpabilidad⁴⁷.

Una relación causal construida sobre la noción de probabilidad permite que su valoración no se haga exclusivamente desde una perspectiva *ex-post*, sino que también pueda hacerse *ex-ante*⁴⁸, como ya resulta evidente en otros ámbitos científicos. Por ejemplo, en un plano no jurídico, las vacunas y los medicamentos se emplean

⁴⁴ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, Causalidad y explicación del Resultado, en Libro homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Thomson - Civitas, Madrid, 2005, págs. 883 y ss.

⁴⁵ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, Causalidad y explicación..., ed. cit., págs. 883 y ss.

⁴⁶ "El juicio de probabilidad (y por ello el de peligro) ofrece la única guía razonable de acción en situaciones de incertidumbre"; Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, Antijuridicidad..., ed. cit., pág. 812. ALCÁCER GUIRAO no solo define el peligro como "probabilidad de lesión" (cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, El juicio de adecuación..., ed. cit., págs. 481 y 482), sino que defiende también una valoración *ex-ante* de su existencia (cfr. Ibúdem, pág. 483); en similar sentido, cfr. Miguel Ángel NUÑEZ PAZ, El delito intentado, ed. cit., pág. 92, para quien ontológicamente no se puede hablar de necesidad, sino de probabilidad.

⁴⁷ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, Causalidad y explicación..., ed. cit., págs. 883 y ss.

⁴⁸ Sobre el empleo de la causalidad como forma de conectar hechos o conductas ya realizadas con resultados que no han ocurrido, lo que en definitiva lleva a admitir que la causalidad también puede determinarse con una perspectiva *ex-ante*, ver Yesid REYES ALVARADO, Causalidad y explicación..., págs. 879 y 880.

sobre el supuesto de que sus ingredientes activos tienen una alta probabilidad de conseguir, evitar o combatir a futuro algunas enfermedades; cualquier médico sabe que no hay ni vacunas, ni tratamientos, ni medicinas que con certeza absoluta erradiquen o prevengan enfermedades. Incluso desde la perspectiva penal es evidente que, por ejemplo, cuando se impone una pena con el propósito de prevenir el delito o de resocializar al delincuente, se hace en el entendido de que esa sanción tiene buenas probabilidades de conseguir tales objetivos; no se asume que con absoluta certeza la imposición o cumplimiento efectivo de la sanción conducirán a la prevención de futuras conductas punibles o a la reinserción social del infractor.

Esta utilización probabilística de la causalidad permite entonces que se hagan pronósticos sobre los resultados futuros a los que conduciría una determinada conducta, lo que a su vez lleva a sostener que la relación causal no es un elemento exclusivo de los llamados delitos de acción, consumados, de resultado, sino que su estudio también debe abordarse respecto de las omisiones, las tentativas y los delitos de peligro. Desde el punto de vista de la relación causal, la diferencia entre estas diversas manifestaciones criminales consistiría en que mientras respecto de algunas aquella se determinaría desde una posición *ex-post* (delitos de acción, consumados y de resultado), en relación con las otras (delitos de omisión, de peligro y tentativas) exigen la utilización de un criterio *ex-ante*.

Curiosamente la doctrina ampliamente mayoritaria⁴⁹ acepta sin mayores polémicas que en los delitos de omisión debe verificarse la existencia de una relación causal edificada sobre una mera hipótesis, que consiste precisamente en conectar una conduce no desplegada por el autor (pero que tenía obligación de ejecutar), con un resultado efectivamente sobrevenido⁵⁰. Este criterio es el que ha permitido el desarrollo de un concepto como el de la “probabilidad rayana en la

⁴⁹ Otros autores, como Santiago MIR PUIG, consideran que la causalidad no es un elemento necesario en los delitos de comisión por omisión; cfr. Santiago MIR PUIG, Derecho Penal - parte general, ed. Reppertor, 2011, 9ª edición, §10/47 y 12/78, págs. 250 y 336.

⁵⁰ Sobre la forma en que la doctrina mayoritaria construye la relación causal en los delitos de comisión por omisión, ver Yesid REYES ALVARADO, Relación causal..., ed. cit., págs. 121 y siguientes.

certeza”⁵¹, con el que la opinión dominante pretende sustituir en los delitos de omisión la relación causal que, edificada sobre la certeza, defiende para el delito de acción⁵².

En la práctica la utilización de una causalidad hipotética tanto en las tentativas como en las omisiones es innegable, pese a que la estructura de ella no es idéntica en las dos figuras; en efecto, mientras en la tentativa se parte de un causa cuya ocurrencia está demostrada (la acción del autor) y se realiza un juicio de pronóstico sobre un resultado no sobrevenido, en la omisión el estudio se aborda a partir de la constatación de un resultado efectivamente ocurrido y se elabora un juicio de pronóstico en relación con una causa que no existió (conducta del autor no desplegada pese a la obligación de actuar); pero en ambos casos se está remplazando la certeza sobre el real suceso de uno de los dos extremos de la relación causal, por la probabilidad de que él hubiera podido existir en la realidad como unido al otro. Esto pone en evidencia que tanto en la tentativa como en la omisión se reconoce de manera generalizada, aun cuando sin admitirlo explícitamente, el cambio de una perspectiva *ex-post* por una *ex-ante* en la determinación de la causalidad⁵³.

La aceptación expresa de esa doble utilización de la relación causal (dirigida tanto al pasado como al futuro) permitiría manejar una misma noción de causalidad para todas las manifestaciones delictivas (acción, omisión, delitos de peligro, delitos de resultado, consumación y tentativa) pero, desde el punto de vista procesal,

⁵¹ Cfr. CLAUS ROXIN, *Strafrecht allgemeiner Teil (Lehrbuch)*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1992, Tomo I, §11/30, pág. 228. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA Y ALEJANDRO SLOKAR, *Manual de Derecho Penal – Parte General*, ed. Ediar - Temis, Buenos Aires, 2005, pág. 450, quien habla de “una *probabilidad en límite con la seguridad*”. SANTIAGO MIR PUIG, ed. cit., §12/81 pág. 337, quien alude a una “*probabilidad rayana en la seguridad*”. HELMUT FRISTER, *La causalidad de la acción respecto el resultado*, en *Causalidad, riesgo e imputación – 100 años de contribuciones críticas sobre imputación objetiva y subjetiva*, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009, traducción de Marcelo A. Sancinetti, pág. 502: “Por ello, al juzgar sobre los cursos causales hipotéticos, la jurisprudencia y la doctrina dominante, por necesidad y con razón, dejan que ya sea suficiente, para fundamentar la causalidad, con una ‘probabilidad lindante en la seguridad’”.

⁵² Sobre este manejo de la causalidad en los delitos de omisión, ver Yesid REYES ALVARADO, *Causalidad y explicación...*, ed. cit., pág. 881.

⁵³ Respecto de la utilización de una perspectiva *ex-ante* en la determinación de la causalidad del delito de omisión, ver Yesid REYES ALVARADO, *Relación causal...*, ed. cit., págs. 122 y ss.

requiere que se abandone la certeza como requisito para fundamentar la responsabilidad penal, y se la reemplace por nociones como “la demostración más allá de toda duda razonable” que suelen utilizarse en los países con sistemas procesales derivados del anglosajón. De esta manera se evitaría la frecuente crítica de un sector doctrinal en el sentido de que la construcción de una relación causal con base en una “probabilidad rayana en la certeza” supone una vulneración al in dubio pro reo⁵⁴.

Creo entonces que FEUERBACH tenía razón cuando hablaba de la existencia de una relación causal en las tentativas; incluso se puede destacar la coherencia de este planteamiento en el sentido de que le permitía fundamentar la punibilidad de manera homogénea en los delitos consumados y tentados, puesto que en ambos sería determinante la causalidad. Su error estuvo en calificarla de “hipotética” como sinónimo e “incierto”, dando a entender que en los delitos consumados sería “real” en el sentido de “cierta”, cuando un correcto entendimiento de la causalidad debería conducir a considerarla sólo en términos probabilísticos y, por consiguiente, aplicable por igual a las tentativas y a los delitos consumados.

La otra crítica que se puede hacer a FEUERBACH es de naturaleza más general, en el sentido de que la simple existencia de una relación causal no fundamenta la punibilidad, ni de la tentativa ni del delito consumado. En estricto sentido, la intervención del aparato punitivo del Estado se justifica cuando existe una indebida forma de ataque a un bien jurídico, y ello ocurre cuando alguien crea con su conducta un riesgo jurídicamente desaprobado que se realiza en el resultado. Y, en mi criterio, la relación causal, entendida en términos probabilísticos, es solo uno de los aspectos que deben tomarse en cuenta para establecer la realización del riesgo en el resultado como segundo (no único) elemento de un análisis de imputación objetiva⁵⁵.

⁵⁴ Cfr. Eberhard SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht Allgemeiner Teil – Studienbuch*, 2ª edición, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1984, Rd. 12/49, pág. 407. Aun cuando en anterior oportunidad compartí esta apreciación crítica (Cfr. Yesid REYES ALVARADO, *Imputación Objetiva*, ed. cit., págs. 47 y 48), posteriormente modifiqué este criterio (cfr. Yesid REYES ALVARADO, *Causalidad y explicación...*, ed. cit., págs. 875 y ss.).

⁵⁵ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, *Causalidad y explicación...*, ed. cit., págs. 896 y ss.

2.1.1.2. El peligro objetivo de realización de un tipo delictivo concreto.-

Las críticas que buena parte de la doctrina opuso a los planteamientos de FEUERBACH sobre la razón de ser de la punibilidad de la tentativa —así como otras que no se expusieron en el acápite anterior⁵⁶— hicieron que la opinión mayoritaria descartara pronto esta forma de explicación de la punibilidad de la tentativa, lo cual no impidió que muchos autores se resistieron a abandonar la perspectiva objetivista. Entre quienes se mantuvieron fieles al concepto de peligrosidad⁵⁷ y a la tesis objetiva, pero buscando dotarla de un contenido diverso, destaca von HIPPEL, para quien la tentativa merece una sanción penal en cuanto ella supone el peligro objetivo de realización de un tipo delictivo concreto⁵⁸. De esta manera, desde un punto de vista objetivo la tentativa sería más peligrosa que los actos preparatorios, pero menos peligrosa que la consumación, en cuanto a medida que se avanza por el camino del delito se van reduciendo las probabilidades materiales y temporales de un cambio de opinión en el autor, o se disminuyen las opciones (materiales y temporales) de que sobrevenga un obstáculo, o de que surja una falla en la conducta del sujeto⁵⁹.

Con esta forma de concebir la peligrosidad se prescindía de toda referencia al concepto de relación causal imperante en aquella época y, lo que es más importante, se permitía un cambio en la perspectiva desde la cual debería ser juzgada la existencia del peligro. En efecto, mientras una argumentación basada en la causalidad (entendida como juicio de certeza) imponía una perspectiva *ex-post* que

⁵⁶ Así, por ejemplo, ZACZYK considera que FEUERBACH dejó sin respuesta los interrogantes sobre cuándo una acción es peligrosa y cuándo ella está inmersa en una relación de causalidad; cfr. Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., pág. 43. Sin embargo, creo que cuando FEURBACH se remite a la relación de causalidad brinda una explicación (independientemente de su validez) sobre cuándo una conducta es peligrosa, y respecto de la forma como esa relación de causalidad debe determinarse, se atenía a las teorías individualizadoras imperantes en su época, concretamente a la de la causa suficiente (cfr. Paul Johann Anselm Ritter von FEUERBACH, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 80), con lo cual también creo que respondió al segundo interrogante, independientemente de que dicha forma de establecer la causalidad pueda considerarse o no como correcta en los casos de tentativa.

⁵⁷ Sobre la peligrosidad como fundamento de la punibilidad de la tentativa cfr. Robert von HIPPEL, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 403.

⁵⁸ Cfr. Robert von HIPPEL, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 405.

⁵⁹ Cfr. Robert von HIPPEL, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 404.

conducía a considerar todas las tentativas como carentes de peligrosidad, la concepción de la tentativa como el peligro de que pueda generarse la realización de un tipo delictivo concreto supone un examen de atrás hacia adelante, es decir implica analizar la existencia del peligro en el momento mismo de la acción, porque sólo a partir de ese instante se puede formular el juicio de pronóstico respecto de si esa conducta podría dar lugar a la realización del tipo delictivo concreto (perspectiva *ex-ante*)⁶⁰.

Se trata claramente de rehuir el polémico recurso a un criterio *ex-post* de determinación de la peligrosidad, para modificarlo por la perspectiva *ex-ante*⁶¹. Con este nuevo enfoque, lo que interesa es que al momento de desarrollarse la acción ella pueda ser considerada como peligrosa, sin que esa opinión pueda modificarse por un juicio *ex-post*, pues la conducta mantendrá su carácter de peligrosa aun cuando a la postre no genere el resultado lesivo. Citando un ejemplo frecuente de la doctrina alemana, puede decirse que si bien desde un punto de vista *ex-post* los soldados que milagrosamente sobrevivieron a un feroz combate no resultaron lesionados, ello no permite negar que desde una perspectiva *ex-ante* dichos soldados estuvieron en peligro⁶².

Ahora bien, la fijación *ex-ante* del juicio de peligrosidad supone en cierta medida el mantenimiento de algún vínculo con la causalidad⁶³, en cuanto que el mismo se corresponde con el de adecuación que propugnaba la teoría de la causalidad adecuada. Por ello, para poder establecer si una conducta era o no peligrosa y podía por consiguiente fundamentar la punibilidad a título de tentativa, debería recurrirse a un juicio posterior realizado por un espectador objetivo que poseyese tanto los conocimientos generales básicos del hombre

⁶⁰ A favor de esta teoría se pronuncia Rafael ALCÁCER GUIRAO, La tentativa inidónea..., ed. cit., pág. 356: "la peligrosidad ex ante es el margen mínimo de relevancia penal y, por tanto, conforma el contenido mínimo del injusto penal en un Derecho protector de bienes jurídicos".

⁶¹ Respecto de este cambio de perspectiva en las tesis objetivas, cfr. por ejemplo, Heiner ALWART, Strafwürdiges..., ed. cit., pág. 223.

⁶² Sobre este argumento originalmente expuesto por von HIPPEL, cfr. Günter SPENDEL, Kritik der subjektiven Versuchstheorie, in Neue Juristische Wochenschrift (NJW), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, Berlin und Frankfurt am Main, 2. Halbband, 1965, pág. 1884; Claus ROXIN, Strafrecht AT, Band II, ed. cit., § 29/38, pág. 344.

⁶³ Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/15, pág. 710.

medio, como los especiales de los que eventualmente estuviere dotado el autor.

Como fácilmente puede observarse, ese artificio del pronóstico posterior objetivo con base en una perspectiva *ex-ante* y recurriendo al "espectador objetivo" o al "hombre medio" es el mismo mecanismo que se propugnó por los defensores de la teoría de la causalidad adecuada, lo que quizás haya dado pie para que los críticos de esta nueva formulación de la teoría objetiva se hayan referido a dicho pronóstico como el "juicio de adecuación"⁶⁴.

Desde este punto de vista es correcto sostener que esta versión de la teoría objetiva exige la existencia de un peligro concreto⁶⁵, en el sentido de que el juicio de peligrosidad se debe llevar a cabo por el "espectador objetivo" de acuerdo con las circunstancias de cada caso, no bastando ya la genérica remisión a la existencia de reglas de causalidad, que era la forma como con la antigua concepción se determinaba la existencia de un peligro que debía entonces ser considerado como abstracto, pues en cuanto se introdujeran las particularidades de la situación concreta se concluía forzosamente la falta de peligrosidad de la conducta (perspectiva *ex-post*).

Gracias a estas modificaciones con las que se superaban los obstáculos que se atribuían a la tesis de FEUERBACH, este replanteamiento ha experimentado mayor acogida doctrinal que la antigua tesis objetiva, tanto por parte de quienes lo respaldan haciendo expresa referencia a la concepción de von HIPPEL, como por parte de quienes genéricamente aluden a la peligrosidad de la conducta respecto del bien jurídico como fundamento de la punibilidad de la tentativa⁶⁶.

⁶⁴ Así, por ejemplo, cfr. Heiner ALWART, *Strafwürdiges...*, ed. cit., págs. 223 y siguientes; Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., § 25/15, pág. 710.

⁶⁵ Cfr. Peter ALBRECHT, *Der untaugliche...*, ed. cit., págs. 11 y 12.

⁶⁶ Entre estos últimos consultar, por ejemplo, Björn BURKHARDT, *Der "Rücktritt" als Rechtsfolgebestimmung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1975, págs. 89 y 90, aun cuando considera al peligro como un resultado y de ésta forma equipara las tentativas con los delitos de peligro; Miguel CÓRDOBA ANGULO, *La tentativa*, ediciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1993, pág. 15; Detlev Chr. DICKE, *Zur Problematik des untauglichen Versuchs*, in *Juristische Schulung (JuS)*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, 1968, pág. 161; Juan FERNANDEZ CARRASQUILLA, *Derecho Penal Fundamental*, editorial Temis, Bogotá, volumen II, 2ª edición, 1989, pág. 372; Gerald GRÜNWARD, *Der Versuch des unechten Unterlassungsdelikts*, in *Juristenzeitung (JZ)*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen,

Pero, así como en materia de causalidad se objeta a la teoría de la adecuación el empleo de un mecanismo extremadamente vago como el del juicio objetivo emitido por el "observador imparcial"⁶⁷, así puede también criticarse a esta versión de la teoría objetiva que la referencia al juicio de pronóstico del hombre medio es demasiado imprecisa⁶⁸, no porque, como lo pretende ALWART⁶⁹, el juez deba conocer *ex-post* todos los detalles del supuesto de hecho para poder juzgar sobre la existencia *ex-ante* de la peligrosidad (lo cual conduciría nuevamente a la errada aplicación de un criterio *ex-post*), sino porque en última instancia siempre dejaría sin determinar cuáles son los parámetros que deben tenerse en cuenta para fundamentar la punibilidad de la tentativa.

A esto no puede contestarse con el argumento de que es la peligrosidad misma de la acción la que permite la intervención del derecho penal, porque la simple existencia de peligros para los bienes jurídicos, lejos de ser fundamento exclusivo de la puesta en marcha del derecho penal, permite también en algunos casos la de los organismos policivos⁷⁰, lo que en términos prácticos significa que no todo peligro para el bien jurídico justifica la actuación del aparato punitivo del Estado⁷¹.

De hecho, muchas de las actividades cotidianas del ser humano (conducir automóviles o volar en aviones, para citar solo dos

1959, pág. 46; Luis JIMENEZ DE ASUA, Tratado..., ed. cit., págs. 453 y 454, aun cuando sostiene no sólo que el peligro para el bien jurídico constituye el resultado de las tentativas, sino que agrega que para poder sancionar la tentativa se requiere, además de ese resultado, un desvalor de acción que estaría constituido por el principio de ejecución; Santiago MIR PUIG, Derecho Penal, ed. cit., §13/19, pág. 346; Günter LESS, Genügt »Bedingtes Wollen« zum strafbaren Verbrechenversuch?, in Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA), R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, Hamburg, 1956, pág. 38; Theodor RITTLER, Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts — Allgemeiner Teil, Springer Verlag, Wien, 1954, erster Band, 2. Auflage, pág. 245.

⁶⁷ Cfr., por ejemplo, Yesid REYES ALVARADO, La imputación..., ed. cit., págs. 117 y 118.

⁶⁸ ALWART dice que es más una fórmula vacía que un parámetro para determinar la peligrosidad de la conducta; cfr. Heiner ALWART, Der untaugliche..., ed. cit., pág. 223.

⁶⁹ Cfr. Heiner ALWART, Der untaugliche..., ed. cit., pág. 226.

⁷⁰ Cfr. Heiner ALWART, Der untaugliche..., ed. cit., pág. 226; Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., §25/15, pág. 710.

⁷¹ Incluso los simples actos preparatorios suponen ya un cierto grado de peligro para el bien jurídico, pese a lo cual se admite que (salvo casos excepcionales) deben ser impunes; en este sentido, cfr. Claus ROXIN, Strafrecht ST, Band II, ed. cit., §29/28, pág. 341.

ejemplos de frecuente ocurrencia) implican evidentes riesgos para bienes jurídicos tan importantes como la vida y la integridad personal, sin que ello sea razón suficiente para criminalizarlas; esos comportamientos que pese a representar peligros para determinados bienes jurídicos son aceptados por la comunidad social fueron los que llevaron a WELZEL a hablar de la existencia de conductas socialmente adecuadas⁷², noción que posteriormente evolucionó hacia el concepto de riesgo permitido⁷³.

Con frecuencia se reprocha a estas tesis objetivas el hecho de desconocer el imprescindible factor subjetivo (o voluntariedad) de la conducta humana⁷⁴, que sería especialmente relevante para la configuración de la tentativa⁷⁵, pues, se asegura, sin saber lo que el autor quería conseguir es imposible determinar si ha realizado una tentativa y, en caso afirmativo, si ella ha sido, por ejemplo, de secuestro, de lesiones personales o de homicidio⁷⁶. Por consiguiente, la única manera de saber si quien en un restaurante toma del perchero un abrigo ajeno ha cometido una tentativa de hurto o tan solo un error, sería recurriendo al examen de aquello que con su conducta se proponía el autor⁷⁷.

Con todo, el argumento no es tan contundente como a primera vista pudiera parecer, pues (como se expondrá en el acápite dedicado a las tesis subjetivas) no es la simple intención lo que permite calificar a una conducta como delictiva o ajustada a derecho. Pero además, estas teorías no niegan toda importancia al aspecto subjetivo del comportamiento del autor, sino que proponen inferirlo a partir del análisis objetivo de la misma, en el entendido de que son esas

⁷² Sobre el concepto de conductas socialmente adecuadas acuñado por WELZEL, cfr. Yesid REYES ALVARADO, *La imputación.....*, ed. cit., págs. 58 y siguientes.

⁷³ Sobre el concepto de riesgo permitido, cfr. Yesid REYES ALVARADO, *La imputación.....*, ed. cit., págs. 94 y siguientes.

⁷⁴ FERRI decía que estas concepciones otorgaban "un valor tiránico a los resultados materiales de la acción humana (...) beneficiando así incluso a los delincuentes más peligrosos, por virtud de los meros accidentes fortuitos que les son favorables (delito frustrado)". Enrique FERRI, *Principios de Derecho Criminal*, ed. Reus, Madrid, 1933, 1ª edición, traducción de José Arturo Rodríguez Muñoz, págs. 596 y 597.

⁷⁵ Cfr. Elena FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, ed. cit., págs. 12 y 24; Claus ROXIN, *Tatenschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch*, in *Juristische Schulung (JuS)*, Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1979, pág. 2; Eberhard SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, ed. cit., § 15/65, pág. 621; Max WAIBLINGER, *ZStW* 69 [1957], pág. 215.

⁷⁶ Cfr. por ejemplo, Elena FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, ed. cit., págs. 12 y 24.

⁷⁷ Cfr. Elena FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, ed. cit., págs. 9 y 10.

circunstancias acompañantes de la acción las que permiten inferir la voluntad del autor⁷⁸. Eso es justamente lo que proponen en este aspecto las teorías objetivas: centrar la atención en el aspecto objetivo del comportamiento, para deducir de allí si con él se puso o no en peligro un determinado bien jurídico.

En un intento por eludir estas críticas de sus opositores y perfeccionar al máximo una fundamentación objetiva de la punibilidad de la tentativa, SPENDEL ha recurrido a precisar que con esta tesis no pretende desconocerse la importancia del aspecto subjetivo de la conducta, sino tan sólo resaltar la preeminencia de los factores objetivos sobre los subjetivos⁷⁹, ya que el derecho penal no considera correctos los hechos que objetivamente atentan contra el ordenamiento jurídico aun cuando ellos sean consecuencia de "buenos pensamientos" de la misma manera que —en sentido inverso— la religión da preeminencia a los factores subjetivos frente a los objetivos, en cuanto ella no considera ajustadas a la moral las malas intenciones, por la sola circunstancia de que ellas se plasmen en comportamientos externos de carácter neutro⁸⁰.

Por su parte, KRATZSCH busca la consolidación de una tesis objetiva que no presupone ignorar la existencia del componente subjetivo de toda conducta humana, admitiendo que en la actualidad resulta innegable que la clara contraposición que antiguamente podía establecerse entre las concepciones objetivas y subjetivas se ha venido atenuando mediante mutuas concesiones⁸¹. El punto de partida de ésta que puede ser considerada como una de las más modernas concepciones objetivas, lo constituye la cibernética, que ya en la antigua Grecia había ganado importancia como "el arte de la conducción", y que mantuvo una discreta existencia hasta mediados del siglo XX, cuando los estamentos militares de las grandes potencias se empeñaron en diseñar proyectiles "inteligentes" que fueran capaces de reconocer las maniobras evasivas de los aviones

⁷⁸ En este último sentido, cfr. Dietrich OEHLER, *Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung*, Duncker & Humblot, Berlin, 1959, pág. 116.

⁷⁹ Cfr. Günter SPENDEL, *ZStW* 65 [1953], ed. cit., pág. 521; Günter SPENDEL, *Stock-Festschrift*, ed. cit., págs. 93, 94 y 95. En realidad, ya en 1836 había precisado ZACHARIA que, si bien en la determinación de la tentativa el aspecto subjetivo no debería permanecer fuera de toda consideración, su importancia era secundaria; cfr. Heinrich-Albert ZACHARIA, *Die Lehre...*, erster Theil, ed. cit., págs. 9 y 10.

⁸⁰ Cfr. Günter SPENDEL, *Stock-Festschrift*, ed. cit., pág. 91.

⁸¹ Cfr. Dietrich KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung...*, ed. cit., pág. 39.

enemigos y de reacomodar su trayectoria de acuerdo con esas modificaciones; en otras palabras, se trataba de crear proyectiles que poseyeran ese antiguo "arte de la conducción". Desde entonces la cibernética ha adquirido notable importancia en las más diversas especialidades científicas⁸², en donde su ámbito de investigación versa siempre sobre la estructura y el modo de funcionamiento de un sistema que, habiendo sido creado para la consecución de determinado fin, debe ser capaz de reconocer las alteraciones del entorno donde funciona y de seguir operando efectivamente mediante la compatibilización de su actividad con dichas modificaciones.

Sobre el supuesto de que la cibernética cumple un destacado papel en el control del azar⁸³, su aplicación al ámbito del derecho penal permitiría deslindar aquellos peligros a que se ve expuesto el bien jurídico y que se derivan de la simple casualidad, de aquellas amenazas al bien jurídico que al ser consideradas como provenientes de un sujeto concreto merecerían el reproche a título de tentativa. La tentativa punible surgiría entonces en aquel instante en el que la actuación progresiva del autor (progresiva en el sentido de que avanza hacia la consecución de un fin) alcanza un estadio que denota un elevado peligro de realización exitosa del hecho punible. Ese juicio de peligrosidad no estaría determinado en forma individual sino de una manera objetiva, en cuanto se edificaría sobre la experiencia que se posea en el sentido de que aquellas materializaciones del pensamiento delictivo que alcanzan ese determinado estadio constituyen casos típicos de existencia de un peligro de realización exitosa del resultado⁸⁴.

Dicho en palabras más sencillas, el fundamento de la punibilidad de la tentativa radicaría en la abstracta peligrosidad de una conducta que, aun cuando en el caso concreto no haya alcanzado el resultado, es susceptible —de acuerdo con la experiencia— de provocarlo en otras constelaciones⁸⁵. Ese peligro de sobrevenida del resultado debería ser fijado entonces de acuerdo con un juicio estadístico de peligro, por lo que la conducta sería punible a título de tentativa en

⁸² Sobre esta expansión de la cibernética a otras actividades, cfr. Dietrich KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung...*, ed. cit., pág. 201.

⁸³ Cfr. Dietrich KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung...*, ed. cit., pág. 202.

⁸⁴ Cfr. Dietrich KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung...*, ed. cit., págs. 437, 438, 443.

⁸⁵ Cfr. Dietrich KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung...*, ed. cit., pág. 438

cuanto constituye elemento típico de un comportamiento guiado por acciones peligrosas⁸⁶.

Pese a que KRATZSCH considera que con el recurso a ese "peligro estadístico" se consigue una protección integral del derecho, al restringir el campo de acción de perturbadores factores casuales⁸⁷, ni el empleo de las modernas nociones cibernéticas le aleja de las antiguas concepciones objetivas, ni la complejidad del planteamiento se compadece con sus limitados resultados.

En efecto, se trata de una tesis que permanece excesivamente anclada en un concepto etéreo de peligrosidad del bien jurídico, y que por tanto no logra deshacerse de una considerable influencia causalista que el mismo autor se ve forzado a reconocer cuando admite que el juicio de peligrosidad supone en el fondo el recurso a una relación de causalidad estadística⁸⁸. Y como esa forma de determinar la existencia de un peligro para el bien jurídico no difiere esencialmente del mecanismo empleado por la teoría de la causalidad adecuada, puede decirse que si bien esta reformulación de la teoría objetiva tiene el mérito de dar un paso fuera del ámbito naturalístico al relieves la importancia de la organización social en la "lucha contra el injusto penal"⁸⁹, sus resultados superan en muy poco los conseguidos por la antigua propuesta de von HIPPEL.

Esto no quiere decir, sin embargo, que sus planteamientos no supongan un avance en la dirección correcta, no solo en cuanto a la desvinculación del criterio *ex-post* para fijar la relación causal (que es consecuencia de recurrir a una teoría de la causalidad adecuada edificada sobre el concepto de probabilidad⁹⁰), sino por defender la construcción de un criterio de peligrosidad para el bien jurídico a partir de valoraciones objetivas (en el sentido de no individuales) de la conducta analizada.

⁸⁶ Cfr. Dietrich KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung...*, ed. cit., pág. 443.

⁸⁷ Cfr. Dietrich KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung...*, ed. cit., pág. 438.

⁸⁸ Cfr. Dietrich KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung...*, ed. cit., pág. 438.

⁸⁹ Cfr. Dietrich KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung...*, ed. cit., pág. 121.

⁹⁰ Sobre el contenido de la teoría de la causalidad adecuada en sus vertientes objetiva (edificada sobre el concepto de probabilidad) y subjetiva (que gira alrededor de la noción de previsibilidad), cfr. Yesid REYES ALVARADO, *La imputación...*, ed. cit., págs. 23 y siguientes.

La verdadera limitación de su propuesta (y es lo que permite vincularlo tanto con las tradicionales concepciones objetivas) radica en pretender edificar la razón de ser de la punibilidad de las tentativas en la simple relación causal. Por eso, si bien es cierto que KRATZSCH alude de manera genérica a la “organización social” como un factor importante en la “lucha contra el injusto penal”, también lo es que no desarrolla en profundidad cuál es el papel que aquella desempeñaría en la forma de establecer el fundamento de la punibilidad de la tentativa.

En defensa de las tesis objetivas no faltan tampoco quienes invocan la interpretación de sus respectivos códigos penales como un argumento más para dar prevalencia a sus ideas⁹¹, bien sea sobre el supuesto de que la menor punibilidad legal de una conducta que, como la tentativa, es subjetivamente idéntica al delito consumado, supone claramente conceder una mayor importancia al aspecto objetivo respecto del subjetivo (pues si lo determinante fuese el factor subjetivo tanto la consumación como la tentativa deberían ser igualmente penadas por no diferir en este aspecto)⁹², bien sea considerando que una concepción de la tentativa no fundamentada en el "peligro corrido" por el bien jurídico, supondría una flagrante violación al principio de antijuridicidad material⁹³ consagrado de forma expresa en legislaciones penales como la colombiana (artículo 11°).

En directa contraposición con este último razonamiento, hay también quien emplea el recurso a la normatividad para demostrar la teoría inversa, es decir, que desde el punto de vista de determinado código penal es imposible sostener una tesis exclusivamente objetiva de la tentativa. Así, por ejemplo, se afirma que como el § 22 del Código

⁹¹ Así lo hacía ya, por ejemplo, Reinhard FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1931, 18. Auflage, § 43 pág. 86. En España argumentan en sentido similar Rafael ALCÁCER GUIRAO, *El juicio de adecuación...*, ed. cit., pág. 498; Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito imposible y tentativa de delito en el Código penal español*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Tomo XXIV, Madrid, 1971, pág. 377; Josep María TAMARIT SUMALLA, *La tentativa con dolo eventual*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, pág. 516.

⁹² Cfr. Juan FERNANDEZ CARRASQUILLA, *Derecho...*, ed. cit., pág. 372; Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO, *Comentarios al código penal*, editorial Ariel, Barcelona, Caracas, México, Tomo I, 1972, pág. 81.

⁹³ Cfr. Juan FERNANDEZ CARRASQUILLA, *Derecho...*, ed. cit., pág. 372.

Penal alemán, al definir la tentativa, alude expresamente a la representación del hecho como un factor subjetivo imprescindible para la existencia de dicha figura, y como el § 23 del mismo código prevé expresamente la sanción de la tentativa inidónea (que por su esencia no está en capacidad de lesionar el bien jurídico), se trata de disposiciones que claramente excluyen la posibilidad de fundamentar la punibilidad sobre bases exclusivamente objetivas⁹⁴.

No obstante lo anterior, las explicaciones objetivas sobre el fundamento de la punibilidad de la tentativa dejan sin solución adecuada muchos de los cuestionamientos de que han sido objeto⁹⁵. Así, por ejemplo, la teoría objetiva no puede evitar el reproche de la indeterminación del concepto de "peligro inmediato para el bien jurídico"⁹⁶, pues no se fijan parámetros diversos de los propuestos por von HIPPEL mediante la invocación a la cuestionada figura del "hombre medio".

La imprecisión de la noción de peligrosidad se hace evidente en muchos casos en los cuales una pormenorizada actividad preparatoria del hecho punible resulta muy peligrosa y sin embargo es impune⁹⁷, como ocurriría por ejemplo con los actos preparatorios que un grupo terrorista desarrolla con miras a tomarse violentamente alguna dependencia del gobierno para forzar así, incluso a costa de la vida de los rehenes, la concesión de algunas prebendas por parte del Estado; piénsese, por ejemplo, en el adiestramiento de los hombres para tomar parte en la actuación violenta, la adquisición y puesta a prueba de armamento y material explosivo, etcétera. Por el contrario, es posible imaginar actos de ejecución que sean bastante menos

⁹⁴ Cfr. Albin ESER, in Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 24. Auflage, 1991, vor §22 Rd. 20; Hans-Heinrich JESCHECK, Lehrbuch des Strafrechts — Allgemeiner Teil, Duncker & Humblot, Berlin, 1988, 4. Auflage, págs. 462 y 477; Theo VOGLER, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar (LK), Walter de Gruyter, Berlin-New York, 10. Auflage, 1. Band, 1985, vor §22 Rn. 45.

⁹⁵ Algunos consideran que las teorías objetivas puras son totalmente insatisfactorias y por consiguiente deben ser consideradas como definitivamente superadas; así, por ejemplo, Karl LACKNER, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 18. Auflage, 1990, § 22, 2, a); Otto TRIFFTERER, Lehrbuch, ed. cit., pág. 354. No obstante estas categóricas afirmaciones, resulta innegable que en la actualidad son todavía muchos los defensores de las teorías objetivas.

⁹⁶ En este sentido la crítica de Dietrich KRATZSCH, Verhaltenssteuerung..., ed. cit., págs. 42 y 43.

⁹⁷ MOLINA advierte, con razón, que incluso la intención delictiva puede valorarse como peligrosa para el bien jurídico; cfr. Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, ed. cit., pág. 746.

peligrosos que los acabados de mencionar, y sin embargo tendrían que ser punibles, como el de quien subrepticamente desliza su mano entre un bolso ajeno para intentar hurtar una cantidad de dinero, que incluso puede ser irrisoria o ni siquiera existir. De esta manera, parece claro que sobre un concepto tan genérico de peligrosidad no puede fundamentarse ni la impunidad de los actos preparatorios (que muchas veces son considerablemente peligrosos) ni la punibilidad de los actos ejecutivos (que pueden revelar una escasa peligrosidad)⁹⁸.

Es precisamente esa exclusiva referencia a la peligrosidad de la conducta dentro de las teorías objetivas, la que fuerza a sus defensores a sostener la impunidad de las tentativas inidóneas⁹⁹ o, cuando menos, los obliga a buscar nuevas formas de sustentar la punibilidad de esta clase de conductas¹⁰⁰, rompiendo así la unidad de la fundamentación de la punibilidad de la tentativa¹⁰¹. Incluso, en puridad de términos y desde la óptica de las concepciones objetivas, podría llegar a sostenerse que la única tentativa que realmente genera un peligro para el bien jurídico es la acabada, puesto que en la denominada tentativa inacabada faltan todavía por realizar los actos que deberían conducir a la sobrevenida del resultado¹⁰².

Todo esto sin contar con que, por más que se pretenda afirmar que el peligro que fundamenta la sanción de la tentativa es jurídico (o cuando menos científico), su vaguedad sigue siendo tal que en la determinación de dicha peligrosidad no puede evitarse el recurso a

⁹⁸ Sobre esta falta de relación entre los conceptos de peligrosidad y tentativa, cfr. Dietrich KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung...*, ed. cit., págs. 431 y 432; Dietrich OEHLER, *Das objektive...*, ed. cit., págs. 111 y 112; Diethart ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, Duncker & Humblot, Berlin, 1973, pág. 40.

⁹⁹ Cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, *El juicio de adecuación...*, ed. cit., pág. 507; Heiner ALWART, *Strafwürdiges...*, ed. cit., pág. 221; Albin ESER/Björn BURKHARDT, *Strafrecht II*, Verlag C. H. Beck, München, 1976, 2. Auflage, pág. 89; Elena FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, ed. cit., pág. 24; Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., § 25/13, pág. 709; Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch*, ed. cit., págs. 461 y 462; Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal*, ed. cit., § 13/10, pág. 345; Claus ROXIN, *JuS 1979*, ed. cit., pág. 1; Max WAIBLINGER, *ZStW 69 1957*], ed. cit., págs. 195, 196 y 217 nota 103.

¹⁰⁰ Respecto de la necesidad —hoy comúnmente admitida— de sancionar las tentativas inidóneas, cfr. *infra* 4.2.2.2.

¹⁰¹ En relación con los esfuerzos desplegados por los defensores de las teorías objetivas para fundamentar de una forma coherente la punibilidad de la tentativa inidónea, cfr. *infra* 4.2.2.2.1.

¹⁰² Sostienen que una teoría objetiva debería conducir a la impunidad de la tentativa inacabada, BÜNGER, *ZStW 6* [1886], ed. cit., pág. 360; Max WAIBLINGER, *ZStW 69* [1957], ed. cit., pág. 197.

un criterio intuitivo de la misma que indica, por ejemplo, que una persona "casi es asesinada" o que un establecimiento comercial "estuvo a punto de ser robado". Y esa intromisión del concepto intuitivo de peligrosidad, aumenta todavía más el grado de imprecisión de la fórmula propuesta por las teorías objetivas¹⁰³.

Un examen intrasistemático revela igualmente que la defensa de una tesis objetiva lleva a contradicciones dentro de una concepción causalista de la teoría del delito¹⁰⁴, pues sus defensores se ven obligados a romper la unidad del sistema, tanto para sostener que el dolo pertenece a la culpabilidad en los delitos consumados y al tipo en las tentativas, como para respaldar una configuración diversa del injusto respecto de dichas figuras, pues mientras el delito consumado supondría la efectiva lesión del bien jurídico, para el surgimiento de la tentativa bastaría su puesta en peligro¹⁰⁵.

Pero incluso abandonando una concepción estrictamente causalista de la teoría del delito, la tesis objetiva resulta incapaz de explicar la punibilidad de la tentativa, en cuanto convierte al ser humano en una simple "fuente de peligros", abiertamente incompatible con la condición social del hombre¹⁰⁶. La idea de que la tarea fundamental del derecho penal es la incolumidad de los bienes jurídicos fue ya puesta en entredicho por WELZEL a comienzos del siglo XX¹⁰⁷, y con base en los parámetros entonces delineados cabe sostener que al derecho penal no sólo no puede interesarle toda lesión efectiva a los

¹⁰³ Cfr. Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., pág. 49, nota 36.

¹⁰⁴ Sobre esta crítica, cfr. Elena FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, ed. cit., pág. 15; Diethart ZIELINSKI, *Handlungs-...*, ed. cit., págs. 51 y 52. En sentido diverso, pero referido a los problemas intrasistemáticos de las teorías objetivas, se pronuncia von BURI al sostener que si lo determinante en la tentativa es lo peligroso y no lo intencional, habría que admitirse la punibilidad de las tentativas imprudentes; cfr. Maximilian von BURI, *Ueber die sog. untauglichen Versuchshandlungen*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Verlag von J. Guttentag (D. Collin), Berlin und Leipzig, Band 1, 1881, pág. 199. Sobre si es factible o no hablar de una tentativa imprudente, cfr. *infra* 4.2.3.2.

¹⁰⁵ Admite expresamente que su concepción objetiva le lleva a sostener la existencia de estructuras diversas del injusto para la tentativa y el delito consumado, Miguel CÓRDOBA ANGULO, *La tentativa*, ed. cit., pág. 15.

¹⁰⁶ Günther JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, De Gruyter, Berlin-New York, 97. Band, 1985, págs. 752 y 753.

¹⁰⁷ Cfr. Hans WELZEL, *Studien zum System des Strafrechts*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 58. Band, 1939, págs. 514 y 515.

bienes jurídicos¹⁰⁸, sino que con menor razón debe interesarle toda puesta en peligro de dichos bienes jurídicos, que pasarían entonces a ser considerados como las simples piezas de museo que criticaba WELZEL¹⁰⁹. Y, desde luego, en esta misma dirección, la ciencia penal no puede estar interesada en el ser humano como un simple generador de peligros para bienes jurídicos, porque ello conduciría a la cosificación máxima del derecho penal, dando totalmente la espalda a una sociedad de la cual pretende ser un mecanismo de control.

2.1.2. Teorías subjetivas.-

La idea de que el fundamento de la punibilidad de las acciones delictivas radica más en el aspecto subjetivo que en sus manifestaciones exteriores, es muy anterior a cualquier concepción objetiva, pues, al parecer, en el antiguo derecho romano no se sancionaban los hechos como tales, sino que la pena estaba referida a la mala intención del autor¹¹⁰. Por eso no es de extrañar que en los albores del siglo XIX, antes de que FEUERBACH formulara su teoría objetiva de la tentativa, existieran autores que, como MITTERMAIER, combatían ya con vehemencia los postulados de la interpretación subjetiva de la tentativa.

Lo antiguo de esta concepción hace imposible que pudiera fundamentar la punibilidad de la tentativa en la existencia de lesiones a los bienes jurídicos¹¹¹ y, por el contrario, permite entender que el motivo para sancionar esta clase de conductas haya sido visto en la peligrosidad del autor, que era justamente la razón por la cual en el antiguo derecho romano se punía el delito consumado.

Esto significa que las teorías objetivas y subjetivas comparten el manejo de un concepto de peligrosidad pero difieren en cuanto a aquello sobre lo cual debe recaer dicho juicio, pues mientras los objetivistas respaldan la aplicación de sanciones ante la aparición de

¹⁰⁸ Para un desarrollo de esta tesis, cfr. Yesid REYES ALVARADO, *La imputación...*, ed. cit., págs. 61 y siguientes; Yesid REYES ALVARADO, *ADPCP 1992*, ed. cit., págs. 948 y siguientes.

¹⁰⁹ Cfr. Hans WELZEL, *ZStW 58 [1939]*, ed. cit., págs. 514 y 515.

¹¹⁰ Cfr. Heinrich-Albert ZACHARIA, *Die Lehre...*, erster Theil, ed. cit., págs. 128 y 129.

¹¹¹ En el sentido de que en la teoría subjetiva lo determinante no es el peligro para el bien jurídico, cfr. Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 462.

hechos peligrosos, los subjetivistas propugnan por la intervención del derecho penal frente a la existencia de un peligro que está fundamentado exclusivamente en lo censurable de la intención del sujeto¹¹² o, dicho de una forma más precisa, en la personalidad del autor¹¹³. En esta referencia directa a la parte intelectual del comportamiento suele verse la ventaja de las concepciones subjetivas, pues con ella demostrarían que no desconocen el importante elemento subjetivo de las tentativas¹¹⁴, como se reprochó a las antiguas tesis objetivas.

La más conocida formulación de la teoría subjetiva surgió a finales del siglo XIX gracias a las aportaciones de von BURI, reputado defensor de la equivalencia de las condiciones, quien, precisamente con base en dicha teoría, sostuvo que siendo todas las condiciones igualmente importantes para la producción del resultado, esa equivalencia debería mantenerse aun en el caso de que el efecto no sobreviniese, es decir, que frente a su ausencia tendría que ser igualmente indiferente la causa por la cual faltó dicho resultado.

De esta manera, siendo irrelevante la razón por la cual el delito no pudo ser consumado, deberían ser punibles no sólo las tentativas derivadas de acciones peligrosas, sino también las provenientes de actuaciones no peligrosas, vale decir tanto las tentativas idóneas como las inidóneas¹¹⁵. Puede afirmarse que desde esta perspectiva todas las tentativas son inidóneas¹¹⁶, en el sentido de que en todas ellas se nota la ausencia de una de las múltiples causas que de

¹¹² Sobre el énfasis que hacen las concepciones subjetivas en la peligrosidad del autor, y no de la acción, cfr. Peter ALBRECHT, *Der untaugliche...*, ed. cit., pág. 21; Theodor RITTLER, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 254.

¹¹³ Recalcando este último aspecto, cfr. Maximilian von BURI, *ZStW* 1 [1881], ed. cit., pág. 199. Aun cuando Enrique FERRI se oponía a las “concepciones subjetivas” defendidas en Alemania, porque consideraba que con ellas se daba un “valor tiránico a la sola intención del delincuente”, también propone una fundamentación de la punibilidad de la tentativa a partir del concepto de “personalidad criminal”; cfr. Enrique FERRI, *Principios...*, ed. cit., pág. 597.

¹¹⁴ Así, por ejemplo, Theo VOGLER, *LK*, ed. cit., vor § 22 Rd. 49.

¹¹⁵ Cfr. Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 469; Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., § 15/16, pág. 593; Dietrich KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung...*, ed. cit., pág. 43; Günter SPENDEL, *Der sogenannte Umkehrschluß aus § 59 StGB nach der subjektiven Versuchstheorie*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Walter de Gruyter, Berlin, 69. Band, 1957, pág. 443; Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., pág. 78.

¹¹⁶ Cfr. Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., pág. 78.

manera equivalente condicionan la aparición de un efecto, causa que, de existir, hubiera permitido la aparición del resultado.

Con el auge del finalismo a mediados del siglo XX se consolida una nueva versión del fundamento subjetivo de la punibilidad en la tentativa. Como es sabido, esta escuela resta importancia al desvalor de resultado, bien sea colocando el énfasis en el desvalor de acción (de acuerdo con la presentación más frecuente de dicha teoría) o bien negando toda importancia al desvalor de resultado (en las más extremas concepciones subjetivas). Por esta vía, minimizando o negando la importancia del resultado en la configuración del injusto, no tendría por qué existir diferencia entre el delito consumado y la tentativa¹¹⁷, pues estando presente en ambos el desvalor de acción como fundamento de intervención del derecho penal, bien podría afirmarse que en ambas formas delictivas el autor atenta contra la misma norma¹¹⁸. Dicho con las radicales palabras de ZIELINSKI, injusto es el acto final contrario a derecho y sólo él¹¹⁹.

Debido a esa escasa o nula importancia de un resultado cuya presencia sería fundamentalmente producto del azar¹²⁰, sobraría cualquier distinción entre la tentativa y la consumación, así como también sería innecesaria la diferenciación entre las tentativas idónea e inidónea¹²¹ y podía arribarse fácilmente a la conclusión de que el finalismo suministra un sólido fundamento material de la punibilidad de la tentativa¹²²: una teoría del desvalor de acción¹²³.

El eje del injusto es entonces para los finalistas la presencia de ese desvalor de acción, y por ello suele afirmarse que esta configuración del injusto conduce indefectiblemente a una concepción subjetiva de la tentativa¹²⁴. ¿Qué sentido tiene —se preguntaba ARMIN

¹¹⁷ Cfr. Diethart ZIELINSKI, *Handlungs-...*, ed. cit., pág. 191.

¹¹⁸ Cfr. Diethart ZIELINSKI, *Handlungs-...*, ed. cit., págs. 138 y 141.

¹¹⁹ Cfr. Diethart ZIELINSKI, *Handlungs-...*, ed. cit., pág. 143.

¹²⁰ Cfr. Diethart ZIELINSKI, *Handlungs-...*, ed. cit., págs. 40 nota 142, 130 y 142.

¹²¹ Cfr. Diethart ZIELINSKI, *Handlungs-...*, ed. cit., pág. 40 nota 142.

¹²² A favor de la irrelevancia del desvalor de resultado en la tentativa, cfr. Carmen ALASTUEY DOBÓN, *Tentativa inacabada...*, ed. cit., pág. 30.

¹²³ Cfr. Armin KAUFMANN, *Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht*, in *Festschrift für Hans Welzel*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1974, pág. 402.

¹²⁴ Cfr. Eberhard SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, ed. cit., § 15/16, pág. 593; pese a no ser un finalista, éste autor defiende dentro de su concepción "teleológica del injusto" una teoría subjetiva de la tentativa; cfr. *ibídem*, págs. 593 y 594.

KAUFMANN— que el injusto de la acción y la culpabilidad del hecho se eleven cuando, largo tiempo después de ocurrido este y conforme al plan del autor, la víctima fallece tras la larga convalecencia que le impusieron las heridas propinadas por aquel¹²⁵? No obstante esta equiparación entre tentativa y consumación derivada de la irrelevancia (total o parcial) del resultado, debe tenerse siempre presente que, como corolario de este razonamiento y otros similares, se propugnaba por punir igualmente el delito consumado y la tentativa acabada¹²⁶, pero se recomendaba la menor punibilidad de la tentativa inacabada, en reconocimiento del menor desvalor de acción que ella contenía¹²⁷.

Debido entre otras cosas a esta última precisión de los finalistas, debe concederse poca importancia al reproche que suele hacerse a la teoría subjetiva en el sentido de que ella conduce indefectiblemente a sancionar con la misma pena las tentativas y las consumaciones¹²⁸. En efecto, no sólo han señalado con precisión sus defensores la diversa punibilidad de las tentativas acabada e inacabada, sino que incluso se ha insistido por parte de los finalistas en que la intención no es el único componente del injusto sino tan solo su mínimo indispensable¹²⁹, ante lo cual no puede sostenerse que las tesis subjetivas conduzcan necesariamente a sancionar con igual rigor las tentativas y los delitos consumados¹³⁰.

Al igual que ocurre entre los partidarios de las tesis objetivas, también dentro de las toldas subjetivistas se suele recurrir a la interpretación de la normatividad para buscar en ella un respaldo a su teoría, bien sea invocando genéricamente la estructura de la

¹²⁵ Cfr. Armin KAUFMANN, *Welzel-Festschrift*, ed. cit., pág. 403.

¹²⁶ Cfr. Armin KAUFMANN, *Welzel-Festschrift*, ed. cit., pág. 403.

¹²⁷ Cfr. Armin KAUFMANN, *Welzel-Festschrift*, ed. cit., pág. 404, para quien en la tentativa inacabada el desvalor de acción no está completo; Diethart ZIELINSKI, *Handlungs-...*, ed. cit., pág. 217, quien considera que en dicha clase de tentativa el desvalor de acción es menor.

¹²⁸ Entre quienes de esta manera critican a la concepción subjetiva, cfr. Miguel CÓRDOBA ANGULO, *La tentativa*, ed. cit., pág. 74, aun cuando afirma con cautela que la tesis subjetiva conduciría a penar "prácticamente igual" tentativas y consumaciones, quedando tan sólo la opción de una atenuación facultativa; Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 462; Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal*, ed. cit., § 13/13, pág. 345; Carl Joseph Anton MITTERMAIER, *NACR 1 [1816]*, ed. cit., pág. 173; Claus ROXIN, *JuS 1979*, ed. cit., pág. 1; Otto TRIFFTERER, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 353.

¹²⁹ Cfr. Peter ALBRECHT, *Der untaugliche...*, ed. cit., págs. 74, 75 y 79.

¹³⁰ Cfr. Elena FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, ed. cit., pág. 481.

respectiva norma comprensiva de la tentativa¹³¹, bien sea destacando que —como ocurre en el § 22 del Código Penal alemán— en la definición de la tentativa se hace primordial referencia a la "representación del autor" sobre el hecho¹³², o bien sea apelando a la punibilidad de la tentativa inidónea como una clara muestra de que el legislador de turno se ha inclinado en favor de una concepción subjetiva¹³³.

No obstante, tampoco faltan quienes recurriendo igualmente a la interpretación de las mismas disposiciones legales sostengan la tesis contraria, es decir, que sus respectivas legislaciones penales repudian una fundamentación subjetiva de la tentativa, ya sea porque la norma que la define destaque la importancia de su aspecto objetivo¹³⁴, o porque —como ocurre con el § 23 III del código penal alemán— se permita incluso prescindir de pena en los casos en que la "inidoneidad" de la tentativa se derive de la "burda incomprensión"¹³⁵ del autor, puesto que aun en estos últimos eventos el factor subjetivo estaría presente y sin embargo podría no dar lugar a sanción penal en cuanto la norma faculta al juez para prescindir de su imposición¹³⁶, negando así la validez de la tesis subjetiva¹³⁷.

¹³¹ Así, por ejemplo, Elena FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, ed. cit., pág. 18, quien pese a no compartir la tesis subjetiva considera que ella está expresamente consagrada por el Código Penal alemán; Kristian KÜHL, *Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch Vollendung und Beendigung*, in *Juristische Schulung (JuS)*, Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1980, pág. 121; Claus ROXIN, *Strafrecht AT*, Band II, ed. cit., § 29/32, pág. 342.

¹³² Por ejemplo, Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 471; en España piensa lo mismo, sobre la regulación alemana, Rafael ALCÁCER GUIRAO, *Caso del abortivo inocuo*, en *Casos que hicieron doctrina en Derecho Penal*, ediciones La Ley, Madrid, 2011, pág. 86; Victor GÓMEZ MARTÍN, *Delito especial con autor inidóneo. ¿Tentativa punible o delito putativo?*, ed. Dykinson, Madrid, 2006, pág. 128; Miguel Ángel NUÑEZ PAZ, *El delito intentado*, ed. Colex, Madrid, 2003, pág. 94.

¹³³ En este sentido, y aludiendo a la legislación penal suiza, cfr. Hans SCHULTZ, *Strafbare Vorbereitungshandlungen nach StrGB Art. 260 bis und deren Abgrenzung vom Versuch*, en *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (SchwZStr)*, Verlag Stämpfli & Cie. AG, Bern, 107. Band, 1990, pág. 70. ALCÁCER GUIRAO piensa que una interpretación literal del §22 del Código Penal alemán permitiría incluso la punición de la tentativa supersticiosa; cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, *Caso del abortivo inocuo*, ed. cit., pág. 86.

¹³⁴ Así, por ejemplo, Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 462 referido al derecho penal alemán, y Theodor RITTLER, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 254 aludiendo a la normatividad austríaca.

¹³⁵ Sobre el contenido de esta figura, cfr. *infra* 4.2.2.3.2.

¹³⁶ Entre quienes de esta manera niegan que el Código Penal alemán respalde la tesis subjetiva, cfr. Albin ESER, *Schönke/Schröder*, ed. cit., vor §2 2 Rd. 21; Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 462.

Una de las críticas más conocidas en contra de esta concepción subjetiva es la de que su estricta aplicación conduciría necesariamente a punir la simple intención criminal¹³⁸, con clara violación de la antigua máxima *cogitationis poenam nemo patitur*¹³⁹. Pero pese a lo contundente que aparentemente podría ser esta censura¹⁴⁰, la verdad es que está edificada sobre una errada comprensión de la teoría subjetiva, en cuanto el propio von BURI señaló desde el mismo momento en que formuló su concepción, y de manera reiterada, que lo punible en la tentativa no es la simple intención delictiva, sino la intención que a través de acciones ha llegado a ser una parte del mundo exterior y que para su realización ha engranado dentro de la causalidad natural¹⁴¹.

No sólo definió von BURI la tentativa como intención delictiva objetivada¹⁴², sino que —procurando no dejar lugar a equívocos—, reafirmó luego que la esencia de la tentativa está en la intención delictiva exteriorizada¹⁴³. Pero incluso con anterioridad a la conocida versión subjetiva de von BURI, ya en 1845 había precisado KÖSTLIN que no debería confundirse la punición por tentativa con el reproche

¹³⁷ Sin embargo, ENGISCH considera que dicho § 23 III del Código Penal alemán no desvirtúa la teoría subjetiva, sino que tan sólo atenúa sus consecuencias; cfr. Karl ENGISCH, *Der "umgekehrte Irrtum" und das "Umkehrprinzip"*, in *Festschrift für Ernst Heinz zum 70. Geburtstag*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1972, pág. 186.

¹³⁸ Sobre el consenso que existe en lo atinente a la existencia de un principio conforme al cual la intención delictiva es impune, cfr. Manuel CANCIO, *Überlegungen...*, ed. cit., pág. 180; Manuel CANCIO MELIA, *Consideraciones...*, ed. cit., pág. 45; Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal*, ed. cit., § 13/4, pág. 343.

¹³⁹ Cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, *Elementos típicos no vinculados al curso causal y la tentativa de autor inidóneo*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, 2001, pág. 45; Karl BINDING, *Der umgekehrte Irrtum*, in *Der Gerichtssaal (GS)*, Verlag von Ferdinand Enke, Stuttgart, 85. Band, 1917, pág. 292, en cuanto sostiene que en la tentativa no se debe sancionar por la intención sino por la acción delictiva; Miguel CÓRDOBA ANGULO, *La tentativa*, ed. cit., pág. 22; Carl-Joseph-Anton MITTERMAIER, *NACR I* [1816], ed. cit., pág. 173, quien además agrega que dentro del respectivo proceso penal sobraría toda la indagación sobre el tipo, pues para aplicar la pena bastaría con estar seguros de la mala intención del agente; cfr. ibídem, pág. 175. Quizás también TRIFFTERER pueda ser incluido aquí, en cuanto afirma que la teoría subjetiva "pura" (?) no es satisfactoria desde el punto de vista político-criminal; cfr. Otto TRIFFTERER, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 354.

¹⁴⁰ Sobre lo injustificado de esta crítica, cfr. Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad...*, ed. cit., pág. 779.

¹⁴¹ Cfr. Maximilian von BURI, *GS 19* [1867], ed. cit., pág. 63.

¹⁴² Cfr. Maximilian von BURI, *GS 19* [1867], ed. cit., pág. 71; Maximilian von BURI *GA 25* [1877], ed. cit., pág. 266.

¹⁴³ Cfr. Maximilian von BURI, *ZStW 1* [1881], ed. cit., pág. 185.

moral; en la moral —precisó dicho autor— sólo importa lo interno, pero cuando el mal pensamiento se exterioriza, se entra en los predios del derecho; en ese momento no existe ya la mera *cogitatio*, sino que surge la tentativa¹⁴⁴. Y diez años más tarde, reafirmaba KÖSTLIN su posición al señalar que para la punición de la tentativa es indispensable la existencia de un hecho dirigido a la realización plena de un determinado delito, no bastando proyectos delictivos generales ni preparativos provisionales encaminados a fines indeterminados¹⁴⁵.

En la antigua literatura italiana, otro caracterizado defensor de concepciones subjetivas como ENRIQUE FERRI también dejó en claro que la intencionalidad delictiva no debía separarse de la actividad exterior del autor, porque eso conduciría a concederle a aquella un “valor tiránico” tan censurable como el que los defensores de las posturas objetivas otorgan al resultado. Para FERRI la simple manifestación de una personalidad peligrosa podía justificar la aplicación de medidas de prevención social (pedagógicas y educativas) a esos “candidatos a la delincuencia”, pero no la intervención del derecho penal. Esta última sólo se justificaría, según FERRI, cuando la “personalidad criminal” se manifiesta objetivamente en forma de “agresión contra el Derecho”¹⁴⁶, de tal manera que la cantidad y calidad de la sanción imponible dependería “de los actos objetivamente realizados en referencia a la mayor o menor peligrosidad personal que se manifiesta en ellos”¹⁴⁷.

Resulta entonces claro que cuando menos desde mediados del siglo XIX la teoría subjetiva entendió la tentativa como la intención manifestada en un hecho exterior, y que desde aquella época tanto los partidarios de dicha concepción, como buena parte de sus detractores, coinciden en que los subjetivistas afirman la presencia

¹⁴⁴ Cfr. Christian-Reinhold KÖSTLIN, *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung, Tübingen, 1845, págs. 372 y 373,

¹⁴⁵ Cfr. Christian-Reinhold KÖSTLIN, *System...*, ed. cit., págs. 233.

¹⁴⁶ "Del mismo modo que para la segregación en un manicomio es preciso, al menos, el dato concreto de una manifestación morbosa por parte del enfermo, así en lo que respecta a la sanción represiva es preciso, por lo menos, la tentativa de cometer un delito. La tentativa constituye, por tanto, el *mínimum* de actividad antisocial necesario para que se pongan en movimiento los engranajes de la justicia penal...". Enrique FERRI, *Principios...*, ed. cit., pág. 597.

¹⁴⁷ Cfr. Enrique FERRI, *Principios...*, ed. cit., pág. 597.

de una tentativa únicamente cuando la intención delictiva, "se objetivara"¹⁴⁸ o "se manifiesta"¹⁴⁹, cuando ella "se pone en marcha"¹⁵⁰.

Una correcta comprensión de la teoría que propugna por el fundamento subjetivo de la punibilidad de la tentativa, no puede entonces dar lugar a la genérica afirmación de que con ella se permite la punición de la intención delictiva, sino que, por el contrario, debe conducir a la admisión de que se trata de una tesis en la que se presupone la existencia tanto de elementos objetivos como subjetivos, aun cuando dando preeminencia a éstos últimos sobre aquellos¹⁵¹. Es pues, la situación inversa a la ya examinada de la teoría objetiva, donde también se admitía la presencia de los dos momentos, pero se daba prevalencia al objetivo frente al subjetivo. No obstante la aplicación de este correctivo de naturaleza objetiva, no queda claro por qué deben ser impunes los actos preparatorios,

¹⁴⁸ Cfr. Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER, Lehrbuch, ed. cit., pág. 472; Dietrich KRATZSCH, Verhaltenssteuerung..., ed. cit., pág. 64; Max WAIBLINGER, ZStW 69 [1957], ed. cit., pág. 201.

¹⁴⁹ Cfr. BUSCH, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar (LK), Walter de Gruyter, Berlin-New York, 9. Auflage, 1974, § 43 Rd. 1; Peter ALBRECHT, Der untaugliche..., ed. cit., págs. 21 y 22; Christian-Reinhold KÖSTLIN, Neue Revision..., ed. cit., págs. 376 y 377; Christian-Reinhold KÖSTLIN, System..., ed. cit., págs. 231 y 246; Theodor RITTLER, Lehrbuch, ed. cit., pág. 254; Franz STRENG, Tatbegriff und Teilrücktritt, in Juristenzeitung (JZ), Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1984, pág. 655.

¹⁵⁰ Cfr. BUSCH, LK, ed. cit., § 43 Rd. 1; Albin ESER/Björn BURKHARDT, Lehrbuch, ed. cit., pág. 89; Thomas FELTES, Der (vorläufig) fehlgeschlagene Versuch, in Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA), R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, Heidelberg, 1992, pág. 416; Karl-Heinz GÖSSEL, Über den fehlgeschlagenen Versuch, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), De Gruyter, Berlin-New York, 87. Band, 1975, pág. 20; Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/17, pág. 711; Hans-Heinrich JESCHECK, Lehrbuch, ed. cit., pág. 462; Friedrich NOWAKOWSKI, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Walter de Gruyter & Co., Berlin, 63. Band, 1951, pág. 316; Harro OTTO, Grundkurs Strafrecht — Allgemeine Strafrechtslehre, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1992, 4. Auflage, pág. 223; Otto TRIFFTERER, Lehrbuch, ed. cit., pág. 353; Diethart ZIELINSKI, Handlung-..., ed. cit., págs. 44, 136 y 137.

¹⁵¹ Sobre la prevalencia del factor subjetivo sobre el objetivo cfr. Peter ALBRECHT, Der untaugliche..., ed. cit., págs. 43, 44 y 47; Thomas FELTES, GA 1992, ed. cit., pág. 416; Karl-Heinz GÖSSEL, ZStW 87 [1975], ed. cit., pág. 20; Christian-Reinhold KÖSTLIN, Neue Revision..., ed. cit., pág. 339, en cuanto sostiene que el aspecto objetivo de la acción es determinado por la parte subjetiva que, de esta manera, es comprensiva de aquel; Christian-Reinhold KÖSTLIN, System..., ed. cit., págs. 214 y 146; Günter SPENDEL, ZStW 65 [1953], ed. cit., pág. 521, quien reconoce este aspecto sin que con ello deje de ser uno de los más acérrimos enemigos de la teoría subjetiva.

pese a que ellos suponen por parte de autor la clara objetivación de su voluntad delictiva¹⁵².

Prácticamente desconocida es en cambio una objeción más aguda de FRANK contra la teoría subjetiva, que arriba a conclusiones similares a las acabadas de apreciar críticamente y que hasta el momento no ha sido objeto de expresa réplica. Este autor no desconoce el componente objetivo de la concepción subjetivista, pero advierte que cuando se pretende fijar el comienzo de la tentativa, no con base en parámetros objetivos, sino con fundamento en la representación del autor, no se le está sancionando por lo que en realidad ha hecho desde el punto de vista externo, sino por aquella acción que él cree haber desplegado en contra de lo establecido en una norma penal.

Por esta vía, concluye acertadamente FRANK, se puede llegar a imponer una pena a quien objetivamente no ha desplegado una acción delictiva, sino que tan solo cree haber comenzado la ejecución de ella; en otras palabras, se estaría puniendo al sujeto por una conducta que desde su subjetividad es apreciada como delictiva, pero que careciendo objetivamente de esa característica supone una flagrante violación del principio *nullum crimen nulla poena sine lege*¹⁵³.

Una profundización de este argumento puede incluso conducir a ulteriores críticas que atañen al funcionamiento sistemático de la concepción subjetiva; por ejemplo, a partir de la misma premisa que permite a los subjetivistas establecer el comienzo de la punibilidad de la tentativa desde el punto de vista de la representación del autor, y no con parámetros objetivos, puede sostenerse que en puridad de términos el sujeto que es consciente de no haber realizado todos los actos necesarios para que el resultado perseguido sobrevenga, no ha ingresado aún —desde su punto de vista— en los predios de la tentativa punible.

¹⁵² Cfr. Claus ROXIN, *Strafrecht AT*, Band II, ed. cit., § 29/36, págs. 343 y 344.

¹⁵³ Cfr. Reinhard FRANK, *StGB*, ed. cit., § 43, págs. 83 y 84. Muchos años más tarde emprende SPENDEL un razonamiento similar (al parecer sin conocer el antecedente de FRANK), pero concluyendo inicialmente que con la determinación subjetiva del comienzo de la tentativa se sanciona en realidad la simple intención criminal (cfr. Günter SPENDEL, *ZStW* 65 [1953], ed. cit., págs. 522 y 523); no obstante, en un escrito posterior puntualiza su criterio y concluye que dicha forma de operar supone en verdad una violación al principio del *nullum crimen nulla poena sine lege* (cfr. Günter SPENDEL, *NJW* 1965, ed. cit., pág. 1882).

Esto significaría que sólo la denominada tentativa acabada sería digna de pena, mientras la llamada tentativa inacabada debería permanecer impune¹⁵⁴. Y, cuando el legislador decide que también en los casos en que el sujeto es consciente de no haber realizado todos los actos necesarios para la consecución del resultado (tentativa inacabada) debe imponerse una pena, lo hace otorgando externamente a la conducta una mayor importancia que la que el sujeto interiormente le confiere; en otras palabras, el legislador debe recurrir a un criterio objetivo para no dejar en la impunidad esta clase de tentativa.

Nótese incluso que los propios defensores del finalismo admiten que en la denominada tentativa inacabada el desvalor de acción que — como hemos visto— constituye para ellos la esencia del delito y de la tentativa como su forma perfecta, no está completo. Sólo que, pese a admitir que ese fundamento de la punibilidad de la tentativa no es completo en dichos eventos, no actúan coherentemente admitiendo la impunidad de la tentativa inacabada, sino que recurren al mecanismo de atenuar su punibilidad¹⁵⁵. De esta manera, los finalistas sostienen que si existe un desvalor de acción, se debe imponer una sanción penal independientemente de la sobrevención de un eventual resultado; pero, a renglón seguido, afirman que si ese desvalor de acción sólo existe parcialmente también debe procederse a la aplicación de una pena, pero menor. De esta suerte, sólo quedarían totalmente exentas de pena aquellas etéreas conductas en las cuales no existiera ni siquiera un vestigio de desvalor de acción.

En síntesis, la concepción finalista debería reformularse en el sentido de sostener que el fundamento de la punibilidad en la tentativa (como paradigma de la figura delictiva) es una "tentativa de desvalor de acción". De esta manera, lo que para la doctrina tradicional sería delito consumado como comprensivo de los desvalores de acción y de resultado, sería para los finalistas la tentativa acabada como puro desvalor de acción, al paso que aquello que para la doctrina tradicional constituiría la tentativa como desvalor de acción, para los finalistas pasaría a ser la tentativa inacabada como "incompleto" desvalor de acción.

¹⁵⁴ Cfr. BÜNGER, ZStW 6 [1886], ed. cit. pág. 357.

¹⁵⁵ Cfr. Armin KAUFMANN, Welzel-Festschrift, ed. cit., pág. 404; Diethart ZIELINSKI, Handlungs-..., ed. cit., pág. 217.

En consecuencia, a través de la invocación del desvalor de acción los finalistas habrían explicado el fundamento de la punibilidad del delito consumado (para ellos equiparable a la tentativa acabada) pero les restaría explicar el por qué debe imponerse una sanción penal en los casos de tentativa (para ellos tentativa inacabada), donde falta el "completo" desvalor de acción. No es entonces totalmente cierto que la concepción finalista pueda explicar coherentemente el fenómeno de la tentativa, pues el reconocimiento de que deben pensarse acciones como las constitutivas de tentativa inacabada, muestra claramente que la presencia del desvalor de acción sólo sirve para explicar la punibilidad del "delito consumado" (tentativa acabada en el lenguaje finalista) pero no sirve de base a la imposición de pena en la "tentativa" (tentativa inacabada en el lenguaje finalista)¹⁵⁶.

Si bien es cierto que la presencia de von BURI en el Tribunal Supremo del Imperio Alemán fue determinante para la rápida difusión que la teoría subjetiva tuvo, especialmente en el ámbito de la jurisprudencia, debe reconocerse que también contribuyó a su rápida expansión el hecho de que con fundamento en ella se pudiera sancionar la tentativa inidónea¹⁵⁷ pues —como luego se verá¹⁵⁸— la necesidad de punir esta clase de acciones ha sido siempre, y con razón, muy generalizada.

Pero aun reconociendo esta clara ventaja de las teorías subjetivas, suele objetárseles que la misma relevancia del aspecto intelectual que les permite punir la tentativa inidónea, les pondría en serios aprietos para sostener la impunidad de la tentativa irreal¹⁵⁹ o

¹⁵⁶ Por el contrario, ZACZYK afirma, con referencia a todas las teorías subjetivas (incluida la concepción personal del injusto), que ellas están en capacidad de explicar la tentativa, pero no el delito consumado; cfr. Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., pág. 126.

¹⁵⁷ Cfr. Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., pág. 76, quien piensa que esta teoría se impuso, no tanto por sus consideraciones teóricas, como porque llenaba el deseo o la expectativa de punición de la tentativa inidónea.

¹⁵⁸ Cfr. *infra* 4.2.2.1.

¹⁵⁹ Cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, *Caso del abortivo inocuo*, ed. cit., pág. 84; Rafael ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea...*, ed. cit., págs. 38 y 107; Heiner ALWART, *Strafwürdiges...*, ed. cit., pág. 201; Luis BELESTA SEGURA, *La tentativa inidónea en el Código Penal de 1995*, en *La Ley*, Madrid, D-190, pág. 1559; Juan FERNANDEZ CARRASQUILLA, *Derecho...*, ed. cit., pág. 376; Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal*, ed. cit., § 13/14, pág. 345; Hans-Joachim RUDOLPHI, *Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre*, in *Festschrift für Reinhart*

supersticiosa¹⁶⁰, y quizás también la del denominado delito putativo¹⁶¹. Probablemente la respuesta más antigua a esta crítica proviene del propio von BURI, quien desde las primeras formulaciones de su tesis destacó que sólo deberían ser punibles a título de tentativa aquellas acciones que "objetivamente" pudieran generar el delito¹⁶², criterio este que ha sido posteriormente reformulado con la pretensión de hacer compatible la tesis subjetiva con la impunidad de la tentativa irreal, recurriendo, por ejemplo, a precisar que lo importante en la tentativa es siempre la "tendencia general" que hacia el resultado tiene el plan del autor, tendencia esta que no estaría presente ni en los casos de tentativa supersticiosa ni en los de burda incomprensión¹⁶³.

La circunstancia de que estos intentos de compatibilización de la tesis subjetiva con la impunidad de la tentativa supersticiosa se edifiquen mediante el recurso a parámetros que como los acabados de formular son claramente objetivos ha dado lugar, bien a reconocer que la solución del problema supone necesariamente hacer concesiones a la teoría objetiva¹⁶⁴, o bien a consolarse con la idea de que aun cuando fuera cierto que la teoría subjetiva condujera a la punición de la tentativa supersticiosa, ello no sería argumento suficiente para prohiar una tesis que, como la objetiva, estaría plagada de inconvenientes de mayor entidad¹⁶⁵.

Cuando desde el interior de la teoría subjetiva se ha intentado fundamentar la impunidad de la tentativa irreal o supersticiosa sin apelar a criterios de índole objetiva, entonces se ha desembocado en afirmaciones radicales de difícil aceptación, como aquella según la cual la tentativa supersticiosa es también una manifestación del

Maurach, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1972, pág. 72. Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., pág. 79.

¹⁶⁰ STRUENSEE cree que esta hipertrofia de la punibilidad no es una consecuencia de las tesis subjetivas, sino de una confusión entre causalidad y causalidad irreal, propia de todas las teorías objetivas de la tentativa; cfr. Eberhard STRUENSEE, *Verursachungsvorsatz und Wahnkausalität*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, De Gruyter, Berlin-New York, 102. Band, 1990, pág. 48.

¹⁶¹ En este último sentido, cfr. Juan FERNANDEZ CARRASQUILLA, *Derecho...*, ed. cit., pág. 383.

¹⁶² Cfr. Maximilian von BURI, *GS 19* [1867], ed. cit., pág. 64.

¹⁶³ Cfr. Peter ALBRECHT, *Der untaugliche...*, ed. cit., págs. 47 y 50.

¹⁶⁴ Cfr. Peter ALBRECHT, *Der untaugliche...*, ed. cit., págs. 41 y 42.

¹⁶⁵ Cfr. Maximilian von BURI, *ZStW 1* [1881], ed. cit., pág. 205.

injusto penal (!), que sólo llega a ser impune debido a la falta de necesidad de la pena¹⁶⁶.

Desde hace mucho tiempo se ha destacado que el acento que esta teoría coloca en el aspecto subjetivo de la conducta conduce a la equivocada creencia de que lo determinante para saber si una conducta es o no reprochable desde el punto de vista penal es la intención del agente¹⁶⁷, cuando en verdad lo que primordialmente interesa es la existencia de un comportamiento que objetivamente pueda ser considerado como errado¹⁶⁸, en cuanto las leyes penales se transgreden mediante actos externos y no a través de meras intenciones¹⁶⁹. Pese al trasfondo ontologista que hay detrás de esta argumentación, creo que ella encierra algo de cierto.

En efecto, no basta con afirmar —como lo hace la teoría subjetiva— que lo que fundamenta la punibilidad de la tentativa es la exteriorización de la voluntad hostil al ordenamiento jurídico, puesto que no todas las objetivaciones de una intención contraria a la normatividad deben dar lugar a una sanción penal a título de tentativa¹⁷⁰. La simple exteriorización de la voluntad no pasa de ser un mero hecho indicador respecto del pensamiento criminal de una persona, como puede ocurrir cuando alguien manifiesta públicamente su intención de dar muerte a otro, o de efectuar un robo o cualquier otro hecho delictivo¹⁷¹. Todas estas son claras

¹⁶⁶ Cfr. Armin KAUFMANN, *Welzel-Festschrift*, ed. cit., pág. 403.

¹⁶⁷ Para BINDING, al autor no se lo sanciona como portador de una intención sino como autor culpable de una acción; cfr. Karl BINDING, *GS 85* [1917], ed. cit., pág. 292. Según MITTERMAIER, la simple intención no puede hacer punible una acción que puede incluso ser indiferente o conforme a la ley. Por eso —continúa dicho autor— no debe confundirse la intención como "medio" para imputar la acción a la voluntad, con la intención que en sí misma haría punible la acción; cfr. Carl Joseph Anton MITTERMAIER, *NACR I* [1816], ed. cit., págs. 173 y 174.

¹⁶⁸ Cfr. Albin ESER, *Schönke/Schröder*, ed. cit., vor § 22 Rd. 21.

¹⁶⁹ Para MITTERMAIER, lo que se debe sancionar son las infracciones a la ley, y ellas no están en la intención del autor sino en la naturaleza de su acción; cfr. Carl Joseph Anton MITTERMAIER, *NACR I* [1816], ed. cit., pág. 173.

¹⁷⁰ Cfr. Dietrich KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung...*, ed. cit., págs. 430 y 431; Günther JAKOBS, *ZStW 97* [1985], ed. cit., pág. 759.

¹⁷¹ Cfr. Karl BINDING, *GS 85* [1917], ed. cit., págs. 293 y 294, para quien esas manifestaciones de la voluntad (que no del dolo) podrían ser punibles en forma autónoma, pero nunca como realización del delito amenazado; Hugo HÄLSCHNER, *Das preußische Strafrecht — Allgemeiner Teil*, Scientia Verlag, Aalen, Teil 2, 1975 (Neudruck der Ausgabe Bonn 1858), pág. 193; Günter SPENDEL, *NJW* 1965, ed. cit., pág. 1883; Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., pág. 236.

manifestaciones de una intención contraria al ordenamiento jurídico, y sin embargo difícilmente podría sostenerse que ellas deben dar lugar a la sanción por una tentativa de homicidio o de hurto.

La crítica vale incluso si se quiere ir más allá de las simples exteriorizaciones de la voluntad criminal y se exigiera una más clara objetivación de ellas, pues cuando, por ejemplo, quien se encuentra dentro de un lugar donde existe la prohibición de fumar, toma en sus manos una cajetilla de tabaco e incluso coloca un cigarrillo entre sus labios, ha objetivado claramente su intención de desobedecer la norma¹⁷² y sin embargo no creo que esa sola actuación pueda bastar para imponer una sanción al autor a título de tentativa.

Si pese a todo ello se insistiese en que basta cualquier exteriorización u objetivación del pensamiento hostile al ordenamiento jurídico para fundamentar la sanción penal, entonces nunca habría necesidad de aguardar a que el autor "diera comienzo a la ejecución" o a que él "se dispusiera inmediatamente a ejecutar el hecho", pues aun antes de darse comienzo a las acciones ejecutivas suele existir ya una manifestación del pensamiento delictivo que en nada se modificaría o agravaría por la presencia de ese "comienzo de ejecución"¹⁷³.

Si desde la óptica de la teoría subjetiva se pretende sostener que no basta cualquier exteriorización u objetivación de la voluntad contraria a la norma para fundamentar la punibilidad de la tentativa, sino que es necesario "realizar" esa intención, entonces se estará exigiendo claramente un "principio de ejecución"¹⁷⁴ que como componente adicional de naturaleza indiscutiblemente objetiva puede ser perfectamente compatible con una teoría mixta, pero que de ninguna manera se compadece con la concepción subjetiva de la tentativa¹⁷⁵.

Si la determinación de la peligrosidad del plan delictivo depende no sólo de la exteriorización de la voluntad, sino de una interpretación de esa manifestación exterior para determinar cuándo ella supone un "comienzo de ejecución" entonces se está renunciando a una concepción subjetiva de la punibilidad de la tentativa en favor, bien

¹⁷² Cfr. Günter SPENDEL, ZStW 65 [1953], ed. cit., pág. 531.

¹⁷³ Cfr. Claus ROXIN, JuS 1979, ed. cit., pág. 1.

¹⁷⁴ Cfr. BÜNGER, ZStW 6 [1886], ed. cit., págs. 353 y 354.

¹⁷⁵ Cfr. Karl BINDING, GS 85 [1917], ed. cit., págs. 293 y 294.

de un criterio marcadamente objetivo, o bien en favor de una tesis mixta¹⁷⁶.

Pero, mientras se quiera mantener la teoría estrictamente subjetiva que ve en la simple exteriorización u objetivación del pensamiento contrario a derecho la razón de ser de la punibilidad de la tentativa, entonces será cierto el reproche que se le hace en el sentido de ampliar demasiado el ámbito de punición de la tentativa invadiendo el terreno reservado a los actos preparatorios¹⁷⁷, pues la única forma de sostener coherentemente la impunidad de dichos actos es recurriendo a interpretar la exteriorización de esa voluntad contraria a derecho, y ese análisis obedece siempre, como se ha visto, a parámetros objetivos.

Ahora bien, en cuanto defendiendo la teoría subjetiva se sostenga la punibilidad de toda voluntad que siendo hostil al ordenamiento jurídico se exteriorice, se está abriendo la puerta a un derecho penal policivo, más preocupado por las consecuencias negativas que hacia el futuro puede acarrear la voluntad criminal, que por la interpretación exterior de la conducta ya desplegada¹⁷⁸.

En consecuencia, y por moderna que pudiera parecer la expresión, resulta un mérito de MITTERMAIER el afirmar que la estricta defensa de una concepción subjetiva de la tentativa supone el desaparecimiento de las fronteras entre lo interno y lo externo¹⁷⁹. En

¹⁷⁶ ZACZYK afirma que para saber si es peligroso el plan de escalar para penetrar en una habitación ajena es necesario, por ejemplo, tener en cuenta si el largo de la escalera permitiría alcanzar o no la ventana por la que se pretende hacer el ingreso subrepticio; cfr. Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., pág. 83.

¹⁷⁷ Cfr. Miguel CÓRDOBA ANGULO, *La tentativa*, ed. cit., pág. 74; Hugo HÄLSCHNER, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 193; Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., § 25/17, pág. 711; Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 462; Dietrich KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung...*, ed. cit., pág. 64; Carl Joseph Anton MITTERMAIER, *NACR 1 [1816]*, ed. cit., pág. 173; Theo VOGLER, *LK*, ed. cit., vor § 22 Rd. 49; Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., pág. 79.

¹⁷⁸ Cfr. Heiner ALWART, *Strafwürdiges...*, ed. cit., pág. 216, quien —con razón— teme por los abusos de poder que un tal estado policivo suele traer consigo; Günter SPENDEL, *ZStW 65 [1953]*, ed. cit., pág. 531, en cuanto sostiene que entre más aumente la subjetividad del autor, más aumentará la de los jueces y la de los legisladores; Günter SPENDEL, *NJW 1965*, ed. cit., pág. 1887; Günter SPENDEL, *Stock-Festschrift*, ed. cit., pág. 97.

¹⁷⁹ Cfr. Carl Joseph Anton MITTERMAIER, *NACR 1 [1816]*, ed. cit., pág. 174. Para JAKOBS (quien también propugna por la diferenciación entre las esferas interna y externa del ciudadano frente al derecho penal), la existencia de un derecho penal que considere a

este sentido me parece perfectamente comprensible la crítica de quienes creen que la teoría subjetiva está estrechamente relacionada con un derecho penal de autor y que por tanto resulta incompatible con un derecho penal que pretenda tutelar la incolumidad de los bienes jurídicos¹⁸⁰, aun cuando personalmente no comparta la idea de que la función primordial del derecho penal sea la estática preservación de unos bienes jurídicos que bien pueden sufrir irrelevantes quebrantos dentro del despliegue de las actividades propias de una vida social organizada¹⁸¹.

Finalmente, y sobre el supuesto de que se admitiese como cierta la postura de buena parte de la doctrina en el sentido de que la tentativa no es más que un estadio dentro de la comisión del hecho punible¹⁸², la concepción subjetiva resultaría incompatible con ese *iter criminis* que está claramente construido a partir de una intención delictiva, pero que en su desarrollo muestra estadios que como los actos preparativos, los ejecutivos y los consumativos son de índole estrictamente objetiva¹⁸³.

2.1.3. Las teorías mixtas.-

Conviene precisar, ante todo, que bajo este epígrafe sólo haremos referencia a aquellas teorías cuya mixtura proviene de la combinación de las tesis objetivas y subjetivas que aquí hemos dado en calificar como "naturalistas"; en consecuencia, otras fundamentaciones de la punibilidad de la tentativa que —como la llamada teoría de la impresión— suelen ser catalogadas por doctrina¹⁸⁴ y jurisprudencia como mixtas, no habrán de ser analizadas en este lugar sino que, atendiendo a su contenido

los ciudadanos como enemigos no es una prueba de la fortaleza de un Estado liberal, sino un indicio de su inexistencia; cfr. Günther JAKOBS, ZStW 97 [1985], ed. cit., pág. 783.

¹⁸⁰ Cfr. Miguel CÓRDOBA ANGULO, *la Tentativa*, ed. cit., pág. 77; Hans-Joachim RUDOLPHI, *Maurach-Festschrift*, ed. cit., pág. 72; Günter SPENDEL, ZStW 69 [1957], ed. cit., pág. 443; Günter SPENDEL, NJW 1965, ed. cit., pág. 1882.

¹⁸¹ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, *La imputación...*, ed. cit., págs. 61 y siguientes; también en Yesid REYES ALVARADO, ADPCP 1992, ed. cit., pág. 948.

¹⁸² Para una apreciación crítica de la teoría del *iter criminis* cfr. infra 3.1.

¹⁸³ Sobre esta crítica, cfr. Heiner ALWART, *Strafwürdiges...*, ed. cit., págs. 134 a 137; Günter SPENDEL, *Stock-Festschrift*, ed. cit., pág. 94.

¹⁸⁴ Cfr. por ejemplo, Luis BELESTA, ed. cit., pág. 1559; Santiago MIR PUIG, *Derecho penal*, ed. cit., §13/15, pág. 345.

marcadamente valorativo, serán objeto de examen en el siguiente apartado.

Como las críticas dirigidas contra la teoría objetiva mostraban la imposibilidad de analizar el comportamiento humano sin referencia al factor síquico que siempre le precede, y en cuanto la censura primordial a las tesis subjetivas hacía evidente que más allá de la simple activación del pensamiento se requería la existencia de un peligro objetivo para los bienes jurídicos, algunos autores se inclinan por reconocer abiertamente lo que los partidarios de cada una de las anteriores teorías sólo admitían en forma relativamente encubierta: que para una explicación de la tentativa es indispensable recurrir tanto a los elementos objetivos como a los subjetivos. De esta manera surgieron las teorías mixtas, en las que se asegura que el conocimiento de la intención del autor es requisito indispensable pero no suficiente para la configuración de la tentativa, pues sin que esa voluntad delictiva se materialice en una puesta en peligro para los bienes jurídicos, resulta inadecuado autorizar la activación de la potestad punitiva del Estado¹⁸⁵.

Pero pese a que esta formulación está dirigida a apaciguar las críticas de quienes sostienen la imposibilidad de analizar la tentativa con prescindencia de alguno de los dos momentos que desde el punto de vista ontológico componen toda conducta humana, cuando los defensores de las teorías mixtas profundizan en la explicación de su postura suelen arribar a la conclusión de que uno de los dos componentes de la tentativa predomina sobre el otro, de manera tal que puede hablarse de la existencia de teorías mixtas con predominio del factor subjetivo, y de teorías mixtas con prevalencia del elemento objetivo. Así, por ejemplo, mientras autores como OTTO o VOGLER dan a entender que con la tesis mixta se coloca un límite objetivo a la teoría subjetiva¹⁸⁶ para corregir su tendencia a la hipertrofia

¹⁸⁵ Cfr., por ejemplo, Rafael ALCÁCER GUIRAO, *El juicio de adecuación...*, ed. cit., pág. 497; Miguel CÓRDOBA ANGULO, *La tentativa*, ed. cit., pág. 84; Elena FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, ed. cit., pág. 37; Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 463, con la necesaria aclaración de que en su concepción mixta, la teoría de la impresión desempeña un papel determinante; Harro OTTO, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 223; Johannes WESSELS, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 176, aun cuando debe igualmente precisarse que en su concepción mixta juega un papel preponderante la teoría de la impresión

¹⁸⁶ Así se refiere a ellas MIR PUIG; cfr. Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal*, ed. cit., § 13/15, pág. 345.

punitiva¹⁸⁷, FARRÉ sostiene que en su concepción mixta la prevalencia debe ser conferida al factor objetivo¹⁸⁸, en cuanto sin que desde el punto de vista *ex-ante* pueda hablarse de un peligro real para los bienes jurídicos, resulta imposible la configuración de una tentativa¹⁸⁹.

Nótese cómo esta forma de puntualizar el contenido de las teorías mixtas las hace sorprendentemente similares a las versiones más frecuentes de las teorías objetivas y subjetivas, en cuanto ni los subjetivistas han desconocido nunca la presencia de aspectos objetivos en la configuración del delito, ni los objetivistas han ignorado totalmente la presencia de factores subjetivos en la tentativa, sino que unos y otros se han esforzado por mostrar que en sus respectivas concepciones hay una marcada superioridad de uno de dichos elementos sobre el otro.

De esta manera, en todas estas teorías de corte ontológico (incluida la mixta) es una idea común la admisión tanto de que en la configuración de la tentativa son indispensables los factores subjetivo y objetivo, como de que uno de ellos posee relevancia frente al otro; aquello que diferenciaría más claramente a las teorías objetivas y subjetivas de las mixtas, es que éstas últimas hacen un reconocimiento más abierto de la trascendencia de los dos componente y, lo que es más importante, no se limitan a exigir la simple objetivación del pensamiento criminal, sino que exigen que

¹⁸⁷ Cfr. Harro OTTO, Lehrbuch, ed. cit., pág. 223, para quien la existencia del peligro corrido por el bien jurídico debe determinarse desde el punto de vista del autor, es decir subjetivamente; Theo VOGLER, LK, ed. cit., vor § 22.

¹⁸⁸ Cfr. Elene FARRÉ TREPAT, La tentativa..., ed. cit., pág. 37.

¹⁸⁹ Sin embargo, cuando FARRÉ TREPAT sostiene que "en determinadas acciones sólo el conocimiento de la voluntad permitirá precisar si se trata de una acción indiferente al Derecho punitivo o, por el contrario, de una acción delictiva" (Elena FARRÉ TREPAT, La tentativa..., ed. cit, pág. 63), en realidad hace recaer el acento de la punibilidad de la tentativa en el aspecto subjetivo (por lo menos respecto de lo que ella denomina "determinadas acciones"), de tal manera que —contra lo señalado en otro aparte de su libro (cfr. ibídem pág. 37)— me parece que sostiene una tesis mixta con claro predominio del aspecto subjetivo. La contradicción se agudiza aún más cuando, al explicar su posición, esta autora afirma que en el evento de que un cliente tome una mercancía en un almacén, no con la pretensión de examinarla (que sería irrelevante para el derecho penal), sino con la intención de hurtarla tan pronto como se le presente la ocasión, se habrá configurado ya una tentativa de hurto (cfr. ibídem, pág. 63), pues semejante aseveración es el reconocimiento de la más extrema postura subjetiva, que en el ejemplo propuesto por FARRÉ TREPAT llega incluso a punir la simple intención delictiva.

haya un peligro para el bien jurídico¹⁹⁰, con lo cual —forzoso es reconocerlo— superan las principales críticas que fueron dirigidas a las tesis subjetivas.

No obstante lo anterior, los defensores de concepciones mixtas no pueden eludir los problemas sistemáticos que esta concepción plantea con la teoría general del delito. En efecto, quien siguiendo los lineamientos de un esquema causalista ubique el dolo dentro de la culpabilidad, no puede evitar caer en aguda contradicción cuando al defender una teoría mixta de la tentativa sostenga que un elemento imprescindible para la existencia típica de ésta figura es la consideración de la intención del autor, pues esto significaría —muy a su pesar— el reconocimiento de que el dolo jugaría un papel determinante dentro del juicio de tipicidad. Pero asimismo, quien tras las directrices generales de un sistema finalista propugne por la ubicación del dolo dentro del injusto no queda exento de reproches al admitir una fundamentación mixta de la punibilidad de la tentativa, pues ello le fuerza a conceder singular importancia a un factor que, como el desvalor de resultado, debería estar en una posición muy subordinada o por fuera del sistema penal.

De otra parte, cabe recordar que al derecho penal no necesariamente le interesan todas las conductas que habiendo sido intencionalmente dirigidas a la comisión de un delito *pongan en peligro* un bien jurídico tutelado, de la misma manera que no todas las que *lesionen* un bien jurídico le atañen a la ciencia penal. Por ello, así como no merece reproche punitivo la conducta del sobrino que envía a su tío rico a viajar en avión con la esperanza (al final concretada) de que su pariente fallezca y le deje en posesión de su fortuna, tampoco es punible ese mismo proceder cuando el resultado aspirado no sobreviene, así como tampoco son dignos de sanción a título de tentativa de homicidio, ni el legítimo propietario de un expendio de armas cuando cada vez que vende uno de sus productos lo hace con la intención de que el comprador ocasione la muerte de una persona, ni el diligente fabricante de vehículos automotores que los produce con la intención de que mediante su empleo resulten lesionadas o muertas muchas personas, tal como según las estadísticas suele ocurrir.

¹⁹⁰ Cfr. Elena FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, ed. cit., pág. 37; Harro OTTO, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 224, quien expresamente reafirma que no basta la simple activación o puesta en marcha de la intención hostil al ordenamiento jurídico.

En ejemplos como estos y otros similares, no puede negarse la presencia de una clara intención delictiva que no solamente ha sido objetivada o puesta en marcha, sino que además ha significado un evidente peligro para el bien jurídico de la vida e integridad personal, sin que ello pueda autorizar la intervención del derecho penal. En síntesis, debe admitirse que dentro del ámbito de la tentativa rige también lo que ya en otro lugar he tenido oportunidad de señalar respecto del delito consumado, en el sentido de que no es la simple lesión de los bienes jurídicos (y, en consecuencia, tampoco su puesta en peligro) lo que justifica la puesta en marcha del derecho penal¹⁹¹.

ALWART propone una especial configuración de la teoría mixta, que merece incluso ser diferenciada de las anteriores mediante su calificación como "dualista"¹⁹², para fundamentar la punibilidad de la tentativa en la presencia alternativa o cumulativa de dos elementos: el peligro y la intención. De acuerdo con esta tesis, la tentativa sólo existiría cuando uno de ellos, o los dos, estén presentes¹⁹³, de tal manera que puede haber tentativas intencionales y peligrosas, tentativas intencionales no peligrosas y tentativas peligrosas pero no intencionales¹⁹⁴. Las tentativas que poseyeran el factor peligrosidad serían entonces aquellas que la doctrina suele caracterizar con el nombre de tentativas idóneas mientras las que carecieran de dicho factor se equipararían a las tradicionalmente conocidas como tentativas inidóneas.

Con estas puntualizaciones preliminares, se sostiene que cuando una tentativa es peligrosa, resulta irrelevante si es o no intencional, mientras cuando ella sea intencional la peligrosidad no juega un papel preponderante¹⁹⁵. Si despojásemos estas afirmaciones de la particular terminología que encierran, esta concepción dualista quedaría reducida a la siguiente sencilla manifestación: el fundamento de la punibilidad de las tentativas idóneas es la

¹⁹¹ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, ADPCP 1992, ed. cit., págs. 948 y siguientes; también en Yesid REYES ALVARADO, La imputación..., ed. cit., págs. 61 y siguientes.

¹⁹² Ese es, por lo demás, el nombre que le confiere su propio creador; cfr. Heiner ALWART, Strafwürdiges..., ed. cit., pág. 185.

¹⁹³ Cfr. Heiner ALWART, Strafwürdiges..., ed. cit., págs. 162 y 163.

¹⁹⁴ Cfr. Heiner ALWART, Strafwürdiges..., ed. cit., págs. 158 y 159.

¹⁹⁵ Cfr. Heiner ALWART, Strafwürdiges..., ed. cit., pág. 178 nota 70.

peligrosidad de la conducta, mientras el de las tentativas inidóneas es la intencionalidad del autor.

Como quiera que esta presentación "dualista" no permite explicar el fenómeno global de la tentativa mediante la conjunción de los factores objetivo y subjetivo, sino que pretende explicar por separado las tentativas idónea e inidónea, con ayuda de las tesis objetiva y subjetiva respectivamente, su crítica no merece consideraciones especiales. De esta manera, por lo que respecta a la teoría subjetiva con que se pretende fundamentar la punibilidad de la tentativa inidónea valdrán las objeciones generales ya expresadas respecto de la concepción subjetiva, y por lo que respecta a la teoría objetiva con que se pretende fundamentar la punibilidad de la tentativa idónea, valen las mismas censuras ya expuestas en relación con la corriente objetivista¹⁹⁶.

2.2. Concepciones valorativas.-

Dedicaré este apartado al análisis de algunas teorías que pretenden explicar el fundamento de la punibilidad de la tentativa a partir de nociones pertenecientes al mundo social o jurídico¹⁹⁷, minimizando (pero no ignorando) así la importancia del factor estrictamente naturalístico que siempre acompaña a toda acción humana.

Justamente por la circunstancia de que ellas buscan la razón de ser de dicha punición, no en nociones ontológicas como la relación de causalidad o la intencionalidad, sino con base en elementos pertenecientes al mundo social o jurídico, es por lo que he preferido agruparlas bajo el epígrafe de "concepciones valorativas". Como en seguida se verá, no se trata de una tendencia moderna dentro del derecho penal, sino de una pretensión que se remonta varios siglos atrás y que puede ser casi tan antigua como las mismas concepciones objetivas, tal como lo demuestra la existencia de la llamada "teoría

¹⁹⁶ Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/18, págs. 711 y 712. Por su parte, KRATZSCH limita su crítica a poner en duda que una tal concepción pueda ser compatible con la normatividad penal alemana; cfr. Dietrich KRATZSCH, Verhaltenssteuerung..., ed. cit., pág. 68.

¹⁹⁷ ALWART, decidido defensor de una teoría naturalística (la "dualista"), reconoce que las investigaciones que sobre la necesidad de punir la tentativa se realicen en el campo sociológico no carecen de importancia para el derecho penal, en cuanto ellas pueden influenciar positivamente el juicio de punibilidad, pero advierte que en ningún momento pueden conducir a sustituir las premisas de dicho juicio; cfr. Heiner ALWART, Strafwürdiges..., ed. cit., pág. 52.

del defecto del tipo"; al lado de esta antigua tesis, se examinarán también otras teorías que como la de la impresión y la del quebrantamiento de la vigencia de la norma se han venido perfeccionando en los últimos tiempos, pero que también encuentran sus más profundas raíces en formulaciones ancestrales.

2.2.1. Teoría del defecto del tipo.-

Aun cuando en el mundo jurídico hispanoparlante se encuentra ampliamente difundido el recurso a las expresiones "*falta de tipo*"¹⁹⁸ o "*carencia de tipo*"¹⁹⁹ para caracterizar a la teoría de la que aquí me ocuparé, me parece que el empleo de estas expresiones no se compadece ni con el sentido gramatical de la noción original alemana, ni con el contenido mismo de la teoría en cuestión.

En realidad el sustantivo alemán "Mangel" puede ser traducido como "defecto" o como "falta", pero en éste último caso debe ser entendido no como ausencia total sino como "escasez" o "penuria", que son las acepciones que recogen de forma perfecta lo que con la formulación de dicha tesis se quiso expresar, tal como en seguida se verá al abordar lo relativo a la evolución histórica de esta concepción. Y justamente por la circunstancia de que en castellano el sustantivo "falta" puede ser también interpretado como "ausencia", me parece preferible recurrir a la expresión "defecto" que sin lugar a equívocos da a entender que el tipo existe (no "falta") pero que él no se encuentra completo (padece de un "defecto"), que es precisamente lo que se afirmó originalmente con la teoría aquí examinada.

Con la promulgación de la Constitutio Criminalis Carolina en 1532, se establecieron penas excesivamente severas que perduraron a

¹⁹⁸ Cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, El juicio de adecuación..., ed. cit., pág. 499; Elena FARRÉ TREPAT, La tentativa..., ed. cit., pág. 287. Véase también, por ejemplo la traducción que hace Ricardo C. NUÑEZ del manual de MEZGER (Edmund MEZGER, Derecho Penal, parte general, Cárdenas editor y distribuidor, Tijuana, 1985, pág. 287), o la que hace Carlos FONTAN BALESTRA del manual de WELZEL (Hans WELZEL, Derecho Penal, parte general, editorial Depalma, Buenos Aires, 1956, pág. 198). En el mismo sentido traduce Santiago MIR PUIG en la tercera edición del manual de JESCHECK (Hans-Heinrich JESCHECK, Tratado de derecho penal, parte general, editorial Bosch, Barcelona, 1981, volumen segundo, pág. 726) y José Luis MANZANARES SAMANIEGO al verter al español la cuarta edición del mismo manual (Hans-Heinrich JESCHECK, Tratado de Derecho Penal, parte general, editorial Comares, Granada, 1993, pág. 480).

¹⁹⁹ Cfr., por ejemplo, Luis JIMÉNEZ DE ASUA, Tratado..., ed. cit., págs. 778 y 779.

través de muchas de las leyes posteriores. Con el paso del tiempo, quienes en los siglos XVII y XVIII aplicaban la ley penal empezaron a considerar que muchas de dichas sanciones eran exageradas y, ante la falta de morigeración por parte del legislador, decidieron introducir por su propia mano correctivos que permitieran atenuar en muchos casos las penas previstas.

Así surgió la discutida figura de las "causas extralegales de atenuación punitiva", que estaban fundamentalmente edificadas sobre exigencias adicionales que los jueces hacían como requisito para aplicar la sanción prevista en la ley penal. Por ejemplo, si bien la ley establecía que para punir el infanticidio debería estar demostrada la "aptitud" de supervivencia del *nasciturus*, los jueces empezaron a reclamar adicionalmente que se probase la existencia de una intención de ocultar la presencia de relaciones sexuales extramatrimoniales²⁰⁰.

En consecuencia, cuando en un caso concreto se reunieran tanto las condiciones legales como las adicionales impuestas por la práctica judicial, se procedía a la imposición de la pena prevista en la respectiva disposición legal; pero, si alguna de las condiciones erigidas por los jueces paralelamente a las contenidas en la ley no se demostraba, entonces se procedía a la aplicación de una "pena atenuada" respecto de la prevista en la ley. Como fácilmente puede apreciarse, estas pretendidas "causas de atenuación punitiva" implicaban en realidad la imposición de sanciones penales que no estaban recogidas en la ley penal, procedimiento éste a todas luces incompatible con los postulados fundamentales del derecho penal.

Contra esta reprobable práctica reaccionó en 1800 FEUERBACH, con la pretensión de que en la aplicación de la pena los jueces se ciñeran estrictamente a la ley²⁰¹, recurriendo para ello a varios mecanismos, entre los cuales destaca el de la teoría del defecto del tipo. Según este autor, la labor del juez consistiría en indagar en cada caso por las condiciones legales para, cuando ellas existieran de una forma *completa*, proceder a la aplicación de la sanción consagrada en la respectiva disposición legal; pero cuando esas condiciones no

²⁰⁰ Cfr. Werner SCHMID, 'Über Feuerbachs Lehre vom 'Mangel am Tatbestand'', in *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1978, págs. 20 y 21.

²⁰¹ Cfr. Werner SCHMID, *Schröder-Gedächtnisschrift*, ed. cit., pág. 22.

estuvieran *completas*, el juez tendría que reducir la pena "de acuerdo con el parámetro legal"²⁰², que a juicio de FEUERBACH debería interpretarse de la siguiente forma:

La ley edifica la pena sobre la existencia de determinadas condiciones, por lo que el grado de ella está fijado por la confluencia de dichos requisitos legales; el legislador habría otorgado a cada condición una determinada cantidad de "mal" y por eso cada una de ellas constituiría tan solo una parte de la pena. Como la pena emergería pues, de la reunión de todas las condiciones legales, cuando una de ellas faltase debería deducirse de la sanción imponible tanto "mal" como correspondiera al requisito que faltase; para esta deducción no bastaría con la simple "contabilización" de los requisitos sino que ellos deberían ser sopesados, pues con seguridad el legislador habría concedido a cada uno de ellos una importancia diversa en la configuración del injusto²⁰³.

Por ejemplo, si la ley sancionaba un hecho compuesto por las condiciones "a", "b", "c", y "d" con la pena de muerte en la rueda, y en el caso examinado faltase el requisito "d", el juez debería aplicar sólo la pena de muerte; si faltasen las condiciones "d" y "c", entonces procedería la cadena perpetua y en caso de que estuvieran ausentes los presupuestos "b", "c" y "d", entonces habría de imponerse una pena privativa de libertad de duración determinada²⁰⁴.

Desafortunadamente el remedio que pretendió poner FEUERBACH a las arbitrariedades de los jueces resultó ser equiparable al mal que con él se aspiraba a eliminar, pues aquello que fue ideado como un mecanismo "legal" de atenuación punitiva, desembocaba forzosamente en la aplicación de sanciones no previstas en la ley penal, lo que en su oportunidad le valió por parte de MITTERMAIER la crítica de que se quería introducir "de contrabando" la denostada figura de las "penas extraordinarias" empleada por los prácticos de los siglos XVII y XVIII²⁰⁵. La pena²⁰⁶ y el delito²⁰⁷ son —se dijo

²⁰² Cfr. Paul Johann Anselm Ritter von FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Scientia Verlag, Aalen, 1966 (Neudruck der Ausgabe Chemnitz 1800), Teil. 2, págs. 3 y 4.

²⁰³ Cfr. Paul Johann Anselm Ritter von FEUERBACH, *Revision...*, ed. cit., págs. 4, 5 y 7.

²⁰⁴ Cfr. Paul Johann Anselm Ritter von FEUERBACH, *Revision...*, ed. cit., págs. 5 y 6.

²⁰⁵ Cfr. Carl Joseph Anton MITTERMAIER, *Ueber den Einfluß des Mangels am Thatbestande auf das Strafurteil*, in *Neues Archiv für Criminalrecht (NACR)*, Halle 3.

entonces con razón— indivisibles, y por consiguiente sólo la reunión de todas las condiciones legales puede dar lugar a la imposición de una sanción, mientras la ausencia de cualquier requisito legal conduce necesariamente a negar la existencia del delito; y si ese delito no existe, cualquier pena que se imponga, aun cuando sea bajo la encubierta forma de una "atenuante"²⁰⁸, no sería más que la sanción de una conducta no prevista en la ley como delito²⁰⁹, como se demostraría fácilmente recurriendo al siguiente ejemplo:

Si se dijese que la pena de ocho años fijada por el legislador para el delito de violación estaría conformada por dos años respecto de la pureza de la víctima, dos años por el coito y cuatro años por la violencia, la solución propuesta por la teoría del defecto del tipo conduciría a sostener que cuando no hay violencia, entonces la pena se debe reducir en cuatro años, que es la cantidad de "mal" prevista para ese requisito legal, con lo cual claramente se estaría sancionando la simple existencia de una relación sexual, que como tal no debería merecer reproche jurídico por no estar consagrada legalmente como delito²¹⁰. En consecuencia, cada vez que faltase uno de los elementos del tipo, la obligación del juez debería ser la de reconocer la inexistencia del delito investigado, procediendo directamente a la absolución²¹¹, en lugar de sancionar con una pena "atenuada" una conducta no descrita en la ley penal como delito.

Frente a estas críticas, FEUERBACH replanteó su teoría del defecto del tipo, de una forma tal que ella quedó simplemente referida al

Band, 1820, pág. 396. En el mismo sentido, pero muchas décadas después, Werner SCHMID, Schröder-Gedächtnisschrift, ed. cit., pág. 25.

²⁰⁶ Cfr. Carl Joseph Anton MITTERMAIER, NACR 3 [1820], ed. cit., págs. 196 y 197.

²⁰⁷ Cfr. Heinrich-Albert ZACHARIA, Die Lehre..., erster Theil, ed. cit., pág. 82.

²⁰⁸ "Mentirosamente llamada atenuante" diría enérgicamente Karl BINDING, GS 85 [1917], ed. cit., págs. 259 y 260.

²⁰⁹ Cfr. Carl Joseph Anton MITTERMAIER, NACR 3 [1820], ed. cit., págs. 396, 397 y 400; Heinrich-Albert ZACHARIA, Die Lehre..., erster Teil, ed. cit., pág. 82. Un siglo después insistiría BINDING sobre esta crítica; cfr. Karl BINDING, GS 85 [1917], ed. cit., págs. 264 y 265; Karl BINDING, Die Normen und ihre Übertretung, Scientia Verlag, Aalen, 1965 (Neudruck der Ausgabe Leipzig 1918), 3. Band, págs. 493 y 494.

²¹⁰ Cfr. Carl Joseph Anton MITTERMAIER, NACR 3 [1820], ed. cit., págs. 397 y 398. Sobre otros ejemplos habría de volver mucho tiempo después Karl BINDING, Die Normen..., 3. Band, ed. cit., págs. 493 y 494.

²¹¹ Cfr. Carl Joseph Anton MITTERMAIER, NACR 3 [1820], ed. cit., págs. 402 y 402; posteriormente, en el mismo sentido, Karl BINDING, GS 85 [1917], ed. cit., págs. 259 y 260; Werner SCHMID, Schröder-Gedächtnisschrift, ed. cit., pág. 15.

fenómeno de la tentativa, donde lo que faltaría sería el resultado²¹². Así, finalmente, la teoría del defecto del tipo abandonó el ámbito del delito consumado donde fue engendrada, para anidarse definitivamente en los predios de la tentativa²¹³.

Es verdad que en puridad de términos podría argumentarse que con la ausencia del resultado no falta ninguno de los elementos del tipo²¹⁴, sino tan solo la realización total de uno de ellos²¹⁵; pero aun admitiendo que ese inexistente resultado naturalístico supone realmente la ausencia de un elemento integrante del tipo, se trataría de una conclusión extraída a partir de la comparación de la tentativa con el tipo del delito consumado; es decir, el "defecto" surgiría tan sólo de la confrontación con el tipo "completo" del delito consumado. Independientemente de la licitud de hablar de la tentativa como un delito "incompleto"²¹⁶, es preciso observar que si con la expresión "defecto del tipo" se pretende caracterizar a aquel delito carente de resultado, entonces se está simplemente denominando de una forma distinta lo que siempre se ha conocido con el nombre de tentativa²¹⁷.

La teoría del defecto del tipo así concebida, no sería entonces una verdadera tesis sobre el fundamento de la punibilidad de la tentativa, sino que constituiría tan solo una forma distinta de denominarla; sólo en cuanto esta teoría ha sido posteriormente empleada por algún sector doctrinal como una forma de precisar la impunidad de algunas manifestaciones de la tentativa inidónea²¹⁸, resulta válida la afirmación de JAKOBS en el sentido de que ella puede ser útil como una limitante de la tentativa, pero de ninguna manera permite fundamentar su punibilidad²¹⁹.

²¹² Cfr. Karl BINDING, GS 85 [1917], ed. cit., págs. 261 y 262; Karl BINDING, Die Normen..., 3. Band, ed. cit., pág. 490; Robert von HIPPEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 397.

²¹³ Cfr. Werner SCHMID, Schröder-Gedächtnisschrift, ed. cit., págs. 19 y 20.

²¹⁴ Sobre el supuesto de que esta teoría sí está edificada a partir de la ausencia del resultado como elemento del tipo, ALCÁCER GUIRAO la critica por no brindar una razón para otorgar un trato diferencial a los diferentes elementos que componen el tipo; cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, El juicio de adecuación..., ed. cit., pág. 499.

²¹⁵ En este sentido la crítica de Hugo HÄLSCHNER, Lehrbuch, ed. cit., págs. 208 y 209.

²¹⁶ Sobre el particular cfr. 3.1.

²¹⁷ Cfr. Karl BINDING, GS 85 [1917], ed. cit., págs. 265 y 266; Karl BINDING, Die Normen..., 3. Band, ed. cit., págs. 494 y 495.

²¹⁸ Sobre esta forma de emplear la teoría del defecto del tipo, cfr. infra 4.2.2.2.4.

²¹⁹ Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/16, págs. 710 y 711.

2.2.2. Teoría de la impresión.-

Pese a que CARRARA suele ser considerado como uno de los adalides de la tesis objetiva²²⁰, lo cierto es que un detenido análisis de su postura frente a la tentativa permite ubicarlo como el primer formulador de la teoría de la impresión. Ciertamente consideró este autor que en la tentativa el concepto de peligro ocupa el lugar que en el delito consumado corresponde al daño, pero ello no significa que con esa referencia a la noción de peligro se estuviera respaldando una concepción estrictamente objetiva de la tentativa, pues a renglón seguido precisó CARRARA, a mediados del siglo XIX, que ese peligro debería entenderse como *la conmoción que el hecho causa en la comunidad social*: "si bien no tenga que deplorarse un suceso *dañoso* el ánimo de los ciudadanos se conmueve a la vista de una voluntad injusta que dio comienzo a actos encaminados a conseguir aquel mal propósito e idóneos para realizarlo; y al pensar que tan sólo un mero accidente, cuya repetición no es fácil prever, salvó a la víctima del mal que le amenazaba, la sociedad es presa del mismo terror y del espanto que causa el delito consumado"²²¹.

Algunos años más tarde, von LISZT anotaba que el fundamento último empírico de todas las penas era el "resentimiento" como reacción psico-social instintiva ante la conducta reprochable. Tanto el individuo (resentimiento psicológico) como la totalidad de la sociedad (resentimiento social) se resentirían frente a aquellas modalidades de tentativa que constituyen una amenaza de lesión para el bien jurídico (las idóneas)²²². Profundizando en esta idea, señaló BÜNGER que el "resentimiento" como razón de ser de la punibilidad en la tentativa radica en esa instintiva reacción de la sociedad contra la conducta que amenaza con lesionar el bien jurídico²²³.

Finalmente la teoría de la impresión adquiere su madurez cuando HORN puntualiza que para poder aplicar una sanción a título de

²²⁰ Así, por ejemplo, cfr. Juan FERNANDEZ CARRASQUILLA, Derecho..., ed. cit., pág. 372.

²²¹ Cfr. Francisco CARRARA, Teoría de la tentativa y de la complicidad, F. Góngora y compañía editores, Madrid 1877, traducción de Vicente Romero Girón, pág. 7.

²²² Cfr. Franz von LISZT, Literaturbericht, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Verlag von J. Guttentag (D. Collin), Berlin und Leipzig, 2. Band, 1882, pág. 624.

²²³ Cfr. BÜNGER, ZStW 6 [1886], ed. cit. págs. 361 y 362.

tentativa se requiere la presencia de dos elementos: uno subjetivo que consiste en la impresión que el hecho fallido causa en cuanto hubiera podido tener éxito, y otro objetivo configurado por la existencia de un peligro abstracto para el bien jurídico²²⁴. Aun cuando para éste último autor la confluencia de un factor subjetivo (ese temor del peligro que genera una perturbación de la paz jurídica²²⁵) no debería alterar el carácter predominantemente objetivo de su planteamiento²²⁶, todo el desarrollo posterior de la teoría de la impresión está edificado sobre el supuesto de que se trata de una teoría mixta, que pretende corregir los defectos de las tesis subjetivas²²⁷.

De acuerdo con la definición más frecuente de la misma, el fundamento de la punibilidad de la tentativa radica en la *impresión* que la puesta en marcha de la intención criminal causa en la generalidad, cuya confianza en la validez del ordenamiento jurídico se conmueve, afectando así al sentimiento de seguridad jurídica y con ello la paz del derecho²²⁸. Para esta teoría —que constituye hoy la dominante en la doctrina²²⁹ alemana²³⁰— el aspecto subjetivo

224 Cfr. Arnold HORN, *Der Versuch*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, J. Gutentag Verlagsbuchhandlung, Berlin, 20. Band, 1900, págs. 314, 342, 356 y 357.

225 Cfr. Arnold HORN, *ZStW* 20 [1900], ed. cit., pág. 357.

226 Cfr. Arnold HORN, *ZStW* 20 [1900], ed. cit., pág. 343.

227 Cfr. Elena FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, ed. cit., pág. 27; Dietrich KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung...*, ed. cit., pág. 65; Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., pág. 28.

228 Cfr. por ejemplo, Albin ESER, Schönke/Schröder, vor § 22 Rd. 17; Albin ESER/Björn BURKHARDT, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 89; Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 478; Diethelm KIENAPFEL, *Strafrecht — Allgemeiner Teil*, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 4. Auflage, 1991, págs. 100 y 101; Karl LACKNER, *StGB*, ed. cit., § 22, 2, a); Jürgen MEYER, *Kritik an der Neuregelung der Versuchsstrafbarkeit*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, De Gruyter, Berlin-New York, 87. Band, 1975, pág. 604; Francisco MUÑOZ CONDE, *Theoretische Begründung und systematische Stellung der Straflosigkeit beim Rücktritt vom Versuch*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, De Gruyter, Berlin-New York, 84. Band, 1972, pág. 762; Harro OTTO, *Lehrbuch*, ed. cit., págs. 223 y 224; Otfried RANFT, *Zur Abgrenzung von unbeendetem und fehlgeschlagenem Versuch bei erneuter Ausführungshandlung*, en *Juristische Ausbildung (Jura)*, De Gruyter, Berlin-New York, 1987, pág. 532; Hero SCHALL, *Zum Rücktritt vom Versuch bei bedingtem Tötungsvorsatz und wiederholbarer Ausführungshandlung trotz Zielerreichung*, in *Juristische Schulung (JuS)*, C. H. Beck, München und Frankfurt, 1990, pág. 628; Theo VOGLER, *Versuch und Rücktritt bei der Beteiligung mehrerer an der Straftat*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 98. Band, 1986, pág. 332.

229 Así lo reconocen, por ejemplo, Dietrich KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung...*, ed. cit., pág. 63; Kristian KÜHL, *JuS* 1980, ed. cit., pág. 122.

caracterizado por la intención delictiva objetivada es un factor importante, pero sólo en cuanto causa en la comunidad social la impresión²³¹ de que el bien jurídico será lesionado²³², con lo cual aúna los rasgos característicos de las tradicionales tesis objetiva y subjetiva. Pero como el factor determinante de la punibilidad no es ni esa intención exteriorizada ni una relación de causalidad, sino un *sentimiento de conmoción social*, considero que su ubicación correcta está dentro de las teorías valorativas, y no en el marco de las naturalistas²³³.

Como ventajas de esta concepción cabe destacar el hecho de que no recurre a valoraciones ético-individuales sino que edifica la punibilidad de la tentativa a partir de la defensa de la comunidad frente a ataques considerados como socialmente peligrosos²³⁴. Al desligarse de la simple noción de peligro para el bien jurídico que ataba a los objetivistas, puede punir coherentemente las tentativas inidóneas²³⁵, mientras su desapego a la mera intención delictiva objetivada le permite dejar sin sanción la tentativa irreal o supersticiosa²³⁶ e incluso fundamentar la impunidad facultativa en los casos de burda incomprensión recogidos expresamente por la legislación alemana²³⁷. Finalmente y sobre el supuesto de que en el

²³⁰ Hay quienes, además, sostienen que es la teoría acogida por el Código Penal alemán vigente desde 1975; cfr. Claus ROXIN JuS 1979, ed. cit., pág. 1; Hans-Joachim RUDOLPHI, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK), Alfred Metzner Verlag, Neuwied/Kriftel, 5. Auflage, 1991, vor § 22 Rn. 14.

²³¹ Cfr. Hans-Heinrich JESCHECK, Lehrbuch, ed. cit., pág. 478, quien destaca que sólo mediante ese efecto en la sociedad adquiere relevancia la intención hostil al ordenamiento jurídico.

²³² Asiste plena razón a GÖSSEL cuando en favor de la teoría de la impresión anota que ella brinda prioridad a la preservación del ordenamiento jurídico; cfr. Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 40/41, pág. 22.

²³³ Por el contrario, autores como TAMARIT SUMALLA la consideran una variante de las concepciones subjetivas; cfr. Josep María TAMARIT SUMALLA, ADPCP 1992, ed. cit., pág. 535.

²³⁴ Cfr. Albin ESER, Schönke/Schröder, ed. cit., vor § 22 Rd. 22; Theo VOGLER, LK, ed. cit., vor § 22 Rn. 54.

²³⁵ Cfr. Hans-Heinrich JESCHECK, Lehrbuch, ed. cit., pág. 478; Claus ROXIN, JuS 1979, ed. cit., pág. 1; Hans-Joachim RUDOLPHI, SK, ed. cit., vor § 22 Rn. 13; Theo VOGLER, LK, ed. cit., § 22 Rn. 56.

²³⁶ Cfr. Peter ALBRECHT, Der untaugliche..., ed. cit., págs. 32 y 33; Santiago MIR PUIG, Derecho Penal, ed. cit., § 13/18, pág. 346; Migel Ángel NUÑEZ PAZ, El delito intentado, ed. cit., pág. 35; Hans-Joachim RUDOLPHI, SK, vor § 22 Rn. 13; Eberhard SCHMIDHÄUSER, Lehrbuch, ed. cit., § 15/18, pág. 594; Theo VOGLER, LK, ed. cit., vor § 22 Rn. 54.

²³⁷ Cfr. Claus ROXIN, JuS 1979, ed. cit., pág. 1.

delito consumado la impresión de la comunidad sería mucho mayor que cuando esa consumación no se alcanza, se puede afirmar que esta teoría justifica la menor punibilidad de la tentativa frente al delito consumado²³⁸.

Hay quien piensa que esta tesis fue construida por partidarios de concepciones subjetivas para tratar de explicar su apoyo a la punibilidad de las tentativas inidóneas y para defender la impunidad de las irreales o supersticiosas²³⁹, por lo que carecería de una fundamentación autónoma. En contra de esta crítica debe recordarse que fue CARRARA, al identificar la peligrosidad de la conducta con la "conmoción social"²⁴⁰, quien sentó las bases sobre las que poco tiempo después se edificó esta teoría. Puesto que CARRARA no solo es reconocido como defensor de una fundamentación objetiva de la punibilidad de la tentativa²⁴¹, sino que además se opuso de manera vehemente a la idea de sancionar las tentativas inidóneas aduciendo la falta de peligrosidad de las mismas²⁴², no parece correcto reducir la teoría de la impresión a un mero correctivo de las concepciones subjetivistas.

Para otros, esta teoría riñe con un concepto de derecho penal de acto en cuanto el fundamento de la punibilidad de la tentativa no sería la existencia de una conducta jurídicamente relevante, sino lo que "parece ser" un comportamiento penalmente reprochable²⁴³; algunos sostienen incluso que esta tesis no permite establecer una relación entre la perturbación de la paz jurídica y el ataque a un bien jurídico²⁴⁴. Un análisis más detenido de esta concepción muestra que estas críticas no son correctas; desde su formulación inicial por parte

²³⁸ Cfr. Claus ROXIN, JuS 1979, ed. cit., pág. 1.

²³⁹ Cfr. Juan FERNANDEZ CARRASQUILLA, Derecho..., ed. cit., pág. 384. GÓMEZ MARTÍN y NUÑEZ PAZ la ven como una limitación a la teoría subjetiva; Víctor GÓMEZ MARTÍN, Delito especial..., ed. cit., pág. 128; Miguel Ángel NUÑEZ PAZ, El delito intentado, ed. cit., pág. 34.

²⁴⁰ Cfr. supra 2.2.2.

²⁴¹ Así lo admite el propio FERNÁNDEZ CARRASQUILLA; cfr. Juan FERNANDEZ CARRASQUILLA, Derecho..., ed. cit., pág. 372.

²⁴² Cfr. Francisco CARRARA, Teoría..., ed. cit., págs. 54 y 55.

²⁴³ Cfr. Rainer ZACZYK, Das Unrecht..., ed. cit., págs. 26 y 27. En similar sentido se pronuncia CÓRDOBA al afirmar que se trata de una teoría que vulnera el principio de antijuridicidad material; cfr. Miguel CORDOBA ANGULO, La tentativa, ed. cit. pág. 80.

²⁴⁴ Cfr. René BLOY, Contenido de ilícito y punibilidad de la tentativa burdamente insensata, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Ministerio de Justicia, Tomo LVIII, Madrid, 2006, págs. 368, 369 y 397.

de HORN, quedó claro que ella está edificada sobre un componente objetivo y otro subjetivo, en cuanto la impresión generada por la posibilidad de que la conducta desplegada hubiera podido ser exitosa (aspecto subjetivo) debe edificarse sobre la existencia de un peligro abstracto para el bien jurídico (elemento objetivo)²⁴⁵.

La teoría de la impresión no renuncia al concepto de peligro para el bien jurídico como razón de ser de la punibilidad de la tentativa; lo que propone es una forma particular de determinar la existencia del mismo. En puridad de términos, todas las tesis que pretenden explicar por qué la tentativa merece un reproche penal, admiten que éste se justifica en cuanto exista un peligro para el bien jurídico²⁴⁶. Lo que las distingue es la forma en que proponen determinar la existencia de esa amenaza, pues mientras algunas recurren al empleo de cursos causales hipotéticos, otras se apoyan en la personalidad antisocial del autor o en intencionalidad de la conducta y algunas más en la conmoción social que genera la acción desplegada por el autor.

En consecuencia, si se admite que la intervención del derecho penal no solo se justifica cuando hay una efectiva lesión al bien jurídico, sino también cuando el mismo es puesto en peligro, sin que ello suponga vulneración al principio de antijuridicidad material (como lo hacen todas las posturas que pretenden explicar la razón de ser de la punibilidad de las tentativas), entonces resulta forzoso admitir que la teoría de la impresión no está cimentada sobre un concepto de derecho penal de autor.

Otra de las críticas que se han formulado en contra de esta tesis tiene que ver con el hecho de que la genérica referencia a la figura de la "impresión psico-social" deja mucho que desear en cuanto a

²⁴⁵ Cfr. Arnold HORN, ZStW 20 [1900], ed. cit., págs. 314, 342, 356 y 357.

²⁴⁶ Incluso concepciones consideradas extremas desde el punto de vista subjetivo, como la defendida por la antigua escuela positiva italiana, no fundamentan la punibilidad de la tentativa en la simple peligrosidad o antisocialidad del individuo, sino que exigen que esa característica de la personalidad tenga manifestaciones objetivas que pongan en evidencia, desde el punto de vista social, una "agresión contra el Derecho" que imponga la necesidad de reaccionar ante esa "personalidad criminal". Ese "mínimo de actividad antisocial", entendido como una "agresión ante el Derecho", demuestra que incluso FERRI anclaba su postura subjetiva en un concepto de peligro para el bien jurídico. Cfr. Enrique FERRI, Principios..., ed. cit., págs. 596 y 597.

precisión²⁴⁷, ya que falta una clara delimitación de los parámetros que han de servir de base a la determinación de dicha reacción. Es cierto que frente a quienes le reprochan a esta teoría que cada persona puede experimentar diversas sensaciones frente a un mismo hecho —dependiendo de factores tanto individuales como circunstanciales²⁴⁸—, sus defensores han recalcado que ese juicio debe ser siempre producto de la ponderación efectuada por un observador objetivo del hecho²⁴⁹ que actuaría así en representación de la sociedad; pero en cuanto constituye una respuesta puntual a la preocupación por saber quién es el sujeto que deberá emitir la valoración, se trata de una solución parcial del problema, que deja sin responder lo relativo a los criterios que deberían guiar el juicio de ese observador objetivo.

En efecto, si bien puede admitirse que para la emisión del "juicio de impresión" la comunidad estará representada por un "ciudadano medio objetivo", resulta igualmente innegable que aun siguiendo los parámetros de sus coterráneos, ese miembro ideal de la sociedad puede impresionarse por razones bien diversas de la exteriorización de una conducta catalogada como tentativa punible. Por eso suele afirmarse que la teoría examinada falla en cuanto no todos los hechos constitutivos de tentativa causan una impresión en la comunidad, ni todas las conductas que generan impresión en la sociedad deben ser forzosamente catalogadas como tentativas²⁵⁰.

También se afirma críticamente que esta concepción conduciría a sus defensores a una inconsistencia sistemática, en cuanto no puedan brindar una fundamentación idéntica para la punibilidad tanto del

²⁴⁷ Cfr. Elena FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, ed. cit., pág. 27; Victor GÓMEZ MARTÍN, *Delito especial...*, ed. cit., pág. 130; Dietrich KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung...*, ed. cit., págs. 66 y 67; Josep María TAMARIT SUMALLA, *ADPCP 1992*, ed. cit., pág. 535 nota 72.

²⁴⁸ Así, por ejemplo, Elena FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, ed. cit., pág. 27; Dietrich KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung...*, ed. cit., págs. 66 y 67; Migel Ángel NUÑEZ PAZ, *El delito intentado*, ed. cit., pág. 35.

²⁴⁹ En realidad esta respuesta es más antigua que la crítica, pues la referencia al observador objetivo había sido hecha ya en 1900 por HORN; cfr. Arnold HORN, *ZStW* 20 [1900], ed. cit., págs. 313 y 314; Hans-Joachim RUDOLPHI, *SK*, ed. cit., vor § 22 Rn. 14.

²⁵⁰ Cfr. Jürgen BAUMMAN/Ulrich WEBER, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 471; Elena FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, ed. cit., pág. 27; Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., § 25/20, pág. 712; Dietrich KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung...*, ed. cit., pág. 66; Claus ROXIN, *Strafrecht AT, Band II*, ed. cit., § 29/49, pág. 347; Hans SCHULTZ, *SchwZStr* 107 [1990], ed. cit., pág. 72.

delito consumado como de la tentativa, vale decir, en cuanto no admitan expresamente (como hasta ahora no lo han hecho sus partidarios) que es la misma teoría de la impresión la que permite fundamentar la aplicación de una sanción penal en los delitos consumados.

En tanto no exista esta homogeneidad en la base de la punibilidad de estas formas delictivas, resulta contradictorio que mientras en la consumación sea la aparición del resultado la que cause la impresión negativa de la comunidad, en la tentativa sea esa impresión de la comunidad la que dé lugar a la aparición de la conducta sancionable²⁵¹. Por eso la afirmación de JAKOBS²⁵² en el sentido de que mientras no haya impresión no puede fundamentarse la presencia de una tentativa, sólo sería correcta si no estuviera referida de manera exclusiva a la tentativa, sino que pudiera ser igualmente predicable de todas las modalidades delictivas.

En conclusión, y sin pretender con ello desconocer sus méritos, creo que la presencia de estas carencias²⁵³ en la teoría examinada la tornan insuficiente para explicar la razón de ser de la punibilidad de la tentativa.

2.2.3. Teoría normativa.-

Tal como en páginas anteriores quedó apuntado, la fundamentación de la punibilidad de la tentativa, así como su delimitación respecto de los actos preparatorios depende en buena medida de la concepción que de la teoría del delito se tenga, y en especial de la forma como se conciba el injusto, hasta el punto de que la mayor o menor coherencia existente entre las explicaciones de la tentativa y la consumación incidieron notablemente tanto en el derrumbamiento del esquema causalista como en el auge del finalismo²⁵⁴.

Con base en estas consideraciones previas, y como presupuesto indispensable para el mantenimiento de la coherencia del sistema penal, es preciso admitir como punto de partida que dicha

²⁵¹ Cfr. Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., págs. 26 y 27.

²⁵² Cfr. Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., § 25/20, pág. 712.

²⁵³ Para otras críticas a la teoría de la impresión, cfr. Heiner ALWART, *Strafwürdiges...*, ed. cit., págs. 210 y 211.

²⁵⁴ Cfr. *supra* 2.

fundamentación no debe ser diversa de aquella que permite justificar la imposición de sanciones como consecuencia del delito consumado²⁵⁵.

Por consiguiente, sobre el supuesto de que una teoría del delito debe estar edificada a partir de un concepto que como el de la imputación objetiva dota de contenido al injusto a través del examen de las conductas de un portador de roles, y de otro que como la imputación subjetiva o personal atendería al análisis del aspecto individual de la conducta²⁵⁶, considero que ese esquema debe ser único tanto para la explicación del delito consumado como para la de la tentativa²⁵⁷.

Como esta forma de entender el hecho punible no pone el acento en el análisis de factores ontológicos que como la relación de causalidad o la intencionalidad de la conducta sirvieron de base a las teorías causalista y finalista, sino que demuestra preferencia por la consideración del delito como un fenómeno marcadamente social, forzoso es admitir que tampoco en el examen de la tentativa deben bastar razonamientos edificados preferentemente sobre esas mismas entidades naturalísticas (es decir, la relación de causalidad y la intencionalidad de la conducta).

²⁵⁵ Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/15, pág. 710; Günther JAKOBS, Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), De Gruyter, Berlin-New York, 104. Band, 1992, pág. 83; Biagio PETROCELLI, Il delitto..., ed. cit., pág. 43; Alfonso REYES ECHANDIA, Derecho penal, parte general, editorial Temis, Bogotá, segunda reimpresión de la undécima edición, 1990, pág. 120; Rainer ZACZYK, Das Unrecht..., ed. cit., pág. 232 nota 6.

²⁵⁶ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, ADPCP 1992, ed. cit., pág. 963; Yesid REYES ALVARADO, La imputación..., ed. cit., pág. 80; Yesid REYES ALVARADO, La ubicación del dolo y la imprudencia en una concepción de la teoría del delito, en Dogmática y Criminología, dos visiones complementarias del fenómeno delictivo (libro homenaje a Alfonso Reyes Echandía), editorial Legis, Bogotá, 2005, págs. 533 a 538 (en este texto, y respecto de lo afirmado en el libro de Imputación Objetiva, se introducen modificaciones sobre lo que a mi juicio es el contenido de la imputación personal o subjetiva).

²⁵⁷ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, ADPCP 1992, pág. 967; Yesid REYES ALVARADO, La imputación..., ed. cit., pág. 85. ALCÁCER GUIRAO defiende la utilización de un concepto de injusto basado en la imputación objetiva, a la tentativa (cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, El juicio de adecuación..., ed. cit., pág. 496); pero en su propuesta el resultado no juega un papel determinante ni en el concepto de imputación objetiva, ni en el de tentativa (“...la tentativa consiste precisamente en la realización de una conducta delictiva que no desemboca en un resultado, es decir, coincide, en su parte objetiva, con lo que hemos llamado la <creación de un riesgo típicamente relevante>” Ibidem, pág. 496).

En consecuencia, aun cuando es cierto que para establecer si una conducta resulta de interés para el derecho penal (tanto como delito consumado como en la modalidad de tentativa), se debe partir de la existencia de un comportamiento humano que como tal posee componentes objetivos y subjetivos (aspecto ontológico), su importancia para el derecho penal surge cuando puede ser valorado como una indebida forma de ataque al bien jurídico (componente valorativo).

La determinación de cuándo una conducta es de interés para el derecho penal no se puede hacer con la simple utilización de conceptos ontológicos como la causalidad o la intencionalidad, sino que requiere el empleo de herramientas valorativas que permitan apreciarla en su connotación social, y no como una simple modificación intencional del mundo exterior. Los comportamientos aislados, sin referencia alguna a un marco social (piénsese en las acciones desplegadas por Robinson Crusoe *durante su permanencia solitaria* en la isla "desierta"), carecen de relevancia para el derecho, y sólo la adquieren cuando puedan ser ubicadas dentro de un contexto social.

Esa es la principal razón para no compartir las concepciones "naturalistas" sobre el fundamento de la punibilidad de la tentativa, pero también es el punto de unión con una teoría que como la de la impresión introduce el componente social como factor determinante para justificar la punición de la tentativa.

La necesidad de enmarcar las conductas en un contexto social antes de someterlas a la valoración del derecho penal significa, ante todo, que sólo deben ser objeto de dicho análisis los comportamientos que trasciendan el ámbito puramente interno del individuo; actuaciones que sólo incumban a su autor deben permanecer al margen del derecho penal.

Desde este punto de vista asistía razón a MITTERMAIER cuando, a comienzos del siglo XIX, señalaba como una consecuencia negativa de las teorías subjetivas, la de que acarrearían consigo la difuminación de los linderos entre los ámbitos externo e interno²⁵⁸, dando así a entender —correctamente— que el derecho penal no

²⁵⁸ Cfr. Carl Joseph Anton MITTERMAIER, NACR 1 [1816], ed. cit., pág. 174.

debería intervenir frente a cualquier exteriorización del pensamiento delictivo.

Con independencia de este antecedente, y buscando no ya la crítica a la concepción subjetiva sino tras de una fundamentación valorativa de la punibilidad de la tentativa, señaló JAKOBS muchas décadas después, que no sólo el pensamiento (incluso delictivo) es impune, sino que todo aquello que perteneciera a la esfera interna del individuo debería ser ajeno al derecho penal²⁵⁹; sin su esfera privada —enfaticó JAKOBS— un ciudadano no existe²⁶⁰. Con ello no pretendió desconocer la importancia del factor subjetivo en la interpretación de la conducta²⁶¹, sino tan sólo precisar que únicamente aquellos comportamientos que desde el punto de vista externo puedan ser considerados como perturbadores, son susceptibles de interpretarse con ayuda del aspecto subjetivo²⁶². Según JAKOBS, el paso del ámbito interno al externo estaría determinado fundamentalmente por la pérdida que del dominio de las consecuencias de su conducta experimenta el autor²⁶³.

En contra de una distinción entre las esferas interna y externa del individuo, se ha dicho que resulta insuficiente para explicar la punibilidad de la tentativa, porque existen “ámbitos libres de injerencia, por más ‘externa’ que sea la manifestación, y por más claramente que resulten lesionados intereses de terceros. La libertad de culto, la libertad de expresión, el derecho a ejercer una industria, o a producir muestras artísticas o científicas, en general, son algunos de estos ejemplos”²⁶⁴. De la misma manera, se afirma, hay comportamientos que son penalmente reprochables a pesar de afectar el ámbito interno del individuo: “Para el derecho penal entran aquí en cuestión los tipos penales que reprimen formas directas o

²⁵⁹ Cfr. Günther JAKOBS, ZStW 97 [1985], ed. cit., págs. 756 y 762.

²⁶⁰ Cfr. Günther JAKOBS, ZStW 97 [1985], ed. cit., pág. 755.

²⁶¹ Quizás por ello afirma ROXIN que la de JAKOBS no es sino una variante de la teoría subjetiva; cfr. Claus ROXIN, Strafrecht AT, Band II, ed. cit., § 29/43, pág. 345.

²⁶² Cfr. Günther JAKOBS, ZStW 97 [1985], ed. cit., págs. 760, 761 y 773.

²⁶³ Cfr. Günther JAKOBS, ZStW 97 [1985], ed. cit., págs. 766 y 784; Günther JAKOBS, Tätervorstellung und objektive Zurechnung, in Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, pág. 283; Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/21, pág. 713.

²⁶⁴ Cfr. Marcelo A. SANCINETTI, Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa, editorial Temis, Bogotá, 1995, pág. 44. Rainer ZACZYK, Das Unrecht..., ed. cit., págs. 35 y 36.

indirectas de autolesión –como la tenencia o el consumo de drogas, o la producción o circulación de material pornográfico-, o los que castigan la aprobación pública de una doctrina política contraria a los valores estandarizados, o lisa y llanamente el delito de injuria”²⁶⁵.

Lo que estas críticas demuestran es que la simple distinción esquemática entre interno y externo resulta insuficiente para delimitar el área de interés del derecho penal, porque está edificada sobre parámetros marcadamente ontológicos. Estos conceptos deben ser precisados en el sentido de que interno no es solo lo que ocurre dentro de la mente del ser humano ni lo que sucede en su espacio físico privado²⁶⁶, sino aquello que no le incumbe a la sociedad; las creencias religiosas de un individuo solo atañen a su esfera privada, así como el desarrollo de conductas que solo afecten o pongan en peligro sus propios bienes jurídicos, como ocurre con el consumo de drogas²⁶⁷. Con el mismo criterio, lo externo no es solo lo que ocurre fuera de la mente del ser humano o que acaece más allá de su espacio físico privado, sino todo aquel comportamiento que le interesa a la sociedad; así, por ejemplo, la orden judicial de practicar un allanamiento se justifica en cuando el descubrimiento de acciones delictivas es de interés para la comunidad.

Por eso resulta mucho más gráfica la distinción que propone ZACZYK al identificar el injusto con la usurpación de la libertad ajena²⁶⁸ o, más precisamente, como la destrucción de la libertad ajena mediante la ampliación de la propia esfera de libertad²⁶⁹. La diferenciación entre ámbitos de libertad propios y ajenos no está atada a una rígida separación ontológica entre interno y externo, sino

²⁶⁵ Cfr. Marcelo A. SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva...*, ed. cit., pág. 44.

²⁶⁶ En contra de la identificación de la esfera interna con lo que ocurre dentro de la mente del ser humano, cfr. Manuel CANCIO, *Überlegungen...*, ed. cit., págs. 180 y 181; Manuel CANCIO MELIA, *Consideraciones...*, ed. cit., pág. 45.

²⁶⁷ Aquellos países en los que se mantiene la punibilidad del consumo de estupefacientes suelen justificar esa medida con el argumento de que se trata de conductas que afectan ámbitos de libertad ajenos. Aun cuando no comparto esa apreciación y considero que el uso de drogas debe ser impune porque solo incumbe al individuo, debo destacar que el criterio para distinguir entre lo punible y lo impune es correcto pese a que en este ejemplo concreto esté mal aplicado. Expresado de manera diversa, si bien es cierto que sólo debe ser delito aquel comportamiento que invada ámbitos de libertad ajenos, no es válido afirmar que el simple consumo de estupefacientes suponga una intromisión en esferas de libertad de terceras personas.

²⁶⁸ Cfr. Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., págs. 223, 227 y 326.

²⁶⁹ Cfr. Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., pág. 203.

que permite aislar con claridad y desde una perspectiva valorativa, aquellos ámbitos de libertad que por ser exclusivos del individuo no son del interés del derecho penal, de aquellos otros que por invadir esferas de libertad, ajenas sí lo son.

Para distinguir entre aquellos comportamientos que por permanecer dentro de la esfera de libertad individual sólo incumben a quien los desarrolla, y aquellos otros que al invadir ámbitos de libertad ajenos resultan de interés para el derecho penal, se debe recurrir a la imputación objetiva, tanto si se está delante de un delito consumado como si se está en frente de una tentativa.

Una correcta fundamentación de la punibilidad tanto de la tentativa como del delito consumado, debe comenzar por reconocer que el derecho penal no tiene por función abstracta y directa la de velar por la incolumidad de los bienes jurídicos, pues es bien sabido que el normal desarrollo de la vida social acarrea consigo múltiples lesiones a ellos, sin que por eso resulte indispensable la intervención del aparato punitivo del Estado; la sanción de toda lesión a un bien jurídico supondría la paralización de la vida social, pues obligaría incluso a la supresión de una actividad que como la laboral conculca claramente la libertad de movimiento del individuo y le exige un esfuerzo físico o intelectual que, aun cuando sea en escasa medida, afecta su integridad personal²⁷⁰. Sobre este presupuesto edificó WELZEL la teoría de la adecuación social que, como el más claro antecedente del riesgo permitido²⁷¹, evidencia que el interés del derecho penal no está dirigido a la simple conservación de la incolumidad de los bienes jurídicos, sino a la reacción contra algunas conductas que siendo socialmente inadecuadas constituyen una indebida forma de ataque a dichos bienes jurídicos²⁷².

²⁷⁰ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, ADPCP 1992, ed. cit., pág. 947; Yesid REYES ALVARADO, La imputación..., ed. cit., pág. 63.

²⁷¹ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, ADPCP 1992, ed. cit., pág. 947; Yesid REYES ALVARADO, La imputación..., ed. cit., págs. 93 y 94. Para CANCIO, la adecuación social puede ser considerada como la precursora de la normativización del tipo objetivo, que a su vez es caracterizada por el concepto de imputación objetiva; cfr. Manuel CANCIO MELIÁ, Los orígenes de la teoría de la adecuación social – Teoría final de la acción e imputación objetiva, publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994, págs. 64 y 65

²⁷² Cfr. Hans WELZEL, ZStW 58 [1939], ed. cit., págs. 514 y siguientes.

En el juicio de imputación objetiva juega un papel destacado el análisis de si un comportamiento encaja dentro del riesgo permitido o si, por el contrario, ha sido ejercido de una forma tal que pueda catalogárselo como creador de un riesgo jurídicamente desaprobado. Este primer elemento de la imputación objetiva permite ver con relativa claridad que aun cuando muchas actividades sociales generan lesiones a los bienes jurídicos el derecho penal no reacciona ante cualquiera de estos atentados²⁷³, sino sólo frente a aquellos que provengan de conductas que hayan sido desarrolladas por fuera de los predios de lo tolerable²⁷⁴. No se trata entonces de negar la importancia de los bienes jurídicos para el derecho penal²⁷⁵, sino de recalcar que lo que fundamenta su intervención no es la lesión o puesta en peligro del bien jurídico²⁷⁶, sino el despliegue de una actividad que habiendo sido llevada a cabo por fuera del riesgo permitido supone una forma indebida de ataque contra el bien jurídico²⁷⁷.

El juicio de imputación objetiva no se agota con la simple determinación de que una conducta constituye creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, sino que requiere que ese riesgo se realice en el resultado, entendido éste no como la simple modificación del mundo exterior, sino como el quebrantamiento de

²⁷³ Cfr. Günther JAKOBS, Kaufmann-Gedächtnisschrift, ed. cit., pág. 278; Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/15, pág. 710; Günther JAKOBS, ZStW 104 [1992], ed. cit., pág. 83.

²⁷⁴ La importancia de la conducta como objeto del reproche penal fue ya destacada por MITTERMAIER al afirmar que en la tentativa se debía imponer una pena porque cuando la ley prohíbe determinadas acciones delictivas, se entiende que prohíbe "el emprendimiento" de dichas conductas; cfr. Carl Joseph Anton MITTERMAIER, NACR 1 [1816], ed. cit., pág. 170.

²⁷⁵ Algunos consideran que la concepción del delito (incluida la tentativa) como quebrantamiento de una norma, supone ignorar la importancia del peligro para el bien jurídico; cfr. Miguel Ángel NUÑEZ PAZ, El delito intentado, ed. cit., pág. 34.

²⁷⁶ JAKOBS anota —con razón— que a partir de la idea de preservación de la integridad de los bienes jurídicos no se puede explicar la vida social; cfr. Günther JAKOBS, ZStW 97 [1985], ed. cit., pág. 753.

²⁷⁷ Por eso asiste razón a JAKOBS cuando destaca que en la protección de la validez de la norma está contenida una protección generalizada de los bienes individuales; cfr. Günther JAKOBS, Kaufmann-Gedächtnisschrift, ed. cit., págs. 277 y 278 nota 20. ALCÁCER GUIRAO razona a la inversa, en cuanto considera que la protección de la vigencia de la norma es "un fin mediato y dependiente del cometido primordial de protección de bienes jurídicos", que sería entonces el fin "inmediato" del derecho penal (cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, La tentativa inidónea..., ed. cit., pág. 359), lo cual lleva a la dudosa conclusión de que a través de la protección de los bienes jurídicos se protege la vigencia de la norma.

la vigencia de una norma penal²⁷⁸, que es lo que justifica la intervención del aparato punitivo del Estado²⁷⁹.

Contrariamente a lo que se pueda pensar, la creencia de que las acciones delictivas no suponen tanto una vulneración del interés individual como la afectación al ordenamiento jurídico no es nueva en la ciencia penal²⁸⁰. Ya MITTERMAIER había caracterizado la tentativa como infracción de la ley²⁸¹, y HEGEL había señalado que el delito no es lesión de lo infinito-subjetivo, sino de la cosa general²⁸², mientras ZACHARIA destacaba que eran punibles aquellas acciones

²⁷⁸ Sobre el supuesto de que solo hay una norma (la del delito consumado, a la cual se referiría la tentativa que, según esta opinión no está contenida en una norma diversa) MOLINA propone distinguir entre la infracción de la norma (del delito consumado) y la infracción de la vigencia de la norma (que incluiría la tentativa): "La infracción de una norma requiere, entre otras cosas, la presencia de todos los elementos objetivos que su emisor haya incluido en su contenido, y, por ello, si la acción típica se define en un caso concreto por el legislador como aquella realmente capaz de producir un resultado, la tentativa no infringe tal norma. Sin embargo la lesión de la vigencia de la norma requiere algo menos que la infracción: basta con que el autor ponga de manifiesto con su acción que él no se atiene a la norma como medio de solución de conflictos, y ello se produce tanto en el hecho consumado -en la infracción de la norma-, como en la tentativa de infracción de esa norma". Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad...*, ed. cit., págs. 757 y 758. Por mi parte, creo que como en la tentativa la conducta se valora desde un punto de vista objetivo y bajo una perspectiva *ex-ante*, lo que se evalúa no es la "real" infracción de la norma, sino la interpretación de una conducta frente a esa norma, lo que en el fondo se traduce no tanto en la infracción de la norma como en el quebrantamiento de la sensación que se tiene sobre su vigencia. En el delito consumado, aun cuando pudiera hablarse (en el sentido propuesto por MOLINA) de una "real" infracción de la norma (porque la conducta abarca todos los elementos de la misma), lo que importa es también la valoración objetiva del comportamiento, es decir, su interpretación como quebrantamiento de la vigencia de la norma.

²⁷⁹ "El fundamento de punición de la tentativa es que se pone de manifiesto una infracción de la norma" (Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., § 25/21, pág. 713); sobre el concepto de resultado como quebrantamiento de la vigencia de la norma ver igualmente Yesid Reyes Alvarado, *Imputación...*, ed. cit., pág. 78; Yesid REYES ALVARADO, *Antijuridicidad material e imputación objetiva*, en *El penalista*, revista del Colegio de Abogados de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca, número 7, segundo período, ediciones Librerpuia del Profesional, Bogotá, 1995, pág. 209; Yesid REYES ALVARADO, *La ubicación del dolo y la imprudencia...*, ed. cit., págs. 535 y 536. Yesid REYES ALVARADO, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, ed. cit., págs. 100 y 101.

²⁸⁰ Lo que ocurre es que ha tomado fuerza gracias al desarrollo que de esa idea ha venido haciendo en los últimos años JAKOBS; cfr. Günther JAKOBS, *Kaufmann-Gedächtnisschrift*, ed. cit., pág. 277; Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., § 25/15, pág. 270; Günther JAKOBS, *ZStW* 104 [1992], ed. cit., pág. 83.

²⁸¹ Cfr. Carl Joseph Anton MITTERMAIER, *NACR* 1 [1816], ed. cit., pág. 170.

²⁸² Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Herausgegeben von Georg Lasson, Verlag von Felix Meiner, Leipzig, 1930, Dritte Auflage, § 218.

que afectaran el mantenimiento del orden jurídico²⁸³ y von BAR recalca que en el delito lo esencial no es la afectación al derecho subjetivo, sino la lesión al ordenamiento jurídico general²⁸⁴; y con mayor precisión aún, puntualizaron BÜNGER²⁸⁵ y von HIPPEL²⁸⁶ que en la tentativa hay una reacción frente al quebrantamiento del orden jurídico.

Esa antigua idea²⁸⁷ de que la tentativa adquiere relevancia para el derecho penal a partir del momento en que se produce un quebrantamiento de la norma ha servido como complemento tanto a los partidarios de concepciones objetivas como a algunos adeptos de las tesis subjetivas e incluso ha sido incorporada a los planteamientos propios de la teoría de la impresión.

Así, por ejemplo, algunos consideran que hay un quebrantamiento de la norma cuando el individuo despliega una conducta que, de acuerdo con la experiencia general, es apta para ocasionar una lesión al bien jurídico²⁸⁸, con lo cual se modifican las antiguas concepciones objetivas en el sentido de que lo determinante sería la existencia de un quebrantamiento de la norma, pero entendiendo que éste se presentaría cuando la conducta estuviera en una relación causal hipotética con el resultado buscado (en la concepción de FEUERBACH²⁸⁹), o cuando un espectador objetivo pudiera considerar

²⁸³ Cfr. Heinrich-Albert ZACHARIA, Die Lehre..., Erster Theil, ed. cit., págs. 88 y 89. Heinrich-Albert ZACHARIA, Die Lehre vom Versuch der Verbrechen, Dieterischen Buchhandlung, Göttingen, 1839, zweiter Teil, pág. 70, nota 1.

²⁸⁴ Cfr. Ludwig von BAR, Zur Lehre..., ed. cit., págs. 12 y 13.

²⁸⁵ Cfr. BÜNGER, ZStW 6 [1886], ed. cit., pág. 361.

²⁸⁶ Cfr. Robert von HIPPEL, Lehrbuch, ed. cit., págs. 404 y 405.

²⁸⁷ PETROCELLI considera evidente que en la tentativa hay una violación completa de la norma e incluso llega a preguntarse sarcásticamente: ¿quién no lo sabe?; cfr. Biagio PETROCELLI, Il delitto..., ed. cit., págs. 15 y 16.

²⁸⁸ Cfr. Dietrich OEHLER, Das objektive..., ed. cit., pág. 114, en cuanto (sin recurrir a la expresión "quebrantamiento de la norma") destaca que en la tentativa es importante precisar la tendencia de la conducta, para determinar si "prolongando la acción ejecutiva" conduciría a la consumación del delito. El propio ROXIN defiende una teoría a la que llama "de la unión" o "dualista", conforme a la cual la punibilidad de la tentativa se explica por la existencia de un peligro típico (juzgado desde una perspectiva *ex-ante*), pero también por el quebrantamiento de una norma, en cuanto capaz de sacudir el ordenamiento jurídico; cfr. Claus ROXIN, Strafrecht AT, Band II, ed. cit. § 29/10 y siguientes, págs. 335 y siguientes.

²⁸⁹ Cfr. supra 2.1.1.1.

dicho comportamiento como adecuado para lesionar el bien jurídico (de acuerdo con la visión de VON HIPPEL²⁹⁰).

Otros sostienen, por el contrario, que el quebrantamiento de la norma surge cuando una determinada acción demuestra la intención delictiva de su autor²⁹¹, lo que supone un replanteamiento de las teorías subjetivas, edificadas sobre la exteriorización de la voluntad contraria al ordenamiento jurídico. Pero también a partir de ese concepto algunos autores han afirmado que hay un quebrantamiento de la norma cuando la comunidad social reacciona frente a la conducta irregular del autor²⁹², lo que deja la sensación de que se está argumentando dentro del ámbito de la teoría de la impresión, aun cuando quienes así se pronuncien no necesariamente sean partidarios de esa forma de fundamentar la punibilidad de la tentativa²⁹³.

En contraste con las posturas acabadas de relacionar, las referencias que JAKOBS hace al quebrantamiento de la norma no se limitan a introducir un complemento a las tesis objetivas, subjetivas o de la impresión²⁹⁴, sino que cambian el centro de gravedad de la discusión. A su juicio, hay un quebrantamiento de la norma cuando el sujeto despliega una conducta "comunicativamente relevante"²⁹⁵, entendiendo por tal aquella con la que el autor evidencia su desconocimiento de la norma²⁹⁶ penal²⁹⁷ o, como diría MITTERMAIER

²⁹⁰ Cfr. supra 2.1.1.2.

²⁹¹ Cfr. Dietrich OEHLER, *Das objektive...*, ed. cit., pág. 112, en cuanto (sin recurrir a la expresión "quebrantamiento de la norma"), anota que la acción debe dejar reconocer que el autor se ha dirigido hacia el fin de realización del tipo; Heinrich-Albert ZACHARIA, *Die Lehre...*, erster Theil, ed. cit., pág. 89.

²⁹² Cfr. BÜNGER *ZStW* 6 [1886], ed. cit., pág. 361; Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Grundlinien...*, ed. cit., §218.

²⁹³ Cfr. Biagio PETROCELLI, *Il delitto...*, ed. cit., pág. 43 y Alfonso REYES ECHANDIA, *Derecho...*, ed. cit., pág. 120, quienes sin adherir a la teoría de la impresión aluden concretamente a la "reafirmación del derecho" como finalidad de esa reacción social.

²⁹⁴ Sobre la postura de JAKOBS como una variante de la teoría de la impresión, cfr. Miguel Ángel NUÑEZ PAZ, *El delito intentado*, ed. cit., pág. 103.

²⁹⁵ Cfr. Günther JAKOBS, *Kaufmann-Gedächtnisschrift*, ed. cit., pág. 279.

²⁹⁶ Cfr. Günther JAKOBS, *Kaufmann-Gedächtnisschrift*, ed. cit., pág. 277; Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., § 25/21, págs. 712 y 713; Günther JAKOBS, *System...*, ed. cit., pág. 22, al puntualizar que las conductas tienen relevancia frente a la norma, en cuanto pueden ser apreciadas desde el punto de vista de su sentido como configuradoras de una determinada realidad.

desde otra perspectiva, aquella que exteriormente es reconocible como delito²⁹⁸.

Si bien puede afirmarse que cuando se busca cimentar la punibilidad de la tentativa sobre la relevancia comunicativa del comportamiento²⁹⁹ en el fondo lo que se hace es dotar de mayor solidez argumentativa³⁰⁰ a una teoría que como la de la impresión deja muy abierta la forma en que debe determinarse esa conmoción social que fundamentaría la intervención del derecho penal, creo que esa particularidad es lo suficientemente significativa como para considerar el quebrantamiento de la vigencia de la norma como una teoría autónoma sobre la razón de la ser de la punibilidad de la tentativa.

Sin embargo, como tanto partidarios de las teorías objetivas, como los defensores de las subjetivas y los adeptos a la de la impresión suelen complementar sus planteamientos con referencias a la infracción de la norma (tal como en párrafos anteriores se indicó), no parece que ésta última pueda ser una denominación que permita identificar con claridad la posición doctrinal que ahora se expone. Lo que caracteriza a esta concepción no es tanto el hecho de apreciar la tentativa como un desconocimiento de la norma (en lo cual coinciden defensores de las más disímiles posturas), sino la forma en que se produce ese quebrantamiento; no basta con que él sea

²⁹⁷ Por eso creo que no asiste razón a ALCÁCER GUIRAO cuando sostiene que el concepto de “quebrantamiento de la norma” utilizado por JAKOBS es un “concepto vacío”; cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa...*, ed. cit., pág. 351. Conviene anotar, sin embargo, que este autor considera que si se conecta el concepto de quebrantamiento de la norma con el de “arrogación de un ámbito de libertad ajeno” (como en efecto hace JAKOBS a través de nociones como esa o la del sentido comunicativo de la conducta), la concepción del injusto de JAKOBS podría ser aplicable como criterio de construcción dogmática (cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea...*, ed. cit., pág. 355)..

²⁹⁸ Carl Joseph Anton MITTERMAIER, *Ueber den Anfangspunkt der Strafbarkeit der Versuchshandlungen*, in *Neues Archiv des Criminalrechts (NACR)*, Halle, 2. Band, 1818, págs. 605 y 606.

²⁹⁹ Que, a diferencia de lo que opina ALCÁCER GUIRAO (cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea...*, ed. cit., pág. 361) no se corresponde con la noción de “espectador objetivo” que tradicionalmente se ha venido empleando para la valoración *ex-ante* de la conducta objeto de análisis; mientras ésta última figura suele carecer de contornos claros, la imputación objetiva dota de contenido a la conducta comunicativamente relevante.

³⁰⁰ ESER afirma que la teoría del quebrantamiento de la norma es también una manifestación de la teoría de la impresión, aun cuando formalizada de una manera más fuerte; cfr. Albin ESER, *Schönke/Schröder*, ed. cit., vor § 22 Rd. 22.

producto de una conducta causalmente atada al autor (teorías objetivas), ni de que ella responda a la intención de quien la despliega (tesis subjetivas), ni que ella suponga una conmoción en el ámbito social (teoría de la impresión); lo que realmente interesa es que el quebrantamiento de la vigencia de la norma pueda ser entendido como una inadecuada forma de ataque al bien jurídico³⁰¹, lo que desde el punto de vista de la imputación objetiva implica que alguien haya creado con su conducta un riesgo jurídicamente desaprobado que pueda ser considerado como realizado en el resultado. Por eso, aun cuando en términos generales podría caracterizarse esta postura con el nombre de teoría del quebrantamiento de la vigencia de la norma, creo que es más apropiado referirse a él con la denominación de teoría normativa³⁰².

Desde esta perspectiva, la impresión no es la simple turbación anímica de un espectador objetivo frente a un determinado comportamiento, sino que corresponde a la apreciación del mismo como indebida forma de ataque al bien jurídico. Bajo este punto de vista tiene razón VEHLING cuando afirma que para que una conducta adquiera relevancia frente al derecho penal, es necesario que ella cumpla los requisitos típicos, sin que sea suficiente con que genere determinadas impresiones en la comunidad³⁰³.

De manera aún más precisa puede afirmarse que una conducta pasa a ser de interés para el derecho penal cuando respecto de ella puede predicarse un juicio de imputación objetiva por constituir un riesgo jurídicamente desaprobado que se realiza en el resultado; cuando ello ocurre, se la puede valorar como una indebida forma de ataque al

³⁰¹ Por el contrario, NUÑEZ PAZ considera que atar la punibilidad de la tentativa (como la del delito consumado) al quebrantamiento de una norma, supone quitar importancia a la protección del bien jurídico; cfr. Miguel Ángel NUÑEZ PAZ, *El delito intentado*, ed. cit., pág. 34.

³⁰² SANCINETTI, a partir de una idea de STRUENSEE, prefiere caracterizarla con el nombre de “teoría de la expresión”, que permite trazar una diferencia clara con la “teoría de la impresión”; cfr. Marcelo A. SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva...*, ed. cit., pág. 46; en el mismo sentido, Rafael ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea. Fundamento de su punición y configuración del injusto*, ed. Comares. Granada, 2000, págs. 301 y 302; Miguel Ángel MUÑOZ PAZ, *El delito intentado*, ed. cit., pág. 100; Claus ROXIN, *Strafrecht AT, Band II*, ed. cit., § 29/ 44, pág. 345, en cuanto afirma que la explicación que JAKOBS brinda a la punibilidad de la tentativa inidónea radica en la “expresividad” del comportamiento desplegado por el autor.

³⁰³ Cfr. Karl-Heinz VEHLING, *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, Peter Lang, Frankfurt a. M., 1990, pág. 81

bien jurídico que amerita la intervención del aparato punitivo del Estado.

Pese a que la antigua creencia de que la tentativa se caracteriza por ser una manifestación delictiva en la que falta la presencia de un resultado parece fuertemente atada a concepciones ontológicas sobre la razón de ser de su punibilidad, lo cierto es que ella afecta incluso a quienes defienden posturas de corte valorativo. Así, por ejemplo, VEHLING sostiene que para saber si en las tentativas existe o no un quebrantamiento de la norma debe compararse la conducta efectivamente desplegada con aquella que del sujeto se esperaba en la situación concreta³⁰⁴, con lo que la intervención punitiva del Estado estaría ya legitimada con la existencia de una actuación encajable dentro del riesgo jurídicamente desaprobado³⁰⁵.

Afirmaciones como estas, en el sentido de que la intervención del derecho penal se justifica por el desarrollo de conductas que siendo catalogadas como riesgos jurídicamente desaprobados suponen un atentado contra el bien jurídico, han llevado a SANCINETTI a afirmar que los puntos de partida del planteamiento de JAKOBS en materia de tentativa conducen a la misma conclusión sostenida por los más extremos finalistas, es decir, que el injusto estaría constituido exclusivamente por el desvalor de acción, sin que dentro de su configuración desempeñe papel alguno el desvalor de resultado³⁰⁶.

La respuesta de JAKOBS en el sentido de que el quebrantamiento de la norma es más fuerte en la consumación³⁰⁷ y por tanto su diferencia con la tentativa sería meramente cuantitativa³⁰⁸, no es del todo

³⁰⁴ Cfr. Karl-Heinz VEHLING, *Die Abgrenzung...*, ed. cit., pág. 125.

³⁰⁵ Cfr. Karl-Heinz VEHLING, *Die Abgrenzung...*, ed. cit., págs. 87, 101, 105 y 127. En el mismo sentido puede interpretarse un ulterior escrito de JAKOBS en el que al referirse al quebrantamiento de la norma señala que al derecho penal le importan sólo las conductas riesgosas desaprobadas; cfr. Günther JAKOBS, *ZStW* 104 [1992], ed. cit., pág. 83.

³⁰⁶ “la cuestión es si el desvalor de acción no debe constituir todo el sustrato del juicio de ilícito, *sin* consideración al desvalor de resultado. El objetivo es demostrar que los puntos de partida de JAKOBS, y su solución a los problemas concretos de la teoría de la imputación, deben conducir a una respuesta afirmativa, y que, en todo caso, esa es la solución correcta”. Marcelo A. SANCINETTI, *Fundamentación...*, ed. cit., pág. XIII.

³⁰⁷ Cfr. Günther JAKOBS, *ZStW* 104 [1992], ed. cit., pág. 83.

³⁰⁸ Cfr. Günther JAKOBS, *Anmerkung zu BGH* 35, 184, in *Juristenzeitung* (JZ), Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1988, pág. 519. En el mismo sentido se pronuncia Karl-Heinz VEHLING, *Die Abgrenzung...*, ed. cit., pág. 125. Por lo demás, el argumento había sido ya empleado por BINDING cuando sostuvo que tentativa y

cierta³⁰⁹, porque desde un punto de vista cualitativo lleva a defender que la imputación objetiva de la tentativa es distinta a la de los delitos consumados; mientras en estos haría falta la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que se realizara en resultado, en las tentativas bastaría la simple creación del riesgo jurídicamente desaprobado. A mi modo de ver, la consideración del resultado como un componente ontológico que cierra el juicio de imputación objetiva sólo respecto del delito consumado lleva a desnaturalizar la concepción predominantemente valorativa que se quiere conferir a este componente del delito³¹⁰.

Si se pretende mantener la imputación objetiva como el primer elemento de la teoría del delito, aquel que en cuanto permite valorar conductas como formas indebidas de ataque al bien jurídico sirve de base a la intervención del derecho penal, la realización del riesgo en el resultado debe mantenerse como pieza de la imputación objetiva tanto frente al delito consumado como respecto de las tentativas.

Cuando en otro lugar me ocupé del fundamento de la imputación objetiva señalé –siguiendo a HEGEL– que su función básica es distinguir entre lo que podía considerarse como la obra de una persona y aquello que era producto de la casualidad, la mala suerte o el destino³¹¹. Así como entonces se afirmó que el azar que permite la sobrevenida de un resultado no debe perjudicar al autor de la conducta, también puede sostenerse aquí que la no sobrevenida casual del mismo que caracteriza la tentativa³¹², no debe beneficiar al

consumación tenían en común el dirigirse contra la subsistencia de los bienes jurídicos, y sólo se diferenciaban en cuanto a la diferente medida en el desarrollo del ataque; cfr. Karl BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Scientia Verlag, Aalen 1965 (Neudruck der 4. Auflage Leipzig 1922), 1. Band, pág. 376.

³⁰⁹ Este argumento puede ser válido para explicar la mayor punibilidad del delito consumado frente a la tentativa (en forma similar a como lo hacen la mayoría de quienes en este tema siguen las concepciones subjetivas, lo cual reforzaría la crítica de SANCINETTI), tal como se analizará en un capítulo posterior (cfr. infra 6.2.), pero no para sostener que la razón de ser de la punibilidad de la tentativa es diversa a la del delito consumado.

³¹⁰ Cfr. Marcelo A. SANCINETTI, *Fundamentación...*, ed. cit., pág. 24.

³¹¹ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, *ADPCP 1992*, ed. cit., pág. 934; Yesid REYES ALVARADO, *La imputación...*, ed. cit., págs. 51 y 52.

³¹² Sobre la casualidad de la ausencia del resultado en la tentativa se pronunció ya PLATÓN al hablar de la sanción aplicable al autor de una tentativa: "no obstante, respetando su suerte, no del todo mala, y al genio que, compadecido de él y del herido, se hizo protector de ambos para que al uno no le resultara la lesión incurable, ni al otro maldito el azar de su crimen, en gracias a ese genio y cumpliendo su voluntad, se ha de

autor³¹³. En uno y otro casos, el sujeto debe responder en cuanto se le pueda atribuir como obra suya el quebrantamiento de la vigencia de una norma, independientemente de que para dicha vulneración se haya necesitado o no la producción de un concreto resultado ontológico eventualmente erigido como elemento del tipo respectivo.

Con esta afirmación no se pretende negar que en la producción de cualquier resultado el azar desempeña algún papel, sino precisar que una conducta es objetivamente imputable a un sujeto cuando en la sobrevención del resultado penalmente relevante (es decir, el necesario para que surja el quebrantamiento de la vigencia de la norma) la importancia del azar haya sido mínima frente a la que cabe atribuir a la organización de la conducta por parte del autor.

Si fuese cierta la afirmación de quienes sostienen que el resultado carece de toda importancia para el derecho penal en cuanto siempre es producto de la casualidad, esa premisa debería ser válida respecto de toda clase de conductas y no sólo de aquellas que posean connotaciones jurídicas. Esto llevaría a sostener que todos los resultados que continuamente conseguimos en el transcurso de nuestra diaria actividad son producto de la casualidad; es decir, que cuando conseguimos pronunciar alguna palabra, cuando escribimos o dibujamos algo, cuando guiamos un vehículo automotor o cuando logramos que el contenido de un vaso de agua se deslice por nuestro esófago, deberíamos afirmar consecuentemente que todo ello ha sido

perdonar al heridor y trasladarlo de por vida a alguna ciudad limítrofe donde se le dejará disfrutar de todos sus bienes"; cfr. PLATÓN, *Las Leyes*, ed. cit., pág. 135. Sobre el carácter casual del resultado en la tentativa, cfr. Matthias BERGMANN, *Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung beim Rücktritt vom Versuch?*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, De Gruyter, Berlin-New York, 100. Band, 1988, págs. 341 y 342; Francisco CARRARA, *Teoría...*, ed. cit., págs. 6 y 7; Hugo HÄLSCHNER, *Lehrbuch*, ed. cit., págs. 173 y 200; Günther JAKOBS, *Die Bedeutung des Versuchsstadiums für die Voraussetzungen eines strafbefreienden Rücktritts*, in *Juristische Schulung (JuS)*, Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1980, pág. 715; Armin KAUFMANN, *Welzel-Festschrift*, ed. cit., pág. 403; Detlev KRAUß, *Der strafbefreiende Rücktritt vom Versuch*, in *Juristische Schulung (JuS)*, Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1981, pág. 886, nota 10; Karl-Heinz VEHLING, *Die Abgrenzung...*, ed. cit., pág. 28; Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., pág. 235.

³¹³ JAKOBS, por el contrario, piensa que en derecho penal la casualidad puede beneficiar al autor, puesto que no hay ninguna norma que lo prohíba; cfr. Günther JAKOBS, *JuS* 1980, ed. cit., pág. 715. En similar sentido cfr. Carl Joseph Anton MITTERMAIER, *NACR* 1 [1816], ed. cit., págs. 191 y 192, para quien en derecho penal la casualidad juega un importante papel, tanto favorecedor como perjudicial para el autor.

producto de la casualidad³¹⁴. Y esa es una conclusión que muy pocos estarían dispuestos a aceptar, o para cuya admisión harían falta una serie de razonamientos que en modo alguno estarían abandonados a la casualidad. Por consiguiente, si bien debe admitirse que el azar siempre posee alguna importancia, desde el punto de vista de la imputación objetiva es determinante la forma como el autor de una conducta planea y organiza la ejecución de sus actividades³¹⁵ en la medida en que ello puede conducir al quebrantamiento de la vigencia de la norma; en consecuencia, la afirmación de que el resultado es siempre producto de la casualidad³¹⁶ y por tanto carece de relevancia desde el punto de vista de la teoría del delito, debe ser rechazada.

Sin embargo, desde una perspectiva normativa de la teoría del delito la comprensión puramente ontológica del resultado como modificación del mundo exterior resulta insuficiente para cerrar el juicio de imputación objetiva, porque hay casos en los que el legislador no condiciona la punibilidad de una conducta a la existencia de un determinado resultado naturalístico. En los delitos de omisión propia y en las tentativas esa modificación del mundo exterior resulta irrelevante, como cuando la bala disparada contra la víctima no la impacta pero desplaza aire durante su recorrido (alteración del entorno físico), o como cuando nadie bebe el agua que al ser contaminada adquiere una composición química diversa de la que originalmente tenía (transformación molecular de la composición original del líquido); aun cuando estos efectos constituyen resultados desde el punto de vista natural, carecen de importancia al momento de cerrar el juicio de imputación objetiva. Por eso, pese a que ontológicamente pueda afirmarse que toda acción u omisión genera alguna modificación del mundo exterior, desde el punto de vista valorativo eso no significa que todos esos resultados sean de interés para el derecho penal³¹⁷.

³¹⁴ Cfr. Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., pág. 102, quien —con razón— señala que la vida se convertiría entonces en un constante juego de azar.

³¹⁵ Cfr. Dietrich KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung...*, ed. cit., págs. 97 y 98.

³¹⁶ Sobre esta radical afirmación, cfr. por ejemplo Peter ALBRECHT, *Der untaugliche...*, ed. cit., págs. 43 y 44; Armin KAUFMANN, *Welzel-Gedächtnisschrift*, ed. cit., pág. 403; Diethart ZIELINSKI, *Handlungs-...*, ed. cit., págs. 40 (nota 142), 124 y 142, pese a que en otro lugar de su obra matiza esta afirmación al señalar que la sobrevenida del resultado puede depender tanto de una insuficiente capacidad de intención, como de la casualidad; cfr. *ibídem*, pág. 130.

³¹⁷ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, *La ubicación del dolo y la imprudencia...*, ed. cit., págs. 535 y 536. Yesid REYES ALVARADO, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, ed. cit., págs. 100 y 101.

En puridad de términos, un resultado naturalístico sólo interesa dentro del juicio de imputación objetiva cuando es indispensable para el quebrantamiento de la vigencia de la norma. Por consiguiente, cuando el legislador reprueba mediante una disposición legal determinado comportamiento, decide si en aquella conducta que prohíbe es importante la presencia del específico resultado o no, y esa es una decisión que sólo compete al creador de la norma; si en la respectiva disposición se prohíbe la generación de un resultado en concreto (por ejemplo, la muerte de una persona), entonces la norma sólo puede ser quebrantada cuando ese resultado (la muerte, en el ejemplo propuesto) le pueda ser objetivamente imputable al autor. Pero si la norma prohíbe simplemente la conducta con la que se da principio a la realización de una muerte (que es lo que ocurre en las tentativas), entonces el quebrantamiento de su vigencia no puede suponer la existencia de un requisito fáctico que ella no contiene, vale decir, la muerte de un ser humano³¹⁸.

El resultado puede entonces ser entendido de tres maneras diversas: En su manifestación ontológica equivale a cualquier modificación del mundo exterior y por lo tanto es una consecuencia de todas las acciones u omisiones, sin que ello necesariamente interese al derecho penal. Bajo una perspectiva valorativa equivale al quebrantamiento de la vigencia de una norma, está presente en todas las conductas típicas y es requisito indispensable para cerrar el juicio de imputación objetiva. Desde el punto de vista de la tipicidad, se concreta en un determinado efecto naturalístico que por disposición del legislador forma parte de algunas descripciones típicas (los llamados delitos de resultado consumados) de tal manera que sin su existencia no se quebranta la norma.

Lo anterior significa que el juicio de imputación objetiva se cierra cuando se verifica que alguien ha desarrollado un comportamiento que puede ser calificado como indebida forma de ataque a un bien jurídico, lo cual ocurre cuando a través de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado alguien ha quebrantado una norma penal,

³¹⁸ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, *La ubicación del dolo y la imprudencia...*, ed. cit., págs. 535 y 536. Yesid REYES ALVARADO, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, ed. cit., págs. 100 y 101. JAKOBS parece inclinarse en este sentido cuando afirma que la tentativa no requiere un resultado, en la forma como es exigido para el delito consumado, con lo cual parece abrir la posibilidad de hablar de otra manera de comprender el concepto de resultado; cfr. Günther JAKOBS, *System...*, ed. cit., pág. 70.

que es en lo que se concreta el concepto de resultado en sentido valorativo. Cuando el legislador ha incluido como elemento del tipo penal la existencia de un determinado resultado ontológico (lo cual no suele ocurrir respecto de las tentativas), ese quebrantamiento de la vigencia de la norma sólo surge a la vida jurídica cuando se determine la existencia de dicha modificación del mundo exterior.

La única diferencia que existiría entre los delitos tentado y consumado es la norma cuya infracción constituye el resultado valorativo que cierra el juicio de imputación objetiva porque en las tentativas, y por razones de política criminal, el legislador no suele condicionar el quebrantamiento de su vigencia a la existencia de resultados ontológicos derivados de la conducta creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado³¹⁹.

En cuanto a que una es la norma infringida en la consumación y otra en la tentativa, no debería haber mayor discusión. La circunstancia de que sin la presencia de una disposición legal que específicamente sancione la tentativa no sea posible sancionar penalmente a quien tan sólo intenta dar muerte a otro o sustraer una cosa mueble ajena, debería bastar para sostener que una es la norma que recoge el delito consumado y otra la que describe y sanciona el correspondiente delito de tentativa.

Incluso no es infrecuente que por expresa disposición legal queden excluidas de sanción algunas tentativas como las referidas a contravenciones o a delitos menores, en cuyo caso es evidente que no existiendo una norma que sancione expresamente esas modalidades comportamentales, ellas deben quedar en la impunidad. Expresado en otras palabras, eso significa que si ante la ausencia de una disposición que sancione específicamente la tentativa de los delitos menores (como ocurre, por ejemplo en el Código Penal alemán) esas tentativas no son susceptibles de reproche penal, es porque con tal clase de conductas no se quebranta la vigencia de la norma que describe el delito consumado; por consiguiente, la

³¹⁹ Si se admite que las normas quebrantadas con las tentativas son distintas de las quebrantadas en los delitos consumados, queda sin fundamento la crítica que ROXIN hace a la teoría de JAKOBS en el sentido de que al invocar como razón de ser de la punibilidad de la tentativa el “perfecto quebrantamiento de la norma”, queda sin explicación la diferencia punitiva entre las tentativas, los delitos consumados y la tentativa por burda incompreensión (sobre esta crítica, cfr. Claus ROXIN, *Strafrecht AT*, Band II, ed. cit., § 29/44, pág. 346).

punibilidad de estos comportamientos esta siempre supeditada a la existencia de una norma específica que, recogiendo la tentativa, sea susceptible de quebrantamiento en su vigencia.

En síntesis, el derecho penal debe intervenir cada vez que un comportamiento pueda ser considerado como una forma indebida de ataque al bien jurídico, lo cual ocurrirá cada vez que alguien cree un riesgo jurídicamente desaprobado que se realice en un resultado entendido como quebrantamiento de la vigencia de la norma³²⁰ (independientemente de si ella esta orientada a prohibir tentativas o consumaciones³²¹). Si bien el análisis de la forma como debe operar ese juicio de imputación objetiva será materia de estudio cuando en un capítulo posterior se aborde el tema de la delimitación entre actos preparatorios y ejecutivos³²², conviene reiterar aquí que todas las conductas poseen un resultado desde el punto de vista naturalístico (aunque no siempre sea de interés para el derecho penal), y que en todas ellas es posible entender la existencia de un resultado jurídico como manifestación del desconocimiento de la norma (cuya presencia sí es indispensable para cerrar el juicio de imputación objetiva).

A mi modo de ver, el principal aporte de la imputación objetiva a la teoría del delito ha sido completar la normativización del injusto, que los finalistas habían conseguido respecto de temas como la culpabilidad³²³ o el delito imprudente³²⁴ a través de la noción de violación al deber objetivo de cuidado y de sus primeras alusiones a criterios de imputación como la elevación del riesgo o el fin de

³²⁰ Sobre el entendimiento de la tentativa como perfecto quebrantamiento de una norma, cfr. Günther JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2012, pág. 70.

³²¹ Sólo en cuanto la determinación del quebrantamiento de la norma depende de un juicio de imputación objetiva y no de consideraciones sobre la impresión de la comunidad, tiene razón VEHLING al referirse a la teoría del quebrantamiento de la norma como una "legitimación normativa" de la impresión que conmueve al derecho; cfr. Karl-Heinz VEHLING, *Die Abgrenzung...*, ed. cit., pág. 105.

³²² Cfr. *infra* 5.2.

³²³ Ya la culpabilidad había sido normativizada con la reformulación que de su contenido hizo el finalismo al considerarla como un juicio de reproche a quien había actuado de una forma diversa a como podía haberlo hecho, en contraposición con la visión causalista que veía la culpabilidad como una conexión causal psicológica entre la conducta desvalorada (típica y antijurídica) y el autor de la misma.

³²⁴ Sobre la normativización finalista al concepto de imprudencia, cfr. Yesid REYES ALVARADO, *Relación causal e imputación objetiva...*, ed. cit., págs. 130 y 131.

protección de la norma, pero sin extenderla al delito doloso que para ellos debía seguir siendo edificado primordialmente sobre un concepto ontológico como el de la intencionalidad (orientación final) de la conducta³²⁵.

En términos prácticos esa normativización³²⁶ supone que la consideración sobre si una conducta constituye o no un riesgo jurídicamente desaprobado no depende de aspectos puramente ontológicos como la relación causal o la intencionalidad, sino de criterios valorativos. En concreto, ese primer elemento de la imputación objetiva se determina comparando el comportamiento efectivamente desarrollado con aquel que a esa persona le era exigible en el marco de un rol social específico; si en la ejecución del mismo cumplió con sus deberes de conducta, su actuación debe

³²⁵ Entre quienes con mayor fuerza propugnaron por limitar la aplicación de la imputación objetiva al delito imprudente, cfr. ARMIN KAUFMANN, *Objektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt?*, en *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, t. I, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, pág. 251 y siguientes; HANS-JOACHIM HIRSCH, *Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel*, en *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1988, pág. 399; GEORG KÜPPER, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, Duncker & Humblot, Berlin, 1990, págs. 83 y siguientes; EBERHARD STRUENSEE, *Objektives Risiko und subjektiver Tatbestand*, en *Juristenzeitung (JZ)*, Verlag J. C. B. Mohr, Tübingen, 1987, pág. 53; FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHROEDER, *Kommentierung zu §16 StGB*. En *Lepziger Kommentar*, t. I, 10ª edición, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1985, número marginal 25 y siguientes. Entre quienes defienden la utilidad de la imputación objetiva también en el delito doloso, cfr. BERND SCHÜNEMANN, *Consideraciones sobre la imputación objetiva*, en *Teorías actuales en el derecho penal (75 aniversario del Código Penal)*, ed. Ad. Hoc, Buenos Aires, 1998, pág. 237. SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho Penal*, ed. cit., §10/47 y siguientes págs. 259 y siguientes. MARÍA ÁNGELES RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, ed. Universidad Externado de Colombia y J. Bosch Editor, Bogotá - Barcelona, 2002, cuya monografía está dedicada de manera fundamental a la forma como según su criterio (y desde una perspectiva finalista) debería funcionar la imputación objetiva en el delito doloso. FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, ed. Librería Jurídica Comlibros, Medellín, 3ª edición, 2007, págs. 274 y siguientes. MIRENTXU CORCOY BIDASOLO, *La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso -presunción de inocencia e in dubio pro reo-*, en *La Ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo (libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir)*, ed. Tecnos, 2002, pág. 607; esta última autora, sin embargo, sostenía en un trabajo anterior que “aun en el caso de que se acepte su eficacia, la existencia del dolo confiere un carácter secundario a la imputación objetiva”; MIRENTXU CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente - Criterios de imputación del resultado*, ed. PPU, Barcelona, 1989, pág. 31.

³²⁶ Sobre algunas de las consecuencias que esta normativización del injusto tiene en la teoría del delito, cfr. Yesid REYES ALVARADO, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, Tomo LX, 2007, pág. 102.

permanecer al margen del derecho penal como manifestación del riesgo permitido; en caso contrario, se dirá que ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado.

Con el resultado ocurre lo mismo, en cuanto para la imputación objetiva solo es relevante como quebrantamiento de la vigencia de una norma penal. Las modificaciones al mundo exterior solo tienen importancia en la medida en que el legislador las haya incluido dentro de la descripción típica como un elemento indispensable para que se configure la infracción de la norma, como ocurre en los delitos consumados de resultado.

La normativización del injusto a través de esta concepción de la imputación objetiva pone en evidencia que lo decisivo no es la apreciación de la conducta como fenómeno ontológico, sino la interpretación (valorativa) que de ella se haga desde el punto de vista de su significación social³²⁷; dicho en palabras de JAKOBS, lo determinante es “el contenido comunicativo de una conducta”, que a su vez se desprende del “contexto de significado de su comportamiento”³²⁸.

Lo que agota el juicio de imputación objetiva es la valoración de un comportamiento como una forma indebida de ataque al bien jurídico³²⁹. Esto ocurre cuando al analizarlo como una actuación desplegada por un titular de derechos y obligaciones (no un ser humano en sentido ontológico, sino una persona en sentido jurídico³³⁰) en contra de sus deberes de conducta (no cualquier manifestación exterior de intencionalidad) adquiere significación

³²⁷ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, *Die Verbandshaftung*, en Tiedemann-FS, Carl Heymanns Verlag, Köln-München, 2008, pág. 419 y 420; Yesid REYES ALVARADO, *Intervención delictiva...*, ed. cit., págs. 103 y 107. En similar sentido, cfr. Manuel CANCIO, *Überlegungen...*, ed. cit., pág. 181; Manuel CANCIO MELIÁ, *Consideraciones...*, ed. cit., pág. 46.

³²⁸ Cfr. Günther JAKOBS, *El ocaso del dominio del hecho*, publicaciones Universidad Nacional del Litoral - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, traducción de Manuel Cancio Meliá, pág. 94.

³²⁹ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, *Relación causal e imputación objetiva...*, ed. cit., pág. 142.

³³⁰ RADBRUCH señalaba, con razón, que es la asignación de derechos y deberes lo que convierte a un ser humano en persona; cfr. Gustav RADBRUCH, *Rechtsphilosophie Studienausgabe*, C. F. Müller, Heidelberg, 1932, pág. 125. KELSEN, por su parte, considera como persona al titular de derechos y obligaciones; cfr. Hans KELSEN, *Reine Rechtslehre*, 1960, pág. 176.

social como una forma indebida de ataque a un bien jurídico (no cualquier lesión o puesta en peligro de un bien jurídico)³³¹.

Lo anterior significa que la razón de ser de la punibilidad tanto del delito consumado como de la tentativa radica precisamente en la interpretación que de una conducta se pueda hacer como indebida forma de ataque al bien jurídico³³².

Al depender la intervención del derecho penal de la forma en que un comportamiento es analizado, en el fondo se concede razón a los partidarios de la teoría de la impresión en cuanto a que la tentativa se sanciona por la repercusión que la conducta tiene en la sociedad. La ventaja que presenta la tesis normativa aquí expuesta radica en la precisión sobre la forma en que se desarrolla esa valoración, porque despoja al concepto de impresión de su faceta emotiva, y deja en claro que el impacto negativo que la tentativa genera en la sociedad está dado por su interpretación como conducta que, al crear un riesgo jurídicamente desaprobado que se realiza en el resultado, puede ser valorada como una forma indebida de ataque al bien jurídico.

En cuanto los tipos penales se crean como instrumentos normativos orientados a la protección de bienes jurídicos frente a algunas formas de ataque, la interpretación de un comportamiento como infractor de una norma penal implica en el fondo que el derecho penal interviene frente a la existencia de una efectiva lesión (en los delitos consumados) o de un determinado peligro para el bien jurídico (en las tentativas). Sin embargo, esa sola circunstancia no convierte a la teoría normativa en una mera reformulación de las tesis objetivas; en realidad todas las teorías que se han expuesto sobre la razón de ser de la punibilidad de la tentativa están edificadas sobre el supuesto de que esas conductas merecen una sanción por poner en peligro un bien jurídico³³³; lo que las diferencia es el mecanismo que cada una

³³¹ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, *Die Verbandshaftung*, ed. cit., pág. 418.

³³² Cfr. Yesid REYES ALVARADO, *Relación causal e imputación objetiva*., ed . cit., pág. 142.

³³³ Incluso concepciones consideradas extremas desde el punto de vista subjetivo, como la defendida por la antigua escuela positiva italiana, no fundamentan la punibilidad de la tentativa en la simple peligrosidad o antisocialidad del individuo, sino que exigen que esa característica de la personalidad tenga manifestaciones objetivas que pongan en evidencia, desde el punto de vista social, una “agresión contra el Derecho” que imponga la necesidad de reaccionar ante esa “personalidad criminal”. Ese “mínimo de actividad antisocial”, entendido como una “agresión ante el Derecho”, demuestra que incluso FERRI anclaba su

de ellas sugiere para determinar cuándo existe ese peligro para el bien jurídico.

Desde esta perspectiva, la principal diferencia entre la teoría normativa y las tesis objetivas radica en que éstas se construyen sobre conceptos marcadamente ontológicos como la relación de causalidad (hipotética y de certeza en la versión de FEUERBACH y probabilística desde una perspectiva *ex-ante* según la propuesta de VON HIPPEL). Por el contrario, la teoría normativa determina la existencia de ese peligro para el bien jurídico a partir de conceptos puramente valorativos propios de la imputación objetiva. En un primer nivel, se compara la conducta efectivamente desplegada con aquella que el autor debería haber desarrollado en ejercicio de un rol social específico, para establecer si ella está o no dentro del riesgo permitido. En un segundo momento se analiza si ese comportamiento creador de un riesgo jurídicamente desaprobado se realizó en el resultado, pero entendido éste no como toda modificación del mundo exterior (criterio ontológico), sino como infracción de una norma penal (óptica valorativa).

Debe tenerse en cuenta que para establecer ese vínculo entre la creación del riesgo jurídicamente desaprobado y el resultado en sentido normativo, se deben abandonar los antiguos postulados que sobre la causalidad empleaban los físicos y que aún hoy en día siguen siendo mayoritariamente utilizados por los penalistas³³⁴. Los desarrollos que en las últimas décadas ha tenido el estudio de la relación causal desde el punto de vista de la física teórica indican que aquella no opera a partir de la noción de certeza, sino que está edificada sobre relaciones de probabilidad³³⁵; a partir de esta primera precisión, se afirma igualmente que una causalidad construida a partir de relaciones probabilísticas no solo admite el empleo de una perspectiva *ex-post* como la que usualmente se utilizaba en la antigüedad, sino que permite recurrir a una visión *ex-ante* que

postura subjetiva en un concepto de peligro para el bien jurídico. Cfr. Enrique FERRI, Principios...”, ed. cit., págs. 596 y 597.

³³⁴ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, Causalidad y explicación..., ed. cit., págs. 890 y 891.

³³⁵ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, Causalidad y explicación..., ed. cit., págs. 885, 886, 887, 888 y 896; Yesid REYES ALVARADO, Relación causal e imputación objetiva..., ed. cit., pág. 144. Sobre la discusión entre las nociones de certeza y probabilidad en la relación causal, cfr. Yesid REYES ALVARADO, Relación causal e imputación objetiva..., ed. cit., pág. 123.

posibilita un pronóstico (probabilístico, en todo caso) sobre los efectos futuros que una determinada conducta podría generar³³⁶.

Estas precisiones en torno al concepto de causalidad son sin duda un fuerte punto de contacto con la tesis objetiva defendida por FEUERBACH en torno a una causalidad hipotética, por cuanto la física teórica admite actualmente la posibilidad de construir relaciones causales a futuro, es decir, mediante el empleo de una perspectiva *ex-ante* que supone partir de un hecho conocido para establecer las probabilidades que tendría de ocasionar un determinado resultado. Pero igualmente sirven para mostrar una cercanía con la tesis objetiva propuesta por VON HIPPEL, en cuanto construye la relación causal a partir de términos probabilísticos y no de certeza.

También en este aspecto conviene resaltar como una marcada diferencia entre la teoría normativa y las tesis objetivas, que mientras éstas últimas brindan fundamentaciones diversas a la razón de ser de la punibilidad de la tentativa y del delito consumado, aquella plantea una postura unificada frente a esas dos manifestaciones delictivas.

En efecto, de acuerdo con la postura de FEUERBACH, el delito consumado se revela objetivamente por la presencia de una relación causal “real” (es decir, determinada desde una perspectiva *ex-post*), al paso que la tentativa es punible si se establece la existencia de una causalidad “hipotética” (esto es, fijada desde una óptica *ex-ante*). Por su parte, la propuesta de VON HIPPEL indica que la punibilidad de la tentativa está justificada por la “probabilidad” de que una determinada conducta genere un resultado penalmente censurable, pero frente al delito consumado exige demostrar en grado de certeza que la conducta condujo a la sobrevenida del resultado.

Por el contrario, la teoría normativa brinda una sola explicación a la razón de ser de la punibilidad del delito, independientemente de si éste se presenta en la modalidad de tentativa o de consumado. En ambas hipótesis la intervención del derecho penal se justifica porque alguien ha desplegado una conducta que puede ser considerada como una indebida forma de ataque a un bien jurídico, por haber creado un riesgo jurídicamente desaprobado (infracción de un deber de actuación) que puede ser visto como realizado en el resultado

³³⁶ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, *Relación causal e imputación objetiva...*, ed. cit., págs. 126, 127 y 148.

(entendido como infracción de una norma penal) en cuanto tiene con éste una relación causal probabilística.

Otra nota distintiva de la teoría normativa frente a las tesis objetivas radica en que aquella sólo examina la peligrosidad de las conductas que pueden ser consideradas como creadoras de un riesgo jurídicamente desaprobado; un comportamiento dentro del marco del riesgo permitido no debe ser analizado desde el punto de vista del peligro que represente para el bien jurídico, porque su eventual lesión sería válida. Ese juicio de peligrosidad, hecho sobre una conducta creadora de un riesgo desaprobado y respecto de las probabilidades de que ella hubiera podido dañar el bien jurídico (desde una perspectiva *ex-ante*³³⁷) es lo que genera esa “impresión” negativa en la comunidad que justifica la punibilidad de la tentativa³³⁸.

Al entender el resultado como infracción de la vigencia de una norma penal, resulta indispensable que antes de buscar una conexión entre el comportamiento creador de un riesgo jurídicamente desaprobado y el resultado entendido como infracción de la norma penal, se establezca cuál es esa norma que pudo haber sido quebrantada; para eso se requiere saber si quien lo lleva a cabo lo hace con la intención de vulnerar una norma que sanciona un delito consumado, o una que reprime la tentativa de lesionar un determinado bien jurídico³³⁹. La única forma de saber si quien dispara contra otro y lo lesiona en el hombro cometió un delito de lesiones personales o uno de tentativa de homicidio, es estableciendo si con su comportamiento quería matar (en ese caso habrá cometido una tentativa de homicidio) o herir (lo que lo convertiría en autor de un delito consumado de lesiones personales).

³³⁷ Sobre la necesidad de emplear una perspectiva *ex-ante*, cfr., por ejemplo, Rafael ALCÁCER GUIRAO, El juicio de adecuación..., ed. cit., págs. 506 y 507; Rafael ALCÁCER GUIRAO, La tentativa inidónea..., ed. cit., pág. 184; Rafael ALCÁCER GUIRAO, Elementos típicos..., ed. cit., pág. 12. Santiago MIR PUIG, Derecho Penal, ed. cit., § 13/25, págs. 346 y 347; Miguel Ángel NUÑEZ PAZ, El delito intentado, ed. cit., pág. 40.

³³⁸ MOLINA opina que la probabilidad del daño al bien jurídico es lo que justifica la punibilidad de la tentativa pero, a diferencia de lo que aquí se plantea, sostiene que la valoración sobre esa probabilidad debe hacerse desde la perspectiva del autor; cfr. Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, Antijuridicidad..., ed. cit., pág. 812.

³³⁹ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, La ubicación del dolo..., ed. cit., págs. 535 y siguientes.

La necesidad de conocer hacia dónde se dirige la voluntad de quien con su conducta genera un riesgo jurídicamente desaprobado, muestra un punto de unión con las teorías subjetivas en cuanto a que la punibilidad de la tentativa requiere del conocimiento de la voluntad de quien la desarrolla. La diferencia está en que las tesis subjetivas recurren a un concepto ontológico de subjetividad para justificar la intervención del derecho penal, mientras para la teoría normativa esta información es útil para cerrar un juicio de imputación objetiva que comienza estableciendo si se creó o no un riesgo jurídicamente desaprobado y se cierra con la determinación de si él puede ser considerado como realizado en un resultado entendido como quebrantamiento de la vigencia de una norma penal.

Frente a la visión finalista de la tentativa (que corresponde a una variante de las tesis subjetivistas³⁴⁰) la diferencia fundamental radica en que mientras ella resta toda importancia al resultado dentro de la fundamentación de la punibilidad de la tentativa³⁴¹ (e incluso del delito consumado, frente al que solo sería importante como un dato cuantitativo que afecta la punibilidad), la teoría normativa utiliza el resultado como un concepto valorativo que cierra el juicio de imputación objetiva sobre el que se edifica la intervención del derecho penal.

Si con la denominación de “teorías mixtas” lo que se pretende es englobar en una sola tesis varios de los criterios que se suelen emplear de manera aislada para fundamentar la punibilidad de la tentativa, entonces sería correcto calificar de esa manera la normativa, debido a sus puntos de contacto con las tesis objetivas, subjetivas y de la impresión. Pero si se tiene en cuenta que más que la simple reunión de diversos parámetros constituye un replanteamiento de la forma en que se determina el interés del derecho penal por algunos comportamientos, me parece que esta teoría debe ser analizada como una propuesta autónoma dentro de las tesis valorativas³⁴².

Una ventaja adicional de la teoría normativa es que su validez no está limitada a la tentativa, como sí ocurre con las demás. La razón de ser de la punibilidad de cualquier manifestación delictiva es la

³⁴⁰ Cfr. Supra 2.1.2.

³⁴¹ Cfr. Supra 2.1.2.

³⁴² Sobre la distinción entre teorías valorativas y ontológicas ver supra 2.

que está detrás de esta tesis: la comprensión de un comportamiento como indebida forma de ataque a un bien jurídico, valoración que se hace con base en la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y su realización en el resultado como elementos de la imputación objetiva.

A esta conclusión se llega si se admite que la imputación objetiva parte de la consideración de un riesgo jurídicamente desaprobado como infracción a un deber de conducta derivado del ejercicio de un rol social, se complementa con un concepto de resultado entendido como quebrantamiento de la vigencia de una norma penal y se cierra mediante la utilización de una definición de causalidad edificada sobre la noción de probabilidad que admite tanto una perspectiva *ex-ante* como una *ex-post*.

Con esta visión de la imputación objetiva como mecanismo para evaluar cuándo una conducta puede ser considerada como indebida forma de ataque al bien jurídico, se explica la punibilidad de los llamados delitos de acción y de omisión³⁴³, de resultado y de peligro, consumados y tentativas. Adicionalmente, esa concepción de la imputación objetiva resulta aplicable no solo a los comportamientos desplegados por personas naturales, sino a las conductas colectivas de las personas jurídicas³⁴⁴, y tanto a los comportamientos aislados de individuos como a los que son llevados a cabo coordinadamente por un número plural de ellos³⁴⁵.

³⁴³ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, Relación causal e imputación objetiva..., ed. cit., pág. 147.

³⁴⁴ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, Die Verbandshaftung..., ed. cit., pág. 438.

³⁴⁵ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, Intervención delictiva e Imputación..., ed. cit., págs. 106 y siguientes.

CAPÍTULO TRES

3. Naturaleza jurídica y ubicación sistemática.-

Dependiendo de la tesis que se defienda como fundamento de la punibilidad de la tentativa, así mismo habrá de variar la concepción que de esta figura se tenga como fenómeno jurídico, y de todo ello habrá de depender, a su vez, la ubicación que a la tentativa le sea asignada dentro de la teoría del delito. Por lo que respecta a su naturaleza jurídica, pueden observarse dos tendencias claramente enfrentadas, una de las cuales se empeña en demostrar que la tentativa carece de autonomía y es por tanto un delito imperfecto y subordinado, mientras la otra propugna por el reconocimiento de la tentativa como una figura delictiva autónoma y completa. Si se quisiera sintetizar cada una de estas dos corrientes de pensamiento mediante una expresión, podría decirse que quienes entienden a esta figura como un delito imperfecto aluden a la existencia de una "tentativa de delito", mientras aquellos que invocan su autonomía desarrollan una teoría sobre "el delito de tentativa". Con base en esta doble caracterización de las aludidas tendencias doctrinales se analizará en este acápite lo referente a la naturaleza jurídica de la tentativa.

3.1. La tentativa de delito.-

El hecho de que antiguos pensadores como PLATÓN se refirieran al "proyecto" de cometer un delito para aludir a la figura de la tentativa³⁴⁶, y la circunstancia de que otros como CICERÓN hubiesen caracterizado a esta figura con la expresión latina "*conatus*"³⁴⁷, habría de marcar definitivamente la historia de la tentativa. La idea de que con esta figura se hacía referencia a los esfuerzos del autor para *tratar* de conseguir un resultado penalmente relevante, y que por consiguiente mostraba una actitud *tendiente* hacia la obtención de esa finalidad, dio lugar pronto a la comprensión del delito como un camino que es recorrido por el autor desde el momento en que surge en su mente la idea criminal hasta el instante en que consigue el resultado apetecido; un alto en medio de esta "senda del crimen", más allá de la voluntad delictiva como comienzo del camino pero

³⁴⁶ Cfr. PLATÓN, Las Leyes, ed. cit., pág. 135

³⁴⁷ Cfr. Marco Tulio CICERÓN, Catilinas, ed. cit., capítulo V pág. 8 y capítulo VI pág. 11.

más acá del resultado perseguido que marcaría el final del recorrido, constituiría la tentativa, que de esta forma vendría a ser considerada como un estadio intermedio de ese "itinerario criminal"³⁴⁸. Como es fácil colegir, esta teoría del *iter criminis* mostraba a la tentativa como una conducta delictiva que, habiéndose quedado a mitad de camino, permitía que le fuese asignado el calificativo de "delito imperfecto"³⁴⁹ o, que llegase a recibir un apelativo que como el de "fracción de delito"³⁵⁰, resaltaba aún más su falta de entidad propia³⁵¹.

Esa imperfección del delito no radicaría en que la conducta debería ser punible a pesar de no haber vulnerado de forma perfecta una norma penal, puesto que para sancionar la tentativa también hace falta que se den todos los requisitos legalmente establecidos³⁵². La imperfección del hecho punible se haría evidente tan sólo mediante su comparación con el delito consumado, puesto que éste tendría algo de lo que la tentativa carecería: el resultado³⁵³. Con base en

³⁴⁸ Entre quienes recurren al *iter criminis* para explicar la tentativa pueden consultarse los siguientes autores: Francisco CARRARA, Teoría..., ed. cit., pág. 94; Albin ESER/Björn BURKHÄRD, Lehrbuch, ed. cit., pág. 86; Robert von HIPPEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 395; Hans-Heinrich JESCHECK, Lehrbuch, ed. cit., pág. 458; Luis JIMENEZ DE ASUA, Tratado..., ed. cit., págs. 223, 453 y 454; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 39/1 pág. 1; Santiago MIR PUIG, Derecho Penal, ed. cit., § 13/3, pág. 343; Carl Joseph Anton MITTERMAIER, NACR 2 [1818], ed. cit., págs. 603 a 605; Eberhard SCHMIDHÄUSER, Lehrbuch, ed. cit., § 15/3, pág. 588 y § 15/7, págs. 589 y 590; Günther SPENDEL, Stock-Festschrift, ed. cit., pág. 94; Theo VOGLER, LK, ed. cit., vor § 22 Rn. 2; Johannes WESSELS, Lehrbuch, ed. cit., pág. 174.

³⁴⁹ Cfr. Francisco CARRARA, Teoría..., ed. cit., págs. 4 y 79; Luis JIMENEZ DE ASUA, Tratado..., ed. cit., págs. 393, 446 y 447 nota 103.

³⁵⁰ Cfr. Francisco CARRARA, Teoría..., ed. cit., págs. 136 y 137; Diethelm KIENAPFEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 100, quien se refiere a la tentativa como un trozo de la teoría del tipo.

³⁵¹ SCHMIDHÄUSER piensa que la redacción de la norma que en el Código Penal alemán define la tentativa fomenta la equivocada creencia de que ella es tan solo un trozo de delito, y piensa que en el texto legal debería cambiarse la equívoca frase "intenta cometer un delito quien..." por una que dijese, por ejemplo, "también incurre en un delito quien intenta cometer un delito consumado..."; cfr. Eberhard SCHMIDHÄUSER, Lehrbuch, ed. cit., §15/6, pág. 589.

³⁵² Cfr. Biagio PETROCELLI, Il delitto..., ed. cit., pág. 18; Juan FERNANDEZ CARRASQUILLA, Derecho..., ed. cit., págs. 371 y 372, para quien "formalmente es la tentativa un delito completo con sus elementos de acción típicamente antijurídica y culpable que acarrea responsabilidad a su autor".

³⁵³ Cfr. René BLOY, Contenido de ilícito..., ed. cit., pág. 373; Biagio PETROCELLI, Il delitto..., ed. cit., pág. 18; Juan FERNANDEZ CARRASQUILLA, Derecho..., ed. cit., págs. 371 y 372; Santiago MIR PUIG, Derecho Penal, ed. cit., §13/26, pág. 347; Para ALCÁCER GUIRAO, en la tentativa lo que falta no es el resultado sino la consumación y

estas afirmaciones estaban sentadas las bases para dar el siguiente paso, que consistió en caracterizar a la tentativa como un delito defectuoso en su aspecto objetivo, o —recurriendo a la difundida expresión del finalismo— como un delito que presenta un aspecto subjetivo completo y uno objetivo incompleto³⁵⁴. De esta forma de apreciar la tentativa no consiguen escapar ni los causalistas, ni la corriente tradicional del finalismo, ni tampoco pueden hacerlo —en puridad de términos— quienes entienden que el fundamento de su punibilidad es la existencia de un riesgo jurídicamente desaprobado, mientras el resultado del delito consumado (o por lo menos de algunos de ellos) mostraría tan sólo una acentuación del

esta última puede estar ausente debido a la no presencia de cualquier elemento de la descripción típica y no solo del resultado; cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO; *La tentativa inidónea...*, ed. cit., pág. 151.

³⁵⁴ Cfr. Carmen ALASTUEY DOBÓN, *Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento*, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, número 5, 2011, pág. 36; Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 472; BUSCH, LK, ed. cit., §43 Rd. 4; Miguel CÓRDOBA ANGULO, *La tentativa...*, ed. cit., págs. 38, 84 y 85; Albin ESER, Schönke/Schröder, ed. cit., vor § 22 Rd. 12; Albin ESER/Björn BURKHÄRD, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 87; Elena FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, ed. cit., págs. 56 y 57; Juan FERNANDEZ CARRASQUILLA, *Derecho...*, ed. cit., págs. 371 y 372; Reinhard FRANK, StGB, ed. cit., § 43, pág. 84; Hugo HÄLSCHNER, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 209; Robert von HIPPEL, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 405; Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., § 25/24, pág. 715; Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 464; Luis JIMENEZ DE ASUA, *Tratado*, ed. cit., págs. 394 y 451; Diethelm KIENAPFEL, *Lehrbuch*, ed. cit., págs. 104 y 106; Christian Reinhold KÖSTLIN, *Neue Revision...*, ed. cit., págs. 378, 394 y 401; Christian Reinhold, KÖSTLIN, *System...*, ed. cit., págs. 214 y 231; Kristian KÜHL, *JuS* 1980, ed. cit., págs. 122 y 124; Karl LACKNER, StGB, ed. cit., § 22, 1; Ernst-Joachim LAMPE, *Genügt für den Entschluß des Täters in § 43 StGB sein bedingter Vorsatz?*, in *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1958, pág. 332 nota 5; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, *Lehrbuch*, ed. cit., § 40/1, pág. 13 y § 40/6, pág. 14; Dieter MEYER, *Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch einer Straftat BGHSt* 26, 201, in *Juristische Schulung (JuS)*, Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1977, pág. 20; Jürgen MEYER, *ZStW* 87 [1975], ed. cit., pág. 598; Francisco MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, editorial Bosch, Barcelona, 1972, pág. 7 nota 1; Harro OTTO, *Versuch und Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten*, in *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1980, pág. 642; Harro OTTO, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 225; Theodor RITTNER, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 253; Claus ROXIN; *Strafrecht AT*, Band II, ed. cit., § 29/77, pág. 355; Georg SCHILLING, *Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1975, pág. 100; Eberhard SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, ed. cit., § 15/21, pág. 596; Otto TRIFFTERER, *Lehrbuch*, ed. cit., págs. 352, 353 y 375; Herbert TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch*, Beck'sche Kurz-Kommentare, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 45. Auflage, 1991, § 22 Rd. 2; Hans WALDER, *Straflose Vorbereitung und strafbarer Versuch*, in *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (SchwZStr)*, Verlag Stämpfli & Cie. AG, Bern, 99. Band, 1982, pág. 227; Hans WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1969, 11. Auflage, pág. 189; Johannes WESSELS, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 176.

quebrantamiento de la vigencia de la norma³⁵⁵. Por el contrario, los escasos defensores de una subjetivización total del injusto arriban sin inconvenientes a la conclusión de que la tentativa es no sólo un delito perfecto, sino "el delito" por naturaleza³⁵⁶, en cuanto el resultado no desempeñaría ningún papel en la configuración del injusto.

La concepción del delito como un "itinerario criminal" está profundamente arraigada en las antiguas explicaciones causalistas del delito, pues define el hecho punible con base en la existencia de una causa que progresa hasta la consecución del resultado³⁵⁷, y por consiguiente padece de los mismos problemas que llevaron a las teorías causalistas al fracaso en su intento de servir de fundamento al injusto penal. En particular, la teoría del *iter criminis* no se limita a servirse de la relación de causalidad sino que la manipula mediante el establecimiento de fronteras arbitrarias, pues desde un punto de vista ontológico la "causa primaria" del delito no puede verse en la intención contraria a derecho, ni el resultado supone el "efecto último" en la evolución de la conducta.

Por ello, si bien caprichosamente puede establecerse como "resultado" de los delitos consumados la producción de determinada modificación del mundo exterior que constituiría así el final del itinerario criminal, con la misma dosis de arbitrariedad puede señalarse el "comienzo de ejecución" como el "resultado" que marcaría el final del *iter criminis*. La existencia o inexistencia de una tentativa no depende entonces de que desde el punto de vista ontológico constituya parte de una cadena causal³⁵⁸, porque los delitos de resultado también forman parte de ella, y el establecimiento caprichoso de una frontera en medio de una relación de causalidad justifica tanto la consideración de la tentativa como "delito imperfecto" como la del delito consumado como "delito excesivo". En puridad de términos, una conducta puede ser

³⁵⁵ Cfr. Günther JAKOBS, JZ 1988, ed. cit., pág. 519; Günther JAKOBS, ZStW 104 [1992], ed. cit., pág. 83; Karl-Heinz VEHLING, Die Abgrenzung..., ed. cit., pág. 125.

³⁵⁶ Cfr. Diethart ZIELINSKI, Handlung..., ed. cit., págs. 138 y siguientes.

³⁵⁷ Cfr. Heiner ALWART, Strafwürdiges..., ed. cit., págs. 133 y 134.

³⁵⁸ En este sentido, cfr. Heiner ALWART, Strafwürdiges..., ed. cit., pág. 137.

correctamente entendida como delictiva o como no delictiva, pero de ninguna manera debe ser considerada como "medio delictiva"³⁵⁹.

Tampoco puede invocarse en favor de la teoría del *iter criminis* que un delito consumado contiene dentro de sí a la tentativa³⁶⁰, no tanto porque formalmente una misma conducta no pueda ser simultáneamente considerada como tentativa y delito consumado³⁶¹ (lo cual sí es factible³⁶²), sino porque para que un concepto pueda ser encerrado por otro de mayor entidad, es preciso que éste último posea todos los elementos de aquel, lo que no ocurre en la pretendida relación que el *iter criminis* establecería entre la tentativa y la consumación. En efecto, todas las definiciones que de tentativa se ofrecen por parte de la doctrina y la jurisprudencia a partir del reconocimiento de un itinerario criminal admiten la presencia de un "fracaso" del autor en su empeño por conseguir un determinado resultado, por manera que, dentro de esta concepción tradicional, la tentativa sólo existe en cuanto el resultado no sobrevenga por circunstancias ajenas a la voluntad del autor.

Esto significa que para que los defensores de la tentativa como delito imperfecto puedan sostener que ella está comprendida dentro de la consumación, deberían reconocer que uno de los elementos del delito consumado es el fracaso en la consecución resultado. Y como esto resulta inaceptable, lo lógico es admitir que así como el delito consumado posee un requisito del que la tentativa carece (el resultado ontológico que en algunos tipos penales exige el legislador), así mismo ésta posee un elemento del que aquel está privado (el fracaso del autor en el logro de su propósito de realizar integralmente un tipo de mayor extensión), con lo que tentativa y consumación podrán ser dos figuras situadas una al lado de la otra³⁶³, pero no una dentro de la otra.

³⁵⁹ Para BINDING, los delitos pueden faltar totalmente, pero no en forma parcial; cfr. Karl BINDING, GS 85 [1917], ed. cit., págs. 264 y 265.

³⁶⁰ Para BLOY "tentativa y consumación son estadios de realización de un delito de la parte especial"; cfr. René BLOY, Contenido de ilícito..., ed. cit., pág. 371.

³⁶¹ En este sentido cfr. Heiner ALWART, Strafwürdiges..., ed. cit., págs. 95 y 96.

³⁶² Los delitos de emprendimiento son un buen ejemplo de conductas en las que el legislador ha equiparado la tentativa con el delito consumado (cfr. infra 7.10).

³⁶³ ALWART dice que el hecho de que por definición la tentativa esté antes de la consumación y ésta después de aquella, indica tan sólo que se trata de dos fenómenos que están uno al lado del otro, pero en modo alguno revela la presencia de unos estadios de comisión del delito; cfr. Heiner ALWART, Zur Kritik der strafrechtlichen Stufenlehre, in

Ciertamente debe reconocerse que tienen razón quienes piensan que la tentativa no sería punible si no existiera una norma concreta que así lo estableciese³⁶⁴, pero de allí no puede inferirse, sin más, que se trata de una figura subordinada, pues el delito consumado tampoco sería sancionable de no existir una norma penal que así lo dispusiera expresamente. Quizás por ello, los partidarios de considerar la tentativa como delito imperfecto señalan que lo que evidencia la subordinación de esta figura es el hecho de que para su aplicación debe estar necesariamente referida a uno de los "delitos consumados" contenidos en la parte especial de los códigos penales³⁶⁵. Si el argumento se refiere a que la ubicación de la tentativa en la parte general de las codificaciones penales hace depender su existencia de la de una norma que en la parte especial consagre el correspondiente delito consumado, se lo podría refutar advirtiendo que la posición de una norma descriptiva de la tentativa en la parte general de las legislaciones penales obedece únicamente a razones de técnica legislativa³⁶⁶, pues nada impide que el legislador se tome la molestia de redactar a continuación de cada "tipo de consumación" un "tipo de tentativa"³⁶⁷.

Debe admitirse, sin embargo, que la estructura de la tentativa sí obliga a efectuar una comparación entre la conducta que ella misma describe y la contenida en un tipo penal de mayor extensión, cuya realización integral persigue el autor de la conducta. Si no existiera una norma que sancionara el homicidio, no podría ser punible a título de tentativa el comportamiento de alguien que, con la intención de quitar la vida a un semejante, diera comienzo a la acción de matarle. Desde ese punto de vista es cierto que la tentativa supone que el autor de la conducta no la ejecuta con el propósito de infringir

Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA), R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, Heidelberg, 1986, pág. 249. ZACZYK, por su parte, afirma que la tentativa no es una etapa de la consumación; cfr. Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., págs. 232 nota 6.

³⁶⁴ Paul Johann Anselm Ritter von FEUERBACH, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 73; Biagio PETROCELLI, *Il delitto...*, ed. cit., pág. 12.

³⁶⁵ Cfr. Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch*, ed. cit., págs. 463 y 464; Luis JIMENEZ DE ASUA, *Tratado...*, ed. cit., págs. 446 y 447 nota 103; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, *Lehrbuch*, ed. cit., § 39/29, pág. 7; Theodor RITTNER, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 253; Theo VOGLER, *LK*, ed. cit., vor § 22.

³⁶⁶ Así lo reconoce Hans WELZEL, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 189.

³⁶⁷ Admite esta posibilidad Eberhard SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, ed. cit., § 15/5, pág. 588, mientras PETROCELLI la considera lógicamente inviable; cfr. Biagio PETROCELLI, *Il delitto...*, ed. cit., pág. 21.

la norma que la sanciona, sino buscando realizar de manera integral la que el legislador describe en un tipo de mayor extensión, el llamado delito consumado. Si la comparación se hiciera en un plano naturalístico, es evidente que la conducta que se adecua al tipo de consumación es más completa que la de la tentativa, porque la extensión de la redacción típica es también más amplia en el delito consumado que en la tentativa.

Similares consideraciones podrían hacerse respecto de los delitos de peligro, en los que se sancionan conductas que ponen en riesgo la incolumidad de un bien jurídico, en contraposición con otras que castigan su efectiva lesión. Tampoco aquí es imaginable un delito que reprima un comportamiento que pone en peligro un bien jurídico, si en la normatividad penal no existe un tipo que amenace con pena la efectiva lesión de ese bien jurídico. Por consiguiente, con la misma lógica con la que se califica a las tentativas como delitos subordinados frente a los delitos consumados, se podría afirmar que los de peligro se subordinan a los de lesión. En realidad, la diferencia es, una vez más, ontológica; mientras en los llamados delitos de lesión la conducta daña el bien jurídico tutelado, en los denominados de peligro el comportamiento no va tan lejos y se limita a generar un riesgo para la integridad de ese bien jurídico objeto de protección. Pero si figuras como las mencionadas (tentativa, consumación, delito de peligro, delito de lesión) se analizan desde una perspectiva valorativa, se podrá observar que todas ellas tienen la misma estructura, en cuanto constituyen formas indebidas de ataque al bien jurídico, y todas ellas generan un mismo resultado: el perfecto quebrantamiento de la vigencia de una norma penal.

Argumentaciones como las aquí criticadas se derivan de la errónea creencia de que la tentativa es un hecho punible imperfecto y subordinado frente a una clase de delito que recibe el nombre de consumado, y han forzado a la doctrina a reconocer la insuficiencia de las concepciones tradicionales del injusto para encajar dentro de sí la tentativa, y a buscar su armónica ubicación dentro del sistema a través de lo que se ha dado en denominar un dispositivo amplificador del tipo³⁶⁸ o un dispositivo amplificador de la pena³⁶⁹, mecanismos

³⁶⁸ Cfr. Miguel CÓRDOBA ANGULO, *La tentativa*, ed. cit., págs. 13 y 14; Elena FARRE TREPAT, *La tentativa...*, ed. cit., pág. 44; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz

éstos que permitirían acoger dentro del sistema a una figura que debido a su "imperfección" no podría ser normalmente comprendida por el injusto. Esta es, como diría BINDING, la venganza por querer definir la tentativa, no por lo que es, sino por lo que no es: una consumación³⁷⁰.

3.2. El delito de tentativa.-

He señalado ya que la fijación de un punto de la cadena causal como referencia para la consideración del delito consumado como "delito perfecto" y de la tentativa como un simple grado en la progresión hacia esa perfección es arbitraria, pues así como la existencia de una tentativa dependería de su puesta en relación con un delito consumado, también es evidente que sólo tiene sentido hablar de un tal delito cuando existe como referente una actuación que, como la tentativa, es caracterizada por la carencia de consumación. De esta manera, es claro que si no existiera ese pretendido delito "tentado", no tendría ningún sentido hablar de delito "consumado"³⁷¹, así como la denominación de "delito de resultado" sólo es imaginable en contraposición con los llamados "delitos de mera actividad", y la de "delitos de acción" se justifica únicamente para quienes crean en la existencia de unos delitos contrapuestos que serían "de omisión". Por ello, no sólo no es verdad que la tentativa esté en relación de subordinación respecto del delito consumado, sino que, por el contrario, forzoso es reconocer que entre esas dos figuras lo que existe en verdad es una clara interdependencia³⁷², en cuanto sin la presencia de una de ellas la otra no tendría razón de ser.

GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 39/16, pág. 5; Alfonso REYES ECHANDIA, Derecho..., ed. cit., págs. 118 y siguientes; Otto TRIFFTERER, Lehrbuch, ed. cit., pág. 352.

³⁶⁹ Cfr. Karl ENGISCH, Der Unrechtstatbestand im Strafrecht, in Festschrift zum hundertjährige Bestehen des deutschen Juristentag, C. F. Müller, Karlsruhe, Band I, 1960, pág. 436; Reinhard FRANK, StGB, ed. cit., § 43, págs. 83, 85 y 86; Luis JIMENEZ DE ASUA, Tratado..., ed. cit., págs. 436, 437 y 438; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 39/2, pág. 2 y § 39/4, pág. 2; Francisco MUÑOZ CONDE, ZStW 84 [1972], ed. cit, pág. 761; Hans SCHULTZ, SchwZStr 107 [1990], ed. cit., pág. 68.

³⁷⁰ Cfr. Karl BINDING, GS 85 [1917], ed. cit., pág. 262; Karl BINDING, Die Normen..., 3. Band, ed. cit., pág. 491.

³⁷¹ Pese a que TAMARIT SUMALLA califica la tentativa como un "tipo de imperfecta realización", sostiene que así como no hay una "tentativa en sí", tampoco hay una "consumación en sí", sino diversos tipos de consumación; cfr. Josep Maria TAMARIT SUMALLA, ADPCP 1992, ed. cit., pág. 539.

³⁷² Cfr. Heiner ALWART, Strafwürdiges..., ed. cit., págs. 92 y 93.

La difundida expresión "tentativa de delito" contribuye aún más a fomentar la errónea creencia de que la denominación "delito" sólo es correctamente aplicable a los hechos punibles consumados, mientras la tentativa sería tan sólo un "*quasi-delito*", un "intento" de delito o, más precisamente, un "no delito"³⁷³. Así mismo, tampoco puede afirmarse que todo aquello que dentro del "itinerario criminal" no alcance la consumación y con ello la categoría de delito, debe ser necesariamente considerado como una tentativa, puesto que bien puede tratarse de acciones que ni siquiera hayan abandonado la esfera de los simples actos preparatorios impunes. Por consiguiente, si bien es cierto que al emplear el vocablo "tentativa" en su significación extrajurídica puede decirse que toda conducta que dentro del *iter criminis* no llegue a configurar un delito (en el sentido de consumado) debe ser necesariamente considerada como una "tentativa" de delito, ella carecería de toda relevancia penal en cuando la acción no sobrepasase el "estadio" de la preparación. Dicho en términos sencillos, si bien dentro de un *iter criminis* todo lo que no es delito (consumado) es un delito intentado (en sentido no jurídico), no todo lo que no es delito (consumado) es tentativa punible o, expresado en una fórmula lógica, la inexistencia de la consumación es condición necesaria pero no suficiente para la existencia de una tentativa³⁷⁴.

Por el contrario, entendiendo la tentativa como la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que conduce al quebrantamiento de la vigencia de una norma, forzoso es reconocer que ella no constituye ningún "*minus*" frente al delito consumado, ya que para su existencia jurídica se requiere la confluencia de las mismas condiciones que éste último reclama para sí³⁷⁵. La condición de

³⁷³ Cfr. Heiner ALWART, *Strafwürdiges...*, ed. cit., pág. 92 nota 16.

³⁷⁴ Cfr. Heiner ALWART, *Strafwürdiges...*, ed. cit., pág. 93 nota 20.

³⁷⁵ Cfr. Heiner ALWART, *GA* 1986, ed. cit., pág. 246; René BLOY, *Contenido de ilícito...*, ed. cit., pág. 381; Hugo HÄLSCHNER, *Lehrbuch*, ed. cit., pág., en cuanto sostiene que en la tentativa están presentes todos los momentos esenciales necesarios para la configuración de un tipo delictivo, aun cuando incompletamente realizados; Carl Joseph Anton MITTERMAIER, *NACR* 1 [1816], ed. cit., pág. 170, al señalar que el motivo de la punición de la tentativa es la existencia de la real ejecución del injusto, la existente transgresión de la ley; Miguel Ángel NUÑEZ PAZ, *El delito intentado*, ed. cit., págs. 42 y 43; Claus ROXIN, *Strafrecht AT*, Band II, ed. cit., § 29/37, pág. 344, en cuanto considera que en la tentativa (al igual que ocurre en la consumación) existe una real afectación del bien jurídico; Eberhard SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, ed. cit., § 15/12, pág. 592, para quien en sus desvalores de injusto y culpabilidad la tentativa es tan delito como la consumación; Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., pág. 17, quien señala que cualitativamente el injusto es el mismo tanto en la tentativa como en el delito consumado.

delictiva que puede acompañar a una conducta depende de que se den unos únicos presupuestos de imputación objetiva y subjetiva (o personal, si se prefiere la denominación), independientemente de que dentro del amplio espectro de acciones que pueden ser abarcadas con la noción de "delito" pueda efectuarse alguna clasificación sistemática entre "delitos de consumación" y "delitos de tentativa"³⁷⁶, así como existe, por ejemplo, respecto de los "delitos de resultado" y los "delitos de mera actividad", o de los "delitos de lesión" y los "delitos de peligro", sin que esos calificativos alteren para nada la esencia del concepto base: el "delito".

La circunstancia de que el legislador pueda convertir en delitos consumados de peligro³⁷⁷ o de mera actividad conductas que de otra forma serían punibles como tentativa³⁷⁸, refuerza aún más la idea de que esta figura no es más que una modalidad autónoma de delito³⁷⁹. Así, por ejemplo, en el Código Penal colombiano se encuentra sancionado como un delito contra la seguridad pública el disparo de arma de fuego contra vehículo en el que se hallen una o más

³⁷⁶ Cfr. Heiner ALWART, *Strafwürdiges...*, ed. cit., pág. 90.

³⁷⁷ En contra de identificar la tentativa con los delitos de peligro abstracto, cfr. René BLOY, *Contenido de ilícito...*, ed. cit., pág. 388.

³⁷⁸ Por eso anota TRIFFTERER que la construcción de la tentativa sigue la de los delitos de mera actividad; cfr. Otto TRIFFTERER, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 376.

³⁷⁹ En Colombia, REYES ECHANDIA señala que la tentativa tiene autonomía jurídica lo mismo que el delito consumado; cfr. Alfonso REYES ECHANDIA, *Derecho...*, ed. cit., pág. 120. En España, varios autores admiten expresamente que la tentativa es una figura delictiva autónoma; cfr. Ujala JOSHI JUBERT, *La doctrina de la "actio libera in causa"* en derecho penal, J. M. Bosch editor S. A, Barcelona, 1992, pág. 378; Santiago MIR PUIG, *Los términos <delito> y <falta> en el Código penal*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1973, Tomo XXVI, pág. 357 ("...la tentativa y frustración no suponen una modificación ni, por consiguiente, una determinada forma de concreción de un tipo legal más abstracto, sino que constituyen conductas que aún referidas a un tipo legal, se hallan situadas el mismo nivel de abstracción que éste. Aquí no se produce la adición de hechos al núcleo originario, ni es la suma resultante de esa adición el objeto de la punición, sino que la presencia de una forma imperfecta de ejecución desplaza la concurrencia de la tipicidad a que se refiere, sustituyéndola. Puede afirmarse, por ello, que la tentativa y frustración se hallan <penadas por la Ley> al mismo nivel y en el mismo sentido que los tipos legales de la Parte Especial"); Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal*, ed. cit., §13/2, pág. 343 y §13/26, pág. 347; Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, quien incluso piensa que la posición dominante en la actualidad es la que ve la tentativa como un delito y no como el estadio previo a la comisión de un delito; cfr. Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad...*, ed. cit., pág. 754; Josep María TAMARIT SUMALLA, *ADPCP 1992*, ed. cit., pág. 539.

personas³⁸⁰. El hecho de que ese tipo penal desapareciera no significaría que dicho comportamiento quedara necesariamente impune, porque una persona que intencionalmente dispara un arma de fuego contra un vehículo en el que sabe se hallan una o más personas, muy probablemente debería responder penalmente como autor de una tentativa de lesiones personales o de una tentativa de homicidio. Ejemplos como este muestran que la misma conducta puede ser valorada como un delito consumado (de “disparo de arma de fuego contra vehículo”) o como tentativa (de lesiones personales o de homicidio) dependiendo tan solo de si el legislador la ha descrito en un tipo penal autónomo o si se la debe analizar a través de la figura de la tentativa.

En Colombia, como viene ocurriendo en muchos otros países, empiezan a proliferar los tipos de peligro con los que se busca sancionar determinados comportamientos no por la efectiva lesión a un bien jurídico, sino por el riesgo que eventualmente pueden representar para él, con lo que muchos casos que sin la existencia de un tipo de peligro podrían ser tratados como tentativas, se erigen como delitos consumados por decisión del legislador³⁸¹. Un ejemplo de estas figuras es el “porte de armas blancas u objetos peligrosos” que sanciona con multa el artículo 359 del Código Penal colombiano³⁸²; si no existiera esa norma y alguien fuera sorprendido llevando consigo un arma blanca en un escenario deportivo, bastaría con que hubiera alguna prueba de la intención de utilizarla contra otro para que (supuesto el comienzo de ejecución) se pudiera hablar de una tentativa de lesiones personales o de homicidio. Lo que el legislador colombiano hizo al crear este tipo penal fue precisamente obviar las discusiones probatorias sobre el dolo de lesionar o matar y sobre el comienzo de ejecución (que serían ineludibles en el análisis

³⁸⁰ "Artículo 356. *Disparo de arma de fuego contra vehículo*. El que dispare arma de fuego contra vehículo en que se hallen una o más personas, incurrirá en prisión de uno (1) a cinco (5) años". (Con la Ley 890 de 2004 esa pena fue aumentada en un tercio para su mínimo y en la mitad para su máximo).

³⁸¹ Sin embargo, la similitud estructural entre delitos de peligro y tentativas no supone que se las pueda identificar (en este sentido ver, por ejemplo, René BLOY, *Contenido de ilícito...*, ed. cit., pág. 370) y, por consiguiente, sea inviable hablar de una tentativa de delito de peligro; sobre el particular, cfr. *infra* 7.12.

³⁸² El inciso final del artículo 359 de la Ley 599 de 2000 dice la siguiente: "El que porte o ingrese armas blancas u objetos peligrosos al interior de un escenario deportivo o cultural incurrirá en multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes y prohibición de acudir al escenario deportivo o cultural de seis (6) meses a tres (3) años".

de la tentativa) para sancionar a quien intencionalmente (el referente del dolo cambia porque recae sobre la posesión misma del objeto y no sobre el uso que se le pretendiera dar) porte un arma blanca o un elemento peligroso en escenarios deportivos, con lo cual transformó una conducta que podría ser catalogada como tentativa en un delito consumado.

En síntesis, no sólo debe reconocerse que la tentativa es un delito autónomo y perfecto que requiere las mismas condiciones de existencia que cualquier otro hecho punible, sino que, además, se debe evitar referirse a ella mediante una calificación que como la "tentativa de delito" indica lo que no es, para, en su lugar, referirse a ella como lo que en verdad es: un *delito de tentativa*³⁸³.

³⁸³ Para JAKOBS, hay injusto de tentativa y no tan solo tentativa de injusto de una consumación, porque la tentativa es un perfecto quebrantamiento de la norma; cfr. Günther JAKOBS, Kaufmann-Gedächtnisschrift, ed. cit., pág. 277. Por su parte, VEHLING anota que la tentativa (en realidad no usa aquí VEHLING la expresión "tentativa" sino que impropriamente se refiere al "delito tentado") es una específica forma de injusto y no sólo una tentativa de injusto, porque es un completo quebrantamiento de la norma y no tan solo una tentativa de quebrantamiento de la norma; cfr. Karl-Heinz VEHLING, Die Abgrenzung..., ed. cit., pág. 87.

CAPITULO CUATRO

4. La imputación objetiva en la tentativa.-

Mientras la discusión se centra sobre el fundamento de la punibilidad de la tentativa resulta relativamente fácil advertir las diferencias que tradicionalmente han enfrentado a las concepciones subjetivas y objetivas, pues mientras éstas últimas destacan la importancia de la efectiva realización de una conducta, aquellas colocan el acento en la voluntad contraria al ordenamiento jurídico; una tal distinción no parece dejar duda tampoco respecto del abismo que separa a las escuelas causalista y finalista, tanto en la configuración general del injusto como en la de la tentativa. Pero, curiosamente, cuando los contendientes abandonan irreconciliables este campo de batalla, después de arduo combate sobre el fundamento de la punibilidad de la tentativa, y se adentran en el análisis de los diversos elementos que componen esta figura, suelen reencontrarse para enfrentar pacíficamente la cuestión desde una única perspectiva, comenzando su armónico trabajo por el examen del aspecto subjetivo de la tentativa y continuándolo con el del factor objetivo.

De esta forma, no es de extrañar que muchos seguidores de una teoría objetiva sobre el fundamento de la punibilidad en la tentativa comiencen el estudio de dicha figura abordando el tema de la intención delictiva, para sólo con posterioridad ocuparse del comienzo de ejecución como manifestación externa³⁸⁴. La inconsistencia de este planteamiento es evidente, pues mientras se sostiene que en la tentativa es determinante el aspecto objetivo como fundamento de su punición, se admite que lo primero que debe analizarse para saber si una conducta constituye o no tentativa es la existencia o inexistencia de una intención hostil al ordenamiento jurídico³⁸⁵, con lo cual se reconoce tácitamente la insuficiencia de la

³⁸⁴ Así, por ejemplo, cfr. Francisco CARRARA, *Teoría...*, ed. cit., pág. 18, aludiendo aquí al elemento moral de la tentativa y relegando para posterior oportunidad el examen del elemento físico (pág. 47); Miguel CÓRDOBA ANGULO, *La tentativa*, ed. cit., pág. 36, en donde da comienzo al estudio de los elementos de la tentativa y analiza en primer lugar la intención delictiva; Elena FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, ed. cit., pág. 61, al señalar expresamente que en la tentativa, a diferencia de lo que ocurre en el delito consumado, se debe comenzar por el análisis de la intención; Luis JIMENEZ DE ASUA, *Tratado...*, ed. cit., pág. 506, refiriéndose aquí al elemento subjetivo, para posteriormente (pág. 512) estudiar el comienzo de ejecución.

³⁸⁵ De otra parte, también hay autores que, defendiendo una fundamentación objetiva de la punibilidad de la tentativa, sostienen de forma coherente que su estudio debe

tesis objetiva defendida y la prevalencia de las concepciones subjetivas que se pretenden combatir. La contradicción se agudiza aún más en los defensores de una teoría causalista de la teoría del delito, porque siendo partidarios de examinar primero el aspecto objetivo de los delitos consumados dentro de la tipicidad y de relegar el estudio del factor subjetivo al ámbito de la culpabilidad, suelen verse obligados a invertir su esquema cuando abordan el problema de la tentativa, comenzando entonces por la intención contraria al ordenamiento jurídico³⁸⁶.

No se piense, sin embargo, que la contradicción surge únicamente entre los que siguen una fundamentación objetiva de la punibilidad de la tentativa. Una ojeada a aquellos autores que no sólo defienden una tesis subjetiva como motivo de punición de la tentativa, sino que además desarrollan la teoría del delito según un esquema (pero no necesariamente conforme a una teoría) finalista, permite apreciar que, cuando dentro del injusto se aborda el problema del delito consumado, se comienza por el tipo objetivo y se termina con la referencia al tipo subjetivo, mientras en cuanto se encara el estudio de la tentativa se admite que es necesario invertir el orden para iniciar por el tipo subjetivo y acabar con el tipo objetivo³⁸⁷. La "coherencia" de este esquema radica, ciertamente, en que el examen de la tentativa y de la consumación se hace integralmente dentro del injusto, sin los problemas que el causalismo enfrenta respecto de la ubicación del dolo de la tentativa³⁸⁸; pero esa "coherencia" desaparece en cuanto dentro del ámbito del injusto el análisis del delito consumado y del tentado son inversos, comenzando el uno por

comenzarse por el aspecto objetivo; así, por ejemplo, cfr. Günther SPENDEL, ZStW 69 [1957], ed. cit., págs. 458 y 459.

³⁸⁶ Hay también, desde luego, defensores de un esquema causalista de la teoría del delito que mantienen la coherencia de su sistema, de manera que incluso en el análisis de la tentativa relegan el estudio del dolo para el juicio de culpabilidad; así, por ejemplo, cfr. Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO, Comentarios..., ed. cit., págs. 92 a 95 (respecto de la tentativa acabada) y 111 a 125 (respecto de la tentativa inacabada); Alfonso REYES ECHANDIA, Derecho..., ed. cit. págs. 121 (donde al referirse a la tipicidad se ocupa del aspecto objetivo de la tentativa) y 214 (donde, dentro del estudio de la culpabilidad, aborda el problema del dolo en la tentativa).

³⁸⁷ Así, por ejemplo, Hans-Heinrich JESCHECK, Lehrbuch, ed. cit., págs. 464 y siguientes; Kristian KÜHL, JuS 1980, ed. cit., págs. 122 y 124; Harro OTTO, Lehrbuch, ed. cit., págs. 225 y siguientes; ROXIN, quien en forma expresa admite que, a diferencia de lo que ocurre con el análisis del delito consumado, en la tentativa se comienza por el estudio de la determinación delictiva; cfr. Claus ROXIN, JuS 1979, ed. cit., pág. 2; Johannes WESSELS, Lehrbuch, ed. cit., págs. 176 y siguientes.

³⁸⁸ Sobre estos problemas del causalismo, cfr. infra 4.2.3.

el factor subjetivo (tentativa) y el otro por su manifestación objetiva (consumación).

Probablemente el origen de estas contradicciones radique en la utilización que las concepciones causalista³⁸⁹ y finalista hacen de parámetros ontológicos para distinguir entre los aspectos objetivo (externo) y subjetivo (interno) del delito³⁹⁰, porque si bien es cierto que desde una perspectiva puramente natural son perfectamente diferenciables esas dos facetas del comportamiento y por consiguiente admiten reflexiones separadas, también lo es que desde el punto de vista jurídico los resultados no son tan satisfactorios.

Acoger estrictamente un planteamiento subjetivo conforme al cual el derecho penal deben analizar primero si un sujeto actuó con la intención de transgredir una norma penal (relegando para un segundo momento la determinación de si objetivamente se produjo una lesión o puesta en peligro del bien jurídico objeto de protección), no solo supone una indebida intromisión del Estado en el fuero interno del individuo al escudriñar en la motivación de conductas sobre cuya dañosidad social no hay aún evidencia alguna (el estudio del aspecto objetivo es posterior), sino que además hace muy difícil explicar la impunidad de la tentativa irreal o supersticiosa en la que la intención delictiva es innegable y, llevada a sus extremos, puede incluso conducir a la punición de las meras intenciones. Estas limitaciones fueron las que desde sus orígenes llevaron a los defensores de las concepciones subjetivas a precisar que para la intervención del derecho penal no basta con establecer la existencia de un propósito delictivo en el autor, sino que es indispensable la objetivación del mismo³⁹¹.

³⁸⁹ Cfr. Wilhelm Gallas, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1955, Tomo 67, pág. 2.

³⁹⁰ Sobre esta forma de distinguir entre lo objetivo y lo subjetivo en las teorías causalista y finalista del delito, cfr. Yesid REYES ALVARADO, *Strafbare Beteiligung und objektive Zurechnung*, Jakobs-FS, Carl Heymanns Verlag GmbH, Köln - Berlin - München, 2007, pág. 555. En versión española, ver Yesid Reyes Alvarado, *Intervención delictiva...*, ed. cit., pág. 100.

³⁹¹ Sobre la necesidad de la objetivación de la intención delictiva en las tesis subjetivas, cfr. Peter ALBRECHT, *Der untaugliche...*, ed. cit., págs. 21 y 22; Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 472; Maximilian von BURI, *GS 19* [1867], ed. cit., págs. 63 y 71; Maximilian von BURI *GA 25* [1877], ed. cit., pág. 266; Maximilian von BURI, *ZStW 1* [1881], ed. cit., pág. 185; BUSCH, *LK*, ed. cit., §43 Rd. 1; Albin ESER/Björn BURKHARDT, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 89; Thomas FELTES, *GA* [1992], ed. cit., pág. 416; Karl-Heinz GÖSSEL, *ZStW 87*, [1975], ed. cit., pág. 20;

Si, por el contrario, se acogieran rigurosamente las tesis objetivas que propugnan por analizar en primer lugar el aspecto externo de la conducta relegando para un momento ulterior el estudio de su faceta subjetiva, surge el problema de cómo encuadrar ese comportamiento en un tipo penal prescindiendo del conocimiento de la voluntad; por ejemplo, quien dispara sobre otro hiriéndole en un hombro, ¿realiza una acción típica de lesiones personales o de tentativa de homicidio? Quién al salir de un restaurante toma del perchero un abrigo que no le pertenece, ¿intenta cometer un delito de hurto o solo incurre en una equivocación jurídicamente irrelevante?³⁹² La respuesta a preguntas como las acabadas de formular es imposible sin observar la conducta externa a través del prisma subjetivo de su motivación. Eso explica no solo que una de las principales contribuciones de los finalistas al desarrollo de la teoría del delito haya sido la de adelantar el análisis del dolo al llevarlo desde la culpabilidad (donde lo tenían radicado las concepciones causalistas) hasta la tipicidad³⁹³, sino también que desde hace mucho tiempo los defensores de las concepciones objetivas sobre la punibilidad de la tentativa admitan la necesidad de escudriñar también el aspecto interno de las actuaciones para poder emitir un juicio de valor sobre su relevancia penal³⁹⁴.

La proliferación de partidarios de las llamadas teorías mixtas evidencia que el estudio separado de los componentes externo e interno de la conducta no conduce a resultados satisfactorios desde el punto de vista del derecho penal; no obstante lo anterior, también debe recordarse que estas teorías a su vez se dividen entre aquellas

Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., §25/17, pág. 711; Hans-Heinrich JESCHECK, Lehrbuch, ed. cit., pág. 462; Christian-Reinhold KÖSTLIN, Neue Revision..., ed. cit., págs. 376 y 377; Christian-Reinhold KÖSTLIN, System..., ed. cit., págs. 231 y 246; Dietrich KRATZSCH, Verhaltenssteuerung..., ed. cit., pág. 64; Friedrich NOWAKOWSKI, ZStW 63, [1951], ed. cit., pág. 316; Harro OTTO, Grundkurs, ed. cit., pág. 223; Theodor RITTNER, Lehrbuch, ed. cit., pág. 254; Franz STRENG, JZ 1984, ed. Cit., pág. 655; Otto TRIFFTERER, Lehrbuch, ed. cit., pág. 353; Max WAIBLINGER, ZStW 69 [1957], ed. cit., pág. 201; Diethart ZIELINSKI, Handlung..., ed. cit., págs. 44, 136 y 137.

³⁹² Cfr. por ejemplo, Elena FARRÉ TREPAT, La tentativa..., ed. cit., págs. 12 y 24.

³⁹³ "Si tuviera que condensarse en un solo punto el cambio más radical producido en la última mitad de este siglo en el sistema del delito de inspiración germánica, seguramente sería elegido el traslado del dolo natural desde su habitual asiento como núcleo de la culpabilidad hasta el tipo subjetivo". Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, Antijuridicidad penal y sistema del delito, J. M. Bosch editor, Barcelona, 2001, págs. 457 y 468.

³⁹⁴ Cfr. supra 2.1.1.2.

que dan preeminencia al factor externo y las que priorizan el aspecto interno³⁹⁵, razón por la cual ni se diferencian claramente de las objetivas y subjetivas (que no niegan la importancia de los dos elementos ónticos de la conducta) ni, por consiguiente, están en capacidad de superar las contradicciones sistemáticas mencionadas al comienzo de este acápite.

Para solucionar estos inconvenientes debe abandonarse la idea de construir la teoría del delito a partir de conceptos tomados de las ciencias naturales (como la relación causal o la intencionalidad del comportamiento), para edificarla sobre bases valorativas o normativas³⁹⁶. Esto permite que el derecho penal comience la investigación sobre la relevancia jurídica de una conducta (que tuvo ocurrencia en el mundo de lo natural como producto de la conjunción de sus aspectos internos y externos) comparándola con la forma en que ésta debería haberse llevado a cabo conforme a las expectativas de comportamiento social que se tenían de toda persona en la posición del autor (cumplimiento de los deberes de conducta emanados de su rol social), y que sólo después de que esa acción pueda ser catalogada como objetivamente imputable a ese sujeto (porque el riesgo jurídicamente desaprobado que creó se realizó en el resultado) se analice su aspecto individual (merecimiento de pena en razón de los aspectos individuales que determinaron su conducta)³⁹⁷. Esta construcción de la teoría del delito tiene la ventaja de ser igual para los dolosos e imprudentes, los de acción y los de omisión, los desplegados por una sola persona y los cometidos por una pluralidad de ellas mediante división del trabajo y, como se verá en detalle a continuación, tanto para los consumados como para las tentativas, a diferencia de lo que ocurre con esquemas como el causalista y el finalista en los que las acciones, las omisiones, los delitos consumados, las tentativas, los delitos dolosos y los imprudentes, la autoría y la participación requieren explicaciones independientes sobre la razón de ser de su punibilidad.

Como quiera que la defensa que aquí se ha hecho de la teoría normativa como fundamento de la punibilidad de la tentativa supone

³⁹⁵ Cfr. supra 2.1.3.

³⁹⁶ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, *Imputación...*, ed. cit., pág. 67.

³⁹⁷ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, *La configuración del dolo y la teoría del error*, en *Estudios de derecho penal - libro homenaje a Juan Fernández Carrasquilla*, Universidad de Medellín, Medellín, 2012, pág. 1016.

el análisis inicial de la conducta desde el prisma de su relevancia social, relegando para un momento posterior el de su aspecto individual o personal, se comenzará el estudio de la tentativa de una forma que no sólo es coherente con este punto de partida, sino con la manera como creo que debe encararse también el delito consumado, vale decir, comenzando por el examen de la imputación objetiva.

No se trata simplemente de buscar una homogeneidad plástica de la teoría del delito, ni de la construcción de un "sistema por el sistema", sino de mantener una coherencia como algo imperativo, pues la figura de la tentativa marca el límite en el que cesa el libre desarrollo de conductas ajenas al derecho penal y comienza la ejecución de actuaciones que permiten la activación del aparato punitivo del Estado. Bien sea que, siguiendo la teoría del *iter criminis*, se sostenga que la tentativa es el "mínimo" requerido para la intervención del derecho penal, o bien sea que se entienda que la tentativa es "el delito" por excelencia, constituido ya por un desvalor de acción³⁹⁸, ya por un quebrantamiento de la norma³⁹⁹, lo evidente es que siendo *lo menos* o *lo único* que se puede pedir de injusto para aplicar una sanción, tiene que tener la misma estructura del delito consumado que será en este aspecto (dependiendo de la tesis que se defiende) tan sólo un "plus" cuantitativo respecto de la tentativa⁴⁰⁰ o será lo mismo que la tentativa⁴⁰¹.

4.1. Creación de riesgos jurídicamente desaprobados.-

Dado que la doctrina ampliamente mayoritaria señala como nota característica de la tentativa la inexistencia de un resultado entendido como efectivo daño al bien jurídico objeto de protección, parecería haber consenso en cuanto a que su punibilidad depende, cuando menos, de la existencia de un comportamiento creador de un riesgo jurídicamente desaprobado respecto del cual pueda afirmarse que constituye un peligro para el bien jurídico cuya tutela se pretende; a su vez, esto debería llevar a la conclusión de que si una conducta no

³⁹⁸ Así, por ejemplo, Diethart ZIELINSKI, *Handlungs-...*, ed. cit., pág. 143 y 191.

³⁹⁹ Así, por ejemplo, Günther JAKOBS, *Kaufmann-Gedächtnisschrift*, ed. cit., pág. 277; Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., §25/15, pág. 270; Günther JAKOBS, *ZStW* 104 [1992], ed. cit., pág. 83; Karl-Heinz VEHLING, *Die Abgrenzung...*, ed. cit., pág. 125.

⁴⁰⁰ Cfr. Günther JAKOBS, *JZ* 1988, ed. cit., pág. 519; Günther JAKOBS, *ZStW* 104 [1992], ed. cit., pág. 83; Karl-Heinz VEHLING, *Die Abgrenzung...*, ed. cit., pág. 125.

⁴⁰¹ Cfr. Diethart ZIELINSKI, *Handlungs-...*, ed. cit., pág. 216.

supone la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, carece de relevancia para el derecho penal; esta afirmación no solamente resulta válida para aquellos casos en los que ese riesgo permitido no supone afectación alguna al bien jurídico, sino incluso respecto de hipótesis en las que pudiera ponerlo en peligro o incluso lesionarlo.

Así, por ejemplo, un boxeador que durante un combate reglamentario lesiona o da muerte a su oponente con golpes propinados según las normas que rigen la práctica del boxeo, ha desarrollado un comportamiento que hace parte del riesgo permitido y, por consiguiente, debe permanecer al margen del derecho penal aun cuando con él se haya producido no solo un resultado ontológico sino, además, la efectiva lesión de un bien jurídico. En consecuencia, si el mismo púgil del ejemplo no hubiera conseguido alcanzar con sus puños a su oponente pese a haberlo intentado con estricta sujeción a las normas que rigen ese deporte, su conducta debería ser igualmente considerada como ajena al derecho penal porque independientemente de lo que con ella se propusiera su autor (lesionar o matar a su rival), hace parte del riesgo permitido.

Las diferencias teóricas están más en cuanto a si la imputación objetiva (con sus elementos de creación y realización de riesgos⁴⁰²) es el primer elemento que debe analizarse en todos los delitos –incluida la tentativa–, o si su utilización está restringida solo a los imprudentes, los de resultado y los consumados. Aun cuando en la parte final del siglo XX la doctrina mayoritaria restringía su utilización a los delitos imprudentes⁴⁰³ –que por su propia naturaleza son consumados y de resultado– esta situación ha cambiado de manera paulatina hasta el punto de que actualmente son ya muchos los autores que (incluso siguiendo esquemas de tendencia finalista)

⁴⁰² A mi modo de ver estos son los únicos elementos de la imputación objetiva; hay quienes consideran que adicionalmente a ellos deben incorporarse otros como la relación de causalidad (cfr. por ejemplo Fernando VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal...*, ed. cit. (4a edición), pág. 589) o el denominado alcance del tipo (cfr. por ejemplo Fernando VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal...*, ed. cit. (4a edición), pág. 599).

⁴⁰³ Entre quienes con mayor fuerza propugnaron por limitar la aplicación de la imputación objetiva al delito imprudente, cfr. ARMIN KAUFMANN, *Jescheck FS*, ed. cit., págs. 251 y siguientes; HANS-JOACHIM HIRSCH, *Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln*, ed. cit., pág. 399; GEORG KÜPPER, *Grenzen...*, ed. cit., págs. 83 y siguientes; EBERHARD STRUENSEE, *JZ* 1987, ed. cit., pág. 53, FRIEDRICH-CHRISTIAN SCHROEDER, *Kommentierung zu §16 StGB, LK Kommentar*, ed. cit., número marginal 25 y siguientes.

admiten que la imputación objetiva es aplicable tanto a los delitos dolosos como a los imprudentes⁴⁰⁴.

Sin embargo, esa ampliación del ámbito de influencia de la imputación objetiva hacia el delito doloso sigue siendo mayoritariamente restringida a los casos en que hay consumación, sin que sea frecuente su uso para abordar el estudio de la tentativa. Esta actitud se debe básicamente a que se suele identificar el concepto de resultado no solo con una perceptible modificación del mundo exterior (perspectiva ontológica), sino además con la efectiva vulneración de un bien jurídico protegido (tradicionalmente considerado el aspecto nuclear de la antijuridicidad); esta visión del concepto de resultado no es compatible con la estructura de la tentativa, no solo porque en muchos casos ésta no requiere siquiera de la producción de una alteración del mundo exterior (por ejemplo, las hipótesis en las que la bomba armada no explota o el arma de fuego no funciona), sino porque nunca produce la efectiva lesión de un bien jurídico. En consecuencia, la aparente imposibilidad de referirse a la realización de un riesgo en el resultado en estos casos, es lo que parece explicar que sean tan pocos los autores que sugieran iniciar el estudio del delito tentado con un análisis de imputación objetiva, y que los que así lo plantean lo hagan con la advertencia de que no se debe tomar en cuenta este segundo elemento, sino tan solo el de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado⁴⁰⁵.

Dado que quienes distinguen entre los delitos tentado y consumado hacen radicar esa diferencia sólo en que en estos últimos no existe un resultado, no parece haber discusión en cuanto a que la verificación de si una conducta supuso la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado debe operar de la misma forma que frente al delito

⁴⁰⁴ Entre quienes defienden la utilidad de la imputación objetiva también en el delito doloso, cfr. BERND SCHÜNEMANN, *Consideraciones...*, ed. cit., pág. 237. SANTIAGO MIR PUIG, ed. cit., §10/47 y siguientes, págs. 259 y siguientes. MARÍA ÁNGELES RUEDA MARTÍN, ed. cit., cuya monografía está dedicada de manera fundamental a la forma como según su criterio (y desde una perspectiva finalista) debería funcionar la imputación objetiva en el delito doloso. FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, ed. cit., pág. 274 y siguientes. MIRENTXU CORCOY BIDASOLO, *La distinción...*, ed. cit., pág. 607; esta última autora, sin embargo, sostenía en un trabajo anterior que “aun en el caso de que se acepte su eficacia, la existencia del dolo confiere un carácter secundario a la imputación objetiva”; MIRENTXU CORCOY BIDASOLO, *El delito...*, ed. cit., pág. 31.

⁴⁰⁵ Cfr. Karl-Heinz VEHLING, *Die Abgrenzung...*, ed. cit., págs. 87, 101, 105 y 127. En similar sentido, Günther Jakobs, *ZStW* 104 [1992], ed. cit., pág. 83.

consumado. En términos generales esto significa que sólo quien se comporta de una manera diversa a como de él se esperaba en desarrollo de un concreto rol social crea un riesgo jurídicamente desaprobado; lo anterior sin olvidar que figuras como el principio de confianza y los conocimientos especiales deben ser analizadas con detenimiento al momento de determinar si la conducta puede o no ser considerada como parte del riesgo permitido⁴⁰⁶.

4.2. La realización del riesgo en el resultado.-

Tal como se expuso en páginas anteriores⁴⁰⁷, la doctrina ampliamente mayoritaria considera que la tentativa es un delito incompleto porque, al compararlo con el consumado se hace evidente que aquel carece de un resultado. Si a esto se suma el consenso que existe en cuanto a que la realización del riesgo en el resultado es un elemento estructural de la imputación objetiva⁴⁰⁸, entonces no puede sorprender que sean muy pocos los autores que defiendan la idea de abordar el estudio de la tentativa en la misma forma que se hace respecto de los consumados, porque no habría un resultado respecto del cual predicar la realización del riesgo jurídicamente desaprobado; eso explica igualmente que los pocos que defienden esta posibilidad restrinjan el estudio de la imputación objetiva a la verificación de si la conducta creó o no un riesgo jurídicamente desaprobado⁴⁰⁹.

Como ya quedó dicho en precedencia⁴¹⁰, considero que la tentativa es un delito tan completo como el consumado y que, por consiguiente no debe haber entre ellos ninguna diferencia estructural. Esto significa no solo que la razón de ser de la punibilidad es idéntica en ambos, sino que además su análisis debe abordarse de manera unificada a partir de la imputación objetiva; pero para que

⁴⁰⁶ Para una visión general de la forma en que debe valorarse una conducta para establecer si hace parte del riesgo permitido o, por el contrario, constituye creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, ver Yesid REYES ALVARADO, *La imputación....*, ed. cit., págs. 113 y siguientes.

⁴⁰⁷ Cfr. supra 3.1

⁴⁰⁸ Las diferencias se presentan al momento de definir si figuras como las de la relación causal o el denominado alcance del tipo son también elementos estructurales de la imputación objetiva, al lado de la creación y la realización del riesgo en el resultado.

⁴⁰⁹ Cfr. Karl-Heinz VEHLING, *Die Abgrenzung....*, ed. cit., págs. 87, 101, 105 y 127. En similar sentido, Günther Jakobs, *ZStW* 104 [1992], ed. cit., pág. 83.

⁴¹⁰ Cfr. supra 3.2

ello pueda llevarse a cabo es indispensable efectuar algunas precisiones sobre el contenido de la realización del riesgo en el resultado, pues con la configuración que mayoritariamente se le atribuye resulta imposible su utilización en el ámbito del delito tentado. En las páginas siguientes expondré la forma en que creo debe entenderse el concepto de resultado, el papel que cumple el aspecto cognoscitivo del dolo dentro de este segundo elemento de la imputación objetiva y la forma en que debe determinarse la realización del riesgo en el resultado, que la doctrina mayoritaria suele denominar comienzo de ejecución de la acción típica.

4.2.1. Concepto de resultado.-

Uno de los más significativos aportes del finalismo a la evolución de la teoría del delito puede verse en la normativización de la estructura del delito imprudente, mediante la sustitución de un concepto ontológico de causa por el valorativo de violación al deber objetivo de cuidado. Desde entonces quedó establecido que la responsabilidad por un delito imprudente no depende de que alguien haya desplegado una conducta que ontológicamente condujera a la lesión a un bien jurídico, sino de que el comportamiento de esa persona pudiera ser entendido como una vulneración a un deber específico de actuación. La teoría de la imputación objetiva desarrollada por los normativistas (usualmente llamados funcionalistas) no solo sustituyó ese concepto por el de creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, sino que además hizo extensiva su aplicación a los delitos dolosos, con lo que llevó la normativización del injusto desde el delito imprudente (donde ya había avanzado el finalismo) al doloso; las ventajas de esta propuesta han llevado a que paulatinamente se admita que la imputación objetiva es aplicable a esas dos manifestaciones del comportamiento delictivo.

La propuesta de normativización del delito imprudente por parte de los finalistas incluyó un replanteamiento del nexo entre la violación al deber objetivo de cuidado y el resultado, en cuanto se lo empezó a identificar con nombres como los de “relación de riesgo”⁴¹¹,

⁴¹¹ Cfr., por ejemplo, MIRENTXU CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente...*, ed. cit., págs. 379 y siguientes. MIRENTXU CORCOY BIDASOLO, *La distinción...*, ed. cit., págs. 612 y siguientes.

“conexión de antijuridicidad”⁴¹², “nexo de determinación”⁴¹³ o “relación de determinación”⁴¹⁴, que en el fondo parecían tener como propósito el de precisar que ese vínculo no es idéntico a la relación causal ontológica, sino una conexión de contenido valorativo⁴¹⁵. Entre quienes desde las vertientes normativistas plantearon su propia visión de la imputación objetiva como primer gran elemento de la teoría del delito se ha propuesto recurrir a la noción de “explicación del resultado”⁴¹⁶ para aludir a esa conexión entre la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y el resultado, justamente como una forma de distinguirla del pur nexo de naturaleza ontológica que caracteriza la relación de causalidad. Así, por ejemplo, desde la perspectiva de la equivalencia de las condiciones⁴¹⁷, causa de la muerte de quien es asesinado con un arma de fuego no es sólo el disparo del autor sobre la humanidad de la víctima, sino también el invento de la pólvora, la creación de las armas de fuego o la concepción y nacimiento tanto del homicida como del fallecido, para solo mencionar algunas; lo que interesa desde el punto de vista de la imputación objetiva no es ese simple vínculo causal (de extensión ilimitada), sino aquella condición que permita explicar la sobrevenida del resultado; el que la víctima haya sido engendrada, la existencia de la pólvora y de las armas de fuego, no explican por sí mismas la muerte de la víctima; ningún médico legista diría que ella falleció porque estaba viva; diría que su muerte se explica por las lesiones que le produjo el disparo del arma de fuego.

⁴¹² Entre quienes utilizan el concepto “conexión de antijuridicidad” pueden consultarse ENRIQUE BACIGALUPO, Principios de derecho penal general, ed. Akal/iure, Madrid, 1990, 2ª edición, pág. 246.

⁴¹³ Cfr. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA y ALEJANDRO SLOKAR, ed. Cit., pág. 433, para quien la expresión “conexión de antijuridicidad” “no denota claramente el sentido” del nexo que debe haber entre la violación normativa y el resultado.

⁴¹⁴ Cfr. FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, ed. cit., págs. 340 y siguientes.

⁴¹⁵ Sobre la necesidad de que exista un nexo entre la infracción del deber y el resultado, cfr. MIRENTXU CORCOY BIDASOLO, El delito..., ed. cit. págs. 473 y siguientes.

⁴¹⁶ Sobre la comprensión de la realización del riesgo en el resultado como explicación del mismo, cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch..., ed. cit., Rd. 7/78; Günther JAKOBS, Risikokonkurrenz-Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht, en Festschrift für Karl Lackner, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1987, págs. 54, 59 y 60; Diethard ZIELINSKI, Reihe Alternativkommentare zum Strafgesetzbuch, t. I, Neuwied, Luchterhand Verlag, 1990, pág. 109; Yesid REYES ALVARADO, Imputación..., ed. cit., págs. 291 y siguientes.

⁴¹⁷ Sobre el origen, concepto, alcances y limitaciones de la teoría de la equivalencia de las condiciones, cfr. Yesid REYES ALVARADO, Imputación..., ed. cit., págs. 8 y siguientes.

Lo curioso es que estos esfuerzos de normativización no se han extendido al tercer elemento de la causalidad que es el resultado, el cual sigue siendo considerado desde una perspectiva naturalística como modificación del mundo exterior. Esta particularidad genera una extraña mezcla en cuanto da a entender que al derecho penal no le interesa cualquier causa, sino solo aquellas que suponen la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado; que no le importa cualquier conexión entre esa acción y un resultado (según la teoría de la equivalencia de las condiciones todas las causas están conectadas al resultado), sino solo aquellas que permitan explicar la forma de sobrevenida de este último como obra del autor; pero también da a entender (y esto es lo contradictorio del planteamiento analizado) que sí está interesado en un resultado entendido como modificación del mundo exterior, es decir, puramente ontológico; esto significa que de los tres elementos de la imputación objetiva se suelen interpretar dos de ellos (las antiguas causa y relación causal) en sentido normativo (como creación de riesgo jurídicamente desaprobado y explicación del resultado) mientras el último de ellos (el resultado) sigue siendo analizado desde un punto de vista puramente natural.

A mi modo de ver esta estructura mixta es incorrecta, no solo porque mezcla componentes normativos y ontológicos en la configuración de la imputación objetiva (que de por sí es una construcción valorativa), sino porque no es cierto que el derecho penal se ocupe de todas las modificaciones ocurridas en el entorno natural; su interés en ellas surge sólo en cuanto supongan una indebida forma (creación de riesgo jurídicamente desaprobado) de ataque a un bien jurídico; esa infracción a la norma que prohíbe tales ataques al bien jurídico es lo que desde el punto de vista valorativo constituye el concepto de resultado, perfectamente separable de una vertiente ontológica del mismo; lo anterior sin perjuicio de reconocer, como ya se dijo⁴¹⁸, que por decisión del legislador algunas normas sólo se consideran infringidas cuando se produce una modificación del mundo exterior, como ocurre por ejemplo en el delito de homicidio, que sólo surge a la vida jurídica cuando ontológicamente alguien ha muerto. Una noción valorativa de resultado como la aquí mencionada pone de presente que al derecho penal no le interesa cualquier modificación ontológica del mundo exterior, sino solo

⁴¹⁸ Cfr. supra 2.2.3.

aquellas que puedan ser valoradas (de ahí lo normativo del concepto) como un atentado contra el bien jurídico objeto de protección.

Por ejemplo, si en medio de una reunión alguien acciona una bomba que lleva atada a su cuerpo, esa conducta podría considerarse como creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado; si como consecuencia de ello la persona fallece nadie dudaría de que ontológicamente esa actuación ha generado una modificación del mundo exterior (resultado ontológico), que además está conectada causalmente a esa acción (también en un plano estrictamente natural) y que incluso supone la destrucción de un bien jurídico (la vida), pese a lo cual ella carece de trascendencia para el derecho penal porque no constituye una forma indebida de ataque al bien jurídico reprimida por la norma penal. La situación sería distinta si la legislación penal sancionara la tentativa de suicidio, caso en el cual quien intentara quitarse la vida quebrantaría la norma que lo prohíbe; pero para que ello ocurra se requiere, justamente, que el legislador dote ese comportamiento de trascendencia penal mediante la censura normativa de esa forma de ataque al bien jurídico (creación del tipo de tentativa de suicidio), de tal forma que mientras no lo haga ese resultado (la muerte del autor atribuible a él mismo) carece de relevancia penal aunque existe en el mundo de lo natural y lesiona un bien jurídico.

La imputación objetiva, como concepto valorativo que es, requiere entonces de una interpretación normativa de todos sus elementos; lo que desde el punto de vista ontológico es causa sólo interesa al derecho penal en cuanto constituya creación de un riesgo jurídicamente desaprobado; lo que naturalmente es un resultado como modificación del mundo exterior sólo incumbe al derecho penal cuando pueda ser entendido como quebrantamiento de la vigencia de una norma; y lo que en el mundo del ser es una conexión causal (desde la perspectiva de la equivalencia de las condiciones) sólo cae bajo la óptica del derecho penal si se la entiende como explicación del resultado.

4.2.2. El conocimiento como elemento del dolo.-

La extraña fascinación que ejerce el aspecto de la "intencionalidad de la conducta" sobre quienes abordan el estudio de la tentativa puede obedecer a dos razones diversas: la primera de ellas podría ser el hecho de que, habiéndose considerado tradicionalmente a la

tentativa como un delito imperfecto en cuanto su aspecto objetivo presentaría un defecto mientras su parte subjetiva permanecería inalterada, se siente la necesidad de centrar la atención de forma prioritaria en el aspecto que, estando completo, brindaría la base más firme para la edificación del concepto total de tentativa. Esta preocupación explicaría la consigna de quienes sostienen que en la tentativa (no así en el delito consumado) es imposible saber si una persona comete o no un delito, o a qué tipo penal acomoda su conducta, sin conocer previamente la intención que guiaba su comportamiento⁴¹⁹; en efecto, detrás de esta afirmación se esconde la sensación de que, faltando esa plenitud del factor objetivo que en el delito consumado indicaría claramente lo delictivo de la conducta, la única forma de establecer su condición de tal sería a través del aspecto que estando completo brindaría mayor seguridad: el intencional.

La segunda razón que podría estar motivando esa creciente inquietud por el análisis de la intencionalidad en la tentativa, quizás esté constituida por la circunstancia de que aquellos fenómenos conocidos con los nombres de "tentativa inidónea", "tentativa supersticiosa" y "delito putativo" no podrían ser correctamente explicados sin un examen de lo que ocurre en la mente del autor durante el desarrollo de su conducta. De esta manera, en cuanto se afirma que en el delito putativo y en la tentativa supersticiosa el autor "cree" que su conducta es delictiva cuando en realidad no lo es⁴²⁰, y en cuanto se sostiene que en la tentativa inidónea comete un "error" en el desarrollo de su conducta, se evidencia que la punibilidad o impunidad de dichas actuaciones depende de factores pertenecientes al intelecto del autor, con lo que se consolida la impresión de que en la tentativa es prioritario el estudio de la intencionalidad del agente⁴²¹.

Bien sea por estas, o por razones diversas o adicionales, lo evidente es que un amplio sector doctrinal se inclina por comenzar el examen de la tentativa mediante el análisis de lo que se ha llamado su

⁴¹⁹ Cfr. Elena FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, ed. cit., págs. 12 y 24; Claus ROXIN, *JuS* 1979, ed. cit., pág. 2; Eberhard SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, ed. cit., §15/65, pág. 621; Max WAIBLINGER, *ZStW* 69 [1957], ed. cit., pág. 215.

⁴²⁰ Sobre el diferente contenido de estas dos figuras, cfr. *infra* 4.2.2.3. y 4.2.2.4.

⁴²¹ KÜHL señala expresamente que el análisis de si hay tentativa inidónea o un delito putativo debe hacerse al ocuparse la determinación de actuar, porque es materia que afecta al dolo mismo; cfr. Christian KÜHL, *JuS* 1980, ed. cit., pág. 124

"aspecto subjetivo", el cual, debiendo ser tan completo como el del delito consumado, no podría menos de estar constituido tanto por el dolo⁴²² como por todos aquellos elementos subjetivos que eventualmente formasen parte del tipo penal correspondiente⁴²³.

Pero la referencia a ese pretendido "aspecto subjetivo" de la tentativa no suele detenerse allí, sino que es común observar el énfasis con que se da inicio al estudio de la tentativa mediante la categórica afirmación de que "la simple intención no se pena" o la de que "el pensamiento no delinque"⁴²⁴, a lo cual suele adicionarse la cita

⁴²² Hay quienes piensan que el aspecto intencional de la tentativa se identifica únicamente con el dolo; así, por ejemplo, cfr. Paul BOCKELMANN/Klaus VOLK, *Strafrecht — Allgemeiner Teil*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1987, 4. Auflage, pág. 207, quien además precisa que la representación del autor es el aspecto cognoscitivo del dolo y el "disponerse" a realizar la acción es su aspecto volitivo; Miguel CÓRDOBA ANGULO, *La tentativa*, ed. cit., pág. 39; Christian KÖSTLIN, *Neue Revision...*, ed. cit., pág. 340; Kristian KÖSTLIN, *System...*, ed. cit., págs. 220, 221 y 233; Kristian KÜHL, *JuS* 1980, ed. cit., pág. 124, en cuanto piensa que la determinación de actuar afecta directamente al dolo; Eberhard STRUENSEE, *ZStW* 102 [1990], ed. cit., págs. 29 y 30; Heinrich-Albert ZACHARIA, *Die Lehre...*, erster Theil, ed. cit., pág. 1, en cuanto señala que el aspecto subjetivo de la tentativa es la intención; Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., pág. 211, quien equipara la representación del autor en la tentativa al dolo del delito consumado.

⁴²³ Cfr. Heiner ALWART, *Strafwürdiges...*, ed. cit., pág. 94; Albin ESER, *Schönke/Schröder*, ed. cit., §22 Rd. 3; Elena FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, ed. cit., pág. 62; Karl LACKNER, *StGB*, ed. cit., §22, 1, a); Harro OTTO, *JA* 1980, ed. cit., pág. 642; Bernd-Rüdiger SONNEN/Thomas HANSEN-SIEDLER, *Die Abgrenzung des Versuchs von Vorbereitung und Vollendung*, in *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main, 1988, pág. 18.

⁴²⁴ Que la invocación de este aforismo es generalizada en la doctrina está fuera de toda discusión; así, por ejemplo, cfr. Michael ADAMS/Steven SCHAVELL, *Zur Strafbarkeit des Versuchs*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, Heidelberg, 1990, pág. 354, quienes admiten que si se pudiera saber cuáles de aquellas personas que poseen ideas delictivas las concretarían, podría tener sentido el sancionar esos pensamientos; Ludwig von BAR, *Zur Lehre...*, ed. cit., pág. 3; Francisco CARRARA, *Teoría...*, ed. cit., pág. 49; Miguel CÓRDOBA ANGULO, *La tentativa*, ed. cit., pág. 19; Albin ESER/Björn BURKHARDT, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 86; Juan FERNANDEZ CARRASQUILLA, *Derecho...*, ed. cit., pág. 379; Paul Johann Anselm Ritter von FEUERBACH, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 72; Reinhard FRANK, *StGB*, ed. cit., § 43, pág. 86; Karl-Heinz GÖSSEL, *Zur Strafbarkeit des Versuchs nach dem 2. Strafreformgesetz*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, Hamburg, 1971, pág. 230; Hugo HÄLSCHNER, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 183; Günther JAKOBS, *ZStW* 97 [1985], ed. cit., págs. 753 y 754, quien además precisa que un legislador inteligente no regula aquellos ámbitos que escapan a sus posibilidades de control, o por lo menos no lo hace cuando todos saben de esa imposibilidad de control; Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., §25/1a, pág. 704; Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 458; Luis JIMENEZ DE ASUA, *Tratado...*, ed. cit., pág. 229; Diethlem KIENAPFEL, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 98; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, *Lehrbuch*, ed. cit., § 39/7, pág. 3; Karl Joseph Anton MITTERMAIER, *NACR* 1 [1816], ed. cit., pág. 165; Carl Josep Anton MITTERMAIER, *NACR* 2 [1818], ed. cit.,

correspondiente del Digesto (*cogitationis poenam nemo patitur*) para resaltar la enorme importancia de este aserto, y fijar de antemano un límite que no debe ser sobrepasado al abordar ese "aspecto subjetivo" que tan marcadamente caracterizaría la tentativa. Nótese sin embargo, que al poner en relación este apotegma con la definición que la propia doctrina mayoritaria atribuye al "aspecto subjetivo de la tentativa", la advertencia que se quiere transmitir puede ser entendida de la siguiente manera: "el dolo, por sí mismo, es impune".

Sin pretender negar validez a esta sentencia, no puede dejar de sorprender la obviedad que ella encierra; no es que me parezca inútil tener presente siempre su contenido, sino que se trata de una afirmación que estando en la base de las modernas estructuras del delito no suele ser nunca invocada en relación con el delito consumado, donde el solo hecho de que siempre se haya abordado su estudio comenzando por el aspecto objetivo, supone de suyo que el "dolo" sólo tiene relevancia cuando la conducta es ya objetivamente reprochable. Y no se diga que esto sólo ocurre en esquemas causalistas de la teoría del delito, pues si bien el finalismo llevó el dolo de la culpabilidad a la tipicidad, con ello no modificó la necesidad de abordar primero el estudio del aspecto externo (dentro del tipo objetivo) de la conducta para ocuparse del "dolo" sólo en un momento posterior (en el ámbito del tipo subjetivo), aun cuando esos dos pasos sean dados entonces dentro de la categoría del injusto personal y no uno en la tipicidad y otro en la culpabilidad como lo hacen los causalistas. Por eso resulta inevitable preguntarse ¿por qué respecto del delito consumado no se hace nunca en forma expresa esa categórica advertencia que acompaña a todos los estudios sobre la tentativa, afirmando que "el pensamiento no delinque", si ese "pensamiento" al que se alude es "el mismo dolo del delito consumado"?

La única razón para que respecto del delito consumado se omita esta observación es lo superfluo que resulta frente a la comúnmente admitida necesidad de analizar primero el elemento objetivo de la conducta como presupuesto indispensable para abordar el examen de su aspecto interno, mientras que cuando se parte del supuesto de que

págs. 603 y 604; Harro OTTO, Lehrbuch, ed. cit., pág. 223; Theo VOGLER, LK, ed. cit., vor §22 Rn. 2; Hans WALDER SchwZStr 99 [1982], ed. cit., pág. 248; Hans WELZEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 187; Johannes WESSELS, Lehrbuch, ed. cit., pág. 174; Heinrich-Albert ZACHARIA, Die Lehre..., erster Theil, ed. cit., págs. 182, 183, 185, 192 y 193.

en la tentativa debe determinarse primero la "intención" del autor, entonces surge la necesidad de advertir que aun cuando ella esté presente, no puede ser tomada como fundamento exclusivo de una responsabilidad penal. Con este proceder se evidencia una vez más la tremenda importancia que dentro del estudio de la tentativa suele concederse en forma expresa o tácita a la teoría del *iter criminis*, que efectivamente muestra a la intención como la primera etapa de ese "itinerario criminal", que sólo en la medida en que avance se traducirá en actos externos, primero preparatorios, luego ejecutivos y finalmente consumativos. Nótese, sin embargo, que en puridad de términos esa teoría no describe el itinerario de la tentativa, sino el recorrido de la conducta delictiva hasta su consumación, siendo la tentativa tan solo una etapa dentro de esa evolución. Por consiguiente, de aceptarse la validez de la teoría del *iter criminis*, ella debería ser aplicada no sólo respecto del estudio del delito de tentativa, sino también al momento de examinar el delito consumado, lo que en la práctica supondría que incluso dentro del análisis de éste último debería comenzarse por el de su parte subjetiva relegando para un momento posterior el de su aspecto objetivo; sólo entonces cobraría importancia dentro del delito consumado el apotegma de que "la intención delictiva no es en sí misma punible"; pero esa forma de considerar esta clase de delitos, es algo que muy pocos estarían dispuestos a conceder.

En un intento por superar las contradicciones que envuelve esta curiosa inversión de factores en el estudio de la tentativa, SCHMIDHÄUSER invoca las bondades de su esquema teleológico del delito, de acuerdo con el cual la "decisión" de actuar posee una doble connotación: como representación de la finalidad que se persigue es un elemento de la tipicidad, y como consciencia del hecho y del injusto es un aspecto del dolo que forma parte integrante de la culpabilidad⁴²⁵. La decisión que haría parte de la tipicidad sería entonces relativamente neutra, en cuanto si bien no comprende la consciencia del injusto, supone una intención dirigida a la continuación de una acción objetivamente peligrosa⁴²⁶.

⁴²⁵ Cfr. Eberhard SCHMIDHÄUSER, Lehrbuch, ed.cit., §15/43, págs. 607 y 608.

⁴²⁶ Cfr. Eberhard SCHMIDHÄUSER, Lehrbuch, ed. cit., §15/23, pág. 597.

El avance que con esta tesis se consigue es poco, pues si bien mediante la distinción entre los conceptos de "decisión" y "dolo"⁴²⁷ se pretende mantener incluso respecto de la tentativa el análisis prioritario del aspecto objetivo dentro del injusto, desplazando para el momento posterior de la culpabilidad el estudio del dolo⁴²⁸, la presencia de esa intención de realizar actuaciones peligrosas dentro del injusto, sería la que —a juicio del propio SCHMIDHÄUSER— permitiría determinar si la conducta es o no delictiva y, en caso positivo, saber hacia la comisión de qué hecho punible estaba dirigida⁴²⁹. De esta manera, y pese a que esa intención delictiva no sería equivalente al dolo, en el fondo sigue siendo el factor que permite distinguir lo delictivo en la tentativa, y por tanto seguiría siendo prioritario su análisis frente al aspecto objetivo de la conducta, con el que se completaría el injusto.

Lo primero que es necesario precisar antes de concretar la forma como a mi modo de ver debe abordarse el estudio de la tentativa, es que en cuanto el derecho penal se ocupa de conductas humanas, resulta imposible desconocer que desde un punto de vista estrictamente ontológico todas ellas poseen no sólo un aspecto exterior claramente perceptible, sino que también están dotadas de un componente subjetivo que precede a aquel; pero ello no significa, en modo alguno, que toda subjetividad sea de interés para el derecho penal, así como tampoco toda manifestación objetiva de la voluntad debe serlo.

Sin embargo, en una teoría del delito edificada sobre conceptos valorativos o normativos la distinción entre sus aspectos objetivo y subjetivo no obedece a los parámetros ontológicos usados por el causalismo y el finalismo, en virtud de los cuales el primero de ellos comprende los elementos del delito que se refieren a todo aquello que ocurre fuera de la mente del ser humano y el segundo abarca todo lo que tenga lugar dentro de ella. A partir de estas premisas se suele afirmar que el dolo (cuya característica más distintiva es la intencionalidad) es un aspecto subjetivo del delito, razón por la que algunos lo analizan dentro de la culpabilidad (básicamente en esquemas causalistas, donde este elemento del delito se ocupa de la

⁴²⁷ Sobre esta distinción, cfr. Eberhard SCHMIDHÄUSER, Lehrbuch, ed. cit., §15/23, pág. 597.

⁴²⁸ Cfr. Eberhard SCHMIDHÄUSER, Lehrbuch, ed. cit., §15/23, pág. 597.

⁴²⁹ Cfr. Eberhard SCHMIDHÄUSER, Lehrbuch, ed. cit., §15/23, pág. 598.

faceta interna de la conducta) y otros lo examinan como parte del tipo subjetivo (inicialmente en teorías del delito de tendencia finalista). Por el contrario, creo que en una concepción normativa del delito, objetivo debe ser todo aquello predicable de la conducta del hombre en cuanto ser social (imputación objetiva), y subjetivo lo que atañe al estudio de la misma desde el punto de vista del individuo (imputación personal)⁴³⁰. Desde luego que en estas dos facetas del comportamiento coexisten desde una perspectiva natural un querer y una manifestación externa del mismo; sólo que desde el punto de vista del derecho penal esa diferenciación no es la que debe servir de fundamento a la estructura de la teoría del delito. Para saber si una actuación que lesionó o puso en peligro un bien jurídico es relevante para el derecho penal, debe verificarse en primer lugar si ella se desarrolló conforme a lo que le era exigible al autor en su rol social y, en caso de que la respuesta sea negativa, se indagará sobre las razones que llevaron al individuo a desplegar un comportamiento contrario a la norma para establecer la necesidad de imponerle una pena.

El juicio de imputación objetiva requiere determinar si el autor creó con su conducta un riesgo jurídicamente desaprobado y, en caso afirmativo, si el mismo se realizó en el resultado, entendido éste último como quebrantamiento de la vigencia de una norma penal⁴³¹. Para poder verificar si este segundo elemento de la imputación objetiva se cumple, es indispensable establecer cuál habría sido la norma vulnerada y para ello se requiere saber si el comportamiento tuvo la intención de infringirla (se llenarían los requerimientos de un tipo doloso) o no (en cuyo caso podría acomodarse a la descripción típica de un delito imprudente)⁴³². Por eso el dolo es un componente de la imputación objetiva que, a mi modo de ver, se analiza dentro de

⁴³⁰ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, *Imputación*, ed. cit., págs. 71 y siguientes; Yesid REYES ALVARADO, *Causalidad*..., ed. cit., pág. 895; Yesid REYES ALVARADO, *Relación causal*..., ed. cit., pág. notas al pie de página 39 y 49; Yesid REYES ALVARADO, *Jakobs Festschrift*, ed. cit., pág. 555; Yesid REYES ALVARADO, *Intervención delictiva*..., ed. cit., pág. 100.

⁴³¹ Sobre este concepto de resultado, cfr. Yesid REYES ALVARADO, *La ubicación*..., ed. cit., pág. 535; Yesid REYES ALVARADO, *La configuración del dolo*..., ed. cit., pág. 1018; Yesid REYES ALVARADO, *Jakobs-FS*, ed. cit., pág. 556 (en la versión castellana: Yesid REYES ALVARADO, *Intervención delictiva*..., ed. cit., págs. 100 y 101).

⁴³² Cfr. Yesid REYES ALVARADO, *La ubicación*..., ed. cit., pág. 536; Yesid REYES ALVARADO, *La configuración del dolo*..., ed. cit., págs. 1019 y 1020.

la realización del riesgo en el resultado⁴³³ y comprende no solo el aspecto volitivo sino también el cognoscitivo que abarcaría tanto el conocimiento fáctico (usualmente estudiado al interior de la tipicidad) como la conciencia de la antijuridicidad⁴³⁴ (que la doctrina dominante sitúa en la culpabilidad⁴³⁵).

Para poder hablar de una actuación dolosa es indispensable que el autor tenga una correcta comprensión de lo que está haciendo porque sólo puede infringir una norma penal quien entiende adecuadamente la realidad sobre la que actúa y es consciente de que despliega una conducta que está prohibida por ella; ya HEGEL intuía la importancia de ese elemento cuando señalaba que quien dispara contra un hombre a quien tanto él como cualquiera en su lugar percibe erradamente como un árbol, no comete homicidio porque actúa sobre

⁴³³ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, *La ubicación...*, ed. cit., pág. 536; Yesid REYES ALVARADO, *La configuración del dolo...*, ed. cit., págs. 1019 y 1020; Yesid REYES ALVARADO, *Jakobs-FS*, ed. cit., pág. 556 (en la versión castellana: Yesid REYES ALVARADO, *Intervención delictiva...*, ed. cit., pág. 101).

⁴³⁴ "Una actuación orientada a transgredir una norma penal no sólo presupone el conocimiento fáctico de la conducta, porque ésta sólo tiene la condición de ilícita cuando el derecho penal la valora de manera negativa. Por consiguiente, únicamente puede perseguir el quebrantamiento de una norma prohibitiva quien es consciente de que el comportamiento fáctico que despliega es antijurídico. Para que alguien pueda acomodar su conducta a la descripción típica del delito de "tráfico de sustancias para procesamiento de narcóticos" no basta con que sepa que transporta acetona; es necesario, además, que tenga conocimiento de la existencia de una disposición legal que prohíbe el porte de esa sustancia por encima de determinada cantidad. Quien solo conoce el componente fáctico de esa conducta, se limita a actuar con la intención de trasladar acetona de un lado a otro; para que respecto de ese comportamiento pueda afirmarse que fue orientado por su autor a quebrantar una norma penal, es indispensable que aquel conociera la existencia de esta y, sobre ese supuesto, hubiera decidido guiar su comportamiento al desconocimiento de la misma". Yesid REYES ALVARADO, *La configuración del dolo...*, ed. cit., pág. 1020.

⁴³⁵ "En consecuencia, la conciencia de la antijuridicidad, como elemento del dolo, debe hacer parte de la realización del riesgo como segundo componente de la imputación objetiva, lo que a su vez conduce a afirmar que sólo quien debe conocer la norma penal y frente a ella se comporta de una manera diversa a como le era exigible en determinado contexto social, realiza el riesgo jurídicamente desaprobado en el resultado. Los componentes del dolo serían entonces, como ocurría dentro de las concepciones de tendencia causalista, el conocimiento del aspecto fáctico de la conducta, la conciencia de la antijuridicidad del comportamiento y la intención de desplegarlo con el propósito de infringir la norma penal. Pero, a diferencia de lo que ocurría en esas concepciones teóricas, su ubicación correcta no sería ya la culpabilidad sino la imputación objetiva y, concretamente, la realización del riesgo como segundo de sus elementos; a mi modo de ver, las razones que se tuvieron para desplazar el dolo al tipo siguen siendo válidas (eso justifica su no pertenencia a la culpabilidad), pero no así las que se tuvieron para no trasladar igualmente al injusto la conciencia de la antijuridicidad". Yesid REYES ALVARADO, *La configuración del dolo...*, ed. cit., págs. 1021 y 1022.

una equivocada representación de la realidad⁴³⁶; en el ámbito del derecho penal, von BAR se valió de ese mismo concepto para afirmar que resultaba indispensable para tener por demostrada la existencia de un comportamiento voluntario⁴³⁷.

La importancia del conocimiento que el autor tenga de aquello sobre lo que recae su conducta (aspecto al que alguna parte de la doctrina suele referirse como el objeto del dolo⁴³⁸) no se agota en el ámbito de lo individual, sino que trasciende al ámbito social⁴³⁹. Esto se ve claramente en su faceta negativa, pues la repercusión que tenga el yerro del autor depende de si se trata de un error en el que cualquiera en su lugar habría incurrido (error invencible) o de una equivocación que alguien en su posición no habría cometido (el llamado error vencible); en la primera hipótesis se reconoce la ausencia de responsabilidad penal⁴⁴⁰ mientras en la segunda queda abierta la posibilidad de reprochar la conducta como delito imprudente siempre que ella se encuentre descrita como tal en una norma penal⁴⁴¹, o de conceder una reducción punitiva debido al menor grado de reproche del comportamiento⁴⁴². Lo que este manejo de la teoría del error pone en evidencia, es que el conocimiento que se tenga de aquello sobre lo que recae la conducta es de utilidad para el

⁴³⁶ Cfr. Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Grundlinien...*, ed. cit., § 117; Georg Wilhelm Friedrich HEGEL, *Vorlesungen über Rechtsphilosophie 1818-1831*, herausgearbeitet von Karl-Heinz Ilting, Friedrich Fromann Verlag Günther Cannstatt, Stuttgart, 1974, Dritter Band (*Vorlesungsnachschrift* von H. G. Hotho 1822-1823), pág. 356.

⁴³⁷ También en este sentido, cfr. Ludwig von BAR, *Zur Lehre...*, ed. cit., pág. 1.

⁴³⁸ En sentido amplio, la discusión sobre el objeto del dolo recae no solamente sobre el conocimiento de la conducta (¿comprende todos los elementos del tipo?), sino también sobre la conciencia de la prohibición; para una visión completa sobre este debate, cfr. Yamila FAKHOURI GÓMEZ, *El objeto del dolo en derecho penal*, publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012.

⁴³⁹ BLOY considera que lo decisivo es que el autor se represente una conexión tal entre su conducta y un resultado, que de llevarse a cabo justificaría la imputación del resultado; cfr. René BLOY, *Contenido de ilícito...*, ed. cit., pág. 377.

⁴⁴⁰ Por atipicidad del comportamiento o por inexigibilidad de otra conducta para quienes distinguen entre los errores de tipo y de prohibición (a partir de la ubicación del conocimiento fáctico en el tipo y de la conciencia de la antijuridicidad en la culpabilidad), o siempre por atipicidad de la conducta para quienes, como yo, manejan una teoría unitaria del error edificada sobre el supuesto de que tanto el conocimiento fáctico como la conciencia de la antijuridicidad hacen parte del dolo, que a su vez se ubica dentro de la realización del riesgo como segundo elemento de la imputación objetiva.

⁴⁴¹ Es la solución que dan a los casos de error vencible de tipo quienes mantienen la diferencia entre las dos formas de error.

⁴⁴² Es la solución que dan a los casos de error vencible de prohibición quienes mantienen la diferencia entre las dos formas de error.

derecho penal, si se lo valora desde la perspectiva de lo que podía esperarse de un ciudadano en el rol del autor.

En puridad de términos ese no es un mecanismo de valoración exclusivo del error, sino que corresponde a la forma en que opera el juicio de imputación objetiva como primer gran elemento de la teoría del delito. Dentro de esta categoría se analiza la relevancia penal de una conducta, verificando si con ella se creó un riesgo jurídicamente desaprobado al comportarse la persona de una forma diversa a como le era exigible en desarrollo de su rol social y, en caso afirmativo, si a consecuencia de ello quebrantó una norma penal. Eso es precisamente lo objetivo de la imputación objetiva: la comparación de una actuación con la que era esperable de cualquier persona en la situación del autor. A su vez, esa expectativa sólo puede derivarse de la existencia de un deber de actuación propio del rol social que en determinado momento se esté llevando a cabo, el cual únicamente surge en la medida en que se trate de regular actuaciones con relevancia social. Las conductas que no tengan capacidad de afectar las relaciones de la comunidad no deben ser intervenidas por el derecho porque pertenecen a la esfera privada del individuo, lo que no obsta para que las mismas puedan ser objeto de controles desde el punto de vista moral o religioso.

Para ZACZYK lo anterior significa que el injusto debe ser entendido como una forma de usurpación de la libertad ajena mediante la ampliación de la propia esfera de libertad⁴⁴³, con lo que evidencia su renuncia a utilizar los tradicionales conceptos ontológicos de objetivo y subjetivo como parámetros para abordar el análisis del delito (tanto consumado como tentado) para sustituirlos por nociones valorativas como las de los ámbitos de libertad propios y ajenos. Desde esta perspectiva, lo primero que debe estudiarse para determinar la existencia de una tentativa es si el comportamiento del individuo se mantuvo dentro de su propio ámbito de libertad (en cuyo caso será irrelevante para el derecho penal) o si él ha desbordado ese límite hasta invadir un espacio de libertad ajeno (hipótesis en la que su conducta pasa a ser objeto del derecho penal).

De una forma más puntual JAKOBS parte de la distinción entre las esferas interna y externa del individuo como ciudadano⁴⁴⁴, para

⁴⁴³ Cfr. Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., págs. 203, 223, 227 y 326.

⁴⁴⁴ Cfr. Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., § 25/1a, pág. 704.

sostener que en la tentativa debe comenzarse también por el análisis del factor objetivo, en cuanto no sólo los pensamientos sino todas aquellas conductas que pertenezcan al fuero interno del sujeto deben permanecer en la impunidad⁴⁴⁵. El derecho penal podría entonces intervenir sólo en cuanto un sujeto abandone su ámbito interno mediante la exteriorización de su conducta, cosa que ocurrirá cada vez que ella pueda ser catalogada como "comunicativamente relevante"⁴⁴⁶. De esta manera, sólo aquellos comportamientos que desde el punto de vista externo pudieran ser considerados como perturbadores, serían susceptibles de interpretarse con ayuda del aspecto subjetivo⁴⁴⁷.

Para comprender el alcance de estas afirmaciones es importante precisar que el derecho penal no se interesa en las conductas humanas como simples modificaciones al entorno natural, sino como formas de comunicación social; por eso la valoración de las mismas no se hace en relación con sus componentes ontológicos sino a partir de su significado social. Esto supone, de una parte, que lo que no trascienda al ámbito social carece de interés para el derecho penal y, de otro lado, que los comportamientos se analizan por lo que son capaces de comunicar y no por sus elementos ontológicos ni por lo que el autor crea que transmite.

No se trata de una particularidad del mundo jurídico, sino de la forma como funcionan las sociedades; cuando en el campo deportivo se habla de un gol, se está calificando (valorando) una acción naturalística que consiste en el sobrepaso de un balón por una línea dibujada en el campo de juego⁴⁴⁸. Cuando en el plano jurídico se habla de un homicidio no se alude al fenómeno natural del cese de funciones vitales (no todas las muertes le interesan al derecho penal), sino a una forma de conducta que, produciendo ese efecto, es apreciada de manera negativa. La valoración de las conductas a partir de su significado social es lo que nos permite, en espacios

⁴⁴⁵ Cfr. Günther JAKOBS, ZStW 97 [1985], ed. cit., págs. 756 y 762; Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/1a, pág. 704.

⁴⁴⁶ Cfr. Günther JAKOBS, Kaufmann-Gedächtnisschrift, ed. cit., pág. 279; Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 15/1d, pág. 705.

⁴⁴⁷ Cfr. Günther JAKOBS, ZStW 97 [1985], ed. cit., págs. 760, 761 y 773; Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/1a, pág. 704.

⁴⁴⁸ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, Jakobs-FS, ed. cit., págs. 557 y 558 (en la versión castellana: Yesid REYES ALVARADO, Intervención delictiva..., ed. cit., págs. 102 y 103).

extrajurídicos, referirnos al buen desempeño de un equipo de fútbol (que ontológicamente no es más que el producto de una suma de acciones), así como elogiar o descalificar una empresa (que en el plano natural no actúa). Desde la perspectiva jurídica, es esa valoración social de las conductas lo que permite que en la coautoría y en la coparticipación se pueda hablar de una acción colectiva que es el objeto de desvaloración⁴⁴⁹, así como sostener que las personas jurídicas sí actúan (también a través de acciones colectivas) y, por ese aspecto, pueden llegar a ser penalmente responsables⁴⁵⁰.

Lo anterior significa que todo lo que ocurra dentro del ámbito interno del individuo debe permanecer al margen del derecho penal como parte de su subjetividad, pero entendiendo ésta no solamente como lo que ocurre dentro de su mente sino, de una forma más general y comprensiva, como todos aquellos pensamientos e incluso actuaciones que no le incumban a la sociedad; cuando alguien se encierra en su cuarto y profiere insultos contra otro sin que nadie pueda escucharlos, no solo tiene la intención de ofenderlo sino que además la exterioriza; sin embargo, la forma en que lo hace resulta inofensiva desde el punto de vista de la comunidad y, por consiguiente, se mantiene dentro de su entorno privado y al margen de la normatividad penal.

Pero como el contacto social sólo es posible a través de la comunicación entre los individuos que componen el colectivo, la trascendencia o irrelevancia de una conducta no depende de lo que su autor crea que transmite, sino de aquello que realmente sea capaz de comunicar. Cuando alguien se expresa en un idioma distinto del suyo, la efectividad de su mensaje depende de lo que los demás entiendan y no de lo que él cree que está manifestando; si un colombiano en España pide un tinto, recibirá una copa de vino rojo aun cuando él esté convencido de que ha solicitado un café (que en Colombia suele ser conocido con el nombre de tinto). Por consiguiente, si en España estuviera penalizada la compra de café, el

⁴⁴⁹ Yesid REYES ALVARADO, Jakobs-FS, ed. cit., pág. 561 (en la versión castellana: Yesid REYES ALVARADO, Intervención delictiva..., ed. cit., pág. 107).

⁴⁵⁰ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, Die Verbandshaftung, en Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Tiedemann FS, Carl Heymanns Verlag, München, 2008, págs. 420 y siguientes (este mismo artículo apareció publicado bajo el título de "La responsabilidad penal de las personas jurídicas" en IUSTEL, Revista General de Derecho Penal número 11, y en Derecho Penal Contemporáneo, ed. Legis, Bogotá, 2008, número 25, págs. 55 y siguientes).

colombiano que manifestara su intención de adquirir un “tinto” no podría ser objeto de reproche penal, porque aun cuando en su fuero interno quiso comprar café, sólo exteriorizó su voluntad de adquirir un vino.

En este sentido debe ser entendida la afirmación de JAKOBS en cuanto a que para poder considerar una conducta como delictiva no basta con que el propio autor la valore como tal, sino que ella debe ser "comunicativamente relevante", en el sentido de que pueda ser interpretada como infractora de una norma. Por eso —continúa este autor— quien cree que a través de una pared puede causar dolor de cabeza a su vecino con un poderoso imán, no "comunica" la infracción de una norma penal, en cuanto su actuación no significa lo que él quiere que signifique⁴⁵¹.

En consecuencia, la conducta del individuo estará por fuera del riesgo permitido, no porque él crea que se comporta en forma indebida⁴⁵², como parece dar a entenderlo la redacción del párrafo 22 del Código Penal alemán al emplear la expresión "de acuerdo con su representación"⁴⁵³, sino porque su conducta difiera de la que le era exigible en la situación concreta, de tal manera que no es la representación que el autor tenga sobre la forma en que actúa lo que determina la validez de su actuación, sino la manera como ella es valorada desde el punto de vista de cualquiera en el mismo rol del autor. Ese conocimiento de aquello sobre lo que recae la conducta (que como objeto del dolo forma parte de la imputación objetiva), no debe ser caracterizado con el nombre de "plan del autor" porque da la falsa impresión de que la tentativa (como la consumación) requieren de meditaciones o planes previos, cuando en verdad no es infrecuente la comisión de delitos como consecuencia de una repentina excitación afectiva⁴⁵⁴.

⁴⁵¹ Cfr. Günther JAKOBS, Kaufmann-Gedächtnisschrift, ed. cit., pág. 280.

⁴⁵² Cfr. Günther JAKOBS, Kaufmann-Gedächtnisschrift, ed. cit., pág. 279.

⁴⁵³ BLEI, por ejemplo, considera que la representación del hecho a que alude el § 22 del código penal alemán no es el dolo, sino que ella indica que el dar comienzo a la realización de un hecho debe determinarse de acuerdo con la representación del autor; cfr. Hermann BLEI, Versuch und Rücktritt vom Versuch nach neuem Recht, in Juristische Arbeitsblätter (JA), J. Schweitzer Verlag, Berlin, 1975, págs. 95 y 96.

⁴⁵⁴ En favor de distinguir entre el plan del autor y la representación del autor, cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/24, pág. 715; también TRIFFTERER proponía distinguir entre plan, decisión del hecho y dolo, señalando que el plan está siempre antes del dolo y contiene la representación del autor respecto de la ejecución del hecho; cfr. Otto TRIFFTERER, Lehrbuch, ed. cit., págs. 354, 355 y 374.

En síntesis, el dolo debe ser analizado como parte de la imputación objetiva (concretamente dentro de la realización del riesgo en el resultado), sobre el supuesto de que su faceta cognoscitiva abarca no solo el conocimiento fáctico de su comportamiento sino también la conciencia de la antijuridicidad del mismo. Pero, además, en el entendido de que ese aspecto cognoscitivo sólo adquiere relevancia desde la perspectiva del derecho penal en cuanto abandone al ámbito interno del individuo, es decir, cuando desde el punto de vista comunicativo pueda ser interpretado como invasión de un ámbito de libertad ajeno; trascendental no es el aspecto cognoscitivo que el autor mantiene en su fuero interno, ni la interpretación personal que dentro de él le confiera al mismo; relevante es su trascendencia al ámbito social y la interpretación que desde esta perspectiva pueda hacerse del mismo.

Las precisiones que se han venido haciendo deberían conducir a que en lugar de seguir sosteniendo que “la intención delictiva es impune” se afirmara que todo aquello que pertenezca al fuero interno del individuo debe permanecer al margen del derecho penal bien sea que se trate de simples pensamientos (intención de cometer un delito) o de manifestaciones externas del mismo que no estén en capacidad de comunicar la infracción de una norma penal; frente a la usualmente empleada por la doctrina y la jurisprudencia, esta aseveración posee la ventaja de que no solo tiene sentido frente a las tentativas, sino que resulta igualmente aplicable a los delitos consumados, lo que refuerza la idea de que ambas figuras pueden ser explicadas a través de una única teoría normativa del delito.

Adicionalmente, esta forma de entender el aspecto cognoscitivo del dolo como elemento de la imputación objetiva y, más precisamente, dentro de la realización del riesgo en el resultado como su segundo elemento, posibilita una clara distinción entre las figuras de la tentativa idónea, la inidónea, la supersticiosa y el delito putativo, como enseguida se expondrá. A partir del reconocimiento de que las conductas se valoran por lo que significan desde el punto de vista social y no por lo que el autor cree que transmiten, se puede afirmar que las figuras de la tentativa y el error funcionan de manera similar. Quien desarrolla una conducta indebida en el entendido de que es lícita, verá eliminada su responsabilidad penal sólo si en el contexto social puede ser interpretada de la misma manera (error invencible); quien despliega un comportamiento ajustado a la ley pensando que

es delictivo, permanecerá al margen del derecho penal sólo si en el contexto social puede ser interpretado como lícito (tentativa irreal o supersticiosa); y quien se comporta sobre el supuesto de que su proceder es apto para atentar indebidamente contra un bien jurídico, responderá penalmente sólo si así puede ser interpretada su actuación en un contexto social (tentativa punible).

Aun cuando la doctrina suele referirse a los errores inversos (de tipo y de prohibición) como mecanismos para distinguir entre las tentativas inidónea e irreal⁴⁵⁵, creo que el símil es útil de una forma más general, como la que aquí se plantea. Si la conducta puede ser interpretada en su contexto social como delictiva (tal como también la entiende su autor), merece un reproche penal porque comunica una indebida forma de ataque al bien jurídico; en estricto sentido no haría falta que este tipo de actuaciones fueran calificadas como tentativas inidóneas (bastaría con decir que merecen el calificativo de tentativas y por consiguiente son punibles) porque en realidad no hay una diferencia entre estas y las conocidas como idóneas, tal como en las próximas páginas se indicará.

En caso de que la interpretación de una conducta en su contexto social no corresponda con la del autor porque éste no busca voluntariamente infringir la norma, su actuación no podrá ser calificada como dolosa y por tanto solo podrá ser punible a título de imprudencia (si esa modalidad está prevista en la ley penal). Por el contrario, si la misma puede ser interpretada en su contexto social como ajustada a las normas, permanecerá al margen del derecho penal aun cuando internamente su autor la considere como ilícita; esta última hipótesis es lo que la doctrina conoce con las denominaciones de tentativa irreal o supersticiosa, respecto de cuya impunidad no suele haber disenso.

4.2.2.1. La tentativa idónea.-

La punibilidad de la tentativa idónea es uno de los pocos aspectos relacionados con esta manifestación delictiva en los que hay unidad doctrinal, aun cuando los motivos por los que se arriba a esa conclusión sí sean diversos. Los partidarios de las teorías objetivas avalan su castigo sobre el supuesto de que la conducta desplegada es

⁴⁵⁵ Cfr. infra 4.2.2.3.1.

peligrosa para el bien jurídico⁴⁵⁶, los defensores de las concepciones subjetivas justifican su represión por considerar que ella recoge un completo desvalor de acción y los seguidores de la teoría de la impresión respaldan su punibilidad porque la conducta impresiona de manera negativa a la comunidad.

Desde el punto de vista del conocimiento del autor como elemento del dolo (entendido en la forma como se indicó en el acápite anterior), la denominada tentativa idónea se refiere a comportamientos que el individuo entiende que son contrarios a una norma penal y que, por la forma en que son ejecutados, permiten ser interpretados desde el punto de vista social de la misma manera como el autor los aprecia: como una indebida forma de ataque a un bien jurídico. Esto es lo que explica que desde el punto de vista de una concepción normativa de la teoría del delito como la aquí defendida, esta clase de tentativa sea punible.

4.2.2.2. La tentativa inidónea.-

Durante muchos años la discusión sobre si la tentativa inidónea debería ser punible o impune constituyó uno de los puntos más controvertidos en el estudio de esta manifestación delictiva, sobre el que aun actualmente siguen sosteniéndose posiciones diversas, si bien la balanza parece definitivamente inclinada —con razón— en favor de la punibilidad de la tentativa inidónea⁴⁵⁷. Las discrepancias en torno de este problema no resultan extrañas, en cuanto la decisión de si dicha figura delictiva merece o no un reproche penal depende de la posición que se adopte respecto de la fundamentación general de la punibilidad de la tentativa⁴⁵⁸. Por eso puede afirmarse que la estricta aplicación de las antiguas tesis objetivas conduce necesariamente a la impunidad de la tentativa inidónea (no ocurre lo mismo con las variantes que admiten la necesidad de tomar en

⁴⁵⁶ Ver, por ejemplo. René BLOY, *Contenido de ilícito...*, ed. cit., pág. 384.

⁴⁵⁷ Entre los numerosos autores que en la actualidad admiten la necesidad de punir la tentativa inidónea, cfr. BUSCH, LK, ed. cit., §43 Rd. 45; Albin ESER, *Schönke/Schröder*, ed. cit., § 22 Rd. 60; Albin ESER/Björn BURKHARDT, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 124; Hans-Heinrich JESCHECK, *ZStW* 99 [1987], ed. cit., pág. 118; Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 477; Karl LACKNER, *StGB*, ed. cit., § 22, 2, b), aa); Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, *Lehrbuch*, ed. cit., § 40/139, pág 43; Eberhard SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, ed. cit., § 15/37, pág. 604; Johannes WESSELS, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 186.

⁴⁵⁸ Cfr. Peter ALBRECHT, *Der untaugliche...*, ed. cit., págs. 5 y 6.

consideración aspectos internos de la conducta), mientras su punibilidad se desprende sin dificultad alguna de las concepciones subjetivas y puede ser sostenida de manera coherente por los partidarios de teorías como la de la impresión o la del quebrantamiento de la vigencia de la norma⁴⁵⁹. En las siguientes páginas se expondrá la forma como se propone el manejo de la tentativa inidónea desde cada una de esas perspectivas.

4.2.2.2.1. En las teorías objetivas.-

Estando edificada la antigua teoría objetiva sobre la existencia de una relación de causalidad hipotética entre la conducta desarrollada por el sujeto y el resultado por él pretendido, se afirmaba genéricamente que la punibilidad de la tentativa dependía de la existencia o inexistencia de ese nexo causal. Ese hipotético vínculo entre conducta llevada a cabo y resultado buscado daría lugar a calificar el comportamiento como peligroso para el bien jurídico, pero siempre entendiendo que se trata de una peligrosidad abstracta⁴⁶⁰, en el sentido de que no importan las circunstancias individuales del caso concreto, sino la aptitud genérica que una determinada acción posea para obtener resultados como los que el autor pretendía.

Tal como en otro lugar quedó señalado⁴⁶¹, si siguiendo la concepción newtoniana de relación causal se hiciera una evaluación *ex-post* de la misma en el ámbito de la tentativa, se arribaría indefectiblemente a la conclusión de que la acción desplegada no estaba en conexión con el resultado, puesto que éste nunca llegó a tener ocurrencia real. Expresado de manera simple, la no sobrevención del resultado

⁴⁵⁹ Como las teorías mixtas en realidad se dividen entre aquellas que dan predominio al factor objetivo sobre el subjetivo y las que privilegian el subjetivo sobre el objetivo pero admitiendo la necesidad de que los dos estén presentes (cfr. supra 2.1.3), el tratamiento que dan a la tentativa inidónea suele depender de en cuál de los dos aspectos se haga énfasis; quienes otorgan mayor valor al objetivo suelen propugnar por su impunidad, mientras quienes confieren predominio al factor subjetivo se inclinan por sancionarla.

⁴⁶⁰ Al criticar a esta antigua teoría objetiva, ya había señalado von HIPPEL que sus defensores manejaban —consciente o inconscientemente— un concepto abstracto de peligrosidad; cfr. Robert von HIPPEL, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 418. En la actualidad, todavía algunos autores se inclinan por el manejo de esa peligrosidad abstracta como fundamento de la punibilidad de la tentativa inidónea; así, por ejemplo, cfr., Francisco MUÑOZ CONDE, *El desistimiento...*, ed. cit., pág. 138 nota 92, Detlev Chr. DICKE, *JuS* 1968, ed. cit., pág. 161 y Harro OTTO, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 234.

⁴⁶¹ Cfr. supra 2.1.1.1.

demonstraría que el comportamiento desplegado no era idóneo para conseguir el propósito perseguido. Pero como justamente la tentativa se caracteriza porque desde una perspectiva *ex-post* la conducta del autor no resulta apta para producir el resultado (si lo hubiera sido se habría llegado a la consumación) entonces debería admitirse que, desde un punto de vista *ex-post*, todas las tentativas son inidóneas⁴⁶², lo que desde la óptica de las tesis objetivas conduciría a no sancionarlas en ningún caso.

Pero incluso si se obviara esta importante inconsistencia sistemática, ésta tesis conduce a dejar impunes conductas como la de quien dispara sobre la víctima con un fusil que había sido secretamente descargado por un tercero, o la de quien acciona un arma de fuego contra un sujeto que porta un chaleco antibalas, o la de quien fracasa en su intento de envenenar a su enemigo por haber empleado una dosis de arsénico demasiado pequeña⁴⁶³, en el entendido de que en estos ejemplos el comportamiento no podía ser considerado como peligroso para el bien jurídico, porque no tenía posibilidad de ocasionarle una lesión (relación causal hipotética valorada, con parámetros newtoneanos, desde una perspectiva *ex-post*).

Para evitar que en casos como los acabados de mencionar el autor de tales conductas quedara sin castigo, los defensores de esta antigua teoría objetiva recurrieron inicialmente a distinguir entre las tentativas que hubiesen sido desarrolladas con ayuda de medios absoluta y relativamente inidóneos⁴⁶⁴, entendiendo por aquellos los

⁴⁶² Cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, Caso del abortivo inocuo, ed. cit., pág. 89; Rafael ALCÁCER GUIRAO, Consideraciones..., ed. cit., pág. 501; Rafael ALCÁCER GUIRAO, La tentativa inidónea..., ed. cit., pág. 138; René BLOY, Contenido de ilícito..., ed. cit., pág. 368; Santiago MIR PUIG, Derecho Penal, ed. cit., §13/82, pág. 362; Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, Delito imposible..., ed. cit., pág. 373; Claus ROXIN, Strafrecht AT, Band II, ed. cit., § 29/11, pág. 335; Otto TRIFFTERER, Lehrbuch, ed. cit., pág. 360; Max WAIBLINGER, ZStW 69 [1957], ed. cit., pág. 217 nota 103. En similar sentido cfr. Albin ESER/Björn BURKHARDT, Lehrbuch, ed. cit., pág. 124; Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, Antijuridicidad..., ed. cit., pág. 788, quien acepta como válida esta afirmación sólo "si la idoneidad se mide por la capacidad de producir el resultado".

⁴⁶³ Consecuente con la estricta aplicación de una teoría objetiva, von BAR se opuso siempre a la irrogación de una pena en casos de inidoneidad del objeto, argumentando que éste último no estaría cubierto por la protección del ordenamiento jurídico; cfr. Ludwig von BAR, Zur Lehre..., ed. cit., págs. 11, 12 y 13.

⁴⁶⁴ CARRARA alude también a las tentativas "objetiva" y "subjetivamente" inidóneas asegurando que era la forma como CARMIGNANI había designado a las tentativas inidóneas relativas y absolutas respectivamente; cfr. Francisco CARRARA, Teoría..., ed. cit., págs. 51 y 52. Sin embargo, la lacónica referencia que CARMIGNANI hace a los actos que objetiva o subjetivamente fuesen "insuficientes e inidóneos", no parece tener la

que de ninguna manera hubieran podido producir el resultado, y por estos los que siendo en sí mismos idóneos no logran la consumación debido a la presencia de algunas circunstancias especiales⁴⁶⁵; con las ejemplificaciones que se empleaban para ilustrar esta distinción, se hizo además evidente que también debía diferenciarse entre objetos absoluta y relativamente inidóneos, caracterizados aquellos por ser los que en ningún caso permitirían la generación del resultado y estos porque siendo en principio aptos para ello, bajo determinadas circunstancias no podrían conseguirlo.

En síntesis, mientras en la inidoneidad absoluta el medio o el objeto serían por sí mismos inapropiados para la consecución del fin, en la relativa la inidoneidad estaría en la relación entre el medio y el objeto: ese medio sería inadecuado para producir el daño de ese objeto⁴⁶⁶. Si se quisiera condensar en una frase el pensamiento de esta posición objetiva, podría decirse que aquello que es imposible de consumir es imposible de comenzarse a ejecutar⁴⁶⁷. A partir de esta diferenciación, algunos partidarios de las concepciones objetivas matizaron su postura frente a la tentativa inidónea, sosteniendo que mientras ella estuviera referida a medios u objetos absolutamente inidóneos debía conducir a la impunidad, pero que cuando se tratara de medios u objetos relativamente inidóneos el autor del comportamiento merecía una sanción penal.

extensión que su discípulo pretende otorgarle; incluso CARMIGNANI recurre a esa distinción con fines diversos a los que CARRARA le atribuye, como por ejemplo, para sostener que aquello que objetivamente es tentativa, pierde su carácter de tal cuando desde el punto de vista subjetivo constituye una perfecta violación de algún derecho; cfr. Giovanni CARMIGNANI, *Elementi di Diritto Criminale*, Francisco Sanvito Editore, Milano, versione italiana sulla quinta edizione di Pisa da Filippo Ambrosoli, 1863, págs. 85 y 86.

⁴⁶⁵ Probablemente la primera persona que aludió a la existencia de "medios" absoluta y relativamente inidóneos fue MITTERMAIER, sin extender entonces dicha bipartición a los "objetos", como más tarde hiciera la doctrina; Carl Joseph Anton MITTERMAIER, *Der Versuch von Verbrechen, bei denen es an dem erforderlichen Gegenstande des Verbrechens mangelt, und der Versuch mit untauglichen Mitteln, geprüft*, in *Der Gerichtssaal (GS)*, Verlag von Ferdinand Enke, Erlangen, 1859, págs. 443 y siguientes. Entre quienes son partidarios de distinguir entre las tentativas absoluta y relativamente inidóneas, cfr. Francisco CARRARA, *Teoría...*, ed. cit., págs. 51 y 52; Miguel CÓRDOBA ANGULO, *La tentativa*, ed. cit., pág. 60; Juan FERNANDEZ CARRASQUILLA, *Derecho...*, ed. cit., pág. 374; Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch*, ed. cit., págs. 461 y 462; Josep María TAMARIT SUMALLA, *ADPCP 1992*, ed. cit., págs. 538 y 539 nota 84.

⁴⁶⁶ Así precisó von HIPPEL, sin compartirla, esta distinción; cfr. Robert von HIPPEL, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 418.

⁴⁶⁷ Cfr. Heinrich-Albert ZACHARIA, *Die Lehre...*, erster Theil, ed. cit., pág. 247.

Pese a que con esta propuesta se conseguía fundamentar el castigo de algunas formas de tentativa inidónea respecto de las cuales resultaba difícil sostener su impunidad (disparar contra quien porta un chaleco antibalas o se desplaza en un vehículo blindado) debe decirse que la forma como se pretende diferenciar entre las tentativas inidóneas absolutas y las relativas deja mucho que desear en cuanto a precisión y claridad. Así, por ejemplo, MITTERMAIER afirma que es impune la tentativa cuando el medio empleado bajo ninguna circunstancia podía haber servido para ejecutar el delito⁴⁶⁸, pero señala como ejemplo el caso de quien dispara sobre otro con un fusil descargado⁴⁶⁹, pese a que en esa hipótesis podría afirmarse que como el fusil es en sí mismo idóneo para causar la muerte de una persona, pero no en la forma como fue empleado (es decir, sin munición), debería sancionarse al sujeto como responsable de una tentativa inidónea relativa. De igual manera, y pese a que el mismo autor señala que la tentativa inidónea lo será relativamente (y por tanto merecería sanción penal) cuando el medio es en sí mismo idóneo⁴⁷⁰, propugna por la impunidad de quien suministra a la víctima cantidades muy pequeñas de arsénico⁴⁷¹, cuando de acuerdo con su propio concepto podría aseverarse que siendo el arsénico en sí mismo una sustancia apta para ocasionar la muerte de un ser humano, (aun cuando no en la forma como fue empleado) debería aplicarse una sanción penal a título de tentativa inidónea relativa⁴⁷².

En el fondo estas contradicciones no deberían resultar demasiado extrañas ni siquiera en uno de los creadores de la diferenciación entre las inidoneidades relativas y absolutas, puesto que la distinción misma carece de contornos precisos⁴⁷³, de tal manera que frente al

⁴⁶⁸ Cfr. Carl Joseph Anton MITTERMAIER, GS 1859, ed. cit., pág. 444.

⁴⁶⁹ Cfr. Carl Joseph Anton MITTERMAIER, GS 1859, ed. cit., págs. 445 y 446.

⁴⁷⁰ Cfr. Carl Joseph Anton MITTERMAIER, GS 1859, ed. cit., pág. 443.

⁴⁷¹ Cfr. Carl Joseph Anton MITTERMAIER, GS 1859, ed. cit., págs. 447 y 448.

⁴⁷² Plena razón asiste entonces a HÄLSCHNER cuando asegura que los ejemplos empleados por los partidarios de distinguir entre tentativas inidóneas absolutas y relativas son reversibles; cfr. Hugo HÄLSCHNER, Lehrbuch, ed. cit., pág. 188.

⁴⁷³ Entre quienes se pronuncian en contra de esta distinción, cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, Caso del abortivo inocuo, ed. cit., pág. 89; Detlev Chr. DICKE, JuS 1968, ed. cit., pág. 159; Hugo HÄLSCHNER, Lehrbuch, ed. cit., pág. 188; Dietrich KRATZSCH, JA 1983, ed. cit., pág. 580; Christian Reinhold KÖSTLIN, Neue Revision..., ed. cit., págs. 367 a 369; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 40/133, pág. 41; Max WAIBLINGER, ZStW 69 [1957], ed. cit., pág. 218; Rainer ZACZYK, Das Unrecht..., ed. cit., págs. 44 y 45.

análisis de cada caso concreto siempre puede decirse que incluso la tentativa relativamente inidónea lo fue de modo absoluto, en cuanto resultó incapaz de generar el resultado pretendido, al paso que también, en una hipótesis concreta y bajo determinadas circunstancias, una tentativa calificada como de absolutamente inidónea puede producir el resultado apetejado⁴⁷⁴.

Esta diferenciación plantea un problema adicional: ¿qué es lo que debe ser calificado como relativa o absolutamente inidóneo? ¿La totalidad de la conducta desplegada por el autor, o sólo los hechos individuales que la componen?⁴⁷⁵ En el ya mencionado ejemplo de MITTERMAIER, conforme al cual un fusil descargado es absolutamente inidóneo para dar muerte a alguien⁴⁷⁶, su conclusión podría ser cierta si se valora la capacidad de lesión del arma fuera de todo contexto; pero si lo que se analiza es la conducta completa de quien toma el arma sin percatarse de que un tercero la ha descargado y la acciona contra su enemigo, no habría duda en cuanto a que ese comportamiento (apreciado en su integridad) podría ser calificado como relativamente inidóneo y, por consiguiente, merecedor de un reproche penal. CARRARA se muestra partidario de interpretar la conducta del autor en su integridad, al sostener que si bien la víctima de un atentado podía salvarse de morir porque, por ejemplo, no estaba en el lecho donde fue accionado un explosivo con el que se le quería dar muerte, ello no significaba que la acción debiera quedar impune, pues sería manifiesta la objetivación de "una serie de actos dirigidos a un fin criminal y rebosando peligro grave"⁴⁷⁷.

Pero aun cuando se admitiese pacíficamente que la idoneidad debería estar referida a la totalidad de la conducta, única forma de emitir un juicio de peligrosidad abstracta como el que propugnan los defensores de esta corriente objetiva, todavía quedaría por dilucidar qué grado de abstracción debe emplearse para la emisión de dicho juicio⁴⁷⁸. Por ejemplo, ¿debe preguntarse si un disparo hecho dentro

⁴⁷⁴ Cfr. Maximilian von BURI, GA 25 [1877], ed. cit., pág. 275.

⁴⁷⁵ Cfr. Detlev Chr. DICKE, JuS 1968, ed. cit., pág. 159; Biagio PETROCELLI, Il delitto..., ed. cit., págs. 62 y 63.

⁴⁷⁶ Cfr. Carl Joseph Anton MITTERMAIER, GS 1859, ed. cit., págs. 445 y 446.

⁴⁷⁷ Cfr. Francisco CARRARA, Teoría..., ed. cit., pág. 63; en sentido similar, cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, Caso del abortivo inocuo, ed. cit., pág. 89.

⁴⁷⁸ Cfr. Peter ALBRECHT, Der untaugliche..., ed. cit., págs. 10, 11 y 67; Elena FARRÉ TREPAT, La tentativa..., ed. cit., págs. 198 y 299; Rainer ZACZYK, Das Unrecht..., ed. cit., págs. 44 y 45.

del radio de acción del arma de fuego, con un fusil correctamente cargado con munición letal, y contra el torso de un individuo aún vivo pero carente de chalecos blindados es apto para producir la muerte?; ¿o debe prescindirse de la mención a la posible existencia del blindaje?; ¿o quizás deba omitirse la referencia a la condición de "viva" de la persona?; ¿o será más preciso no hacer referencia ni al blindaje, ni a la vida de la víctima, ni al hecho de que se disparara contra su torso, ni a la circunstancia de que se encontrara dentro del radio de acción del arma?. En otras palabras, si el juicio de idoneidad de la conducta debe ser efectuado de una manera abstracta, ¿cuál es el grado de abstracción requerido? Porque lo evidente es que la ella tiene que ser relativa en el sentido de que debe encontrar un límite en determinado lugar, puesto que resulta prácticamente inimaginable la existencia de un medio que bajo ninguna circunstancia pueda ser idóneo para causar, por ejemplo, una muerte⁴⁷⁹. Por lo demás, no debe olvidarse que al derecho penal le interesa el análisis de las situaciones concretas y no la simple determinación de una posibilidad genérica de que una conducta pueda producir un determinado resultado⁴⁸⁰.

En efecto, aun cuando pudiera decirse que un fusil sin balas es absolutamente inidóneo para causar la muerte de un ser humano, ello puede relativizarse afirmando que sólo carece de esa aptitud en cuanto se lo pretenda emplear como un "lanzador de proyectiles" pero no en cuanto se lo use como garrote, pues de esta manera es capaz causar la muerte del sujeto convenientemente apaleado. Y así como alguien pudiera afirmar que un terrón de azúcar es inidóneo para causar la muerte de una persona, sería igualmente válido sostener que podría resultar mortal para un diabético que lo ingiriera o para un lactante que se atorase con él. Incluso a quien no conciba imaginar la nocividad de un mondadientes, JIMÉNEZ DE ASÚA le recuerda que esa diminuta astilla de madera, incrustada en la fontanella de un recién nacido es apta para producir la muerte del pequeño⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ Cfr. Peter ALBRECHT, *Der untaugliche...*, ed. cit., págs. 10, 11 y 67; en similar sentido, cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea...*, ed. cit., pág. 140.

⁴⁸⁰ Cfr. Maximilian von BURI, *GA 25 [1877]*, ed. cit., pág. 275; Christian Reinhold KÖSTLIN, *Neue Revision...*, ed. cit., págs. 367 y 368.

⁴⁸¹ Cfr. Luis JIMÉNEZ DE ASUA, *Tratado...*, ed. cit., pág. 668; sobre otros ejemplos, cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea...*, ed. cit., pág. 142.

La insuficiencia de esta distinción entre tentativas absoluta y relativamente inidóneas se hace aún más evidente al pensar que ni siquiera el empleo de medios propios de una "tentativa supersticiosa" (que serían calificados por esta teoría como absolutamente inidóneos), está exento de producir un resultado penalmente censurable⁴⁸². Piénsese en el caso de quien, sabiendo de la sensibilidad anímica de determinada persona, le informa sobre la utilización de medios supersticiosos orientados a causarle daño (le dice, por ejemplo, que la ha hecho poseer por un espíritu maléfico que le arrebatará la vida), buscando con ello provocarle lesiones o incluso la muerte, resultados que podrían sobrevenir debido a un ataque de ansiedad derivado de la conocida susceptibilidad de la víctima.

De esta manera, siendo posible la "conversión" de todos los ejemplos de tentativa absolutamente inidónea en casos de tentativa relativamente inidónea, con el consecuente tránsito de la impunidad a la punición, no es de extrañar que la diferenciación entre estas dos formas de tentativa esté hoy prácticamente abandonada, pues en definitiva quien emplea equivocadamente un medio que en sí mismo es apto para producir un determinado resultado, despliega una conducta tan poco peligrosa como la de quien usa adecuadamente un medio calificado en abstracto como absolutamente inidóneo para la generación de dicho efecto⁴⁸³.

Ya se ha señalado en otro lugar⁴⁸⁴ que cuando, gracias a las aportaciones de von HIPPEL, se reformuló la teoría objetiva sobre la fundamentación de la punibilidad de la tentativa, se precisó que ella sólo merece sanción en cuanto suponga el peligro de realización de un tipo objetivo concreto, con lo que se abandonó la antigua noción de "peligro abstracto" en favor de la de "peligro objetivo"⁴⁸⁵ o

⁴⁸² Cfr. Arnold HORN, ZStW 20 [1900], ed. cit., pág. 341.

⁴⁸³ Cfr. Christian Reinhold KÖSTLIN, *Neue Revision...*, ed. cit., pág. 371; ZACZYK dice que la distinción no posee una significación especial; cfr. Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., pág. 328.

⁴⁸⁴ Cfr. supra 2.1.1.2.

⁴⁸⁵ Sobre el concepto de peligrosidad "objetiva", cfr. Robert von HIPPEL, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 425; Heinrich-Albert ZACHARIA, *Die Lehre...*, erster Theil, ed. cit., pág. 245; Heinrich-Albert ZACHARIA, *Die Lehre...*, zweiter Teil, ed. cit., pág. 239. BUSCH, por su parte, admite que la tentativa sólo es punible cuando exista un peligro concreto para el bien jurídico, con lo cual parece acoger esta nueva teoría objetiva, pero también sostiene la necesidad de que entre la conducta desplegada y el resultado buscado exista una

"concreto"⁴⁸⁶. Como desde esta perspectiva lo determinante son las probabilidades de que con la conducta del autor sobrevenga un determinado resultado⁴⁸⁷, el juicio de peligrosidad debe llevarse a cabo por un observador situado en la misma posición del autor en el momento en que los hechos tuvieron ocurrencia (perspectiva *ex-ante*⁴⁸⁸) y dotado tanto de los conocimientos del hombre medio como de los especiales que en tal situación poseyera el autor⁴⁸⁹. De esta manera, y evidenciando su fuerte vinculación con la teoría de la causalidad adecuada⁴⁹⁰, esta concepción objetiva deja en manos de un observador imparcial la determinación de cuándo existe un peligro para el bien jurídico, siendo punibles sólo aquellas conductas

relación de causalidad potencial, con lo cual evidencia sus estrechos vínculos con la antigua concepción objetiva; cfr. BUSCH, LK, ed. cit., § 43 Rd. 55.

⁴⁸⁶ Probablemente el antecedente más claro de esta reformulación de la teoría objetiva se encuentre en la afirmación de von LIZST en el sentido de que sólo son punibles las tentativas peligrosas, entendiéndose por tales las que son "sentidas" por la comunidad como un peligro para el bien jurídico; cfr. Franz von LIZST, ZStW 2 [1882], ed. cit., pág. 624. Sin embargo, quien claramente opuso el concepto de peligrosidad concreta a la antigua noción de peligro objetivo fue von HIPPEL, haciendo énfasis en que la tentativa sólo podía ser punible cuando existiese esa peligrosidad concreta para el bien jurídico; cfr. Robert von HIPPEL, Lehrbuch, ed. cit., págs. 418 y 425.

⁴⁸⁷ Cfr. Robert von HIPPEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 427; Hans-Heinrich JESCHECK, Lehrbuch, ed. cit., págs. 461 y 462; no obstante, la tesis de que en la punibilidad de la tentativa lo importante era el grado de probabilidad de sobrevenida del resultado había sido ya desarrollada con anterioridad por ZACHARIA; cfr. Heinrich-Albert ZACHARIA, Die Lehre..., erster Theil, ed. cit., pág. 247.

⁴⁸⁸ Cfr. Detlev Chr. DICKE, JuS 1968, ed. cit., pág. 158; Robert von HIPPEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 427; Günter SPENDEL, Stock-Festschrift, ed. cit., pág. 105; Josep Maria TAMARIT SUMALLA, ADPCP 1992, ed. cit., págs. 538 y 539, aun cuando al insistir en la necesidad de diferenciar entre las tentativas inidóneas absolutas y relativas permanece atado a una concepción antigua de la teoría objetiva (cfr. ibídem, págs. 538 y 539 nota 84); Otto TRIFFTERER, Lehrbuch, ed. cit., págs. 360 y 361.

⁴⁸⁹ Respecto de la necesidad de recurrir al juicio de un observador objetivo para determinar la peligrosidad y por tanto la idoneidad de la tentativa, cfr. Karl ENGISCH, 100. Deutschen Juristentag-Festschrift, ed. cit., págs. 436 y 437, pese a que al sostener que el fundamento de la punibilidad de la tentativa es la peligrosidad abstracta, aparece como partidario de la antigua teoría objetiva (cfr. ibídem, pág. 435); Robert von HIPPEL, Lehrbuch, ed. cit., págs. 419, 427 y 431; Diethelm KIENAPFEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 116; Miguel Ángel NUÑEZ PAZ, El delito intentado, ed. cit., pág. 111; Dietrich OEHLER, Das objektive..., ed. cit., pág. 120; Otto TRIFFTERER, Lehrbuch, ed. cit., págs. 360 y 361.

⁴⁹⁰ El propio von HIPPEL advierte como un acierto de su concepción, el que con la aplicación de la teoría de la causalidad adecuada la punibilidad de la tentativa inidónea funciona como la del delito consumado, es decir, que la responsabilidad siempre está excluida cuando en el momento de ejecución del hecho el resultado sólo hubiera podido sobrevenir gracias a la existencia de circunstancias imprevisibles; cfr. Robert von HIPPEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 430.

generadoras de dicho peligro objetivo⁴⁹¹. Por consiguiente, aun las tentativas que la antigua teoría objetiva calificaba de absolutamente inidóneas (y por tanto impunes) podrían ser sancionadas en cuanto representasen un peligro concreto para el bien jurídico, como podría ocurrir en el caso de quien, conociendo la diabetes de su enemigo, le suministra una dosis letal de azúcar, o la de quien conociendo el alto grado de susceptibilidad de su esposa le provoca la muerte haciéndole creer que es objeto de una terrible maldición lanzada por un conocido practicante de magia negra.

Adicionalmente a las ya mencionadas críticas respecto de la imprecisión del mecanismo del "hombre medio" encargado de juzgar la peligrosidad objetiva de la conducta⁴⁹², se ha reprochado a esta tesis el propugnar por la aplicación de una pena aun en casos donde no existe un bien jurídico que pueda peligrar, como ocurriría en aquellos eventos donde el autor intenta dar muerte a quien en realidad ya ha fallecido. Así mismo se afirma que si bien en estas hipótesis el observador objetivo, situado en la posición del autor, podrá afirmar que de acuerdo con los conocimientos que éste poseía al momento de ejecutar el hecho desarrolló una conducta peligrosa para el bien jurídico, no puede desconocerse que en realidad el bien jurídico que se pretendía tutelar ya no existía y, por consiguiente, no podría hablarse de la existencia de un peligro para él, ni siquiera desde una perspectiva *ex-ante*⁴⁹³. Esta crítica no es igual a la que se dirige contra las tesis objetivas edificadas sobre la noción de causalidad hipotética, porque lo que se censura no consiste en que desde un punto de vista *ex-post* ningún bien jurídico es puesto en peligro por las tentativas (puesto que el resultado buscado jamás ocurrió), sino en que cuando se lleva a cabo la acción ese bien

⁴⁹¹ Cfr. Robert von HIPPEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 429. Pese a que FARRÉ TREPAT expresamente se declara partidaria de una concepción mixta de la tentativa (cfr. Elena FARRÉ TREPAT, La tentativa..., ed. cit., pág. 37), explica la punibilidad de la tentativa inidónea a partir de la probabilidad de sobrevenida del resultado, probabilidad que — como en la propuesta de von HIPPEL— debería ser determinada mediante un juicio *ex-ante* proferido por un espectador objetivo que poseyese, además, los conocimientos de que el autor disponía al momento de desarrollar su conducta; cfr. Elena FARRÉ TREPAT, La tentativa..., ed. cit., págs. 389 y siguientes; en similar sentido (valoración *ex-ante* por un espectador objetivo, sobre la probabilidad estadística de sobrevenida de un resultado entendido como “peligro abstracto”) cfr. Santiago MIR PUIG, Derecho Penal, ed. cit., §13/84, págs. 362 y 363.

⁴⁹² Cfr. Yesid REYES ALVARADO, La imputación..., ed. cit., pág.; también, cfr. supra 2.1.1.2.

⁴⁹³ Cfr. Peter ALBRECHT, Der untaugliche..., ed. cit., págs. 13 y 14;

jurídico no existe, luego no podría afirmarse que corrió algún peligro.

Posiblemente influido por esta crítica, SPENDEL ha dado un giro en su postura objetiva, para deducir que si bien la peligrosidad del bien jurídico debe determinarse desde un punto de vista *ex-ante*, ese juicio de peligrosidad está siempre condicionado a la existencia misma del bien jurídico de tal manera que cuando éste no exista no puede hablarse de tentativa. Con esta modificación de la teoría objetiva se llega a la curiosa conclusión de que cuando un sujeto introduce su mano en el bolsillo ajeno carente de objetos de valor, la aplicación de una sanción a título de tentativa depende de si el objeto de valor que no se encontraba en dicho bolsillo estaba colocado en otro lugar del traje de la víctima (entonces habría tentativa) o simplemente la víctima carecía de bienes materiales (en cuyo caso la conducta sería impune), o de si el valioso jarrón que se pretendía hurtar en el domicilio ajeno estaba colocado en una habitación distinta de la imaginada (lo que constituiría tentativa inidónea punible) o se había destrozado unos días u horas antes (en cuyo caso no habría lugar a aplicar sanción alguna)⁴⁹⁴.

Pero, sobre los mismos ejemplos, cabe preguntarse ¿qué pasaría si la víctima efectivamente poseyese objetos de valor (como es perfectamente posible) pero no los llevase en su vestido sino que los tuviese en su casa o en una caja de seguridad de una entidad bancaria? Y ¿cómo habría de solucionarse el caso si el valioso jarrón no ha sido destruido, pero tampoco se encuentra en la habitación contigua a aquella en que es buscado por el delincuente, sino que ha sido vendido pocos días antes a un museo de un lejano país? ¿Se podría decir que en esos casos hay una tentativa inidónea punible porque el bien pretendido efectivamente existe, es decir, se podría afirmar que el valioso jarrón que reposa en la bóveda de seguridad de un museo del medio oriente, mientras el ladrón lo buscaba en una remota ciudad suramericana, corrió peligro?

La imprecisión del concepto de peligrosidad sigue siendo, pues, una de las fallas más importantes de estas teorías objetivas, que se hace aún más evidente cuando se discute sobre la idoneidad de la conducta para producir el resultado buscado por el autor porque, en puridad de términos, no solamente sería absurdo hablar de

⁴⁹⁴ Cfr. Günter SPENDEL, *Stock-Festschrift*, ed. cit., pág. 107.

peligrosidad del bien jurídico en hipótesis de inexistencia absoluta del bien, sino también en los casos de inexistencia relativa, vale decir, cuando el objeto buscado se encontraba fuera del alcance del ladrón o cuando la víctima se encontraba más allá del radio de acción del autor; en sentido estricto, en todos estos casos debería negarse la existencia de un peligro para el bien jurídico y por consiguiente la existencia de una tentativa punible.

Cierto es que, como en otro lugar se precisó⁴⁹⁵, desde una perspectiva *ex-ante* puede existir un peligro para el bien jurídico, aun cuando él no se materialice posteriormente, es decir, aun cuando él no sea constatable desde un punto de vista *ex-post*; pero si ese peligro supone la efectiva existencia del bien jurídico potencialmente afectado, entonces también debería suponer la potencialidad real del daño, que en ejemplos como los propuestos no podría ser determinada, pues ni el valioso jarrón ni la víctima del pretendido homicidio estaban al alcance del autor. Es decir, si bien es cierto que desde una perspectiva *ex-ante* los soldados supervivientes de un feroz bombardeo estuvieron en peligro aun cuando a la postre no sufrieron daño alguno⁴⁹⁶, también puede decirse que así como los soldados previamente fallecidos en el conflicto armado no corrieron peligro durante el ataque aéreo, tampoco los habitantes de un lejano país estuvieron en peligro durante el bombardeo. Formulado en los términos de la propia teoría, puede decirse que si según ella la sanción de la tentativa (aún inidónea) depende de la probabilidad de que se genere un daño al bien jurídico, esa probabilidad es demasiado remota (quizás inexistente) en todos aquellos casos en que el bien jurídico se encuentre fuera del alcance del autor, y no solamente cuando ese bien jurídico carezca de existencia real.

Aun con estas precisiones, no queda claro qué tan lejos del alcance del autor debe estar la probabilidad de obtención del resultado para que su conducta deje de ser punible. Porque si bien el objeto que se pretende hurtar está fuera del alcance de la víctima cuando se encuentra en un lejano país, también lo está cuando permanece escondido en un lugar de la casa que el autor desconoce. O, formulado con base en la existencia de probabilidades de obtención del resultado, es tan improbable dar muerte con una pistola a quien se encuentra en otra ciudad, como a quien se encuentra a pocos

⁴⁹⁵ Cfr. supra 2.1.1.2.

⁴⁹⁶ Cfr. Günter SPENDEL, NJW1965, ed. cit., pág. 1884.

metros dentro de un vehículo blindado, con lo que la nueva teoría objetiva debería considerar impunes ambas actuaciones. En síntesis, el sólo recurso al empleo de las probabilidades de sobrevención del resultado como criterio para la determinación de la punibilidad de la tentativa es insuficiente, en cuanto se muestra incapaz de brindar una solución adecuada a los casos en los que el bien jurídico no existe o se encuentra fuera del alcance de la conducta desplegada por el autor, que son dos de las manifestaciones de la denominada tentativa inidónea.

Es tan profunda la disparidad de criterios a que ha llevado esta diferente comprensión de la tentativa, que ni siquiera puede hablarse de que exista acuerdo sobre la denominación que debe darse a la figura de la tentativa inidónea. Por eso no resulta extraño encontrar autores que la entienden como una categoría general dentro de la que se ubicarían todas aquellas tentativas que por razones ajenas a la voluntad del autor no pueden conducir al resultado, concepto que comprendería dentro de sí, tanto a la tentativa inidónea como a la comúnmente denominada tentativa irreal o supersticiosa; para quienes defienden esta noción amplia, habría entonces necesidad de distinguir entre la llamada tentativa inidónea absoluta que, siendo en todo caso incapaz de generar el resultado perseguido por el autor, coincidiría con la que la doctrina suele denominar tentativa irreal o supersticiosa, y la tentativa calificada de relativamente inidónea, que siendo sólo inapropiada para la consecución del resultado en la forma como concretamente se desarrolló la acción del autor, coincidiría con el concepto que la doctrina mayoritaria suele tener de la tentativa inidónea⁴⁹⁷.

Por su parte, hay quienes defendiendo la teoría del defecto del tipo como una forma de excluir del ámbito de la punibilidad aquellas conductas en las que el autor yerra sobre el objeto o el medio que constituye un elemento estructural del tipo⁴⁹⁸, prefieren hablar del delito imposible⁴⁹⁹ como una figura dentro de la que se

⁴⁹⁷ Entre quienes defienden la necesidad de distinguir las tentativas absolutamente inidóneas de las relativas, cfr. Miguel CÓRDOBA ANGULO, *La tentativa*, ed. cit., pág. 60; Otto TRIFFTERER, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 361.

⁴⁹⁸ Sobre estos postulados de la teoría del defecto del tipo, cfr. supra 4.2.2.2.4.

⁴⁹⁹ Cfr. Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito imposible...*, ed. cit., pág. 381, quien limita el delito imposible a aquellos casos de inidoneidad de los medios ("imposibilidad de ejecución") e imposibilidad por inexistencia del objeto ("imposibilidad de producción").

comprenderían no sólo esos casos de defecto del tipo que conducirían siempre a la impunidad⁵⁰⁰, sino además aquellos que usualmente son recogidos bajo la denominación de tentativa irreal o supersticiosa⁵⁰¹. De acuerdo con esta tesis, el delito imposible siempre sería impune en cuanto dentro de dicha categoría estarían incluidas sólo aquellas figuras que como la del defecto del tipo y la tentativa supersticiosa no permiten la intervención del derecho penal. Por el contrario, y siempre de acuerdo con esta tesis doctrinal, aquellos casos en los que el autor se equivoca al emplear un medio que, sin embargo, no forma parte de la descripción típica, serían considerados como tentativa inidónea punible⁵⁰². Como puede verse, esto conduce a dividir las constelaciones que normalmente son tenidas como parte de la tentativa inidónea, para ubicar algunas de ellas dentro de la denominación de delito imposible y negar respecto de las mismas la aplicación de una sanción penal, al paso que otras permanecerían siendo punibles como manifestaciones de la tentativa inidónea.

Si bien desde una perspectiva general puede ser cierto el reproche que FARRÉ TREPAT hace al empleo de la denominación "delito imposible"⁵⁰³ con el argumento de que la acción es inidónea para producir un delito consumado, pero no para generar una tentativa que como tal es también un hecho delictivo⁵⁰⁴, me parece que se trata de una censura equivocada en cuanto se dirija a quienes dentro de la denominación "delito imposible" ubican sólo los casos de tentativa supersticiosa y defecto de tipo⁵⁰⁵. En efecto, como de acuerdo con este último criterio hay una tentativa inidónea que es la que recibe sanción justamente por ser tentativa, pero también existe un grupo de supuestos en los que siempre hay impunidad por no constituir una verdadera tentativa (aquellos supuestos de defecto de tipo y de la llamada tentativa supersticiosa o irreal), no resulta válido afirmar que la denominación de "delito imposible" es inadecuada, porque en

⁵⁰⁰ Otro sector doctrinal utiliza la expresión "delito imposible" para referirse de manera genérica a la tentativa inidónea; cfr., por ejemplo, Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal*, ed. cit., § 13/82, pág. 362.

⁵⁰¹ Cfr. Luis JIMENEZ DE ASUA, *Tratado...*, ed. cit. pág. 630.

⁵⁰² Sobre el contenido de la teoría de defecto del tipo, cfr. supra 4.2.2.2.4.

⁵⁰³ ALCÁCER también critica esta expresión por considerarla confusa; cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea...*, ed. cit., pág. 7.

⁵⁰⁴ Cfr. Elena FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, ed. cit., págs. 348 y 349.

⁵⁰⁵ Como es el caso, por ejemplo, de Luis JIMENEZ DE ASUA; sobre la posición de éste autor, cfr. supra 4.2.2.2.4.

realidad recogería sólo aquellos casos en los que no existe un verdadero delito, ni consumado ni de tentativa⁵⁰⁶.

También suele decirse, que como la característica más sobresaliente de la tentativa es su falta de consumación, en el fondo todas las tentativas son inidóneas en cuanto incapaces de conseguir el efecto perseguido por el autor. Como contrapartida de esta noción general se habla entonces de una tentativa inidónea en sentido técnico⁵⁰⁷, que comprendería aquellas conductas que por motivos objetivos o jurídicos no hubieran podido conducir, bajo ninguna circunstancia, al resultado buscado por el autor⁵⁰⁸.

No obstante lo generalizado de esta precisión, resulta insuficiente en cuanto al comprender conductas que en ningún caso hubieran podido ocasionar el efecto buscado por el autor induce a confusión con el concepto de tentativa irreal o supersticiosa, confusión que debe evitarse ya que la opinión ampliamente dominante sostiene que mientras la tentativa inidónea merece sanción penal, la supersticiosa o irreal conduce a la impunidad. Pero, aun cuando la limitación se hiciera considerando que la tentativa inidónea comprende los comportamientos que en las circunstancias dadas no hubieran podido conducir al resultado por la existencia de defectos objetivos o jurídicos⁵⁰⁹, la puntualización seguiría mostrándose como insuficiente, ya que continuaría siendo correcta la afirmación de que eso es justamente lo que ocurre en todas las tentativas: que la forma concreta en que la conducta se desarrolló hacía imposible la consumación del delito, bien sea por factores objetivos o jurídicos. El mismo reproche vale, desde luego, para quienes definen la tentativa inidónea como aquella que no puede conducir al resultado,

⁵⁰⁶ RODRÍGUEZ MOURULLO considera que “Tentativa de delito y delito imposible son ... dos instituciones distintas, que responden a principios fundadores diferentes y, en cierto modo, contradictorios”; Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito imposible...*, ed. cit., pág. 369.

⁵⁰⁷ Sobre estos conceptos "general" y "técnico" de la tentativa inidónea, cfr. Albin ESER/Björn BURKHARDT, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 124.

⁵⁰⁸ Entre quienes comparten esta definición de tentativa inidónea, cfr. Albin ESER/Björn BURKHARDT, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 124; Karl LACKNER, *StGB*, ed. cit., § 22, 2, b, aa; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, *Lehrbuch*, ed. cit., § 40/137, pág. 42.

⁵⁰⁹ Cfr. Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 477; Johannes WESSELS, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 185.

sin precisar si esa ineptitud debe ser general o sólo referida a la concreta manera como la acción se desarrolló⁵¹⁰.

Pese a que históricamente la mayoría de los defensores de la antigua teoría objetiva modificaron sus puntos de vista con la finalidad de poder justificar la punición de la tentativa inidónea desde la perspectiva de dicha teoría, todavía hay quienes desde el interior de la concepción objetiva sostienen la impunidad de esta forma de tentativa, argumentando que cuando la conducta no posee aptitud para lesionar el bien jurídico, no puede afirmarse que él haya corrido peligro alguno y por consiguiente desaparece todo fundamento para sancionar al autor de un tal comportamiento⁵¹¹. Su punibilidad sería, a juicio de algunos, un simple vestigio de un derecho penal edificado sobre la peligrosidad del autor⁵¹² que, ante la inexistencia de un daño típico, conculcaría el principio de antijuridicidad material⁵¹³.

Frente a esta tradicional reflexión debe reiterarse simplemente que la existencia o inexistencia de un peligro para el bien jurídico depende de la perspectiva desde la que el comportamiento sea juzgado. Si se recurre a un criterio *ex-post*, tanto la tentativa idónea como la inidónea se muestran como incapaces de hacer peligrar el bien jurídico y por consiguiente no ofrecen diferencia alguna. Pero si, por el contrario, se acude a una valoración *ex-ante*, entonces resulta imposible negar que desde esa perspectiva tanto el autor de la acción como un supuesto "observador objetivo" calificarían de peligrosa la conducta, y por consiguiente estaría tan justificada la imposición de una pena en las tentativas inidóneas como en las idóneas.

⁵¹⁰ Entre quienes así entienden esta clase de tentativa, cfr. Robert von HIPPEL, Lehrbuch, ed. cit., pág.415; Diethelm KIENAPFEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 114. Hans-Joachim RUDOLPHI, SK, ed. cit., § 22 Rn. 24; Theo VOGLER, LK, ed. cit., § 22 Rn. 133.

⁵¹¹ Entre los más acérrimos defensores históricos de la no peligrosidad de la tentativa inidónea, cfr. Francisco CARRARA, Teoría..., ed. cit., págs. 54 y 55; Franz von LISZT, Das fehlgeschlagene Delikt und die Cohn'sche Versuchstheorie, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Verlag von J. Guttentag, Wien, I. Band, 1881, pág. 105. Actualmente también es posible encontrar quienes niegan la peligrosidad —y por tanto la punibilidad— de la tentativa inidónea; así, por ejemplo, cfr. Miguel CÓRDOBA ANGULO, La tentativa, ed. cit., págs. 59 y 63; Hans-Joachim RUDOLPHI, Literaturbericht. Strafrecht, Allgemeiner Teil, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), De Gruyter, Berlin-New York, 85. Band, 1973, pág. 117, quien considera que la tentativa inidónea sólo es punible en Alemania por expresa disposición del código penal y no porque suponga una afectación al bien jurídico.

⁵¹² Cfr. Miguel CÓRDOBA ANGULO, La tentativa, ed. cit., pág. 63.

⁵¹³ Cfr. Juan FERNANDEZ CARRASQUILLA, Derecho..., ed. cit., págs. 374 y 375.

Ciertamente, es probable que ese imaginario espectador objetivo capte *ex-ante* y sin dificultad la absoluta inofensividad de la conducta desarrollada, como cuando se percata de que el autor clava alfileres en un muñeco de cera para tratar de conseguir la muerte de su enemigo; pero en esos casos estaremos ya frente a supuestos que deben ser correctamente encasillados dentro de la tentativa irreal o supersticiosa, sobre cuya impunidad no hay actualmente discusión alguna.

En síntesis, si bien puede decirse contra la afirmación de que todas las tentativas son inidóneas que ello sólo es cierto desde una perspectiva *ex-post*, también lo es que asumiendo un punto de vista *ex-ante* tampoco aparece clara la diferenciación entre las dos figuras que pretenden ser distinguidas, es decir la idónea (punible) y la inidónea (impune)⁵¹⁴. En efecto, si se admite que juzgando la acción en el momento en que ella tiene lugar, las tentativas inidóneas aparecen a juicio de un observador objetivo como aptas para la consecución del resultado, entonces en nada se distinguen de las idóneas porque ellas son también, desde un punto de vista *ex-ante*, capaces de generar el efecto perseguido por el autor.

Si, por el contrario, se llegase a afirmar que examinando la tentativa inidónea desde el punto de vista *ex-ante*, un omnisciente análisis de la forma concreta en que la conducta ha sido desarrollada indica la presencia de un error por parte del autor que conduce a la ineptitud de la acción para provocar el resultado, tampoco se está haciendo distinción alguna, pues también en la tentativa idónea un omnisciente observador advertiría que el autor yerra en la ejecución de la conducta y por ello no alcanza el fin perseguido. Expresado más sencillamente con los términos de la teoría objetiva y su parámetro del hombre medio: si un observador con conocimientos superiores a los del autor puede percatarse de que en la tentativa inidónea el resultado no se obtendrá, ese mismo observador apreciará que tampoco en la tentativa idónea el resultado se conseguirá; y si el observador objetivo no sabe más que el autor en el momento de ejecutar la acción, entonces juzgará que la conducta desarrollada puede generar el resultado buscado, tanto en la llamada

⁵¹⁴ Recuérdese que este fue justamente el cambio de perspectiva que ocurrió en las teorías objetivas, tal como en otro lugar quedó indicado (cfr. supra 2.1.1.2). Entre quienes sostienen que la idoneidad o inidoneidad de una tentativa debe determinarse desde un punto de vista *ex-ante*, cfr. Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO, ADPCP 1971, ed. cit., pág. 373; Herbert TRÖNDLE, StGB, ed. cit., § 22 Rd. 23.

tentativa idónea como en la inidónea⁵¹⁵, ya que de lo contrario no existiría ningún motivo razonable para que el sujeto intentara la comisión del delito⁵¹⁶.

Las dificultades que doctrina y jurisprudencia han enfrentado para tratar de separar correctamente las tentativas idónea e inidónea⁵¹⁷ radican, a mi modo de ver, en que no existe una tal distinción, ya que todas las conductas que puedan ser catalogadas como "delitos de tentativa" merecen una sanción penal, y en aquellos casos en los que esto no ocurre, como en la denominada "tentativa" supersticiosa o irreal y en el delito putativo, ello obedece simplemente a que, en puridad de términos y pese a lo equívoco de las expresiones con que se suele caracterizar dichas figuras, ellas no constituyen un auténtico

⁵¹⁵ Con razón apunta JAKOBS que desde un punto de vista ex-post todas las tentativas son inidóneas, al paso que desde una perspectiva ex-ante y subjetiva (es decir, desde el punto de mira del autor en el momento de emprender la acción), todas las tentativas son consideradas idóneas por quien las emprende. Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/36, pág. 720. En la misma línea, sostienen BOCKELMANN y VOLK que desde el punto de vista del autor, vale decir, de acuerdo con su representación, no puede haber ninguna diferencia entre las tentativas idónea e inidónea. Cfr. Paul BOCKELMANN/Klaus VOLK, Lehrbuch, ed. cit., pág. 209.

⁵¹⁶ Así, pues, y en contra de lo que en Colombia suele afirmarse, creo que incluso con nuestro vigente ordenamiento jurídico penal la tentativa inidónea merece sanción penal. El hecho de que el artículo 27 del Código Penal colombiano señale expresamente que es punible a título de tentativa "El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación" no constituye obstáculo alguno para sostener la punibilidad de la tentativa inidónea, ya que si el juicio de idoneidad debe ser proferido ex-ante, es innegable que incluso la tentativa inidónea aparece tanto para el autor como para el observador objetivo como apta para la consecución del resultado y por tanto cumple el requisito de "idoneidad" previsto por la mencionada norma. Esa "idoneidad" legalmente requerida en Colombia, sólo faltaría ex-ante en los casos de tentativa irreal o supersticiosa, que deben permanecer entonces —correctamente— en la impunidad. Por lo demás, y sobre el supuesto de que en Colombia la doctrina mayoritaria se inclina por defender la impunidad de la tentativa inidónea argumentando que se trata de actuaciones con las que el bien jurídico no es puesto en peligro, no deja de sorprender que en los casos de "agente provocador" esa misma doctrina apoye la sanción del autor a título de tentativa, pese a que se trata de hipótesis en las que también podría sostenerse que el bien jurídico no corrió peligro alguno. Finalmente, y como más adelante se analizará, debe destacarse aquí que esa fórmula de los actos "idóneos e inequívocos" fue concebida en Italia básicamente con la finalidad de reemplazar la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos, es decir, como un mecanismo para determinar el comienzo de la tentativa y no como una manera de conceder impunidad a la tentativa inidónea (cfr. infra 5.2.1.5).

⁵¹⁷ BOCKELMANN y VOLK reconocen que es muy difícil encontrar algún rasgo que permita distinguir la tentativa idónea de la inidónea; cfr. Paul BOCKELMANN/Klaus VOLK, Lehrbuch, ed. cit., pág. 210.

"delito de tentativa"⁵¹⁸. Desde la concepción de la tentativa que aquí se defiende, es decir considerándola como una forma más de delito, que como tal surge con el quebrantamiento de la vigencia de la norma por parte del autor, considero que la diferencia entre tentativas idóneas e inidóneas es artificiosa y, por tanto, debería admitirse que todos los "delitos de tentativa" son "idóneos" por ser aptos para generar un indebido quebrantamiento de la vigencia de la norma⁵¹⁹. Recurriendo al lenguaje tradicionalmente empleado, esto significa que comparto la opinión de la doctrina ampliamente mayoritaria respecto de la punibilidad de la tentativa usualmente calificada de inidónea, en cuanto ella no es más que una especie del delito de tentativa.

Por consiguiente, si bien es cierto que quien acciona un artefacto explosivo de baja potencia contra el vehículo blindado en que se moviliza un alto funcionario del Estado o quien, sin saber que su víctima porta un chaleco a prueba de balas dispara contra su torso, está conduciendo su acción de una forma que hace absolutamente imposible la consecución del resultado, es evidente que tal comportamiento merece una sanción penal dado que con él se ha quebrantado una norma penal. Desde el punto de vista del ordenamiento jurídico su conducta en nada se diferencia de la de quien a pocos metros de distancia acciona precipitadamente un arma de fuego contra su víctima sin conseguir alcanzarla, pues en este caso fue también la forma de ejecutar la acción la que impidió la aparición del resultado.

⁵¹⁸ Sin embargo, la supuesta dificultad para distinguir entre las tentativas "absoluta y relativamente inidóneas" es lo que da pie a FERNANDEZ CARRASQUILLA para recomendar la impunidad de la tentativa inidónea, alegando motivos de seguridad jurídica; cfr. Juan FERNANDEZ CARRASQUILLA, *Derecho...*, ed. cit., pág. 375.

⁵¹⁹ Cfr. Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., § 25/36, pág. 720. En cuanto a la conclusión obtenida, asiste pues plena razón a ZIELINSKI cuando afirma que no debe haber diferencia entre las tentativas idónea e inidónea, ya que en ambas la aparición del resultado dependería de la simple casualidad; cfr. Dierthart ZIELINSKI, *Handlungs-...*, ed. cit., pág. 40 nota 142. Es probable que también ZACHARIA haya visto ya en la primera mitad del siglo XIX la necesidad de no distinguir entre las tentativas idónea e inidónea, puesto que sostuvo que ésta última debería ser considerada como una manifestación más de la tentativa inacabada; cfr. Heinrich-Albert ZACHARIA, *Die Lehre...*, 2. Teil, ed. cit., pág. 36.

No es que con la imposición de una pena en estos supuestos se esté sancionando la mera intención delictiva⁵²⁰, o la simple peligrosidad abstracta del autor, pues se trata de hipótesis en las que se ha dado comienzo a actos de ejecución que la doctrina acepta pacíficamente como susceptibles de reproche penal. Sostener lo contrario supondría tener que admitir que en los ejemplos antes transcritos el autor se ha limitado a exteriorizar una intención delictiva intrascendente para el derecho penal. Por supuesto que, en todo caso, aun quedará por precisar cuándo se abandona el terreno de los actos preparatorios para ingresar en el de los ejecutivos; pero lo que debe quedar claro en este momento, es que una vez admitido que una determinada conducta ha llegado hasta ese punto que los múltiples defensores de la teoría del *iter criminis* califican como el comienzo de la tentativa punible, no se trata simplemente de sancionar una idea delictiva, sino de la imposición de una pena por la comisión de un hecho calificado como censurable por el ordenamiento jurídico penal.

Independientemente del debate sobre su punibilidad, la doctrina se ha ocupado desde hace mucho tiempo de analizar en forma separada las distintas formas en que puede expresarse la inidoneidad de la tentativa⁵²¹. Respecto de la ineptitud de los medios suele haber acuerdo en considerársela como una clase de tentativa inidónea⁵²², residiendo el punto de discusión solamente en torno a su correcta denominación⁵²³. En cuanto a la carencia de aptitud del objeto, si bien en principio se la considera pacíficamente como una forma de inidoneidad de la tentativa⁵²⁴, su contenido es aún objeto de

⁵²⁰ En el sentido criticado, cfr. Francisco CARRARA, Teoría..., ed. cit., págs. 53 y 54, siguiendo en ello a su maestro CARMIGNANI, para quien en los casos de inidoneidad de los "actos" no hay tentativa (cfr. Giovanni CARMIGNANI, Elementi..., ed. cit., pág. 85).

⁵²¹ Ya ZACHARIA había dicho que la inidoneidad puede ser diferenciada de acuerdo con los componentes esenciales de la acción, que a su juicio eran el objeto, el medio y la fuerza o potencia; cfr. Heinrich-Albert ZACHARIA, Die Lehre..., 2. Teil, ed. cit., págs. 237 y 238.

⁵²² Cfr. Miguel CÓRDOBA ANGULO, La tentativa, ed. cit., pág. 59; Albin ESER/Björn BURKHARDT, Lehrbuch, ed. cit., pág. 124; Albin ESER, Schönke/Schröder, ed. cit., § 22 Rd. 60; Reinhard FRANK, StGB, ed. cit., § 43 pág. 88; Hans-Heinrich JESCHECK, Lehrbuch, ed. cit., pág. 477; Diethelm KIENAPFEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 114; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 40/137, pág. 42; Carl Joseph Anton MITTERMAIER, NACR 1 [1816], ed. cit., págs. 171 y 172; Otto TRIFFTERER, Lehrbuch, ed. cit., pág. 362; Johannes WESSELS, Lehrbuch, ed. cit., pág. 185.

⁵²³ Al respecto, cfr. infra 4.2.2.2.1.2.

⁵²⁴ Cfr. Miguel CÓRDOBA ANGULO, La tentativa, ed. cit., pág. 59; Detlev Chr. DICKE, JuS 1968, ed. cit., pág. 161; Albin ESER/Björn BURKHARDT, Lehrbuch, ed.

polémica⁵²⁵, como se verá en el apartado siguiente. Finalmente, en lo que atañe a la falta de idoneidad del sujeto, las diferencias doctrinales siguen siendo amplias, pues mientras algunos la consideran una forma de tentativa inidónea⁵²⁶, otros prefieren tratarla como una manifestación específica del delito putativo⁵²⁷. En las siguientes páginas me ocuparé del estudio de las tentativas caracterizadas por la inidoneidad del objeto y del medio, relegando lo relacionado con la idoneidad del sujeto para el momento en que se aborde el examen del delito putativo, sin que ello signifique (como en su oportunidad se verá) que anticipadamente se esté tomando partido en favor de quienes entienden que todos los casos en que falta la aptitud del sujeto deben ser considerados como un delito putativo.

4.2.2.2.1.1. Inidoneidad del objeto.-

Tal como se acaba de reseñar, la discusión sobre la inidoneidad del objeto no gira en derredor de su consideración como una forma de tentativa inidónea —que es usualmente admitida—, sino en torno de su contenido, lo cual ha llevado a que se proponga distinguir entre los casos de inexistencia absoluta e inexistencia relativa del objeto⁵²⁸. Según esta propuesta, habría inidoneidad absoluta del objeto en todos aquellos casos en los que la ausencia de resultado depende de la inexistencia del objeto hacia el cual se ha dirigido la acción, mientras en los casos de inidoneidad relativa el objeto sí

cit., pág. 124; Albin ESER, Schönke/Schröder, ed. cit., § 22 Rd. 60; Reinhard FRANK, StGB, ed. cit., § 43 pág. 88; Hans-Heinrich JESCHECK, Lehrbuch, ed. cit., pág. 477; Diethelm KIENAPFEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 114; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 40/137, pág. 42; Carl Joseph Anton MITTERMAIER, NACR 1 [1816], ed. cit., págs. 171 y 172; Otto TRIFFTERER, Lehrbuch, ed. cit., pág. 362; Johannes WESSELS, Lehrbuch, ed. cit., pág. 185.

⁵²⁵ Cfr. Paul BOCKELMANN/Klaus VOLK, Lehrbuch, ed. cit., pág. 210.

⁵²⁶ Cfr. Miguel CÓRDOBA ANGULO, La tentativa, ed. cit., pág. 59; Albin ESER/Björn BURKHARDT, Lehrbuch, ed. cit., pág. 124; Albin ESER, Schönke/Schröder, ed. cit., § 22 Rd. 60; Hans-Heinrich JESCHECK, Lehrbuch, ed. cit., pág. 477; Diethelm KIENAPFEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 114; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 40/137, pág. 42; Otto TRIFFTERER, Lehrbuch, ed. cit., pág. 362.

⁵²⁷ Mientras WESSELS considera que es discutible incluir dentro de esta figura la inidoneidad del sujeto (cfr. Johannes WESSELS, Lehrbuch, ed. cit., pág. 185), FRANK se pronunció expresamente contra esta posibilidad (cfr. Reinhard FRANK, StGB, ed. cit., § 43 pág. 88).

⁵²⁸ Históricamente puede encontrarse ya una alusión a la impunidad de la tentativa inidónea derivada de inidoneidad absoluta del objeto en Heinrich-Albert ZACHARIA, Die Lehre..., erster Theil, ed. cit., págs. 250 y 251.

tendría existencia real, pero no estaría en el sitio que el autor creía al momento de desplegar su conducta. Ejemplificando la diferencia, se puede decir que cuando alguien dispara sobre un cadáver creyendo que se trata de un hombre vivo, estaría actuando sobre un objeto absolutamente inidóneo en cuanto no existe ningún hombre al cual matar, al paso que quien dispara contra la cama vacía de su enemigo, que instantes antes había abandonado el lecho para dirigirse al baño, habría actuado sobre un objeto con existencia real, pero ubicado en un sitio diverso del imaginado por el autor, es decir su conducta habría recaído sobre un objeto relativamente inidóneo⁵²⁹.

Cuando en el transcurso del siglo XIX las concepciones objetiva y subjetiva de la tentativa se enfrentaban por obtener la primacía, uno de los puntos que más ardua polémica suscitaba era el relacionado con la posibilidad de sancionar la tentativa inidónea, cuya impunidad —sostenían los subjetivistas— conduciría a dejar sin castigo a quien lanzase varios golpes de arma blanca contra el pecho de quien se hallara protegido por una impenetrable malla de acero, o a quien intentase apoderarse de un dinero ajeno mediante el forzamiento de una caja de caudales construida a prueba de cualquier robo⁵³⁰. Frente a esta aguda observación replicó von BAR en defensa de una tesis objetiva, que el hombre cuyo torso se encuentra protegido por una malla de acero sigue siendo un ser humano susceptible de ser asesinado, aun cuando de una forma diversa al apuñalamiento; en cambio, agregó, si el delito no hubiera podido consumarse porque la víctima había fallecido instantes antes de ser atacada por el autor, entonces no existiría ya un ser humano susceptible de ser asesinado y por tanto no podría hablarse de un delito de tentativa de homicidio, ya que el ordenamiento jurídico no puede estar interesado en proteger la "vida" de un cadáver⁵³¹.

Respecto del segundo ejemplo, precisó von BAR que en caso de que alguien penetre a una entidad bancaria para sustraer dinero y no pueda conseguirlo por encontrar vacía la caja de caudales, su conducta debe ser punible por tentativa de hurto, ya que siempre existirá la posibilidad de que el autor se apodere de otros bienes

⁵²⁹ En contra de esta diferenciación entre la inexistencia absoluta y relativa del objeto, cfr., por ejemplo, Elena FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, ed. cit., pág. 306.

⁵³⁰ Cfr. Maximilian von BURI, *ZStW* 1 [1881], ed. cit., pág. 195.

⁵³¹ Cfr. Ludwig von BAR, *Zur Lehre...*, ed. cit. pág. 14.

muebles que se hallen en el lugar⁵³²; esta opinión fue secundada por MITTERMAIER, para quien la punibilidad del autor en estas hipótesis resultaba innegable, puesto que "en la mayoría de los casos" el ladrón no dirige su acción contra una determinada cosa sino que suele querer apoderarse de lo que encuentre⁵³³. La poca solidez de esta argumentación se evidencia cuando sus defensores se ven obligados a variar la solución en aquellos supuestos en los que lo que el autor buscaba y no encontraba era la víctima a quien quería dar muerte; en estos casos sostuvo von BAR que si en la edificación no está la pretendida víctima ni ninguna otra persona, entonces la conducta debería ser impune; pero si dentro del aposento se encontrase otro hombre al que el autor confunde con su víctima y le agrede, entonces habría que sancionarle por tentativa de homicidio⁵³⁴. De acuerdo con esta precisión, el simple hecho de que en la edificación se encuentren personas diversas de la pretendida víctima no sería razón suficiente para imponer sanción por tentativa inidónea de homicidio, porque si bien habría más seres humanos susceptibles de ser asesinados, el autor no estaría interesado sino en la muerte de una determinada persona, que es la que se encuentra ausente del lugar en el que los hechos tienen ocurrencia.

Esta antigua distinción efectuada sobre la inidoneidad del objeto, que llevaba aparejada una solución diferencial dependiendo de lo relativo o absoluto de la inexistencia del objeto, fue lo que posteriormente dio lugar a la consolidación de una versión de la teoría de defecto del tipo en la que de una manera más coherente se sostuvo que cuando el objeto o los medios formaran parte de la descripción típica de una determinada conducta, su ausencia debía conducir a la impunidad por falta de tipicidad, independientemente de si esa inexistencia del objeto podía ser considerada como relativa o absoluta⁵³⁵. De acuerdo con esta última interpretación, ni quien disparase sobre un cadáver,

⁵³² Cfr. Ludwig von BAR, Zur Lehre..., ed. cit., págs. 23 y 24. Ya con anterioridad había señalado ZACHARIA que en caso de que alguien disparase contra un hombre muerto creyéndole vivo, si bien podría hablarse de la existencia de una tentativa ella no sería punible; cfr. Heinrich-Albert ZACHARIA, Die Lehre..., 2. Teil, ed. cit., pág. 238.

⁵³³ Cfr. Carl Joseph Anton MITTERMAIER, GS 1859, ed. cit., págs. 442 y 443.

⁵³⁴ Cfr. Ludwig von BAR, Zur Lehre..., ed. cit., pág. 24.

⁵³⁵ No es entonces casualidad que el desarrollo de esta vertiente de la teoría del defecto del tipo tenga su origen en las tesis de MITTERMAIER, quien ya desde entonces sostenía que cuando el objeto falta absolutamente o no tiene las características exigidas por la ley, no hay posibilidad de una tentativa; cfr. Carl Joseph Anton MITTERMAIER, NACR 1 [1816], ed. cit., pág. 171.

ni quien lo hiciese sobre la cama que su enemigo acababa de abandonar casualmente son merecedores de sanción penal, porque la conducta que exteriorizó la intención de matar no tuvo como objeto un hombre, sino que recayó sobre un "cadáver" o sobre "un colchón"⁵³⁶.

Tal como en páginas precedentes se señaló, si bien al derecho penal le importa la protección de específicos bienes jurídicos, ella se consigue de una forma mediata a través del establecimiento de normas cuyo quebrantamiento permite la puesta en marcha del derecho penal. Esto significa que aun cuando en el fondo lo que interesa es la salvaguardia de bienes jurídicos frente a determinadas clases de comportamientos, no hay necesidad de esperar a que ellos sufran una efectiva mengua, sino que el derecho penal puede y debe intervenir cuando el autor evidencie con su comportamiento que desconoce una de las normas que han sido erigidas para la protección de un bien jurídico. Como afirma JAKOBS, en la protección de la norma está contenida una defensa generalizada de los bienes jurídicos individuales, independientemente de la posibilidad concreta de subsistencia del bien⁵³⁷.

Por consiguiente, cuando alguien despliega una conducta que en el momento de ser desarrollada da a entender que su autor desconoce una determinada norma, pese a no obtener el resultado buscado, su actuación será punible a título de tentativa inidónea tanto si el objeto contra el que fue dirigida no tenía existencia real⁵³⁸, como si se encontraba en un sitio diverso⁵³⁹. Cuando una parte de la doctrina

⁵³⁶ Así, cfr. Luis JIMENEZ DE ASUA, Tratado..., ed. cit., págs. 501, 768, 769 y 780.

⁵³⁷ Cfr. Günther JAKOBS, Kaufmann-Gedächtnisschrift, ed. cit., págs. 277 y 278, nota 20.

⁵³⁸ Cfr. Karl-Heinz GÖSSEL, GA 1971, ed. cit., pág. 234, quien sostiene que tratar de matar a quien se cree vivo pero ya ha fallecido, es una tentativa inidónea merecedora de pena; Günther JAKOBS, Kaufmann-Gedächtnisschrift, ed. cit., págs. 277 y 278 nota 20, quien sobre el mismo ejemplo de aquel dispara sobre un cadáver creyendo que se trata de un ser vivo, se inclina por reconocer la existencia de una tentativa punible; Diethelm KIENAPFEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 115, al afirmar que cuando se dispara contra un hombre en la creencia de que está vivo, hay tentativa inidónea punible; Karl-Heinz VEHLING, Die Abgrenzung..., ed. cit., págs. 131, 132 y 134, quien correctamente agrega que como quiera que desde un punto de vista ex-ante en la cama contra la que se dispara hay un hombre que todavía vive, entonces es legítimo esperar del autor que no dispare sobre ese "hombre"; Theo VOGLER, LK, ed. cit., § 22 Rn. 139, en cuanto afirma que practicar maniobras abortivas sobre una mujer que no está embarazada o cuyo embrión se encuentra ya muerto, constituyen tentativa inidónea punible.

⁵³⁹ Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/36, págs. 720 y 721.

sostiene la tesis contraria, vale decir, cuando se afirma que ante la inexistencia real (o absoluta) del objeto no puede aplicarse una sanción al autor de la conducta, se lo hace pensando en que se trata de hipótesis en las que ningún bien jurídico ha sido puesto en peligro; pero ya se ha visto que ese juicio de peligrosidad es equívoco, pues desde una perspectiva *ex-ante* tanto el autor como un espectador objetivo que posea sólo los conocimientos de ese autor captarán el peligro de la conducta aun cuando en realidad no exista el objeto contra el que se dirija, mientras un omnisciente observador percibirá la ausencia de peligro en cualquier clase de tentativa, sea ella idónea o inidónea e independientemente de si en este último evento la inidoneidad se deriva de la ausencia absoluta o relativa del objeto sobre el que recae la conducta.

4.2.2.2.1.2. Inidoneidad del medio.-

Como una consecuencia necesaria de sus planteamientos, los defensores de la teoría subjetiva propugnaron por la punibilidad de la tentativa inidónea incluso en los casos en que la no sobrevenida del resultado fuera consecuencia de la ineptitud del medio empleado. Uno de los más persistentes sostenedores de la tesis subjetiva, von BURI, manifestó que en cualquier tentativa los medios empleados son claramente inidóneos para alcanzar la consumación, tal como fácilmente se desprende de la simple comprobación *ex-post* de la ausencia del resultado. Por consiguiente, agregó este autor, si puede considerarse la inidoneidad del medio como una característica inherente a la tentativa, sólo quedan dos opciones: o se punen todas las tentativas a pesar de la ineptitud del medio empleado, tal como lo aconseja una teoría subjetiva, o no se sanciona ninguna de ellas. Y como todas las tesis están de acuerdo en la abstracta necesidad de castigar las tentativas, entonces sería forzoso reconocer que, en estricto sentido, ni siquiera debería hablarse de la existencia de medios inidóneos que eliminasen la necesidad de aplicar una sanción, en cuanto el concepto de "inidoneidad" debería ser considerado como antagónico frente al de "medio"; por esta vía se arribó a la conclusión de que en las tentativas jamás se llega a la consumación porque el autor no emplea un "medio" para conseguir el resultado, sino que se limita a desplegar infructuosos esfuerzos para tratar de alcanzar dicha consumación; sin embargo, se agrega,

esos esfuerzos merecen un reproche penal como manifestación de una intención delictiva⁵⁴⁰.

Frente a este decidido apoyo en favor de la punibilidad de la tentativa inidónea derivada de la ineptitud del medio empleado, los partidarios de las teorías objetivas se opusieron inicialmente a dicha pretensión, con el argumento de que el empleo de un medio inadecuado para la consumación del delito implicaba la falta de esa relación de causalidad potencial que debería caracterizar a toda tentativa punible⁵⁴¹. De esta manera, el estricto desarrollo de la concepción que de la tentativa poseía FEUERBACH conducía a sostener que como un medio inidóneo no podía llevar nunca al resultado querido, entonces no podía hablarse de esa relación de causalidad que, aun cuando hipotética en el caso de las tentativas, constituiría el elemento esencial para que cualquier conducta alcanzase relevancia penal. Sin embargo, este rechazo frontal a toda punibilidad de la tentativa caracterizada por la inidoneidad de los medios fue pronto abandonado, ya que ampliaba en exceso el marco de la impunidad cobijando casos como el de quien no podía consumir el homicidio por emplear una cantidad demasiado pequeña de veneno, o porque en el momento de accionar el arma de fuego esta presentó una falla en su mecanismo de percusión.

Para morigerar en parte estas consecuencias, los defensores de la teoría objetiva propusieron distinguir entre el empleo de medios absolutamente inidóneos, que conduciría a la impunidad, y la utilización de medios relativamente inidóneos que daría lugar a una sanción penal⁵⁴². La no aplicación de una pena en aquellos casos en los que la ausencia del resultado estuviera determinada por el uso de un medio absolutamente inidóneo estaría justificada por la circunstancia de que el bien jurídico no habría corrido peligro alguno⁵⁴³, como cuando alguien dispara sobre su víctima con un fusil descargado, o como cuando alguien intenta dar muerte a su enemigo con un terrón de azúcar. Por el contrario la necesidad de sancionar a

⁵⁴⁰ Cfr. Maximilian von BURI, ZStW 1 [1881], ed. cit., págs. 185 y 186.

⁵⁴¹ Cfr. Carl Joseph Anton MITTERMAIER, NACR 1 [1816], ed. cit., págs. 171 y 172; en la actualidad sostiene el mismo criterio Detlev Chr. DICKE, JuS 1968, ed. cit., pág. 161.

⁵⁴² Cfr. Heinrich-Albert ZACHARIA, Die Lehre..., erster Theil, ed. cit., págs. 239, 240 y 241; Heinrich-Albert ZACHARIA, Die Lehre, zweiter Teil, ed. cit., pág. 238.

⁵⁴³ Cfr. Heinrich-Albert ZACHARIA, Die Lehre..., erster Theil, ed. cit., págs. 244 y 245.

quien no ha logrado la consumación del delito por recurrir a un medio relativamente inidóneo estaría justificada porque en esos supuestos sí se puso en peligro al bien jurídico, como cuando se mezcla arsénico con la comida de la víctima, pero en una cantidad menor de la requerida para provocarle la muerte. Incluso se llegó a precisar que la aplicación de una pena en estos últimos casos estaba condicionada a que el autor no tuviera consciencia de la inidoneidad del medio empleado, pues en caso de que así fuera no estaría actuando con la intención de conseguir el resultado, sino tan solo deseándolo⁵⁴⁴.

Pronto se advirtió, sin embargo, que la distinción entre medios absoluta y relativamente inidóneos es artificiosa⁵⁴⁵, pues prácticamente no existe un solo medio que empleado de una manera conveniente no pueda producir, por ejemplo, la muerte de una persona. En verdad, los medios no son en sí mismos idóneos para la producción de un resultado, sino que su aptitud o ineptitud para conseguirlo depende de las circunstancias en que se empleen⁵⁴⁶, de tal manera que un arma de fuego es idónea para producir una muerte por herida de bala sólo si se la carga convenientemente, si su mecanismo de percusión no está estropeado y si se la emplea dentro de su radio de acción, pues en caso contrario será un instrumento inidóneo para conseguir ese tipo de resultado, pudiendo, no obstante, ser todavía apta para producir otro tipo de resultado como por ejemplo una muerte por apaleamiento. Ante lo evidente de estas últimas precisiones, se ha optado por abandonar paulatinamente la propuesta de condicionar la punibilidad de esta clase de tentativa a la cualidad que de idoneidad relativa o absoluta tuviera el medio empleado, bien sea rechazando abiertamente esa artificiosa distinción, o precisando que aquello de lo que puede predicarse la idoneidad o inidoneidad del medio es la conducta del autor y no el medio por él empleado⁵⁴⁷.

⁵⁴⁴ Cfr. Ludwig von BAR, Zur Lehre..., ed. cit., págs. 16 y 26.

⁵⁴⁵ Cfr. Maximilian von BURI, ZStW 1 [1881], ed. cit., pág. 187, quien precisó que no hay diferencia alguna entre la inidónea aplicación de un medio idóneo y la aplicación de un medio inidóneo.

⁵⁴⁶ Así lo precisó ya, con notable claridad, Ludwig von BAR, Zur Lehre..., ed. cit., págs. 13 y 14.

⁵⁴⁷ Cfr. Rafel ALCÁCER GUIRAO, La tentativa inidónea..., ed. cit., pág. 137; Miguel CÓRDOBA ANGULO, La tentativa, ed. cit., pág. 37; Diethelm KIENAPFEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 115; Alfonso REYES ECHANDIA, Derecho..., ed. cit., págs. 122 y 123.

Para quienes se inclinan por esta última solución, la tentativa derivada de conducta apta para conseguir el resultado será merecedora de sanción penal, al paso que todo comportamiento inapropiado para obtener la consumación del delito conducirá a una tentativa inidónea impune, con lo cual se desemboca nuevamente en el postulado general de la antigua teoría objetiva, de acuerdo con el cual la tentativa inidónea debe permanecer impune ante la ausencia de un peligro para el bien jurídico. En contra de esta tesis se han hecho ya dos precisiones que conviene recordar rápidamente: la primera es que la aplicación de una sanción penal a título de tentativa (y a título de consumación) no se deriva directamente de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, sino del quebrantamiento de la vigencia de las normas que han sido estatuidas con el fin de preservar la genérica integridad de los bienes jurídicos frente a determinadas clases de comportamientos. La segunda es que la concreción *ex-ante* de esa pretendida peligrosidad de la acción que los partidarios de la tesis objetiva consideran imprescindible para la punibilidad de la tentativa conduce a la punibilidad de toda tentativa inidónea, ya que desde el momento de ejecutarse la acción, tanto el autor como un espectador objetivo que no supiese más que aquel, apostaría por la peligrosidad de la conducta; y en el supuesto de que se tratase de un hombre medio omnisciente, estaría en capacidad de detectar la imposibilidad de todas las tentativas para la generación del resultado buscado, con lo que también desaparecería la distinción entre tentativas idóneas e inidóneas.

4.2.2.2. En las teorías subjetivas.-

En cuanto las concepciones subjetivas se oponen a la fundamentación de la punibilidad de la tentativa sobre el supuesto de la presencia de un peligro para el bien jurídico y hacen recaer la explicación de su reproche en la exteriorización de la intención delictiva del autor, se ha dicho que para ellas la razón de ser de la tentativa punible es la existencia, no de una conducta peligrosa, sino de un autor peligroso⁵⁴⁸.

⁵⁴⁸ Por eso afirmaba von BURI que el autor es igual de peligroso en las tentativas idóneas como en las inidóneas; cfr. Maximilian von BURI, ZStW 1[1881], ed. cit., pág. 199. En similar sentido se pronuncia KÖSTLIN, para quien lo que hace peligroso al autor es la mala intención y ella es la misma en las tentativas idóneas e inidóneas; cfr. Christian Reinhold KÖSTLIN, Neue Revision..., ed. cit., pág. 366.

Como de acuerdo con esta teoría, lo que interesa es que el sujeto exteriorice una voluntad contraria al ordenamiento jurídico, la tentativa debe ser punible independientemente de la existencia o inexistencia de aquellos factores objetivos que condicionan la aparición del resultado que se persigue; para la aplicación de la pena bastaría entonces con que el autor fuera consciente de que emprende una actuación tendiente a la obtención de un fin delictivo, siendo irrelevante la posibilidad concreta de obtener esa finalidad ilícita que dio impulso a la misma. Desde esta perspectiva, los errores que el autor pueda cometer en el desarrollo de su conducta y que determinen la no sobrevenida del resultado serían absolutamente irrelevantes, de manera que aun cuando su conducta careciera de la aptitud de generar el resultado o se dirigiera sobre un objeto inidóneo, debería ser punible⁵⁴⁹.

Como puede verse, para los seguidores de una teoría subjetiva no representa un esfuerzo adicional la explicación de por qué la tentativa inidónea debe ser punible, lo que sin duda les permite sostener válidamente que en el fondo todas las tentativas son inidóneas, en cuando no alcanzan el resultado buscado⁵⁵⁰, pero todas ellas son punibles como exteriorización de una voluntad delictiva. Gracias a esta facilidad para explicar la sanción de tales conductas, no sólo adquirió esta tesis una amplia difusión en la doctrina y jurisprudencia en detrimento de las concepciones objetivas, sino que, además, es frecuente que cuando un determinado código penal establece la punibilidad de la tentativa inidónea se asegure que el legislador de turno ha acogido una concepción subjetiva⁵⁵¹, así como

⁵⁴⁹ Cfr. Peter ALBRECHT, *Der untaugliche...*, ed. cit., págs. 21, 22 y 46; René BLOY, *Contenido de ilícito...*, ed. cit., pág. 375; Maximilian von BURI, *GS 19 [1867]*, ed. cit., pág. 63; Maximilian von BURI, *ZStW 1[1881]*, ed. cit., pág. 185, quien considera que tanto en las tentativas inidóneas absolutas como en las relativas la ausencia del resultado puede verse en un error del autor, que no ha tenido en cuenta algunas circunstancias que determinan la ausencia del resultado; Albin ESER/Björn BURKHARDT, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 124; Christian Reinhold KÖSTLIN, *Neue Revision...*, ed. cit., págs. 356 y 357; para quien el error sobre circunstancias externas no le es imputable al actuador; Diethart ZIELINSKI, *Handlungs-...*, ed. cit., pág. 136.

⁵⁵⁰ Así, por ejemplo, SCHMIDHÄUSER afirma que para una teoría subjetiva pierde sentido el concepto de tentativa inidónea; cfr. Eberhard SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, ed. cit., § 15/40, pág. 605.

⁵⁵¹ Cfr. Luis JIMENEZ DE ASUA, *Tratado...*, ed. cit., pág. 705, para quien "la penalidad del delito imposible significa el triunfo de concepciones subjetivas de la tentativa frente al puro objetivismo"; Hans SCHULTZ, *SchwZStr 107 [1990]*, ed. cit., pág. 70, en cuanto afirma que la punibilidad de la tentativa inidónea es un argumento irrefutable de que el ordenamiento penal acoge una teoría subjetiva.

cuando su sanción no aparece expresamente recogida en la normatividad se afirma que el legislador fue partidario de una teoría objetiva de la tentativa.

Pero si bien tradicionalmente se ha reconocido como un mérito indiscutible de esta tesis la explicación coherente de la tentativa inidónea y su punibilidad, el énfasis que ha puesto en la circunstancia de que la intervención sancionadora del Estado se basa en la creencia que el autor tiene de estar desarrollando un comportamiento hostil al ordenamiento penal⁵⁵², le ha valido el reproche de confundir el plano moral con el jurídico⁵⁵³, en cuanto el fundamento de la punibilidad de la tentativa no estaría en la objetiva contraposición de la conducta peligrosa con la norma, sino en la exteriorización de una intención dirigida a la consecución de un fin delictivo.

La aplicación de una sanción con base en lo que el autor piensa, e independientemente de lo que objetivamente denote su conducta es propio de un sistema moral, y no de uno penal en el que lo determinante no puede ser la creencia del autor sobre la violación de una norma, sino la presencia objetiva de una vulneración a esa norma⁵⁵⁴. Por lo demás, si —como hacen los defensores de esta tesis— se prescinde de la interpretación objetiva de la conducta y se eleva el reproche penal sólo sobre la activación de la intención delictiva, negando así toda importancia a los errores que habiendo sido cometidos por el autor en el desarrollo de su conducta condujeron a la no sobrevenida del resultado, entonces resulta inevitable la punición de la tentativa irreal o supersticiosa, en la que es claramente observable la existencia de una actuación exterior

⁵⁵² Cfr. Eberhard SCHMIDHÄUSER, Lehrbuch, ed. cit., § 15/40, pág. 605, para quien lo determinante es el deseo delictivo y la progresión de su realización en el espejo de la representación del autor; Hans WELZEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 192, quien afirma que es peligroso el deseo que con su objetivación cree volcarse inmediatamente en la realización del delito, independientemente de si hay o no una abstracta peligrosidad derivada de la inidoneidad del medio o del objeto; Diethart ZIELINSKI, Handlungs-..., ed. cit., págs. 138 y 139, afirmando que quien cree que dispara un arma cargada o quien dispara sobre una cama creyendo que allí hay un hombre, actualiza su finalidad de dar muerte a un ser humano (ibídem, pág. 231); las condiciones objetivas de las que dependería la efectiva realización de la acción final serían intrascendentes.

⁵⁵³ Cfr. Robert von HIPPEL, Lehrbuch, ed. cit., págs. 421 y 422.

⁵⁵⁴ Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/22, pág. 713.

reveladora de intención delictiva⁵⁵⁵. Aquí también tendrían que sostener los subjetivistas que el error cometido por el autor en la ejecución de su comportamiento al recurrir, por ejemplo, a medios sobrenaturales para tratar de conseguir un resultado, sería un error irrelevante que en nada afectaría la objetivación de la voluntad hostil al ordenamiento jurídico como fundamento de la pena.

4.2.2.2.3. En las teorías mixtas.-

A partir del enunciado general de que en la fundamentación de la punibilidad de la tentativa no pueden desconocerse ni los factores objetivos ni los subjetivos, una teoría mixta conduce a reconocer la necesidad de aplicar una sanción en los casos de tentativa inidónea sólo cuando pueda ser determinada la existencia de esos dos elementos. En esta dirección, vale decir, haciendo énfasis en la necesidad de no descuidar el aspecto subjetivo, había señalado FRANK que la tentativa inidónea sólo es punible cuando, de haber correspondido la realidad a la representación del autor, el delito se hubiera consumado, mientras cuando dicha correspondencia no se presentase, la conducta debería permanecer impune⁵⁵⁶.

Con ello no abandona este autor su idea de que el derecho penal no debe sancionar aquellas conductas que al sujeto le parezcan peligrosas sino sólo aquellas que probablemente puedan conducir a la sobrevenida de un resultado⁵⁵⁷, sino que respecto de las tentativas inidóneas propone tomar en consideración la representación que el autor tiene de la realidad para aplicar una sanción sólo en determinados casos. Así, por ejemplo, si el individuo hubiese tomado realmente el frasco del arsénico que quería, en lugar del envase que contenía el azúcar, el haber mezclado esa sustancia con el café de la víctima hubiera podido generar el resultado buscado y por tanto su conducta sería punible; por el contrario, y recurriendo aquí a un ejemplo del propio FRANK, si un sujeto cree que el azúcar es veneno y toma por equivocación un poco de sal para mezclar con la bebida de su víctima su conducta será impune, puesto que en el

⁵⁵⁵ Sobre las dificultades que enfrenta la tesis subjetiva para evitar la punición de la tentativa irreal o supersticiosa, cfr. Albin ESER, Schönke/Schröder, ed. cit., § 22 Rd. 65; Detlev Chr. DICKE, JuS 1968, ed. cit., pág. 158; Elena FARRÉ TREPAT, La tentativa..., ed. cit., págs. 318, 319 y 388; Robert von HIPPEL, Lehrbuch, ed. cit., págs. 419 y 420; Hans-Joachim RUDOLPHI, Maurach-Festschrift, ed. cit., pág. 72.

⁵⁵⁶ Cfr. Reinhard FRANK, StGB, ed. cit. §43, pág. 90.

⁵⁵⁷ Cfr. Reinhard FRANK, StGB, ed. cit., §43, pág. 90.

evento de que efectivamente hubiese tomado un poco de azúcar y se lo hubiese suministrado a su víctima el resultado no hubiese podido sobrevenir⁵⁵⁸.

Pero si bien esta comparación entre la representación que el autor tenga de la realidad con lo que hubiese podido ocurrir en caso de no haber mediado equivocación permitiría explicar algunos supuestos de tentativa inidónea como los acabados de transcribir, resulta claramente insuficiente para explicar hipótesis de tentativa irreal o supersticiosa, pues si el autor cree que el azúcar es veneno y toma del envase correspondiente un poco de dicha sustancia para suministrarle a su víctima, ¿en qué habrá de consistir el juicio hipotético? Como el único error en que ha incurrido el sujeto es respecto de la aptitud venenosa del azúcar, sólo aparece como posible hipótesis la de imaginar lo que hubiera acaecido si el azúcar ciertamente hubiese sido un veneno; pero si ello fuera cierto, entonces la conclusión resultaría insostenible, puesto que si en realidad el azúcar poseyese esa característica letal, entonces la conducta del autor hubiera tenido aptitud para generar el resultado, por manera que ella debería ser punible.

De otra parte, ya se ha señalado⁵⁵⁹ que así como en los delitos consumados el fundamento de la intervención del derecho penal no radica en la efectiva vulneración de los bienes jurídicos, así mismo tampoco puede ser la simple puesta en peligro de dichos bienes lo que permite la aplicación de una sanción penal, pues son muchas las actividades que desarrolladas normalmente dentro de un grupo social llevan aparejada la probabilidad de conculcar bienes jurídicos, y no por ello son dignas de reproche penal; por ejemplo, nadie negaría que la correcta fabricación de aviones, trenes o automóviles, así como su reglamentaria puesta en marcha lleva consigo la probabilidad de causar daños, muertes y lesiones, sin que por ello nadie pueda sostener válidamente que esa probabilidad, unida a la mala intención del fabricante de dichos vehículos, pueda servir de fundamento suficiente para la aplicación de una pena por tentativa de homicidio o de lesiones, como podría desprenderse de la literal aplicación de una teoría mixta como la acabada de reseñar.

⁵⁵⁸ Cfr. Reinhard FRANK, StGB, ed. cit., §43, pág. 90.

⁵⁵⁹ Cfr. supra 2.1.1.2.

De otra parte, como según la formulación de la "teoría dualista" que en otro lugar se describió⁵⁶⁰, el fundamento de la punibilidad es diverso respecto de las tentativas idóneas e inidóneas, en cuanto en estas últimas lo importante es la intencionalidad de la conducta, mientras en aquellas lo relevante es la peligrosidad del comportamiento, puede afirmarse que su explicación de la tentativa inidónea corresponde integralmente a la suministrada por las teorías subjetivas⁵⁶¹, y por tanto respecto de ella son predicables las mismas objeciones que en el apartado anterior se señalaron en relación con las concepciones subjetivas.

4.2.2.2.4. En la teoría del defecto del tipo.-

Tal como en otro lugar quedó expuesto⁵⁶², la principal falla de la concepción original de la teoría del defecto del tipo consiste en sostener que cuando en la conducta del autor falta alguno de los elementos del tipo debe aplicarse una sanción penal, aun cuando reducida en proporción a la importancia que el elemento faltante revistiese en la configuración típica, en lugar de admitir que ante la ausencia de cualquier elemento de la descripción legal debería admitirse la atipicidad del comportamiento y su consiguiente impunidad. A partir de esa idea de que un defecto en el tipo suponía en el fondo la imposibilidad de aplicar la norma, se elaboró una versión distinta de la teoría, cuyo punto de partida es la idea de que en una conducta puede faltar como elemento típico el resultado⁵⁶³, sin que ello haga desaparecer la utilización de la norma, mientras la ausencia de todos los demás elementos constituiría un defecto del tipo que conduciría a su inaplicación, es decir, a la impunidad del autor⁵⁶⁴.

⁵⁶⁰ Cfr. supra 2.1.3.

⁵⁶¹ En efecto, ALWART sostiene reiteradamente que la razón por la que las tentativas supersticiosas o irreales no merecen sanción penal, es que respecto de ellas no puede predicarse la existencia de una verdadera intención delictiva; cfr. Heiner ALWART, *Strafwürdiges...*, ed. cit. págs. 205 a 208.

⁵⁶² Cfr. supra 2.2.1.

⁵⁶³ Esta idea fue rechazada por von HIPPEL con el argumento de que no puede distinguirse entre elementos típicos que pueden faltar y otros que no, pues en el fondo cuando el resultado está ausente también hay un defecto del tipo; cfr. Robert von HIPPEL, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 432.

⁵⁶⁴ Cfr. Carl Joseph Anton MITTERMAIER, *NACR* 3 [1820], ed. cit., págs. 400, 401 y 402.

Se afirmó entonces que cuando el objeto sobre el que se dirigía la conducta carecía de existencia, faltaba un elemento del tipo que lo hacía inaplicable, así como en aquellos casos en los que un determinado medio es considerado como elemento típico su ausencia implicaría la impunidad por defecto del tipo⁵⁶⁵. Así, por ejemplo, cuando alguien disparase sobre un cadáver su conducta debería permanecer impune en cuanto la norma que describe el homicidio se refiere a la conducta de dar muerte a "otro", y ese "otro" sólo puede ser un "ser humano" y no un cadáver; por consiguiente quien dispara sobre un muerto no acomoda su conducta a la descripción que el código penal hace del homicidio, y ese defecto del tipo (consistente en la inexistencia del objeto) conduciría a no aplicar una sanción penal en esos casos⁵⁶⁶. De la misma manera, cuando la norma describe como conducta típica el provocar la muerte de otro mediante el empleo de sustancias venenosas, la conducta de quien pretende envenenar a su enemigo mediante el suministro de azúcar será impune, en cuanto al no existir una "sustancia venenosa" estaríamos frente a un defecto del tipo que conduce a la inaplicación de la norma. Como fundamento último de esta argumentación se invoca siempre el principio de que no hay pena sin tipicidad, y la tipicidad supone necesariamente la existencia de todos los elementos que componen la descripción típica (salvo —según esta teoría— el resultado)⁵⁶⁷.

Con esta reformulación de la teoría del defecto del tipo se superan los problemas que enfrentaba la antigua concepción objetiva para distinguir entre tentativas absoluta y relativamente inidóneas⁵⁶⁸, puesto que respecto del medio lo único que interesaba saber era si él estaba o no consagrado como elemento del tipo, para en caso positivo reconocer que su ausencia generaba impunidad y en caso

⁵⁶⁵ Cfr. Carl Joseph Anton MITTERMAIER, NACR 1[1816], ed. cit., págs. 184, 185, 194 y 195; Carl Joseph Anton MITTERMAIER, GS 1859, ed. cit., págs. 422 y siguientes; Theodor RITTLER, Lehrbuch, ed. cit., págs. 257 y 258. Más recientemente, cfr. Luis JIMENEZ DE ASUA, Tratado..., ed. cit., págs. 759, 778 y 779.

⁵⁶⁶ Cfr. Luis JIMENEZ DE ASUA, Tratado..., ed. cit., pág. 223.

⁵⁶⁷ Cfr. Carl Joseph Anton MITTERMAIER, NACR 3 [1820], ed. cit., pág. 411; Carl Joseph Anton MITTERMAIER, GS 1859, ed. cit., págs. 422 y 423, precisando que si se aplicara una sanción penal a pesar de no estar completos los elementos del delito, en realidad se estaría puniendo la simple intención delictiva; Theodor RITTLER, Lehrbuch, ed. cit., pág. 257.

⁵⁶⁸ Cfr. Theodor RITTLER, Lehrbuch, ed. cit., pág. 257.

contrario deducir responsabilidad por tentativa inidónea⁵⁶⁹; en principio, se diría entonces que quien dispara sobre otro con un fusil descargado merece una sanción penal, a pesar de la inidoneidad del medio empleado, puesto que la norma que describe el homicidio no exige como uno de sus elementos el empleo de un fusil apto para ocasionar la muerte. Y por lo que respecta al tratamiento del error sobre el objeto, esta concepción permitiría aparentemente soluciones homogéneas que no conseguían las teorías objetivas, puesto que su ausencia determinaría defecto del tipo e impunidad, independientemente de que se tratase de una ausencia absoluta o relativa. Por consiguiente, la conducta del autor debería ser impune tanto si disparara contra un cadáver como si lo hiciera sobre la cama de su enemigo, sin percatarse de que instantes antes éste se había desplazado al cuarto de baño. En uno y otro casos habría ausencia de un elemento constitutivo del tipo, pues la norma no prohíbe dar muerte a "cadáveres" ni a "colchones" sino a "hombres"⁵⁷⁰, por lo que se estaría en frente de un defecto del tipo que conduciría a la impunidad del comportamiento⁵⁷¹.

No obstante la aparente validez de este último razonamiento, no es del todo claro que en aquellos eventos en los que el objeto se encuentra en lugar diverso deba hablarse de su "ausencia" como elemento del tipo, puesto que en puridad de términos ese objeto sigue teniendo una existencia real, aun cuando se halle situado en un lugar diverso del que el autor creía. Ciertamente, podría argumentarse que en el contexto dentro del que la conducta del sujeto se desarrolla podría hablarse efectivamente de una inexistencia del objeto, pese a que desde un punto de mira abstracto ello no fuera correcto.

Sin embargo, con una consideración concreta de lo que es la ausencia de objeto surgirían dificultades para diferenciar la inidoneidad del medio de la del objeto, puesto que perfectamente podría afirmarse que cuando alguien dispara sobre la cama vacía de

⁵⁶⁹ Para distinguir aquellos casos en que faltando el elemento típico debía reconocerse la impunidad por defecto del tipo, de las hipótesis en que la conducta podía acomodarse sin más a la norma dando lugar a la sanción por tentativa inidónea, JIMENEZ DE ASUA recurrió a la siguiente expresión: En un caso lo imposible es la tentativa (defecto del tipo) en el otro lo imposible es el delito (tentativa inidónea punible); cfr. Luis JIMENEZ DE ASUA, Tratado..., ed. cit., pág. 662.

⁵⁷⁰ Cfr. Luis JIMENEZ DE ASUA, Tratado..., ed. cit., págs. 501, 768, 769 y 780.

⁵⁷¹ Cfr. Carl Joseph Anton MITTERMAIER, GS 1859, ed. cit., págs. 445 y 446.

su enemigo pensando que allí reposa la víctima, el objeto sigue siendo idóneo en cuanto ser vivo susceptible de ser muerto, y la inidoneidad debería predicarse solamente del medio en cuanto en la forma como fue empleada el arma (contra la cama vacía) no podía darse muerte a un ser humano⁵⁷²; lo mismo ocurriría cuando se dispara contra alguien que está fuera del alcance del arma de fuego, situación frente a la cual puede afirmarse que el objeto existe pero el medio (la forma en que fue empleado) es inidóneo. Recuérdese que no se trata aquí de la simple dificultad teórica de precisar la distinción entre dos formas de inidoneidad, sino que ello posee consecuencias diversas puesto que según los postulados de esta teoría, cuando hay un defecto del tipo por inexistencia del objeto debe reconocerse la impunidad del autor, mientras que cuando lo que falta es el medio no recogido como elemento del tipo, la conducta merece sanción penal. Por lo demás, si se tuviese que admitir que la punibilidad del autor depende de si el objeto carecía de existencia real o sólo se encontraba en un lugar diverso⁵⁷³, entonces las soluciones a que se arribaría no diferirían sustancialmente de las propuestas por los objetivistas, que en otro lugar fueron objeto de apreciación crítica.

Pero aun cuando fuese cierto que con la teoría del defecto del tipo — a diferencia de lo que ocurría en las concepciones objetivas— se conseguía tratar de igual manera los casos de ausencia de objeto, independientemente de que ella fuera absoluta (inexistencia) o relativa (existencia en un lugar diverso), esta tesis enfrentó serios problemas al momento de determinar lo que debería entenderse por "objeto" de la conducta, que sólo parecía estar claro en supuestos muy sencillos como el del homicidio. Así, por ejemplo, no puede negarse que quien inicia maniobras abortivas sobre una mujer no embarazada, lo hace respecto de una mujer que tiene existencia real, así como quien por equivocación sustrae una cosa mueble propia se apodera efectivamente de un bien con existencia real, y quien

⁵⁷² FRANK defendió la teoría del defecto del tipo en éste último sentido, afirmando que cuando el objeto no existe (por ejemplo la víctima está ya muerta) hay un defecto del tipo y la conducta es impune, pero cuando el objeto está en otro lugar, la inidoneidad ya no es del objeto sino del medio y por tanto debe ser punible (por ejemplo disparar sobre la cama vacía o introducir la mano en el bolsillo vacío); cfr. Reinhard FRANK, StGB, ed. cit., §43, pág. 91.

⁵⁷³ Von HIPPEL censuraba la teoría del defecto del tipo por considerar que conducía a soluciones arbitrarias, justamente en cuanto la existencia del objeto en lugar distinto del imaginado por el autor suponía la aplicación de una pena; cfr. Robert von HIPPEL, Lehrbuch, ed. cit., págs. 435 y 436.

mantiene relaciones sexuales con quien cree equivocadamente que es su pariente cohabita con una mujer que en realidad existe. ¿Podría entonces afirmarse que como en esos casos existe el objeto no puede hablarse de un impune defecto del tipo sino de una tentativa inidónea punible? Las respuestas a este interrogante no son homogéneas entre los defensores de esta teoría, de manera tal que mientras RITTLER piensa que faltando la ajenidad de la cosa el objeto es inexistente y no debe aplicarse sanción penal⁵⁷⁴, JIMENEZ DE ASUA sostiene que el objeto es la cosa mueble y por tanto existe independientemente de su ajenidad, por lo que debe reconocerse la presencia de una tentativa inidónea que merece pena⁵⁷⁵. Pero al mismo tiempo, este último autor piensa que en el caso de las maniobras abortivas sobre persona no gestante el objeto de la conducta típica es la mujer embarazada, de tal manera que existiendo mujer, pero careciendo de aquella cualidad, debe admitirse la ausencia del objeto y por tanto un defecto del tipo que conduce a la impunidad del comportamiento⁵⁷⁶.

Aun admitiendo que la determinación de lo que es "objeto" de una conducta típica puede ser entendido de una forma tan amplia que comprenda su cualificación como en los ejemplos de la "mujer embarazada" o la "cosa mueble ajena", no resulta claro por qué deben ser tratados de forma diversa quien yerra sobre la aptitud del medio y quien se equivoca sobre la del objeto⁵⁷⁷. Es verdad que a este interrogante puede contestarse de manera relativamente simple con la afirmación de que la ausencia del medio (como la del objeto) conduce a impunidad sólo en cuanto él este expresamente recogido como elemento de la descripción típica, pero no cuando el medio no forme parte de ella, puesto que en ese caso su ausencia no puede verse como un defecto del tipo⁵⁷⁸.

Sin embargo, con esta respuesta lo que se evidencia es que la aplicación de una sanción penal al autor depende en muchos casos de si el legislador ha decidido o no incluir expresamente un determinado medio dentro de la descripción típica de una conducta, con lo que la existencia de una tentativa dependería de una decisión

⁵⁷⁴ Cfr. Theodor RITTLER, Lehrbuch, ed. cit., pág. 257.

⁵⁷⁵ Cfr. Luis JIMENEZ DE ASUA, Tratado..., ed. cit., págs. 778 y 779.

⁵⁷⁶ Cfr. Luis JIMENEZ DE ASUA, Tratado..., ed. cit., págs. 770 y 771.

⁵⁷⁷ Cfr. Robert von HIPPEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 434; Claus ROXIN, Strafrecht AT, Band II, ed. cit., § 29/30, págs. 341 y 342.

⁵⁷⁸ Cfr. Luis JIMENEZ DE ASUA, Tratado..., ed. cit., págs. 759, 778 y 779.

de pura técnica legislativa⁵⁷⁹. Así, por ejemplo, como en el Código Penal alemán no hay una norma que puna concretamente el homicidio con medios venenosos, pero sí hay una que sanciona las lesiones ocasionadas mediante el suministro de veneno (§ 229 StGB), la situación jurídica de quien mezcla en la comida de su enemigo una sustancia que cree venenosa depende de la intención que tuviera al desplegar esa conducta: si quería dar muerte a su adversario, su proceder será punible como tentativa inidónea, pues el medio venenoso no forma parte de la descripción típica del homicidio (§ 211 StGB); pero si lo que pretendía el autor era causar lesiones a su enemigo, entonces su comportamiento no merecerá pena alguna puesto que la existencia de una sustancia venenosa es elemento de la descripción típica de las lesiones, y por consiguiente su ausencia constituiría un defecto del tipo⁵⁸⁰.

Pese a que se admitiera que nada de malo tiene que la punibilidad de una conducta a título de tentativa dependa de la redacción que el legislador brinde a determinada norma penal, lo evidente es que el medio empleado tiene siempre importancia para el encuadramiento de la conducta en la descripción típica. Por ejemplo, un elemento del tipo de homicidio es el "matar" a otro, luego la "conducta de matar" forma parte de la descripción típica de este delito; pero a su vez, lo que es una "conducta de matar" depende de la forma como el autor desarrolle su comportamiento la cual a su vez está estrechamente relacionada con el medio escogido y la forma de emplearlo, vale decir, con la idoneidad del medio. Por esta vía puede entonces sostenerse que quien por equivocación suministra a su enemigo azúcar en lugar de veneno, no despliega una "conducta de matar" porque la sustancia suministrada no tiene aptitudes venenosas, luego estaríamos en frente de un defecto del tipo que conduce a la impunidad; porque si el medio escogido y su adecuado empleo determinan la "conducta" típica de "matar", hurtar", etcétera, entonces su ausencia no puede ser menos importante que la del objeto⁵⁸¹ y en ambos casos debería reconocerse la presencia de un defecto del tipo y la consiguiente impunidad.

⁵⁷⁹ Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., §2 5/16, pág. 711.

⁵⁸⁰ Cfr. Peter ALBRECHT, Der untaugliche..., ed. cit., págs. 18 y 19.

⁵⁸¹ Con razón dice ALBRECHT que "la acción de matar" no puede ser menos importante que "el objeto del hecho" como elementos de una descripción típica; cfr. Peter ALBRECHT, Der untaugliche..., ed. cit., pág. 18.

La defensa de la teoría del defecto del tipo sobre el supuesto de que el medio empleado no determina la conducta y por tanto su ausencia no puede considerarse de ninguna manera como inexistencia de un elemento del tipo supondría una consecuencia más grave aún, pues ello permitiría sostener, por ejemplo, que quien pretende dar muerte a otro mediante conjuros al demonio debe ser sancionado penalmente en cuanto el tipo de homicidio no recoge como elemento de este delito el recurso a un medio determinado. Por el contrario, si se admitiera que quien reza para dar muerte a otro no despliega una "conducta de matar", entonces sí falta un elemento del tipo y ese defecto conduciría correctamente a la impunidad de la tentativa supersticiosa. No es de extrañar entonces que algunos defensores de esta teoría se inclinen por sostener que cuando se emplean medios absolutamente inidóneos no puede hablarse de una conducta típica que da lugar a sanción penal sino de un defecto del tipo fundamentador de la impunidad⁵⁸². Sin embargo, cuando se observa que dentro de esta teoría se admite que lo absoluto o relativo del medio empleado determina la impunidad de la conducta, y cuando las referencias a la peligrosidad de la conducta no pueden ser obviadas dentro de la fundamentación de esta tesis⁵⁸³, es preciso reconocer que pese a moverse en un plano normativo, en cuanto pretende derivar la aplicación de sanciones penales del efectivo cumplimiento de los requisitos típicos, al momento de intentar superar las dificultades con que tropiezan, sus defensores se ven impelidos a retomar postulados e instituciones propias de las teorías objetivas⁵⁸⁴.

4.2.2.2.5. En la teoría de la impresión.-

Como según se ha visto⁵⁸⁵, para ésta teoría el fundamento de la punibilidad de la tentativa es la impresión que la puesta en marcha

⁵⁸² El propio RITTLER admite que cuando se aplican medios que como el azúcar son absolutamente inidóneos, ello debe llevar al reconocimiento de un defecto del tipo porque su utilización no supone "matar", debiendo por tanto quedar impune el autor; cfr. Theodor RITTLER, Lehrbuch, ed. cit., págs. 257 y 258.

⁵⁸³ Por ejemplo, MITTERMAIER sostiene que la impunidad en casos de inexistencia del objeto es evidente, dado que en dichos casos no puede afirmarse que el bien jurídico haya peligrado; cfr. Carl Joseph Anton MITTERMAIER, NACR 1 [1816], ed. cit., pág. 195.

⁵⁸⁴ Para críticas adicionales a la teoría del defecto del tipo, cfr. Detlev Chr. DICKE, JuS 1968, ed. cit., págs. 159 y 160; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., §40/130, pág. 40; Hans WELZEL, Lehrbuch, ed. cit., págs. 193 y 194.

⁵⁸⁵ Cfr. supra 2.2.2.

de la intención criminal causa en la generalidad, cuya confianza en la validez del ordenamiento jurídico se conmueve, afectando así al sentimiento de seguridad jurídica y con ello la paz del derecho, sus defensores no dudan en afirmar que sobre estos mismos supuestos puede ser explicada tanto la punibilidad de la tentativa inidónea como la impunidad de la supersticiosa o irreal.

Así, se sostiene que la tentativa inidónea despierta esa misma impresión de ataque al ordenamiento jurídico en cuanto el observador de la conducta no está al tanto de su inidoneidad⁵⁸⁶; por eso, cuando alguien acciona contra otra persona una pistola que ha sido previamente descargada sin su conocimiento, el desprevenido observador que también ignora el hecho de que el arma carece de munición, siente conmocionada la paz jurídica cuando se percató de ese proceder, pues en el momento de desarrollarse la acción ella impresiona con independencia de si en concreto es apta o no para generar el resultado⁵⁸⁷. Por el contrario, en los casos de tentativa irreal o supersticiosa, se sostiene que la conducta de quien así se comporta no despierta ningún sentimiento de afectación al ordenamiento jurídico⁵⁸⁸, pues quien observa que alguien clava alfileres en un muñeco de cera para deshacerse de su mujer no experimenta la sensación de que la paz jurídica ha sido turbada, sino la de que la turbación tiene lugar en la mente del autor.

Pese a que la formulación abstracta de esta tesis es lo suficientemente coherente como para brindar una explicación tanto de la punibilidad de las tentativas idóneas e inidóneas como para

⁵⁸⁶ Cfr. Albin ESER/Björn BURKHARDT, Lehrbuch, ed. cit., págs. 124 y 125; Luis JIMENEZ DE ASUA, Tratado..., ed. cit., págs. 705 y 706; Diethelm KIENAPFEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 115; Claus ROXIN, JuS 1979, ed. cit., pág. 1; Theo VOGLER, Versuch und Rücktritt bei der Beteiligung mehrerer an der Straftat, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Walter de Gruyter, Berlin-New York, 98. Band, 1986, pág. 333; Theo VOGLER, LK, ed. cit., § 22 Rn. 136, 137.

⁵⁸⁷ Sin embargo, BÜNGER, pese a ser partidario de una teoría de la impresión, consideró que la tentativa inidónea no es capaz de despertar la representación del peligro para un bien jurídico y por consiguiente afirmó que debería ser impune; cfr. BÜNGER, ZStW 6 [1886], ed. cit., pág. 362.

⁵⁸⁸ Cfr. Peter ALBRECHT, Der untaugliche..., ed. cit., págs. 32 y 33; Hans-Heinrich JESCHECK, Versuch und Rücktritt bei Beteiligung mehrerer Personen an der Straftat, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), De Gruyter, Berlin-New York, 99. Band, 1987, pág. 118; Diethelm KIENAPFEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 116; Kristian KÜHL, Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung, in Juristische Schulung (JuS), Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1981, pág. 193; Eberhard SCHMIDHÄUSER, Lehrbuch, ed. cit., § 15/18, pág. 594.

justificar la falta de punición de las supersticiosas o irreales, sus dificultades comienzan al momento de precisar cómo debe ser efectuado ese juicio sobre la impresión que una determinada conducta despierta en la comunidad social. Como no puede tratarse de un juicio emitido por la víctima o por personas que hayan percibido directamente los hechos, ya que ello conduciría a valorar en forma diversa unos mismos acontecimientos dependiendo del grado de susceptibilidad del observador, así como de su inteligencia y desarrollo cultural⁵⁸⁹, se ha dicho que quien decide cuándo un comportamiento "impresiona" negativamente a la comunidad es un observador objetivo del hecho que actuaría en representación de su respectiva comunidad social⁵⁹⁰.

Como ya se ha señalado con anterioridad⁵⁹¹, es perfectamente posible que ese ciudadano medio objetivo pueda sentirse "impresionado" por conductas que por razones culturales afectan la tranquilidad de la comunidad, pero que no suponen un verdadero atentado al ordenamiento jurídico, como sucede todavía en muchos pueblos especialmente del centro y el sur de América, donde sus habitantes creen tanto en la efectividad de la brujería que muchas de sus diarias actividades giran en derredor de mágicos rituales; por consiguiente, para cualquier representante objetivo de dichas comunidades sociales la práctica de "magia negra" dirigida a causar daños en las personas o las cosas genera sin lugar a dudas una considerable "impresión" y provoca intranquilidad social, sin que ello signifique que el derecho penal deba intervenir para sancionar al brujo.

Pero incluso abandonando el ámbito de la hechicería, resulta innegable que en la actualidad muchos pueblos del denominado "mundo civilizado" se encuentran unidos en torno a sólidas creencias religiosas, y que para sus habitantes existen figuras especialmente representativas desde este punto de vista, como lo son los sacerdotes en las pequeñas comunidades, los obispos en ciudades grandes o países, y el propio Sumo Pontífice del catolicismo a nivel mundial. Es tanta la influencia que esos representantes religiosos ejercen sobre

⁵⁸⁹ Cfr. Elena FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, ed. cit., pág. 27; Dietrich KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung...*, ed. cit., págs. 66 y 67.

⁵⁹⁰ Cfr. Arnold HORN, *ZStW* 20 [1900], ed. cit., págs. 313 y 314; Hans-Joachim RUDOLPHI, SK, ed. cit., vor § 22 Rn. 14.

⁵⁹¹ Al respecto cfr. supra 2.2.2.

el pueblo, que no sólo les permite moldear en buena parte la conducta de sus habitantes, sino que cuando estos mismos se encuentran en circunstancias difíciles, suelen acudir a los párrocos en busca de consuelo y apoyo. Por eso al habitante de una pequeña población le reconforta saber que el cura reza por el bienestar de su familia, y muchas personas en el mundo confían en que las oraciones del Sumo Pontífice permitan la pronta recuperación de un líder mundial o la terminación de un conflicto armado. En fin, son muchas las iglesias que en todo el mundo católico han recibido la denominación de "santuarios" para indicar que en ellas se producen frecuentes milagros, y muchas las personas que a diario acuden allí para pedir de la divinidad la concesión de un favor, confiando en obtenerlo.

Pues bien, si la religión puede condicionar de tal modo la conducta de ciertos pueblos, creo que asiste razón a JAKOBS cuando señala que la oración pública del obispo por la muerte del soberano no puede ser declarada como irrelevante por la teoría de la impresión⁵⁹², pues así como la comunidad puede experimentar tranquilidad cuando el Papa reza por la salud de un presidente, así mismo puede verse "conmocionada" cuando esos rezos son por la muerte del alto funcionario. En consecuencia, la impresión que se genere en la comunidad social no puede ser empleada de forma satisfactoria para determinar cuándo una conducta merece reproche penal, en cuanto el juicio del observador objetivo versa sobre consideraciones estrictamente socio-culturales que no necesariamente coinciden con los parámetros que sirven de sustento al ordenamiento jurídico-penal⁵⁹³.

4.2.2.2.6. En la teoría normativa.-

De acuerdo con su concepción del injusto como destrucción de la esfera de libertad ajena mediante la ampliación de la propia, ZACZYK aborda el problema de los errores que cometidos por el autor en el desarrollo de su conducta dan lugar a la aparición de la tentativa supersticiosa, con base en el análisis del ámbito de libertad de la

⁵⁹² Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/22, págs. 713 y 714.

⁵⁹³ Por eso considero que tienen razón quienes critican la teoría de la impresión por recurrir a parámetros demasiado vagos en la determinación de la punibilidad de la tentativa; así, por ejemplo, cfr. Peter ALBRECHT, Der untaugliche..., ed. cit., pág. 33; Elena FARRÉ TREPAT, La tentativa..., ed. cit., págs. 332 y 338.

víctima y concretamente aludiendo a la forma como ella organiza su conducta. Por esta vía, sostiene que cuando la falta de sobrevenición del resultado depende de las posibilidades de configuración del mundo por parte de la víctima, esa falta del resultado es absolutamente casual desde el punto de vista del autor y por tanto su conducta merece reproche penal a título de tentativa; por ejemplo, cuando el autor no encuentra nada que hurtar en el bolsillo de su víctima porque ésta había cambiado de bolsillo el dinero que llevaba consigo, o cuando el sujeto no consigue dar muerte a su enemigo disparando sobre su lecho porque éste se ha levantado de la cama pocos instantes antes del ataque, el resultado no ha sobrevenido debido a que la víctima ha configurado el mundo de acuerdo con su voluntad, y como el ejercicio de esa libertad es algo ajeno al autor, puede decirse que la no consecución del resultado es, desde su punto de vista, puramente casual, y por tanto su conducta resulta punible como tentativa⁵⁹⁴.

Por el contrario —continúa ZACZYK— si el comportamiento del autor no consigue llegar al resultado sólo porque el objeto sobre el que se dirigía no existe, entonces no podrá aplicarse una sanción penal porque son hipótesis en las que no hay nada que respetar. Por eso cuando el autor cree que el tronco de un árbol es un ser humano y dispara contra él, su conducta debe permanecer impune, pero si ese mismo sujeto acciona una pistola contra un árbol pensando que es el enemigo al que ha estado acechando, entonces la falta del resultado dependerá de que la víctima, existiendo, no se encuentra en el lugar hacia el que se dirigió el atentado justamente porque ésta ha organizado su conducta libremente y, por consiguiente, el comportamiento del autor merece reproche penal a título de tentativa⁵⁹⁵.

La formulación general de ZACZYK en el sentido de resaltar la usurpación de ámbitos de libertad ajenos como esencia del injusto es en sí misma correcta pero insuficiente al carecer de contornos claros que permitan no sólo determinar concretamente cuándo surge esa intromisión en las esferas ajenas de libertad, sino además para establecer la relevancia que deben tener los errores del autor en su proceso de configuración de la realidad. En relación con estos últimos supuestos, no parece claro que la existencia de una tentativa

⁵⁹⁴ Cfr. Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., pág. 256.

⁵⁹⁵ Cfr. Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., pág. 255.

inidónea punible dependa tan solo de la forma como la víctima ha configurado la realidad, porque en estos casos la ausencia del resultado suele deberse a errores que el propio sujeto comete en su configuración de la misma y no propiamente a la conducta libre de la víctima. Así ocurre, por ejemplo, cuando el autor no consigue dar muerte a su enemigo porque ha tomado equivocadamente un arma descargada, o porque ha mezclado una insuficiente cantidad de veneno en la comida de la víctima; incluso en los casos mencionados por ZACZYK puede decirse que, en sentido estricto, la ausencia del resultado se debe más a los errores que el autor comete al organizar su conducta, que a la forma libre como la víctima ha desarrollado la suya, pues si bien es cierto que es ésta última quien decide cambiar de bolsillo sus pertenencias o abandonar el lecho por unos instantes, también lo es que el introducir la mano en el bolsillo carente de dinero o el disparar sobre un lecho vacío se debe en última instancia a un error del autor sobre la presencia en determinado lugar del objeto al que dirige su actuación.

Cuando JAKOBS enfrenta el problema de la tentativa inidónea precisa su concepto de conducta comunicativamente relevante afirmando que lo decisivo para que en esos casos pueda existir un reproche penal es que el autor desarrolle un comportamiento que a través de un juicio objetivo racional sea "idóneo" para producir el resultado que se persigue⁵⁹⁶. En principio parecería que esta propuesta se limita a descargar en un observador objetivo la solución del problema al afirmar que la tentativa será idónea cuando ese observador considere que la conducta es apta para conseguir el resultado, con lo que se generaría la impresión de que sólo se traslada el juicio de idoneidad del observador al ámbito penal, sin mayor aporte adicional; sin embargo, como para la solución del grupo de casos considerado por él como menos problemático JAKOBS acude al concepto de probabilidad para fundamentar la punición en el hecho de que hay configuraciones del mundo en las que la producción del resultado no aparece del todo improbable⁵⁹⁷, quizás pueda entenderse que para él la tentativa inidónea surge

⁵⁹⁶ Cfr. Günther JAKOBS, Kaufmann-Gedächtnisschrift, ed. cit., págs. 274 y 275.

⁵⁹⁷ Cfr. Günther JAKOBS, Kaufmann-Gedächtnisschrift, ed. cit., pág. 272, con específica referencia al ejemplo de quien confunde los frascos de sal y arsénico que se encuentran uno al lado del otro; una configuración del mundo donde esa maniobra produzca el resultado —afirma JAKOBS— no es del todo improbable.

cuando de acuerdo con un juicio objetivo racional la conducta del autor probablemente conduzca al resultado que con ella se persigue.

El manejo de ese juicio objetivo racional podría conducir a sostener que en los supuestos de inexistencia del objeto la conducta del autor debe ser impune, como cuando éste dispara sobre su enemigo que pocos instantes antes ha fallecido como consecuencia de una dolencia cardíaca⁵⁹⁸, solución que —por las razones que más adelante se expresarán⁵⁹⁹— no considero correcta, y que también ha sido posteriormente abandonada por el propio JAKOBS⁶⁰⁰. Además, el recurso al juicio objetivo racional deja aún abiertas algunas dudas sobre lo que el juzgador debe conocer para calificar a una conducta de apta o inidónea, y concretamente sobre el tratamiento que dentro de esa valoración deben recibir los conocimientos especiales del autor.

Quizás consciente de estas fallas pero trabajando sobre las mismas directrices generales, la propuesta de VEHLING llega un poco más lejos al introducir el concepto de adecuación de roles como elemento indispensable para efectuar la valoración de aquellas conductas; de esta manera, el comportamiento de una persona sólo sería reprochable a título de tentativa punible cuando con él se hubiera evidenciado como una conducta inadecuada al respectivo rol, lo cual sería independiente de su idoneidad o inidoneidad⁶⁰¹; por lo mismo, como en las tentativas supersticiosas la actuación del sujeto no manifestaría la desobediencia de un rol, ellas deberían permanecer en la impunidad⁶⁰². Con este correctivo respecto de la forma como debe llevarse a cabo la evaluación de las conductas este autor llega a una conclusión común con JAKOBS⁶⁰³: en las tentativas que suponen

⁵⁹⁸ Así lo admite expresamente JAKOBS; cfr. Günther JAKOBS, ZStW 97 [1985], ed. cit., pág. 764.

⁵⁹⁹ Cfr. infra 4.2.2.2.6.

⁶⁰⁰ En efecto, con posterioridad ha sostenido JAKOBS, en contra de su inicial afirmación, que incluso en el evento de que se dispare contra quien se cree vivo, pero en realidad ha fallecido, existe un perfecto quebrantamiento de la norma que da lugar a la aparición de una tentativa inidónea punible. Cfr. Günther JAKOBS, Kaufmann-Gedächtnisschrift, ed. cit., págs. 277 y 278, nota 20; en el mismo sentido, cfr. Günther JAKOBS, System..., ed. cit., pág. 72, en el entendido de que la conducta de quien intenta dar muerte a quien ya ha fallecido en todo caso atenta contra la prohibición de matar.

⁶⁰¹ Cfr. Karl-Heinz VEHLING, Die Abgrenzung..., ed. cit., págs. 131 y siguientes.

⁶⁰² Cfr. Karl-Heinz VEHLING, Die Abgrenzung..., ed. cit., pág. 124.

⁶⁰³ Cfr. Günther JAKOBS, Kaufmann-Gedächtnisschrift, ed. cit., pág. 275.

un modo irracional de organización de la conducta por parte del autor, no hay lugar a imponer una pena porque no hay un comienzo de ejecución de la conducta típica.

Una visión más completa de la posición de JAKOBS se consigue al revisar la manera como encara el problema de la tentativa supersticiosa, respecto del cual concluye que se trata de actuaciones en las que el sujeto organiza su conducta de un modo irracional, y por tanto no merece ser sancionado ante la ausencia de dolo; precisando un poco más su afirmación, añade que un plan con elementos sobrenaturales no es un dolo típico y por tanto la tentativa de ejecución no es una tentativa de delito⁶⁰⁴. Para entender correctamente esta reflexión es necesario remitirse a las consideraciones que JAKOBS hace sobre el “objeto del dolo”⁶⁰⁵, advirtiendo que éste faltará cuando la actuación del autor esté fundamentada en un conocimiento del acontecer terrenal condicionado sobrenaturalmente⁶⁰⁶. En consecuencia, la impunidad de la tentativa supersticiosa o irreal no dependería de la ausencia de dolo entendida como falta de intención delictiva, sino comprendida como equivocada percepción (conocimiento) de la realidad (acontecer terrenal) sobre la que se actúa, en cuanto se la imagina configurada de acuerdo con fuerzas sobrenaturales⁶⁰⁷.

En la tentativa inidónea, por el contrario, el autor desarrolla su comportamiento a partir de una percepción de la realidad que, en el momento de su actuación y con los conocimientos de los que en ese instante disponía, podía ser valorada como correctamente configurada. Quien posee un arma de fuego que luce en buen estado de funcionamiento y parece provista de la munición adecuada, configura correctamente la realidad si la acciona con la pretensión de dar muerte a un ser humano; la circunstancia de que el arma haya sido secretamente descargada por un tercero sin que el autor se percatara de ello no convierte en irracional la percepción que éste

⁶⁰⁴ Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/22, pág. 713.

⁶⁰⁵ De hecho, cuando fundamenta la impunidad de la tentativa supersticiosa en la ausencia de dolo (Lehrbuch, ed. cit., § 25/22, pág. 713) remite expresamente a un apartado de su libro en el que se ocupa del dolo como conocimiento (Lehrbuch, ed. cit., § 8/6, pág. 315).

⁶⁰⁶ Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 8/6, pág. 315.

⁶⁰⁷ Para un análisis más detallado de la propuesta de JAKOBS, cfr. infra 4.2.2.3.

tenía de la realidad, razón por la que el aspecto cognoscitivo (fáctico) del dolo está presente en su conducta.

La valoración sobre el correcto o inadecuado entendimiento de la realidad no depende del criterio de quien actúa, sino de la manera en que hubiera sido externamente apreciado por alguien con sus conocimientos especiales. Esto se explica porque las conductas que son desplegadas en ámbitos internos no deben ser interpretadas desde una perspectiva social, en cuanto no le incumben a la comunidad; en su esfera propia de libertad la persona puede configurar el mundo como quiera, incluso de manera irracional, sin que ello amerite un juicio de valor con repercusiones jurídicas, como cuando alguien invoca la ayuda de la divinidad para tener éxito en el desarrollo de determinada actividad, incluso delictiva⁶⁰⁸. Por el contrario, cuando un comportamiento abandona ese ámbito privado de libertad es susceptible de una interpretación en el ámbito social⁶⁰⁹, ya no con base en lo que su autor pretende transmitir con él, sino con fundamento en lo que realmente comunica. Esto vale tanto para las actuaciones jurídicamente relevantes, como para aquellas que no lo son; en el cuento de HANS CHRISTIAN ANDERSEN sobre “el rey desnudo” (también conocido en castellano como “el traje nuevo el emperador”) un monarca es convencido de que lleva un hermoso atuendo que tiene la particularidad de no ser visto por los tontos, cuando en realidad el mismo no existía; pese a que el rey paseó desnudo ante sus súbditos convencido de que portaba un traje nuevo, lo que ellos percibieron fue a su monarca desfilando en paños menores.

La tentativa inidónea es punible porque desde una perspectiva *ex-ante* puede ser interpretada como una actuación que, recayendo sobre una realidad correctamente configurada, se muestra desde el punto de vista de las probabilidades como apta para conseguir la pretendida lesión al bien jurídico⁶¹⁰. Esa interpretación es posible en

⁶⁰⁸ En Colombia, por ejemplo, a finales del siglo XX, los sicarios que trabajaban para el Cartel de Medellín solían invocar la ayuda de la Virgen para que pudieran perpetrar sus crímenes exitosamente.

⁶⁰⁹ A favor de que en las tentativas inidónea y supersticiosa se recurra una valoración de la conducta desde una perspectiva social, cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, Caso del abortivo inocu, ed. cit., págs. 92 y 93.

⁶¹⁰ Tiene razón BLOY cuando dice que “la perturbación de la paz jurídica legítima la aplicación de pena solo cuando es producida por el ataque a un bien jurídico, es decir, cuando se manifiesta en el ataque a un bien jurídico...”; cfr. René BLOY, Contenido de

cuanto el modo en el que el autor se ha representado la realidad sobre la que actúa coincide con el que exteriormente se tiene del mismo. En otras palabras, el reproche no se debe al solo hecho de que la persona en su esfera interna estuviera convencida de que actuaba de tal modo sobre una determinada representación de la realidad⁶¹¹, que su conducta podía ser apreciada como una indebida forma de ataque al bien jurídico, sino a la circunstancia de que su comportamiento exterior ha sido valorado de esa manera.

Esta forma de entender la tentativa inidónea tiene en común con las tesis subjetivas el énfasis en la necesidad de que se preste atención al aspecto interno del comportamiento, coincide con las concepciones objetivas en cuanto a la necesidad de que la conducta pueda ser apreciada como peligrosa para el bien jurídico⁶¹², y se asemeja a la de la impresión en cuanto ese peligro no debe ser producto de la apreciación interna del autor, sino de la interpretación social del comportamiento. Pero se aparta de todas ellas porque la diferencia entre lo interno y lo externo no es meramente ontológica (como ocurre en las concepciones objetivas, subjetivas y mixtas) y porque la apreciación externa de la conducta no se traduce en una simple impresión social negativa, sino que requiere el cumplimiento propio de los elementos de la imputación objetiva, tal como ocurre respecto del delito consumado.

Esto significa que la actuación será punible a título de tentativa cuando habiendo creado un riesgo jurídicamente desaprobado pueda afirmarse que el mismo se ha realizado en el resultado. A su vez, esto último ocurrirá cuando el autor haya actuado con dolo y se pueda determinar con ayuda de la causalidad (valorada desde una perspectiva *ex-ante* y sobre juicios de probabilidad) que su comportamiento puede ser interpretado como un quebrantamiento de la vigencia de la norma que sanciona la tentativa porque era apto para conseguir el pretendido daño al bien jurídico. Tal como en

ilícito..., ed. cit., pág. 387. En cuanto al empleo de una perspectiva *ex ante* para determinar la peligrosidad de la conducta, cfr. Miguel Ángel NUÑEZ PAZ, El delito intentado, ed. cit., pág. 114.

⁶¹¹ En contra de valorar la peligrosidad de la conducta desde la perspectiva del autor de la misma, cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, Caso del abortivo inocuo, ed. cit., pág. 93

⁶¹² Cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, Caso del abortivo inocuo, ed. cit., pág. 93, René BLOY, Contenido de ilícito..., ed. cit., págs. 371 y 372; sin embargo, este autor se refiere a la tentativa inidónea como una tentativa “no peligrosa” para el bien jurídico, que permitiría diferenciarla de la idónea como “peligrosa” para el bien jurídico; cfr. *Ibidem*, pág. 363..

páginas anteriores se ha señalado, esa realización del riesgo en el resultado implica que la persona haya orientado su conducta dolosamente a la infracción de dicha norma, lo que a su vez presupone que esta estuviera edificada sobre una comprensión de la realidad que exteriormente pudiera ser interpretada como correcta.

Como desde una perspectiva *ex-post* es evidente que en las tentativas la conducta orientada a dañar el bien jurídico no lo consiguió (por eso no es delito consumado), la valoración del comportamiento desde este ángulo conduciría a la impunidad de todas las manifestaciones de la tentativa (incluida, desde luego, la que la doctrina califica de idónea), en cuanto la forma en que fue desarrollado demostró no ser apta para lesionar el bien jurídico objeto de protección. Por consiguiente, la conducta debe ser valorada desde una perspectiva *ex-ante*, ya que es en ese momento cuando se puede determinar si fue desplegada sobre una correcta comprensión de la realidad y tenía probabilidades de conseguir la pretendida lesión al bien jurídico. En ese sentido no hay entonces una diferencia entre las llamadas tentativas idóneas y las catalogadas como inidóneas⁶¹³, pues mientras desde un punto de vista *ex-post* ambas se muestran como incapaces para afectar el bien jurídico, desde una perspectiva *ex-ante* las dos evidencian una puesta en peligro del mismo que amerita su sanción penal.

La valoración *ex-ante* de la conducta es la misma que se utiliza pacíficamente respecto de la figura del error, en la que la responsabilidad del autor se elimina o atenúa dependiendo de la forma como se habría comportado alguien en su lugar, de acuerdo con la representación que en ese momento se podía tener de la realidad sobre la que se actuaba. Desde el punto de vista de la manera en que se valora la comprensión del mundo sobre la que actúa el autor y de las consecuencias que de allí se derivan en materia de responsabilidad, bien puede afirmarse que el error es la figura opuesta a la tentativa, pues mientras las repercusiones de esta suponen surgimiento de responsabilidad, las de aquella la afectan negativamente⁶¹⁴.

⁶¹³ En la misma dirección, sostiene JAKOBS que dentro de los comportamientos de tentativa comunicativamente relevante no hay ninguna diferenciación entre las tentativas idónea e inidónea; cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., §25/36, pág. 720.

⁶¹⁴ Cfr. supra 4.2.2. e infra 4.2.2.3.1.

Consecuencia importante de la utilización de esa perspectiva *ex-ante* es la de permitir que se pueda hablar de responsabilidad penal incluso en aquellos casos en los que la conducta del autor esté orientada a afectar un bien jurídico inexistente, como cuando alguien dispara contra un cadáver pensando que se trata de una persona viva o intenta robar un dinero que no existe en la caja de seguridad de un banco, pensando equivocadamente que contenía al ansiado botín.

Cuando en contra de esta solución se afirma que un bien jurídico inexistente no podía haber sido lesionado, se olvida que esa afirmación solo es correcta desde un punto de vista, es decir, cuando esa valoración se hace una vez que la conducta del autor ha sido desplegada y resulta evidente que no causó el daño buscado. Si se quisiera ser coherente con esa forma de valorar la tentativa, debería admitirse también la impunidad en aquellos supuestos en los que el bien jurídico existe pero se encuentra en otro lugar, como cuando alguien dispara contra la cama vacía de su enemigo sin saber que pocos minutos antes éste la ha abandonado, o como cuando alguien introduce la mano en un bolsillo ajeno sin saber que su víctima ha cambiado de lugar la billetera que pretendía robar. Aun cuando en estos ejemplos el bien jurídico existe, desde una perspectiva resulta evidente que tampoco podía ser afectado con la conducta del autor. Idéntica conclusión debería aplicarse a todos los casos de tentativa, en los cuales resulta innegable que desde un punto de vista *ex-ante* la misma no era apta para afectar el bien jurídico.

Si lo que en el fondo justifica la punibilidad de la tentativa es el peligro que una conducta supone para un bien jurídico, resulta forzoso evaluarla desde una perspectiva *ex-ante*, porque la noción misma de peligro supone la elaboración de un pronóstico sobre los efectos aún no generados por una determinada actuación. Cuando se recurre a esta forma de valorarla, debe hacerse con los conocimientos que se poseen en el momento en el que la misma es desplegada, absteniéndose de incorporar datos que sólo serían conocidos después de terminada su ejecución. En consecuencia, si al momento de desarrollarse el comportamiento resultaba correcta para alguien en el lugar del autor (con los conocimientos especiales que haya podido poseer) la representación de la realidad sobre la que actuaba, su conducta es censurable a título de tentativa; esa comprensión del mundo comprende la existencia del bien jurídico que se busca afectar, su localización y la forma en que se lo pretende lesionar.

Cuando alguien toma en sus manos un objeto que por su configuración externa puede ser tenido por cualquiera en su lugar como un auténtico revólver, el hecho de accionarlo contra otra persona creyendo que se trata de una verdadera arma cuando en realidad es una perfecta imitación de ella, supone el desarrollo de una conducta punible a título de tentativa, en cuanto puede ser entendida como llevada a cabo sobre una correcta configuración de la realidad. Si a ese aspecto cognoscitivo del dolo se suma la intención que el autor tenía de dañar el bien jurídico su comportamiento puede ser calificado como una indebida forma de ataque al bien jurídico que, en su manifestación dolosa, le es objetivamente imputable a título de tentativa. Por el contrario, cuando un ciudadano cualquiera dispara una pistola contra un avión que vuela a varios miles de pies convencido de que así puede derribarlo, su actuación puede ser entendida como desplegada a partir de una configuración incorrecta de la realidad⁶¹⁵, lo que conduce a su impunidad.

La adecuada valoración externa de la configuración de la realidad sobre la que una persona actúa debe incluir lo que en la doctrina suele conocerse con el nombre de "conocimientos especiales"⁶¹⁶. Esto significa que para poder saber si una persona se ha representado la realidad como de él se esperaba, debe tenerse en cuenta si con base en lo que debería conocer y lo que efectivamente conocía, le era exigible una representación diversa de la que tuvo. Por ejemplo, aun cuando de un padre de familia no se espera que esté en condiciones de distinguir una mina explosiva y por ello los daños que le cause a sus hijos mediante la manipulación de ese objeto no reconocido como letal no pueden serle objetivamente imputables, si esa misma persona es además un oficial retirado del grupo de explosivos del ejército, capaz por tanto de reconocer la peligrosidad del artefacto que tiene en sus manos, la misma conducta le deberá ser imputable en cuanto de cualquier padre de familia se espera que no manipule

⁶¹⁵ En cuanto al resultado obtenido, compartimos entonces la afirmación de JAKOBS en el sentido de que se comporta racionalmente quien cree que una variedad del diente de león es venenosa porque la ha visto en un libro especializado en plantas venenosas, mientras actuaría irracionalmente quien creyese que esa hierba produce efectos mortales sólo porque al lado de un animal muerto ha visto una de tales plantas; cfr. Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., § 25/23, pág. 714.

⁶¹⁶ Sobre el concepto de conocimiento especiales, cfr. Yesid Reyes Alvarado. *Imputación...*, ed. cit., págs. 136 y siguientes.

armas de fuego o artefactos explosivos de manera que puedan afectar a sus hijos.

Por lo mismo, cuando los actores que toman parte en una obra de teatro observan que en el transcurso de una escena determinada, y de acuerdo con el papel respectivo, uno de sus compañeros se dispone a accionar un arma de fuego contra otro, la situación debe valorarse de forma diversa dependiendo de los conocimientos de que el autor disponga. Si el arma estaba efectivamente cargada y el "autor" no se percató de ello porque nadie en su lugar hubiese podido darse cuenta de que el arma de juguete normalmente empleada en la escena había sido cambiada por una auténtica, entonces su conducta no le podrá ser reprochable a título de tentativa de homicidio, (ni de homicidio consumado en el evento de que la muerte de la víctima hubiese llegado a producirse), pues él no estaba obligado a "ver" nada diverso de un arma de juguete. Pero si, por el contrario, el mismo "autor" fue el encargado de procurarse el arma verdadera para deshacerse "limpiamente" de su enemigo en el transcurso de la escena, entonces la forma como de él se esperaba que se representase la realidad debe valorarse de acuerdo con esos conocimientos especiales, lo que conduciría en este caso a sostener que como de cualquier persona se espera que no accione un arma de fuego contra un semejante, su conducta le será reprochable porque de él si se esperaba que "viera" un arma de fuego en el objeto que tenía entre sus manos.

Por el contrario, si alguien queriendo intimidar a su molesto vecino se procura una excelente réplica de una pistola para hacerle creer a su víctima que es objeto de una agresión contra su vida, no podrá serle imputada una tentativa de homicidio aun cuando todos los habitantes de la comunidad y el propio vecino hayan "visto" la manipulación de un auténtico revólver, porque la representación que el autor tuvo en el sentido de estar accionando un objeto inofensivo, es justamente la que se esperaba de él en cuanto quien conscientemente toma en sus manos una "pistola" de cera no está obligado a ver en ella nada más que eso⁶¹⁷. Distinta sería la situación si el sujeto cree haber tomado en sus manos una verdadera arma con el fin de eliminar a su vecino cuando en realidad se ha hecho equivocadamente con una excelente imitación de la pistola, pues en

⁶¹⁷ Frente a casos como este, sostuvo von BAR la impunidad del comportamiento por falta de dolo; cfr. Ludwig von BAR, *Zur Lehre...*, ed. cit., págs. 16 y 26.

ese caso el autor se ha representado la realidad como cualquier otro ciudadano en su lugar lo hubiera hecho, es decir ha visto el arma que todos en su contexto hubieran percibido y por tanto responderá de una tentativa de lesiones u homicidio.

Por eso lo importante en la punibilidad de la tentativa es que *ex-ante* la conducta del autor sea apta para comunicar una indebida forma de ataque al bien jurídico, aun cuando a la postre resulte inadecuada para conseguir su objetivo; y en lo que atañe a la supuesta diferencia entre las tentativas idónea e inidónea, lo cierto es que ella no existe porque en ambos casos el comportamiento del autor puede ser valorado desde una perspectiva *ex-ante* como desplegado sobre una configuración correcta de la realidad.

Si bien la diferencia entre las tentativas punibles (idónea e inidónea) y las impunes (delito putativo y tentativa irreal o supersticiosa) puede ser explicada con base en la interpretación que se pueda hacer de la forma como el autor entiende la realidad sobre la que actúa, ello no significa que la sola presencia de este elemento del dolo baste para que surja a la vida jurídica la tentativa punible. Es importante que adicionalmente al aspecto cognoscitivo, el sujeto haya orientado su conducta de manera intencional al quebrantamiento de la vigencia de la norma (aspecto volitivo del dolo) y que el comportamiento sea apto desde una perspectiva *ex-ante* para explicar la probable sobrevenida causal del pretendido daño al bien jurídico, con lo que se configuraría el resultado entendido como quebrantamiento de la vigencia de la norma que sanciona la tentativa.

4.2.2.3. Tentativa irreal o supersticiosa.-

Cuando a comienzos del siglo XIX advertía FEUERBACH sobre el peligro de confundir la moral con el derecho penal y la inconveniencia de no diferenciar correctamente aquellos casos que ameritan la intervención de las autoridades policivas de los que realmente requieren la activación del ordenamiento punitivo, señalaba que una tal confusión conduciría a sancionar penalmente a título de tentativa de homicidio a quien realizase una peregrinación hacia una capilla con el objeto de rezar allí por la muerte de su vecino⁶¹⁸. A partir de este ejemplo comenzó a desarrollarse la noción de tentativa supersticiosa, refiriéndola, en principio, a aquellos casos

⁶¹⁸ Cfr. Paul Johann Anselm Ritter von FEUERBACH, Lehrbuch, ed. cit., pág. 72.

en los que el autor desplegab su conducta conforme a creencias o rituales mágicos; se dijo entonces que en ella el autor edificaba la realidad sobre poderes mágicos inexistentes (o cuando menos no demostrables desde el punto de vista científico)⁶¹⁹, o que se confiaba en la producción del resultado mediante la intervención de poderes inexistentes⁶²⁰, o que se pretendía conseguir el resultado mediante la invocación de poderes sobrenaturales o fantasmagóricos⁶²¹. Esta tendencia inicial a identificar esta clase de "tentativa" con la invocación de fuerzas mágicas encuentra su mejor manifestación gráfica en MITTERMAIER, para quien la hipotética punición de dichos supuestos conduciría a calificar de autor intelectual de un delito de homicidio a quien reza por la muerte de su enemigo, al paso que Dios debería ser considerado como su autor material⁶²².

El ingenioso ejemplo de FEUERBACH dejó de ser una simple figura literaria cuando en 1827 el Tribunal Supremo de Zurich destituyó de su cargo de Juez de Paz al acusado Joh. Schälchli y le condenó a las penas de doce (12) años de suspensión de derechos civiles y cuatro (4) meses de arresto domiciliario como autor de una tentativa de homicidio, por el hecho de haber practicado un ritual que por entonces era bastante generalizado en aquella región y que en su caso concreto consistió en clavar agujas en una muñeca que simbolizaba a su esposa, con la finalidad de deshacerse de ella⁶²³. Aun cuando a primera vista este caso pueda parecer una aislada reliquia histórica, debe recordarse que muchas sanciones similares fueron aplicadas a través de procedimientos religiosos y por motivos fundamentalmente místicos, cuando durante largo tiempo la brujería fue perseguida judicialmente en diversos países, entre los que destacó España durante la época de la colonización de los pueblos centro y suramericanos. Este vínculo que en sus orígenes tuvo la tentativa supersticiosa con la invocación de poderes sobrenaturales es lo que ha permitido a algunos autores señalar que su impunidad puede explicarse históricamente por el hecho de haber cesado la

⁶¹⁹ Cfr. Karl LACKNER, StGB, ed. cit., §22, 2, b), cc).

⁶²⁰ Cfr. Hans-Joachim RUDOLPHI, SK, ed. cit., §22 Rn. 35.

⁶²¹ Cfr. Eberhard SCHMIDHÄUSER, Lehrbuch, ed. cit., §15/44, pág. 608.

⁶²² Cfr. Carl Joseph Anton MITTERMAIER, Beurtheilung der neuesten Criminalistischen Schriften, insbesondere in Bezug auf die Lehre vom Versuch der Verbrechen, in Neues Archiv des Criminalrechts (NACR), Halle, 10. Band, 1828, pág. 553. En el mismo sentido se pronunció algunos años después Heinrich-Albert ZACHARIA, Die Lehre..., erster Theil, ed. cit., pág. 242.

⁶²³ Cfr. Heinrich-Albert ZACHARIA, Die Lehre..., erster Theil, ed. cit., pág. 243, nota 1.

persecución judicial de la brujería⁶²⁴, y que recomendar actualmente su sanción supondría tan sólo un retorno a la cacería de brujas, pero esta vez encubierta mediante la figura de la tentativa supersticiosa⁶²⁵.

Con el paso del tiempo se fue haciendo evidente que había otros casos en los que, si bien el autor no recurría a la apelación de fuerzas sobrenaturales para la obtención de su ilícita finalidad, su conducta era de tal manera absurda que hacía innecesaria la imposición de una sanción penal, como cuando una mujer toma jugo de frambuesa convencida de que así abortará, o cuando una doncella emprende maniobras abortivas en la creencia de que el beso de su amado le ha dejado en estado de embarazo, o cuando alguien pretende derribar un avión que vuela a varios miles de pies de altura disparándole desde tierra con un revólver.

En ejemplos como los acabados de mencionar, no hay en realidad una invocación de fuerzas sobrenaturales ni de poderes mágicos, sino una actuación del autor con claro desconocimiento de la realidad, que sin embargo no amerita la imposición de una sanción penal⁶²⁶; con la pretensión de abarcar este grupo de casos, se comenzó a abandonar la denominación original de tentativa supersticiosa y paulatinamente fue ganando adeptos el nombre de tentativa irreal⁶²⁷, que permite englobar tanto las situaciones en las que el autor recurre a la invocación de fuerzas sobrenaturales para la obtención de su ilícita finalidad, como aquellas en que simplemente actúa con evidente desconocimiento de la realidad. Respecto de este concepto conviene hacer una última precisión en el sentido de que él no comprende los casos en que se actúa por motivos irreales pero con medios reales⁶²⁸, como cuando se dispara contra el gobernante de turno (medio real) con el convencimiento de que su muerte

⁶²⁴ Cfr. Harro OTTO, Lehrbuch, ed. cit., págs. 234 y 235.

⁶²⁵ En este sentido señala ALWART que a quien le parezca que actuaciones como estas deben ser sancionadas, lo que debe hacer es crear un tipo penal autónomo de brujería, en lugar de tratar de punir la tentativa de brujería a través de una supuesta tentativa de homicidio; cfr. Heiner ALWART, Strafwürdiges..., ed. cit., pág. 207, nota. 72.

⁶²⁶ Así, en el manual de MAURACH/GÖSSEL puede leerse que quien abandona los límites de la realidad no puede dar inicio a la realización de un tipo, y por tanto su conducta no constituye tentativa; cfr. Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 40/142, págs. 43 y 44.

⁶²⁷ Sobre el uso de esta doble denominación, cfr. Miguel Ángel NUÑEZ PAZ, El delito intentado, ed. cit., pág. 95.

⁶²⁸ Cfr. Heiner ALWART, Strafwürdiges..., ed. cit., pág. 201, nota 50; Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/22, pág. 713.

proporcionará beneficios espirituales al autor del homicidio (motivo irreal).

Tal como ya se ha señalado, desde el punto de vista básicamente terminológico, es posible encontrar aún algunos autores que defienden la existencia de un único concepto de tentativa inidónea que a su vez se subdividiría en relativa y absoluta, conformando así una clasificación en la que la tentativa absolutamente inidónea equivaldría a la comúnmente denominada tentativa irreal o supersticiosa y, por consiguiente, estaría conformada por aquellos supuestos en los que el resultado no hubiera podido conseguirse de ninguna manera mediante la conducta desarrollada por el autor⁶²⁹. En principio se trata de una discusión intrascendente dado que lo que estos autores denominan tentativa relativamente inidónea es conocido por la doctrina mayoritaria como tentativa inidónea, al paso que lo que aquellos califican de tentativa absolutamente inidónea recibe mayoritariamente el nombre de tentativa irreal o supersticiosa, sin que haya ninguna diferencia en cuanto al contenido de esas figuras que sólo serían diversamente denominadas.

Sin embargo, si se quiere ser muy preciso en la selección de los vocablos que deben caracterizar las diversas modalidades que dentro del ámbito de la tentativa se estudian, el término de absolutamente inidónea resulta inapropiado en cuanto no es cierto que las tentativas irreales o supersticiosas comprendan conductas que en ningún caso serían capaces de generar el resultado perseguido por el autor, pues ya desde antiguo se ha reconocido que en cuanto el autor posea conocimientos especiales sobre —por ejemplo— la hipersensibilidad de la víctima a fenómenos o manifestaciones sobrenaturales, esa predisposición síquica o física puede ser convenientemente aprovechada para intentar ocasionar una muerte mediante la puesta en escena de fenómenos aparentemente sobrenaturales⁶³⁰, de manera que al autor de tal conducta le sería objetivamente imputable un delito de tentativa de homicidio. Es preferible, entonces, prescindir del término "tentativa absolutamente inidónea" y mantener la

⁶²⁹ Cfr. Miguel CÓRDOBA ANGULO, *La tentativa*, ed. cit., pág. 60; Juan FERNANDEZ CARRASQUILLA, *Derecho...*, ed. cit., pág. 374; Josep Maria TAMARIT SUMALLA, *ADPCP 1992*, ed. cit., págs. 538 y 539, nota 84; Otto TRIFFTERER, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 359.

⁶³⁰ Cfr. Maximilian von BURI, *ZStW 1* [1881], ed. cit., pág. 187; Arnold HORN, *ZStW 20* [1900], ed. cit., pág. 346; Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad...*, ed. cit., pág. 791.

denominación de tentativa irreal que la doctrina mayoritaria acepta en la actualidad, porque permite una mejor comprensión y delimitación de los casos que con ella se pretende abarcar.

A diferencia de lo que ocurre con la tentativa inidónea, la doctrina no discute sobre la no punibilidad de la tentativa irreal o supersticiosa⁶³¹, sino sobre el fundamento de dicha impunidad, que suele ser incluso motivo de polémica dentro de una misma teoría. Así, por ejemplo, entre los partidarios de una concepción objetiva de la tentativa hay quienes sostienen que la irreal es impune porque el autor no pone en marcha una verdadera cadena causal⁶³², mientras otros opinan que ella no merece sanción por no existir una peligrosidad concreta para el bien jurídico⁶³³. Como ambos argumentos afectan directamente la razón de ser de la punibilidad de la tentativa según esas tesis (la existencia de una relación causal hipotética en la variante planteada por FEUERBECH y la peligrosidad *ex-ante* de la conducta frente a la integridad del bien jurídico en la defendida por von HIPPEL), es innegable que con ellos se fundamenta de manera coherente la impunidad de la denominada tentativa irreal o supersticiosa.

Por su parte, el debate en el seno de las tesis subjetivas es mucho mayor por cuanto —como en otro lugar quedó precisado⁶³⁴— su idea de que el fundamento de la punibilidad es la simple exteriorización de una voluntad criminal debería conducirles a la punición de la tentativa irreal o supersticiosa, donde también es posible encontrar objetivaciones de intenciones delictivas.

Los problemas de la teoría subjetiva con la denominada tentativa supersticiosa o irreal comenzaron hacia finales del siglo XIX, cuando esas tesis habían ya alcanzado consolidación en la jurisprudencia germánica; por esa época el Tribunal Supremo del

⁶³¹ Algunos incluso sostienen (con razón) que, en puridad de términos, una tentativa irreal o supersticiosa no es una verdadera tentativa; en este sentido, por ejemplo, cfr. Carmen ALASTUEY DOBÓN, *Tentativa inacabada...*, ed. cit., pág. 33.

⁶³² Cfr. BUSCH, LK, ed. cit., § 43 Rd. 55; Luis JIMENEZ DE ASUA, *Tratado...*, ed. cit., pág. 709. En similar sentido se pronunciaba HÄLSCHNER al afirmar que en esta clase de tentativa el autor supone la existencia de un nexo causal que en realidad no está presente; cfr. Hugo HÄLSCHNER, *Lehrbuch*, ed. cit., págs. 182 y 183.

⁶³³ Cfr. BUSCH, LK, ed. cit., § 43 Rd. 55; Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal*, ed. cit., § 13/87 a § 13/89, págs. 363 y 364.

⁶³⁴ Cfr. *supra* 2.1.2.

Imperio alemán se enfrentó con un curioso proceso de revisión⁶³⁵: La acusada (Margarete B.) había exhortado a dos mujeres (Sch. y E.) para que, a cambio de una contraprestación económica, dieran muerte a su marido (Konrad B.); una de las personas contactadas, la acusada Sch., manifestó a Margarete B. que ella estaba en condiciones de conseguir que el diablo se hiciera presente en este mundo para llevarse consigo a su marido, para lo cual sólo haría falta la adquisición del "séptimo libro de Moisés". Margarete B. suministró entonces un dinero para la compra del referido libro, condicionando la entrega de una segunda cantidad de marcos a la efectiva "visita" del diablo. Pese a que a la postre Margarete descubrió que la habían engañado y que el diablo no se había llevado a su marido, fue condenada en primera instancia por una tentativa de homicidio, probablemente⁶³⁶ siguiendo la concepción subjetiva que tres décadas antes se había impuesto en el Tribunal Supremo del Imperio alemán.

Al afrontar la revisión del proceso, este organismo judicial se resistió a aplicar una sanción a la procesada, pese a estar claramente demostrada dentro del proceso la exteriorización de una voluntad encaminada a segar la vida de un ser humano; la razón de la impunidad de la tentativa irreal fue vista entonces por el Tribunal Supremo en que —independientemente de si pueden o no ser reales— las creencias o supersticiones sobre la existencia de poderes sobrenaturales no gozan de un reconocimiento científico ni poseen fundamento en la experiencia de la vida, y por tanto no pueden ser apreciadas judicialmente como una fuente de efectos reales; a su juicio, no se trata de precisar si se está en frente de medios idóneos, o de medios relativa o absolutamente inidóneos, sino de que en realidad no son en sí mismos "medios" para generar modificaciones en el mundo exterior⁶³⁷.

Este antiguo intento de compatibilizar la teoría subjetiva con la impunidad de la tentativa supersticiosa⁶³⁸ puede considerarse como

⁶³⁵ RGSt 33, 321.

⁶³⁶ No puedo afirmar con certeza que se haya argumentado con base en la teoría subjetiva, porque desconozco las decisiones de instancia.

⁶³⁷ RGSt 33, 321 [322, 323].

⁶³⁸ Para ALCÁCER GUIRAO este caso obligó a los subjetivistas a "rebajar la radicalidad de su postura para justificar la absolución en un caso cuya sanción habría de repugnar incluso al sentimiento jurídico de los subjetivistas más extremos"; Rafael ALCÁCER GUIRAO, Caso del abortivo inocuo, ed. cit., pág. 85.

fallido, en cuanto la corrección introducida proviene claramente del recurso a un factor objetivo, como es el de la negación del carácter de "medio" a la conducta. Esto que pareciera ser un simple juego de palabras⁶³⁹, supone en realidad condicionar la punibilidad de la tentativa a la probabilidad de que la conducta desplegada por el autor pueda conducir a la sobrevenida del resultado, que es justamente lo que siempre sostuvo la teoría objetiva, especialmente en la versión de von HIPPEL⁶⁴⁰. Esta interpretación de la mencionada sentencia se ve reforzada por la afirmación del propio Tribunal Supremo del Imperio alemán en el sentido de que, así como la simple intención delictiva que permanece en el interior del autor no es punible, así mismo tampoco pueden serlo aquellas acciones que residen totalmente por fuera de la causalidad física y síquica; tales conductas —concluye el Tribunal— son jurídicamente indiferentes por estar fuera de toda configuración causal y por tanto sólo pueden revestir interés para la esfera moral⁶⁴¹.

Desde entonces se hizo evidente el resquebrajamiento de la antigua premisa subjetiva que propugnaba por la irrelevancia de los errores que, habiendo sido cometidos por el autor en el desarrollo de su conducta, impidieran la sobrevenida del resultado; de esta manera, el haber concedido tanta importancia a la simple voluntad de consecución de un fin delictivo parecía traicionar a los defensores de ésta concepción, quienes se han empeñado incansablemente en la búsqueda de una explicación de la tentativa supersticiosa que sea coherente con sus puntos de partida.

Uno de esos intentos consiste en afirmar que la tentativa inidónea es punible porque el autor, al reconocer el fracaso de su empresa, puede en el futuro "corregir" su error mediante una conducta idónea para la obtención del resultado, mientras la impunidad de la tentativa supersticiosa se derivaría del hecho de que el sujeto suele estar persuadido de la validez de sus métodos y por ello resulta improbable que en el futuro pueda llevar a cabo una conducta idónea; así, el autor de una tentativa inidónea no dejaría de ser un sujeto peligroso, al paso que el sujeto que recurre a supersticiones

⁶³⁹ Así lo calificó Robert von HIPPEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 424.

⁶⁴⁰ Cfr. supra 2.1.1.2.

⁶⁴¹ RGSt 33, 321 [323].

seguiría siendo inofensivo⁶⁴². Desde luego, como de todas maneras sería posible imaginar que el autor de una tentativa irreal llegase a comprender su equivocación y emprendiese una conducta apta para la obtención del fin perseguido, se llegó a reconocer que en dichos eventos la tentativa supersticiosa debería ser punible⁶⁴³.

Pese a que la difusión de este argumento fue tanta que incluso permitió que en el proyecto de Código Penal alemán de 1962 se estableciera la punibilidad de la tentativa supersticiosa en aquellos casos en los que se pudiera temer su repetición mediante una conducta idónea⁶⁴⁴, resulta de difícil aceptación en un derecho penal donde lo que interese sean las conductas efectivamente desarrolladas por un sujeto y no aquellas que en el futuro pueda desplegar⁶⁴⁵. Con esta fundamentación de la impunidad de la tentativa supersticiosa, sólo se consigue edificar la punición de la inidónea sobre el más puro concepto de peligrosidad del sujeto, admitiendo el establecimiento de una sanción por algo menos que la simple intención delictiva: la posibilidad de que esa idea surja en la mente del autor y la materialice correctamente.

Con el paso de los años ha venido ganando adeptos entre los subjetivistas la explicación de la impunidad de la tentativa supersticiosa sobre el supuesto de que en ella no está presente el aspecto intencional del dolo⁶⁴⁶. Esta idea general ha sido expresada

⁶⁴² Cfr. Max WAIBLINGER, ZStW 69 [1957], ed. cit., págs. 218 y 219; Diethart ZIELINSKI, Handlung-..., ed. cit., pág. 134 nota 14.

⁶⁴³ Por eso señalaba ALBRECHT, con razón, que si fuera cierto que lo que fundamenta la punibilidad de la tentativa inidónea es el peligro de que la acción se repita exitosamente, entonces debería ser también punible la tentativa supersticiosa, cuando ese mismo peligro existiese; cfr. Peter ALBRECHT, Der untaugliche..., ed. cit., pág. 59; en sentido similar, cfr. Raafel ALCÁCER GUIRAO, La tentativa inidónea..., ed. cit., págs. 123 y 124.

⁶⁴⁴ Cfr. Björn BURKHARDT, Der "Rücktritt"..., ed. cit., págs. 98 y 99; Dietrich KRATZSCH, Verhaltenssteuerung..., ed. cit., pág. 46 nota 80; Jürgen MEYER, ZStW 87 [1975], ed. cit., pág. 617; Günther SPENDEL, NJW 1965, ed. cit., pág. 1883.

⁶⁴⁵ Cfr. Peter ALBRECHT, Der untaugliche..., ed. cit., pág. 36; Maximilian von BURI, GS 19 [1867], ed. cit., pág. 80; Björn BURKHARDT, Der "Rücktritt"..., ed. cit., pág. 99; Christian Reinhold KÖSTLIN, Neue Revision..., ed. cit., págs. 368 y 369; Carl Joseph Anton MITTERMAIER, NACR 1 [1816], ed. cit., pág. 190; Rainer ZACZYK, Das Unrecht..., ed. cit., pág. 82.

⁶⁴⁶ Cfr. Reinhard FRANK, StGB, ed. cit., § 43, pág. 90; Hans-Heinrich JESCHECK, Lehrbuch, ed. cit., págs. 479 y 480, para quien en la tentativa supersticiosa, por lo general, falta el dolo; Hans WELZEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 193, quien afirma que en la tentativa supersticiosa hay una intención que no merece pena; Rainer ZACZYK, Das Unrecht..., ed. cit., pág. 245, en cuanto admite que en los casos de tentativa supersticiosa puede

de diversas maneras, bien sea argumentando que cuando se invocan poderes sobrenaturales en realidad no se quiere el resultado sino que se solicita la intervención de fuerzas ajenas⁶⁴⁷, bien sea señalando que quien recurre a medios supersticiosos en realidad no quiere el resultado sino tan solo lo desea⁶⁴⁸, con lo que no habría un verdadero dolo jurídicamente relevante sino una simple intención inmoral⁶⁴⁹. En este mismo contexto se ha llegado a afirmar incluso que el autor de una tentativa irreal en el fondo nunca está convencido de que pueda conseguir su finalidad y por tanto es impensable la existencia de una verdadera intención con relevancia penal, o lo que es lo mismo, que en dichos casos su intención no puede calificarse como sería⁶⁵⁰.

Aun cuando fuese cierto que existen algunos supuestos en los que el autor recurre a medios sobrenaturales para la consecución de un determinado resultado sin estar plenamente convencido de su eficacia, sino decidido tan solo a probar todas las posibilidades imaginables, tampoco puede desconocerse que en muchos casos quien recurre a supersticiones lo hace con el convencimiento de su eficacia⁶⁵¹, la cual, por lo demás, suele tener en dichos eventos un profundo respaldo cultural. Quizás por ello el propio Tribunal Supremo del Imperio alemán, al analizar la conducta de quien pretendía obtener la mediación del diablo para deshacerse de su cónyuge, y ocupándose concretamente del estudio del dolo, admitió que los fundamentos de la decisión de instancia dejaban ver claramente que la acusada estaba dominada por la idea de que la muerte de su marido era posible mediante conjuros, hasta el punto de que cuando se percató de que había sido engañada por la acusada Sch. sobre la eficacia del séptimo libro de Moisés, recurrió a otra persona (la acusada E.) para solicitar una vez más la invocación de fuerzas sobrenaturales que le permitieran deshacerse de su marido⁶⁵².

rechazarse el dolo, a pesar de que se trata de una tentativa que puede determinarse de una manera más precisa desde una perspectiva exterior.

⁶⁴⁷ Cfr. Eberhard SCHMIDHÄUSER, Lehrbuch, ed. cit., § 15/44, pág. 608.

⁶⁴⁸ Cfr. Peter ALWART, Der untaugliche..., ed. cit., págs. 207 y 208; Maximilian von BURI, ZStW 1 [1881], ed. cit., págs. 204 y 205; Harro OTTO, Lehrbuch, ed. cit., pág. 235

⁶⁴⁹ Cfr. Christian Reinhold KÖSTLIN, System..., ed. cit., págs. 228 y 229.

⁶⁵⁰ Cfr. Maximilian von BURI, ZStW 1 [1881], ed. cit., págs. 204 y 205.

⁶⁵¹ Cfr. Peter ALBRECHT, Der untaugliche..., ed. cit., págs. 31 y 32; Elena FARRÉ TREPAT, La tentativa..., ed. cit., págs. 320 y 321.

⁶⁵² RGSt 33, 321 [322].

Probablemente debido a lo difícil que resulta negar esa convicción que suele acompañar la conducta de quien se conduce de una forma supersticiosa, propuso von BURI una matización del concepto de intención delictiva, al precisar que la acción debe ser apta para hacer surgir el delito, no sólo desde el punto de vista del autor sino objetivamente⁶⁵³, idea que muchos años después fue reelaborada por ZIELINSKI en el sentido de que para el ordenamiento jurídico es peligrosa, en última instancia, sólo aquella finalidad que es capaz de conseguir un resultado; por consiguiente, al fin de protección del bien jurídico le sería suficiente —de acuerdo con este autor— el impedimento de una acción que realmente conduciría al resultado⁶⁵⁴.

En esta misma dirección, se afirma que cuando la intención delictiva supone simplemente la generación de un riesgo general de la vida, entonces ella pierde toda relevancia para el derecho penal, tal como ocurre en todos los casos de tentativa supersticiosa, en donde la actitud del autor no es apta para la generación o elevación de un riesgo determinado, y por consiguiente, al abandonar la sobrevenida del resultado al simple azar, su intención delictiva no puede ser tomada en serio⁶⁵⁵. Y finalmente, dentro de este mismo contexto se sostiene que la conducta debe ser punible como tentativa sólo en aquellos casos en los que ella demuestre una tendencia general del plan hacia el resultado⁶⁵⁶, inclinación ésta que debería ser determinada por un observador experimentado⁶⁵⁷; por consiguiente, como en la tentativa supersticiosa no puede hablarse de esa tendencia peligrosa, se trataría de una conducta impune por carecer el plan de la necesaria predisposición hacia el resultado⁶⁵⁸.

⁶⁵³ Cfr. Maximilian von BURI, GS 19 [1867], ed. cit., pág. 64. Sobre este supuesto, von BURI aceptaba la punición de la tentativa supersticiosa, no sólo en aquellos casos donde el autor se aprovechase de alguna predisposición de la víctima (cfr. Maximilian von BURI, ZStW 1 [1881], ed. cit., págs. 187 y 188), sino también en aquellas hipótesis en las que el autor estuviera convencido de la eficacia de su actuación, pues con ello demostraría una especial intención delictiva; pero en estos últimos casos —agregaba von BURI— ese convencimiento no debe provenir de la propia imaginación del autor, sino que debe haber sido obtenido mediante la observación de casos en que la superstición haya funcionado; cfr. Maximilian von BURI, GA 25 [1877], ed. cit., pág. 312.

⁶⁵⁴ Cfr. Diethart ZIELINSKI, Handlung-..., ed. cit., pág. 129.

⁶⁵⁵ Cfr. Heiner ALWART, Strafwürdiges..., ed. cit., pág. 206.

⁶⁵⁶ Cfr. Peter ALBRECHT, Der untaugliche..., ed. cit., pág. 47.

⁶⁵⁷ Cfr. Peter ALBRECHT, Der untaugliche..., ed. cit., págs. 96 y 97.

⁶⁵⁸ Cfr. Peter ALBRECHT, Der untaugliche..., ed. cit., págs. 47 y 106.

Todas estas precisiones que se hacen al concepto de "intención hostil al ordenamiento jurídico" para poderle negar el carácter de dolo y reducirla a un simple deseo penalmente irrelevante, han supuesto el empleo de correctivos de índole estrictamente objetiva⁶⁵⁹, como lo son la exigencia de una tendencia general hacia el resultado que debería establecerse por alguien diverso del autor (el tercero experimentado), o la misma idea de que la aptitud de la conducta no debe provenir de la mente de quien actúa sino de una apreciación objetiva. Así mismo, decir que la intención delictiva pierde tal carácter en la tentativa supersticiosa por generar un riesgo general de la vida, es admitir que una valoración objetiva de la acción es la que determina su punibilidad o impunidad.

Todos estos intentos de delimitar el concepto de "intención contraria al ordenamiento jurídico" para poder sustentar la impunidad de la tentativa supersticiosa, suponen no sólo un considerable acercamiento a las tesis objetivas, sino además el definitivo abandono de la tesis inicial que propugnaba por la irrelevancia de todos aquellos errores que, habiendo sido cometidos por el autor durante la objetivación de su intención, impidieron la aparición del resultado. Al final quedan dos opciones para los defensores de la concepción subjetiva: la solitaria propuesta de KAUFMANN, en el sentido de admitir que la tentativa supersticiosa constituye también injusto, reconociendo la impunidad sobre el supuesto de que falta la necesidad de la pena⁶⁶⁰, o la resignada afirmación de von BURI en el sentido de que aun cuando fuese cierto que la teoría subjetiva conduce a la punibilidad de la tentativa supersticiosa, ello no autorizaría a preferir una tesis que como la objetiva está plagada de más y mayores defectos⁶⁶¹.

En síntesis, mientras algunos subjetivistas piensan que en la tentativa supersticiosa no hay una verdadera intención delictiva sino tan solo

⁶⁵⁹ Por ello había señalado ya von HIPPEL que la exclusión de la punibilidad de la tentativa supersticiosa evidenciaba que los subjetivistas (y concretamente el Tribunal Supremo del Imperio alemán) tenían que trabajar con un concepto objetivo de peligro; cfr. Robert von HIPPEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 424.

⁶⁶⁰ Cfr. Armin KAUFMANN, Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Walter de Gruyter & Co., Berlin, 80. Band, 1968, págs. 49 y 50; Armin KAUFMANN, Welzel-Festschrift, ed. cit., pág. 403.

⁶⁶¹ Maximilian von BURI, ZStW 1 [1881], ed. cit., pág. 205.

un deseo penalmente intrascendente⁶⁶², otros sostienen que en dichos casos el dolo no puede negarse⁶⁶³, pero tampoco habría lugar a imponer una sanción porque no existe peligro de que el autor intente nuevamente la consecución de su ilícita finalidad mediante el empleo de medios idóneos⁶⁶⁴. Y dentro de las mismas filas subjetivistas, otros sostienen que lo que hace impune la tentativa supersticiosa es la falta de una tendencia general del plan del autor hacia el resultado⁶⁶⁵, mientras los más radicales aseguran, bien que la tentativa irreal constituye injusto, pero no necesita una sanción⁶⁶⁶, o bien que aun con las deficiencias de fundamentación de la tentativa irreal, la teoría subjetiva sigue siendo preferible a la objetiva⁶⁶⁷.

Por su parte, quienes participan de la teoría de la impresión sostienen que la tentativa supersticiosa o irreal no merece sanción penal porque con su conducta el autor, lejos de despertar conmoción o inquietud social⁶⁶⁸, provoca compasión o ganas de reír⁶⁶⁹. Esta

⁶⁶² Cfr. Heiner ALWART, *Strafwürdiges...*, ed. cit., págs. 205, 206, 207 y 208; Ludwig von BAR, *Zur Lehre...*, ed. cit., pág. 26; Maximilian von BURI, *ZStW* 1 [1881], ed. cit., págs. 204 y 205; BUSCH, LK, ed. cit., §43 Rd. 55; Reinhard FRANK, *StGB*, ed. cit., §43 pág. 90; Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch*, ed. cit., págs. 479 y 480; Christian-Reinhold KÖSTLIN, *Lehrbuch*, ed. cit., págs. 228 y 229; Jürgen MEYER, *ZStW* 87 [1975], ed. cit., pág. 616, aun cuando precisa que si bien es correcto negar el dolo en estos casos, por esta vía no se solucionan todos los casos problemáticos, ni se responde a la pregunta jurídica que el problema plantea; Harro OTTO, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 235; Eberhard SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, ed. cit., §15/44, pág. 608, quien sin embargo precisa su posición señalando que ella se fundamenta en el hecho de que es prácticamente improbable que alguien crea seriamente en la efectividad de los medios supersticiosos por él empleados. Pero agrega que, si en determinado caso particular el autor estuviese realmente convencido de que con medios supersticiosos puede alcanzar el resultado delictivo que se propone, entonces se estaría sin ninguna duda frente a un delito (¡punible!) de tentativa; Eberhard STRUENSEE, *ZStW* 102 [1990], ed. cit., págs. 30 y 31; Herbert TRÖNDLE, *StGB*, ed. cit., §23 Rd. 5; Johannes WESSELS, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 186.

⁶⁶³ Así, por ejemplo, Peter ALBRECHT, *Der untaugliche...*, ed. cit., págs. 31 y 32, quien admite que en algunos casos puede faltar el dolo, pero agrega que normalmente el autor confía en las posibilidades de éxito de su conducta. En similar sentido se había pronunciado ya MITTERMAIER al precisar que en estos casos no puede decirse que en lugar de una mala intención lo que hay es un simple deseo, puesto que el autor cree firmemente en lo que está haciendo y en su efectividad; cfr. Carl Joseph Anton MITTERMAIER, *GS* 1859, ed. cit., págs. 434 y 435.

⁶⁶⁴ Cfr. Diethart ZIELINSKI, *Handlungs-...*, ed. cit., pág. 134, nota 14.

⁶⁶⁵ Cfr. Peter ALBRECHT, *Der untaugliche...*, ed. cit., págs. 47 y 106.

⁶⁶⁶ Cfr. Armin KAUFMANN, *ZStW* 80 [1968], ed. cit., págs. 49 y 50; Armin KAUFMANN, *Welzel-Festschrift*, ed. cit., pág. 403;

⁶⁶⁷ Cfr. Maximilian von BURI, *ZStW* 1 [1881], ed. cit., pág. 205.

⁶⁶⁸ Cfr. Claus ROXIN, *Strafrecht AT*, Band II, ed. cit., § 29/8, págs. 334 y 335.

explicación es perfectamente compatible con el punto de partida de esta tesis, pues si solo se justifica la punición de aquellas tentativas que generan en la comunidad social la impresión de que se desconocen las normas creadas para la protección de los bienes jurídicos, tiene sentido que cuando la conducta no genere ese sentimiento de conmoción social se deba prescindir de la sanción penal.

Desde la perspectiva de la teoría del quebrantamiento de la vigencia de la norma se puede afirmar en términos generales que la tentativa irreal es impune porque el comportamiento que ella encierra no es comunicativamente relevante⁶⁷⁰, razón por la cual no constituye un verdadero delito de tentativa⁶⁷¹. Como para VEHLING la imputación objetiva en estos delitos debe hacerse sólo con fundamento en el primero de sus elementos (creación de riesgos jurídicamente desaprobados) porque a su modo de ver no hay un resultado⁶⁷², sostiene que la irreal o supersticiosa surge cuando la conducta se muestra como inadecuada al respectivo rol⁶⁷³, lo que a su vez le lleva a afirmar que con ella no se vulneran los deberes que se derivan del mismo y, por consiguiente, dicho comportamiento debe permanecer en la impunidad⁶⁷⁴. Por esa vía llega a la misma conclusión de JAKOBS⁶⁷⁵ en el sentido de que las tentativas que suponen un modo irracional de organización de la conducta por parte del autor no

⁶⁶⁹ Cfr. Arnold HORN, ZStW 20 [1900], ed. cit., pág. 346; Hans-Heinrich JESCHECK, ZStW 99 [1987], ed. cit., pág. 118; Hans-Heinrich JESCHECK, Lehrbuch, ed. cit., págs. 479 y 480; Diethelm KIENAPFEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 116; Kristian KÜHL, JuS 1981, ed. cit., pág. 193; Claus ROXIN, JuS 1979, ed. cit., pág. 1; Hans WELZEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 193.

⁶⁷⁰ Cfr. Karl-Heinz VEHLING, Die Abgrenzung..., ed. cit., pág. 90, quien además precisa que en estos casos debe haber impunidad, porque no hay esa mediación entre el sentido subjetivo y la significación objetiva que es presupuesto de toda tentativa punible; cfr. Karl-Heinz VEHLING, Die Abgrenzung..., ed. cit., pág. 124.

⁶⁷¹ Aun cuando recurriendo a fundamentaciones bien diversas, hay otros autores que también afirman expresamente que la llamada tentativa irreal o supersticiosa es impune por carecer de la condición de tentativa; así, por ejemplo, cfr. René BLOY, Contenido de ilícito..., ed. cit., pág. 398, para quien se trata de hipótesis en las que habría un ataque al bien jurídico, pero sin perturbación de la paz jurídica; Albin ESER, Schönke/Schröder, ed. cit., § 23 Rd. 13a; Albin ESER/Björn BURKHARDT, Lehrbuch, ed. cit., pág. 125; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 40/142, págs. 43 y 44; Hans-Joachim RUDOLPHI, SK, ed. cit., § 23 Rn. 8; Theo VOGLER, LK, ed. cit., § 23 Rn. 30; Rainer ZACZYK, Das Unrecht..., ed. cit., pág. 252.

⁶⁷² Cfr. Karl-Heinz VEHLING, Die Abgrenzung..., ed. cit., págs. 87, 101, 105 y 127.

⁶⁷³ Cfr. Karl-Heinz VEHLING, Die Abgrenzung..., ed. cit., págs. 131 y siguientes.

⁶⁷⁴ Cfr. Karl-Heinz VEHLING, Die Abgrenzung..., ed. cit., pág. 124.

⁶⁷⁵ Cfr. Günther JAKOBS, Kaufmann-Gedächtnisschrift, ed. cit., pág. 275.

deben ser punidas, porque no suponen el comienzo de ejecución de una conducta típica.

Sin embargo, la argumentación de JAKOBS transita por una vía distinta en cuanto señala que la impunidad de la tentativa supersticiosa se deriva de la forma irracional como el autor configura su conducta, lo cual afecta la existencia misma del objeto del dolo; en su opinión, un plan con elementos sobrenaturales no determina un dolo típico y por tanto la tentativa de ejecución no es una tentativa de delito⁶⁷⁶. A su modo de ver, el “objeto del dolo”⁶⁷⁷ faltará cada vez que la actuación del autor esté edificada sobre un conocimiento del acontecer terrenal condicionado sobrenaturalmente⁶⁷⁸, por lo que la impunidad de la tentativa irreal o supersticiosa no se derivaría de la pretendida ausencia de una voluntad delictiva (como sugieren varios defensores de las concepciones subjetivas), sino de errores en la configuración del elemento cognoscitivo (fáctico) del dolo, es decir, en lo que el propio JAKOBS denomina “el objeto del dolo”.

En términos generales resulta correcto afirmar que sólo cuando se produce una indebida intromisión dentro de un ámbito de libertad ajeno puede hablarse de un delito, independientemente de que se trate de lo que la doctrina llama una consumación o una tentativa. La trascendencia de esa conducta que abandona la esfera privada del autor no depende de la forma como él mismo la valore, sino de la interpretación que de ella pueda hacerse en un contexto social; desde esta perspectiva asiste razón a VEHLING al sostener que un comportamiento sólo puede ser valorado como tentativa en cuanto sea comunicativamente relevante⁶⁷⁹.

Esa relevancia no se reduce a la trascendencia de la conducta como creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado (primer elemento de la imputación objetiva), sino que se extiende a la realización del

⁶⁷⁶ Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., §25/22, pág. 713.

⁶⁷⁷ Cuando JAKOBS fundamenta la impunidad de la tentativa supersticiosa en la ausencia de dolo (Lehrbuch, ed. cit., §25/22, pág. 713) remite expresamente a un apartado de su libro en el que se ocupa del objeto del dolo como conocimiento de la realidad sobre la que se actúa (Lehrbuch, ed. cit., §8/6, pág. 315).

⁶⁷⁸ Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., §8/6, pág. 315.

⁶⁷⁹ Cfr. Karl-Heinz VEHLING, Die Abgrenzung..., ed. cit., pág. 90, quien además precisa que en estos casos debe haber impunidad, porque no hay esa mediación entre el sentido subjetivo y la significación objetiva que es presupuesto de toda tentativa punible; cfr. Karl-Heinz VEHLING, Die Abgrenzung..., ed. cit., pág. 124.

riesgo en el resultado, entendido este como quebrantamiento de la vigencia de una norma penal. En la medida en que en los delitos dolosos esa norma sólo puede ser identificada a partir de la intención que orientaba la conducta del autor, el dolo debe ser considerado como parte de ese segundo elemento de la imputación objetiva, tal como en páginas anteriores se ha expuesto⁶⁸⁰.

Como la intención delictiva (aspecto volitivo) debe recaer sobre una determinada forma de configuración de la realidad (aspecto cognoscitivo fáctico), la existencia del dolo depende en primer lugar de que el autor actúe a partir de un entendimiento de la realidad que pueda ser valorado como correcto desde el punto de vista externo, pues solo de esa manera la orientación voluntaria de su conducta puede ser apreciada como una indebida forma de ataque al bien jurídico. Esto significa que si alguien organiza su comportamiento a partir de una configuración de la realidad que exteriormente puede ser calificada como incorrecta, carecerá de trascendencia jurídica y por consiguiente no podrá ser calificada como delictiva en calidad de tentativa. Así ocurre en todas las hipótesis de tentativa supersticiosa, pues cuando alguien cree que clavando alfileres en un muñeco que representa a su enemigo puede quitarle la vida, o piensa que tomando jugo de frambuesa aborta, o está convencido de que con un revólver convencional puede lesionar al piloto de un avión que vuela a varios miles de pies de altura, su voluntad delictiva recae sobre un entendimiento de la realidad que en un contexto social no es valorado como correcto; en la medida en que desde una perspectiva *ex-ante* ese comportamiento representa una muy baja probabilidad de lesionar el bien jurídico objeto de protección, puede ser calificado como una tentativa irreal o supersticiosa que debe permanecer en la impunidad.

Si en la tentativa supersticiosa la configuración que de la realidad hace el autor no fuese equivocada porque, por ejemplo, cualquier persona en su lugar hubiera considerado seriamente que mediante rezos se puede dar muerte a una persona, entonces no solo debería punirse esa clase de comportamientos; sobre ese mismo supuesto también debería admitirse que las oraciones son un mecanismo apropiado para evitar los ataques indebidos a bienes jurídicos y, a partir de una tal comprensión, todos estaríamos obligados a orar para que las conductas de nuestros semejantes se mantuvieran dentro del

⁶⁸⁰ Cfr supra 4.2.2.

riesgo permitido, so pena de incurrir nosotros mismos en una conducta desaprobada derivada de la inobservancia de ese deber⁶⁸¹.

4.2.2.3.1. Diferencias con la tentativa inidónea.-

En páginas precedentes se ha mencionado cómo algunos autores prefieren referirse a una categoría general denominada tentativa inidónea, dentro de la que efectúan una subdivisión que les permite distinguir formalmente entre la llamada tentativa inidónea absoluta y la relativa, aun cuando por su contenido aquella corresponda a la usualmente denominada tentativa irreal y ésta a la que la doctrina mayoritaria acostumbra calificar con el nombre de tentativa inidónea. El hecho de que esta forma de proceder pueda, en principio, ser considerada simplemente como una variante meramente conceptual del problema, sin que suponga una reformulación de fondo de los fenómenos así tratados, hace especialmente evidente la necesidad de distinguir entre figuras que como la tentativa inidónea y la tentativa irreal parecen tener un origen común, que sin embargo conduce a consecuencias claramente antagónicas: la sanción de la tentativa inidónea y la impunidad de la tentativa irreal⁶⁸². Dada la incongruencia que parece encerrar la relación entre estas dos figuras, no es de extrañar que mientras de una parte se ha llegado a afirmar que estructuralmente la tentativa irreal es una tentativa inidónea⁶⁸³, de otro lado se ponga en duda la utilidad de distinguir entre ellas⁶⁸⁴ o que, finalmente, se admita la dificultad que existe para llevar a cabo una tal diferenciación⁶⁸⁵.

Las dificultades que suele enfrentar la doctrina al analizar las relaciones entre la tentativa inidónea y la irreal parecen tener su origen en el equivocado tratamiento que se otorga a la configuración

⁶⁸¹ Cfr. En este sentido Günther JAKOBS, Kaufmann-Gedächtnisschrift, ed. cit., págs. 278 y 279.

⁶⁸² Desde luego que para quienes consideran que la tentativa inidónea debe ser impune (como ocurre de manera casi unánime en Colombia), carece de sentido tratar de diferenciar esta figura de otra que como la tentativa irreal o supersticiosa también debe permanecer sin sanción penal.

⁶⁸³ Cfr. Harro OTTO, Lehrbuch, ed. cit., págs. 234 y 235.

⁶⁸⁴ En este sentido parece pronunciarse BURKHARDT, argumentando que la legislación penal alemana resta importancia a esta diferenciación; cfr. Björn BURKHARDT, Der "Rücktritt"..., ed. cit., págs. 101 y 102.

⁶⁸⁵ OTTO considera que la delimitación dogmática entre las tentativas inidónea y supersticiosa tropieza con las mismas dificultades que la distinción entre las tentativas idónea e inidónea; cfr. Harro OTTO, Lehrbuch, ed. cit., pág. 235.

que el autor hace de la realidad sobre la que actúa. Recuérdese que, como quedó anotado en un capítulo anterior⁶⁸⁶, tanto los partidarios de concepciones objetivas de la teoría del delito (y de la fundamentación de la tentativa) como los defensores de una concepción subjetiva del injusto (y de la tentativa) admiten que el estudio del delito consumado debe comenzar con el análisis del aspecto objetivo relegando para un segundo momento la evaluación de la faceta subjetiva, pero se ven forzados a invertir este orden en cuanto el objeto de estudio es el delito de tentativa. Se mencionó entonces que quizás una de las razones que han motivado esta curiosa inversión sea la de intentar otorgar un tratamiento adecuado a fenómenos como el de la tentativa inidónea y la irreal, en cuanto se trata de modalidades caracterizadas por la existencia de un error del autor⁶⁸⁷, hipótesis que aparece ahora reforzada por el hecho de que —como en seguida se verá— toda la discusión respecto de la forma en que debe distinguirse entre las mencionadas figuras gira en derredor del objeto sobre el que recae el error en que incurre el autor.

Ya a mediados del siglo XIX, von BAR, un tradicional defensor de las teorías objetivas, tropezó con el inconveniente de separar la tentativa inidónea de la irreal, viéndose impelido a fundamentar la impunidad de ésta última al más puro estilo subjetivista: negando la existencia del aspecto volitivo del dolo. De acuerdo con este autor, cuando en el desarrollo de una conducta se yerra de tal forma sobre el conocimiento de la naturaleza y de las leyes de la lógica, que un hombre capaz advertiría que tal comportamiento es incapaz de generar el resultado buscado, entonces no hay un defecto del conocimiento sino un defecto del querer, y por consiguiente no puede hablarse de una verdadera tentativa⁶⁸⁸. Para ilustrar esta afirmación señaló von BAR que cuando se reza por la muerte del vecino no se incurre en un defecto de conocimiento sino de querer, lo que equivale a afirmar que, en el fondo, quien así actúa sólo desea la muerte de su enemigo⁶⁸⁹. Por el contrario, continúa este autor, cuando se confunde un objeto con otro hay un defecto del conocimiento y no del querer, y por tanto se está en presencia de una tentativa punible⁶⁹⁰, como ocurriría en el ejemplo de quien confunde

⁶⁸⁶ Cfr. supra 4.

⁶⁸⁷ Cfr. supra 4.2.2.

⁶⁸⁸ Cfr. Ludwig von BAR, Zur Lehre..., ed. cit., págs. 17, 18 y 19.

⁶⁸⁹ Cfr. Ludwig von BAR, Zur Lehre..., ed. cit., pág. 18.

⁶⁹⁰ Cfr. Ludwig von BAR, Zur Lehre..., ed. cit., págs. 17 y 26.

el veneno con el azúcar, pues en este caso el defecto no estaría en el querer sino en los conocimientos, y por tanto, permaneciendo el aspecto volitivo del dolo inalterado, la tentativa sería punible⁶⁹¹.

Esta negación de la punibilidad de la tentativa irreal sobre el supuesto de que en ella no existe el aspecto volitivo del dolo es, como ya se ha visto⁶⁹², una de las propuestas más difundidas entre los partidarios de la teoría subjetiva de la tentativa, de tal manera que para sus defensores la distinción entre esta figura y la de la tentativa inidónea se reduce al análisis de si existe o no el aspecto volitivo del dolo en la conducta del autor, pues en caso positivo se podría hablar de un tentativa inidónea punible, mientras en caso negativo habría que reconocer la existencia de una tentativa irreal impune.

Si bien esta forma de distinguir entre las tentativas inidónea e irreal resulta perfectamente coherente para aquellos partidarios de una teoría subjetiva que defienden la impunidad de la irreal o supersticiosa sobre la supuesta inexistencia del aspecto volitivo del dolo, ya se ha indicado en otro lugar que ni es esa una opinión pacíficamente admitida dentro de esa corriente de pensamiento, ni es correcto afirmar que todo quien emprende una actuación guiada por supersticiones en el fondo no quiere cometer el delito⁶⁹³. Por consiguiente, basta con reiterar ahora dichos argumentos para rechazar esta forma de distinguir entre las mencionadas figuras, sobre el supuesto de que si la tentativa irreal fuese en verdad una tentativa en ella no podría negarse (por lo menos no en todos los casos) la existencia del aspecto volitivo del dolo por parte del autor, como tampoco puede hacerse respecto de la tentativa inidónea.

Mucho más difusión ha tenido la propuesta de separar las modalidades analizadas con base en una distinción entre los errores sobre la existencia de un nexo causal (errores nomológicos) y los errores de percepción sobre las circunstancias de la conducta (errores ontológicos⁶⁹⁴). A partir de ella, se afirma que cuando el autor se equivoca sobre la existencia de una ley causal su conducta encajaría

⁶⁹¹ Cfr. Ludwig von BAR, Zur Lehre..., ed. cit., págs. 18 y 19.

⁶⁹² Cfr. supra 4.2.2.3.

⁶⁹³ Cfr. supra 4.2.2.3.

⁶⁹⁴ Sobre la exigencia de conocimientos nomológicos correctos para que surja la tentativa (en contraposición con la tentativa irreal o supersticiosa), cfr. Carmen ALASTUEY DOBÓN, Tentativa inacabada..., ed. cit., págs. 32 y 33.

dentro de la noción de tentativa irreal y por tanto no merecería sanción penal, como cuando alguien suministra a su enemigo azúcar, convencido de que el azúcar es un potente veneno. Por el contrario, se sostiene que cuando el autor maneja correctamente las leyes causales, pero en el desarrollo de su conducta incurre en un error sobre alguna de las circunstancias que habrían de provocar el resultado, entonces su conducta se adecuaría a la noción de tentativa inidónea y por tanto debería ser punible, como cuando quien cree correctamente que el arsénico es una sustancia venenosa, toma por equivocación el recipiente del azúcar (que estaba al lado del que contenía arsénico) y vierte una porción de dicha sustancia en la comida de su enemigo⁶⁹⁵.

Contra esta forma de distinguir entre las tentativas inidónea e irreal⁶⁹⁶ puede decirse que parte del equivocado supuesto de que todas las tentativas irreales surgen a partir de errores nomológicos, cuando en verdad son imaginables hipótesis en las que ellas se derivan de un error ontológico como ocurriría, por ejemplo, en el caso de que alguien pretendiese dar muerte al espectro que ha sido invocado en el transcurso de una sesión de espiritismo⁶⁹⁷. En hipótesis como ésta, puede sostenerse que el autor comprende correctamente la ley causal que le permite provocar la muerte de un ser humano mediante el accionamiento de un arma de fuego (es decir posee un conocimiento nomológico correcto), pero se equivoca sobre la presencia de la real existencia de ese ser humano al que pretende dar muerte (error ontológico) pese a lo cual es innegable que se trata de un caso de tentativa irreal que debe permanecer en la impunidad. Pero no sólo puede afirmarse que en estos supuestos lo que existe es un error ontológico que igualmente fundamentaría la impunidad, sino que incluso es factible afirmar que pese a que el autor yerra sobre la existencia del objeto al que dirige su conducta, se trata de un error nomológico en cuanto, en el caso propuesto, no puede

⁶⁹⁵ Cfr. Hugo HÄLSCHNER, Lehrbuch, ed. cit., pág. 189.

⁶⁹⁶ En contra de esta forma de distinguir entre esas figuras, cfr. Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, Antijuridicidad..., ed. cit., pág. 816, para quien la distinción debe basarse "en la gravedad del peligro desde la perspectiva del autor". A su modo de ver la tentativa irreal o supersticiosa "no es más que una tentativa inidónea en la que la inidoneidad resulta especialmente patente para la mayor parte de la población"; *Ibíd.*, pág. 829

⁶⁹⁷ Entre quienes se manifiestan en contra de la distinción entre errores ontológicos y nomológicos, argumentando que hay tentativas irreales que se derivan de errores ontológicos, pueden consultarse Elena FARRÉ TREPAT, La tentativa..., ed. cit., págs. 329 y 330; Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, Antijuridicidad..., ed. cit., pág. 818; Marcelo A. SANCINETTI, ¿Fundamentación..., ed. cit., pág. 182.

afirmarse que con un arma correctamente cargada y en perfecto estado de funcionamiento pueda darse muerte a un hombre inexistente. En otras palabras, la distinción entre errores ontológicos y nomológicos es permutable⁶⁹⁸.

Por otra parte, y debido justamente a esa maleabilidad conceptual, la diferencia entre las tentativas inidónea e irreal se complicaría excesivamente en casos como el de quien dispara una pistola contra una persona (o un objeto), fuera del radio de acción del arma de fuego⁶⁹⁹. Si se considera que en estos casos se trata de un error ontológico en que el autor incurre al dirigir su ataque contra un objeto inalcanzable, entonces su conducta sería punible como tentativa inidónea, como realmente debería ocurrir en el caso de quien dispara una pistola que posee un alcance de cincuenta (50) metros contra su enemigo que se encuentra a cincuenta y cinco (55) metros, pero también resultaría incorrectamente sancionado quien desde tierra acciona la misma pistola contra un avión que vuela a varios miles de pies de altura. Si, por el contrario, se sostuviera que el error en que incurre el autor es nomológico, en cuanto con un arma de fuego no se puede dar muerte a quien se encuentre fuera de su radio de acción, entonces resultaría correctamente librado de pena quien desde tierra disparó su pistola contra el avión que surcaba el cielo, pero resultaría igualmente impune la reprochable conducta de quien accionó la pistola de cincuenta (50) metros de alcance contra su enemigo que se hallaba a cincuenta y cinco (55) metros⁷⁰⁰.

En los albores del siglo XX, HORN, otro importante partidario de una corriente objetiva, en cuanto opuesto a una fundamentación subjetiva de la punibilidad de la tentativa (aun cuando de una forma más precisa debe ser caracterizado como defensor de la teoría de la impresión), se refirió al aspecto intelectual como el determinante en

⁶⁹⁸ Cfr. Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., §25/36, pág. 720, nota 56a. En similar sentido, cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea...*, ed. cit., pág. 93; René BLOY, *Contenido de ilícito...*, ed. cit., pág. 394.

⁶⁹⁹ Un ejemplo como este puede verse en Rafael ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea...*, ed. cit., pág. 94.

⁷⁰⁰ Sobre otras críticas marginales a la distinción entre errores ontológicos y nomológicos, con más referencias doctrinales, cfr. Elena FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, ed. cit., pág. 329. Debe precisarse, sin embargo, que pese a que Elena FARRÉ menciona a ALBRECHT como uno de los críticos de ésta diferenciación, en realidad éste autor sostiene que, aun cuando en principio parece tratarse de una distinción arbitraria, ella puede reclamar para sí una cierta justificación; cfr. Peter ALBRECHT, *Der untaugliche...*, ed. cit., pág. 49.

la diferenciación entre las tentativas inidónea e irreal. Su propuesta se basó en distinguir entre aquellos casos de "impotencia intelectual" del autor que darían lugar a la impunidad, y aquellos en que simplemente se incurriera en un "error de una inteligencia normal", que por tanto serían susceptibles de sanción penal⁷⁰¹. No obstante la aparente funcionalidad del mecanismo propuesto, el concepto de "impotencia intelectual" resultaba tan amplio que el propio HORN incluyó dentro de él casos como el de quien dispara contra la víctima que en realidad ya está muerta, o el de aquel que pretende hacer abortar a una mujer que en realidad no se encuentra embarazada, lo que le condujo a considerar tales conductas como formas de tentativa irreal impune⁷⁰², cuando existen buenas razones para considerar que se trata de hipótesis en las que, existiendo una tentativa (aun cuando se la llame inidónea), debe aplicarse una sanción penal.

En la misma línea y también desde una perspectiva objetiva, se ha planteado igualmente la posibilidad de distinguir entre las tentativas inidónea e irreal con base en el juicio emitido desde una perspectiva *ex-ante* por un observador razonable que posea conocimientos promedio pero que adicionalmente esté familiarizado con el plan y la representación concreta del autor⁷⁰³. De acuerdo con esta idea, para calificar como tentativa irreal o inidónea el comportamiento de un autor, no importaría el examen de aquello sobre lo que el error recae, sino tan solo la consideración de si se trata de un yerro burdo a los ojos de un observador objetivo, es decir, si se trata o no de uno que cualquiera hubiese advertido⁷⁰⁴. Así, por ejemplo, quien equivocadamente cree que el azúcar es una sustancia venenosa incurre en un error burdo que da lugar a una tentativa irreal y por consiguiente impune, mientras quien en un intento por envenenar a su enemigo se confunde y toma un poco de azúcar en lugar del arsénico que se encontraba en el recipiente contiguo, actúa cobijado por un error que cualquiera hubiese podido cometer, y por ende su conducta sería sancionable a título de tentativa inidónea⁷⁰⁵.

⁷⁰¹ Cfr. Arnold HORN, ZStW 20 [1900], ed. cit., págs. 347 y 348.

⁷⁰² Cfr. Arnold HORN, ZStW 20 [1900], ed. cit., págs. 349 y 350.

⁷⁰³ Cfr. Diethelm KIENAPFEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 116.

⁷⁰⁴ En este sentido se pronuncia también Elena FARRÉ TREPAT, La tentativa..., ed. cit., págs. 329, 330.

⁷⁰⁵ Cfr. Elena FARRÉ TREPAT, La tentativa..., ed. cit., págs. 401 y 403.

Como un paso más adelante en esta misma dirección puede considerarse la propuesta de STRUENSEE, porque si bien comparte con HORN la idea de que la diferencia entre las tentativas inidónea e irreal no radica en el aspecto volitivo sino en el intelectual, no se limita a señalar que esa distinción depende de la magnitud del error, sino que la explica con base en el concepto de objeto del dolo. A su juicio en el delito doloso el tipo subjetivo requiere por parte del autor una representación del hecho sobre el que actúa, hecho que conforme a lo previsto por el numeral 5 del § 11 del Código Penal alemán⁷⁰⁶ debe ser entendido como aquel que se realiza en un tipo penal⁷⁰⁷. A partir de estas premisas, sostiene que cuando el autor actúa en el entendido de que su conducta obedece a una ley causal que en realidad no tiene la aptitud de realizar el tipo penal al que dirige su comportamiento, debe permanecer impune como autor de una tentativa irreal o supersticiosa; por el contrario, según el mencionado autor, quien erige su conducta sobre leyes de causalidad válidas, actúa sobre una representación correcta del hecho porque este puede llevar a la realización típica y, en consecuencia, despliega una actuación que puede ser considerada como tentativa inidónea que merece sanción penal⁷⁰⁸.

Tomando como referente aquello sobre lo que recae la conducta del autor, GÖSSEL afirma que la frontera entre la impunidad de la tentativa irreal y la punibilidad de la tentativa inidónea está fijada por los límites de la realidad⁷⁰⁹; a partir de allí concluye que esos linderos se transponen cuando el autor recurre al empleo de medios irreales y cuando la conducta se despliega contra un objeto irreal⁷¹⁰, de tal manera que esas serían hipótesis de tentativas irreales o supersticiosas que no ameritarían la imposición de una sanción penal. Sin embargo, aun cuando podría ser cierta la afirmación de que quien dispara un arma de fuego contra un objeto que se encuentra fuera de su radio de acción recurre al empleo de un medio

⁷⁰⁶ "A los efectos de este Código se entenderá: (.....)

"Hecho antijurídico: solo aquel que realice el tipo de una ley penal".

⁷⁰⁷ Cfr. Eberhard STRUENSEE, ZStW 102 [1990], ed. cit., págs. 29 y 30.

⁷⁰⁸ Cfr. Eberhard STRUENSEE, ZStW 102 [1990], ed. cit., págs. 30 y 31.

⁷⁰⁹ Cfr. Karl-Heinz GÖSSEL, GA 1971, ed. cit., págs. 232 y 233; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 40/142, págs. 43 y 44.

⁷¹⁰ Que son las formas en que según GÖSSEL se pueden traspasar los límites de la realidad; cfr. Karl-Heinz GÖSSEL, GA 1971, ed. cit., págs. 233 y 234; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 40/142, págs. 43 y 44.

real⁷¹¹, no parece correcto que pueda ser sancionado penalmente como autor de una tentativa inidónea quien desde tierra dispara una pistola contra un avión que vuela a varios miles de pies de altura, así como tampoco resulta convincente afirmar que quien pretende abortar mediante la ingestión de jugo de frambuesa recurre al empleo de medios reales⁷¹², porque ello conduciría a sostener que quien así se comporta merece una sanción penal como autor de una tentativa inidónea. Y desde la perspectiva del objeto puede ser igualmente cuestionado si al encontrarse este por fuera del radio de acción del autor —como ocurre en el ejemplo acabado de mencionar— se trata de un objeto irreal, así como también cabría preguntarse si quien dispara contra un hombre que ha fallecido pocos instantes antes del ataque ha desplegado su conducta contra un objeto irreal y por tanto debe permanecer impune o, por el contrario, ha actuado contra un objeto real y por ende merece una sanción penal⁷¹³.

La propuesta de JAKOBS, aun cuando partiendo de presupuestos similares, es más compleja, en cuanto afirma que las representaciones supersticiosas del autor respecto de la existencia de un riesgo no constituyen en realidad un problema específico de la tentativa (aun cuando es en dicho contexto donde suele ser tratado con mayor precisión), sino de objeto del dolo⁷¹⁴; con base en este presupuesto JAKOBS concluye que los problemas de tentativa supersticiosa o irreal tienen que ver directamente con la falta de dolo típico⁷¹⁵ o, dicho más precisamente, con la ausencia de objeto del dolo, entendido éste como la representación que el autor tiene de la realidad sobre la que actúa. Esto se observa con mayor claridad cuando JAKOBS, al ocuparse del problema de la tentativa "por burda insensatez"⁷¹⁶, señala expresamente que se trata de una figura que comprende eventos en los que la "representación del autor" difiere de la del hombre razonable⁷¹⁷. Esa representación del sujeto que

⁷¹¹ Cfr. Karl-Heinz GÖSSEL, GA 1971, ed. cit., pág. 233.

⁷¹² Por el contrario, GÖSSEL sí estima que cuando una mujer toma jugo de frambuesa con la intención de provocarse el aborto, recurre al empleo de medios reales; cfr. Karl-Heinz GÖSSEL, GA 1971, ed. cit., pág. 233.

⁷¹³ GÖSSEL, por su parte considera que quien dispara sobre una persona que ya ha fallecido, creyéndola viva, desarrolla su conducta sobre un objeto real y por tanto su conducta es punible; cfr. Karl-Heinz GÖSSEL, GA 1971, ed. cit., pág. 234.

⁷¹⁴ Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 8/65a, pág. 297.

⁷¹⁵ Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/22, pág. 713.

⁷¹⁶ Sobre el contenido de ésta figura cfr. infra IV-A-2-b-1-b.

⁷¹⁷ Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/83, pág. 738.

caracteriza en parte los casos de burda incomprensión debe entonces ser igualmente determinante para la individualización de las tentativas inidónea e irreal, que constituyen justamente los dos extremos dentro de los que se mueve la tentativa "por burda incomprensión"⁷¹⁸.

En términos prácticos esto significa que la tentativa será irreal, y en consecuencia impune, cuando un espectador objetivo considere que la conducta es absolutamente inidónea para la generación del resultado; en palabras del propio autor, se diría que la norma prohíbe hacer todo aquello que conforme a un razonable juicio objetivo pueda producir determinado resultado⁷¹⁹. La particularidad de esta variante radica en que ese juicio objetivo es entendido como un juicio de significación, en el sentido de que sólo conduce a la aplicación de una sanción penal en cuanto la conducta evidencie un quebrantamiento de la vigencia de la norma.

Ya en otro lugar se afirmó que la teoría del delito tiene la misma estructura tanto respecto del delito consumado como de la tentativa, por lo que el análisis sobre la relevancia penal de un comportamiento debe comenzar en todo caso por el juicio de imputación objetiva. Como también se indicó ya, el segundo elemento de ésta es la realización del riesgo en un resultado entendido éste último como quebrantamiento de la vigencia de la norma (que por consiguiente también existe en las tentativas); como en los delitos dolosos la determinación de la norma que pretende infringirse sólo es posible conociendo la intención del agente, el dolo debe ser considerado como parte de la realización del riesgo en el resultado, junto con una relación causal cuya existencia en las tentativas debe verificarse desde una perspectiva *ex-ante* y con base en juicios de probabilidad.

En cuanto todo comportamiento modifica la realidad, está condicionado por el conocimiento previo de la misma que suele ser calificado como el aspecto intelectual fáctico del dolo; en estricto sentido puede afirmarse que esa realidad sobre la que se actúa constituye el objeto del dolo. Sin embargo el autor no actúa sobre una realidad "objetiva" sino sobre la percepción que él tiene de la

⁷¹⁸ Sobre la llamada tentativa por burda incomprensión ver infra 4.2.2.3.2

⁷¹⁹ Cfr. Günther JAKOBS, Kaufmann-Gedächtnisschrift, ed. cit., págs. 274 y 275; en similar sentido, cfr. Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO; Delito imposible..., ed. cit., pág. 379.

misma, de tal forma que su conducta obedece a su propia representación de esa realidad. Pero dado que las conductas no adquieren relevancia penal por la opinión que sobre su configuración tenga quien las ejecuta, sino por la trascendencia social que se les pueda dar, lo relevante no es la simple configuración individual de la realidad sobre la que se actúa, sino la valoración social de la misma.

Si desde un punto de vista social se puede considerar como correcta la configuración que alguien ha hecho de la realidad sobre la que actúa, entonces su comportamiento puede apreciarse *ex-ante* como causalmente conectado (a partir de juicios de probabilidad) con el resultado pretendido, lo que hace surgir la figura de la tentativa punible (que en el tema concreto que nos ocupa sería inidónea, si se quiere seguir empleando esa expresión). Si, por el contrario, desde esa misma perspectiva externa se valora como incorrecta la representación que de la realidad sobre la que actúa tiene el autor, entonces su proceder no puede ser interpretado *ex-ante* como unido causalmente (desde el punto de vista de las probabilidades) al resultado perseguido, razón por la que la tentativa deberá ser entendida como irreal o supersticiosa⁷²⁰ y, por consiguiente, impune⁷²¹. En puridad de términos el juicio de imputación objetiva no estaría completo por falta del segundo de sus elementos (realización del riesgo en el resultado), lo que implicaría la inexistencia de un delito de tentativa y por supuesto la imposibilidad de deducir una responsabilidad penal al autor de la conducta.

Como en páginas anteriores se señaló, la valoración externa que de la configuración de la realidad hace una persona tiene repercusiones en la teoría del error, normalmente para atenuar o excluir la responsabilidad. Esa misma apreciación externa de la configuración

⁷²⁰ MOLINA cree también que la tentativa irreal o supersticiosa es impune porque *ex-ante* no ofrece peligro para el bien jurídico; pero a diferencia de lo que aquí se plantea, considera que esa valoración debe hacerse desde la perspectiva del autor; Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuridicidad...*, ed. cit., pág. 825. Sin embargo, al sostener que la tentativa irreal o supersticiosa "no es más que una tentativa inidónea en la que la inidoneidad resulta especialmente patente para la mayor parte de la población" (Ibídem pág. 829) parece otorgarle importancia a una valoración objetiva (externa) de la conducta como parámetro para distinguir estas dos figuras.

⁷²¹ La diferencia es gráficamente ilustrada por ROXIN al advertir que en la primera hipótesis (tentativa inidónea) un espectador que presenciara el desarrollo de la conducta (es decir, situado en una perspectiva *ex-ante*) le diría al autor "déjalo", mientras en la segunda (tentativa irreal o supersticiosa) le diría "tú, tonto"; cfr. Claus ROXIN, *Strafrecht AT*, Band II, ed. cit., §29/27, págs.. 340 y 341.

de la realidad por parte del autor tiene importancia en el ámbito de la tentativa, pero esta vez para cargar de responsabilidad penal. Como desde el punto de vista de la tentativa el error “vencible” del autor sobre el objeto del dolo da lugar a la tentativa punible (inidónea) y el error “invencible” a la ausencia de tentativa (irreal o supersticiosa), bien puede decirse que es la otra cara del error de tipo, en el que conforme a la doctrina mayoritaria el error invencible elimina la responsabilidad y el vencible deja abierta la posibilidad de responder a título de imprudencia. Aun cuando en ambas figuras es determinante la valoración externa de la configuración de la realidad y no la personal del autor, la diferencia fundamental radica en que mientras en la tentativa el sujeto dirige su conducta a la comisión de un delito punible a partir de una concreta representación de la realidad sobre la que actúa, en el error eximente de responsabilidad el autor desarrolla su comportamiento sin intención de cometer un delito, a partir de una cierta configuración de la realidad.

Por lo que atañe a la tentativa esto significa que quien desde el jardín de una casa acciona su revólver contra un avión que vuela a varios miles de pies de altura debe permanecer impune, no tanto porque el medio que haya escogido sea real o irreal (lo cual es siempre discutible) sino porque su configuración de la realidad es externamente valorada como incorrecta, ya que a través de esa acción es improbable dar muerte a los ocupantes de la aeronave. Por el contrario, quien acciona su pistola contra una persona creyendo (como cualquier otra persona en su lugar lo hubiese creído) que se hallaba dentro del radio de acción del arma, se habrá representado la realidad de la misma forma como ella es percibida socialmente y, por consiguiente, su conducta será punible como tentativa sin necesidad de entrar a discutir si recurrió o no al empleo de un medio real o irreal.

Sobre el mismo supuesto, la conducta de quien queriendo matar a su enemigo dispara sobre un cadáver será o no susceptible de una sanción penal dependiendo de las consideraciones que puedan hacerse sobre el objeto del dolo; si intencionalmente disparó contra la víctima apreciándola como un cadáver y esa configuración de la realidad coincide con una valoración externa de la misma, entonces se tratará de una conducta impune (como tentativa irreal) porque los disparos sobre una persona muerta no están en capacidad de afectar el bien jurídico vida. Si, por el contrario, accionó el arma de fuego sobre alguien a quien se representó como un ser humano vivo, su

conducta será punible a título de tentativa (inidónea, si se quiere seguir usando expresión) en cuanto esa representación de la realidad sea la misma que se podía tener desde el punto de vista social, puesto que bajo una perspectiva *ex-ante* ese comportamiento puede ser apreciado como apto para poner en peligro el bien jurídico tutelado a través de la norma que sanciona la tentativa de homicidio.

Como puede observarse, no sólo las soluciones aquí propuestas coinciden con las de JAKOBS, sino que en cuando al mecanismo empleado tampoco presentan una divergencia sustancial, dado que lo que siempre interesa es la valoración objetiva de la conducta del autor, porque sólo con fundamento en ese juicio racional puede distinguirse si él se ha comportado de una manera que evidencia el quebrantamiento de la vigencia de una norma (y entonces habrá tentativa punible) o no (en cuyo caso habrá una tentativa irreal y por ende impunidad). La diferencia con la propuesta de JAKOBS radica solamente en que a mi modo de ver el dolo (y por consiguiente el objeto del mismo) hacen parte de la realización del riesgo en el resultado como pieza de la imputación objetiva, de tal forma que este elemento de la teoría del delito opera de la misma manera tanto frente a los delitos consumados como respecto de las tentativas.

Cuando alguien dirige su intención criminal sobre una realidad configurada de manera correcta, su comportamiento se aprecia *ex-ante* como unido causalmente (desde el punto de vista de las probabilidades) al resultado buscado y, por consiguiente, merece reproche penal a título de tentativa (inidónea si se quiere seguir empleando esta expresión). Por el contrario, si la voluntad delictiva está orientada a una realidad erróneamente configurada, esa conducta será apreciada *ex-ante* como desligada causalmente del resultado en cuanto las probabilidades de conseguir la finalidad propuesta son escasas y, por lo tanto, puede ser calificada como tentativa irreal o supersticiosa impune.

4.2.2.3.2. Los casos de "burda incomprensión".

Desde la reforma penal alemana de 1975 existe en ese país la figura de la "tentativa por burda incomprensión", que constituyó la materialización de una propuesta que ya había sido expresada en el proyecto de reforma al Código Penal elaborado en 1959. El inciso tercero del parágrafo 23 de dicho texto legal autoriza al juez para — de acuerdo con su criterio— disminuir la pena, o incluso prescindir

de ella, en aquellos casos en que el autor ha ignorado, por burda incomprensión, que de acuerdo con la naturaleza del objeto al que la conducta se dirigía, o de acuerdo con el medio empleado para la comisión del hecho, la tentativa no podía de ninguna manera conducir a la consumación.

Admitiendo, como debe hacerse, que la modalidad tradicionalmente conocida con el nombre de "tentativa irreal", es impune sólo en cuanto no constituye en verdad un caso de delito de tentativa, forzoso es reconocer que si el legislador alemán autoriza a imponer una sanción (así sea atenuada) en los casos de burda incomprensión, es porque parte del supuesto de que se trata de conductas que responden a la descripción legal de un delito de tentativa, por lo que la doctrina ha señalado categóricamente que la figura contenida en el párrafo 23 III es una modalidad especial de tentativa inidónea y no una forma de "tentativa" irreal⁷²². De manera aún más precisa puede decirse que la llamada tentativa por burda incomprensión constituye una figura intermedia situada entre las tentativas inidónea e irreal, aun cuando ni el texto legal, ni la exposición de motivos que le acompañó, ni los esfuerzos doctrinales han sido suficientes para trazar con claridad las fronteras entre la tentativa por burda incomprensión y las otras dos figuras que le sirven de límite, esto es, las tentativas inidónea e irreal⁷²³.

Como de acuerdo con la exposición de motivos que acompañó la promulgación de la mencionada norma, la tentativa por burda incomprensión debería recoger aquellos casos en los que la conducta no acarrease consigo ni una peligrosidad concreta ni una peligrosidad abstracta⁷²⁴, pronto surgió el temor de que ello sirviera simplemente para reeditar la antigua y estéril discusión fomentada por los objetivistas en torno a la delimitación de las denominadas

⁷²² Cfr. Albin ESER/Björn BURKHARDT, Lehrbuch, ed. cit., pág. 125; Karl-Heinz GÖSSEL, GA 1971, ed. cit., pág. 236; Hans-Joachim RUDOLPHI, SK, ed. cit., § 23 Rn. 8; Diethart ZIELINSKI, Handlungs-..., ed. cit., pág. 161 nota 33, en cuanto señala que la norma en cuestión comprende conductas que son verdaderas tentativas, es decir, que constituyen injusto.

⁷²³ Cfr. Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 40/187, pág. 53.

⁷²⁴ Cfr. Karl-Heinz GÖSSEL, GA 1971, ed. cit., págs. 227 y 228; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 40/189, págs. 53 y 54; Hans-Joachim RUDOLPHI, SK, ed. cit., § 23 Rn. 6 y 7.

tentativas absoluta y relativamente inidóneas⁷²⁵. Pero aun cuando ello no fuese así⁷²⁶, lo evidente es que la exposición de motivos no arroja demasiada luz sobre los alcances de esa modalidad de tentativa, pues, ante todo, la referencia a la ausencia de una peligrosidad puntual encierra tan sólo la redundante afirmación de que, en concreto, las tentativas siempre son incapaces de generar el resultado que el autor perseguía con su conducta⁷²⁷. Pero si se prescinde de esa tautológica referencia a la inidoneidad concreta de la tentativa, entonces sólo queda como parámetro de delimitación de los supuestos de burda incomprensión, la requerida inexistencia de un peligro abstracto, lo cual, lejos de solucionar el problema lo complica aún más, pues la abstracta inofensividad de una conducta corresponde más a la noción de tentativa irreal, que a la de tentativa inidónea que es la figura dentro de la cual el legislador alemán quiso ubicar los casos de burda incomprensión. Por esta vía, y aun cuando la doctrina mayoritaria suele afirmar tajantemente que la llamada tentativa por burda incomprensión es tan sólo una manifestación específica de la tentativa inidónea y que, por consiguiente, nada tiene que ver con la denominada tentativa irreal, lo evidente es que los mayores esfuerzos han tenido que ser dirigidos a buscar una separación entre ésta última figura y los casos de tentativa por burda incomprensión.

La doctrina dominante en Alemania se inclina entonces por considerar que hay tentativa por burda incomprensión, cuando el autor desarrolla su conducta a partir de la admisión de leyes naturales cuya inexistencia es notoria para el ciudadano normal que carece de una formación específica previa⁷²⁸. Como ejemplos de esta clase de tentativa suelen citarse el de la mujer que pretende abortar

⁷²⁵ Cfr. Karl-Heinz GÖSSEL, GA 1971, ed. cit., págs. 227 y 228.

⁷²⁶ JESCHECK, por ejemplo, piensa que la norma en cuestión no obliga a discutir nuevamente sobre las tentativas absoluta y relativamente inidóneas; cfr. Hans-Heinrich JESCHECK, Lehrbuch, ed. cit., pág. 479.

⁷²⁷ Cfr. Karl-Heinz GÖSSEL, GA 1971, ed. cit., págs. 227 y 228.

⁷²⁸ Cfr. Heiner ALWART, Strafwürdiges..., ed. cit., pág. 234; Albin ESER, Schönke/Schröder, ed. cit., § 23 Rd. 17; Albin ESER/Björn BURKHARDT, Lehrbuch, ed. cit., pág. 125; Hans-Heinrich JESCHECK, Lehrbuch, ed. cit., pág. 479; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 10/191, pág. 54; Karl LACKNER, StGB, ed. cit., § 23, 3, d); Claus ROXIN, Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch, in Juristische Schulung (JuS), Verlag C. B. Beck, München und Frankfurt, 1973, pág. 331; Hans-Joachim RUDOLPHI, SK, ed. cit., § 23 Rn. 7; Theo VOGLER, LK, ed. cit., § 23 Rn. 35; Johannes WESSELS, Lehrbuch, ed. cit., pág. 186.

tomando agua de manzanilla o la de aquella otra que emprende maniobras abortivas porque cree haber quedado embarazada por el hecho de haber sido besada por un hombre⁷²⁹, y también el de quien desde tierra pretende derribar un avión que vuela a varios miles de metros de altura⁷³⁰.

Ante la evidente insuficiencia de esta propuesta para trazar límites precisos entre la tentativa por burda incomprensión y la irreal, JAKOBS emprende un nuevo camino admitiendo que se trata de una figura que abarca conductas comunicativamente relevantes⁷³¹, es decir, que desde el punto de vista cualitativo es una tentativa, pero precisando que cuantitativamente posee la particularidad de que su importancia comunicativa tiende a cero⁷³². De esta manera, un análisis cualitativo diferenciaría a la tentativa por burda incomprensión de la tentativa irreal, y un examen cuantitativo permitiría distinguirla de la tentativa inidónea⁷³³.

El enunciado teórico general parece claro en cuanto al otorgar la cualidad de tentativa a los casos de burda incomprensión excluye la posibilidad de confundirlos con una figura que como la tentativa irreal carece justamente de la cualidad de ser un delito tentado. Sin embargo, lo discutible es justamente si dichos supuestos poseen en realidad la cualidad de tentativas, pues tanto la definición que la doctrina ofrece de ésta figura, como los ejemplos con que se la pretende ilustrar, muestran que el autor se ha representado la realidad de una forma diversa a como cualquier otra persona en su lugar lo hubiera hecho, que es justamente lo que caracteriza a la tentativa irreal. Ahora bien, si el límite entre la tentativa (inidónea) y la irreal

⁷²⁹ Cfr., por ejemplo, Albin ESER/Björn BURKHARDT, Lehrbuch, ed. cit., pág. 125; Claus ROXIN, JuS 1973, ed. cit., pág. 331.

⁷³⁰ Cfr., por ejemplo, Hans-Heinrich JESCHECK, Lehrbuch, ed. cit., pág. 479; Harro OTTO, Lehrbuch, ed. cit., pág. 234; Hans-Joachim RUDOLPHI, SK, ed. cit., § 23 Rn. 7; Johannes WESSELS, Lehrbuch, ed. cit., pág. 186.

⁷³¹ En sentido similar se pronuncia BLOY al ligar el concepto de burda incomprensión a un “sistema de orientación supraindividual” referido a la “integración del hombre en la sociedad”; cfr. René BLOY, Contenido de ilícito..., ed. cit., pág. 390.

⁷³² Esta postura teórica es similar a la de quienes consideran que la tentativa por burda incomprensión constituye el límite mínimo de intervención del derecho penal; en este sentido, por ejemplo, cfr. René BLOY, Contenido de ilícito..., ed. cit., pág. 366.

⁷³³ Cfr. Günther JAKOBS, Kaufmann-Gedächtnisschrift, ed. cit., pág. 287 nota 32; Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/23, págs. 714 y 715, y § 25/81, pág. 738. En sentido similar, cfr. René BLOY, Contenido de ilícito..., ed. cit., pág. 391 (nota 86), en cuanto equipara la „simple“ insensatez con la tentativa inidónea „normal“.

es —recurriendo a las palabras de JAKOBS— la existencia de una conducta comunicativamente relevante, el hecho de que un determinado comportamiento tenga una relevancia comunicativa (así sea ella tan sólo ligeramente superior a cero), convierte esa conducta en una tentativa, lo cual ciertamente permite trazar una frontera teórica entre la tentativa por burda incomprensión y la irreal. Pero entonces la utilidad práctica de la figura analizada sería ya bastante discutible, pues a lo que conduce es a distinguir entre una tentativa inidónea y una tentativa "muy inidónea"⁷³⁴ que tendría la particularidad de poder permitir incluso la exoneración de pena.

En conclusión, considero que la modalidad creada por la legislación penal alemana es superflua, pues o la conducta del autor se desarrolló conforme a una incorrecta representación de la realidad (o, si se prefiere, su actuación no fue comunicativamente relevante) y por consiguiente deberá ser impune por no configurar un delito de tentativa, o el sujeto se comportó conforme a la representación de la realidad que cualquiera en su lugar hubiese tenido (lo que equivale a decir que su acción fue comunicativamente relevante) y por ello puede serle objetivamente imputable un delito de tentativa⁷³⁵. El tratamiento punitivo diverso de las tentativas inidónea y por burda incomprensión, que JAKOBS busca justificar a través de la diferente cantidad de relevancia comunicativa de las conductas, puede igualmente conseguirse, y de una manera mucho más sencilla, otorgando al legislador el suficiente arbitrio en la aplicación de la pena⁷³⁶.

4.2.2.4. El delito putativo.

Conforme a las definiciones más usuales de esta figura, en el delito putativo el autor cree que la conducta que está llevando a cabo es penalmente reprochable, cuando en realidad es impune⁷³⁷; por eso

⁷³⁴ Cfr. Paul BOCKELMANN/Klaus VOLK, Lehrbuch, ed. cit., pág. 210.

⁷³⁵ También BLOY y SANCINETTI consideran que la tentativa por burda incomprensión es una figura superflua que comprende hipótesis que, o bien corresponden a la tentativa inidónea, o bien pueden ser encasilladas dentro de la tentativa irreal; cfr. René BLOY, Contenido de ilícito..., ed. cit., pág. 399; Marcelo A. SANCINETTI, ¿Fundamentación..., ed. cit., pág. 199, nota 103.

⁷³⁶ En sentido similar, cfr. René BLOY, Contenido de ilícito..., ed. cit., pág. 401.

⁷³⁷ Cfr. Miguel CÓRDOBA ANGULO, La tentativa, ed. cit., pág. 62; Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER, Lehrbuch, ed. cit., pág. 483; Albin ESER/Björn BURKHARDT, Lehrbuch, ed. cit., pág. 135; Hugo HÄLSCHNER, Lehrbuch, ed. cit.,

suele decirse que en el delito putativo el autor comprende correctamente la situación fáctica en que se encuentra, pero se equivoca respecto de la significación jurídica que a ella debe serle atribuida⁷³⁸. Detrás de la aparente simpleza de esta noción se esconde uno de los problemas más espinosos en el ámbito de la tentativa, cuyo adecuado análisis requiere, ante todo, precisar que el delito putativo no comprende exclusivamente aquellos casos en los que el autor cree que su conducta se encuentra recogida en una norma penal que es en realidad inexistente; además de esta hipótesis (la de más fácil solución) esta figura comprende aquellos supuestos en los que el autor, conociendo la existencia de la norma, se equivoca en cuanto a su ámbito de aplicación creyendo que ella cobija conductas que, como la suya, en realidad caen por fuera de su radio de acción; y en tercer y último lugar, también constituyen una manifestación del delito putativo aquellas situaciones en las que el autor se equivoca, no sobre la vigencia o interpretación del tipo penal que recoge su conducta, sino sobre la presencia o aplicabilidad de una causa personal de exclusión de la punibilidad⁷³⁹.

pág. 184; Robert von HIPPEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 434; Diethelm KIENAPFEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 118; Christian Reinhold KÖSTLIN, System..., ed. cit., pág. 225; Reinhart MAURACH, Die Beiträge der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Bestimmung des Wahnverbrechen, in Neue Juristische Wochenschrift (NJW), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, 1962, pág. 718; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 40/143, pág. 44; Santiago MIR PUIG, Derecho Penal, ed. cit., § 13/91, pág. 364; Rüdiger NIERWETBERG, Der strafrechtliche Subsumtionsirrtum, in Juristische Ausbildung (Jura), de Gruyter, Berlin-New York, 1985, pág. 242; Harro OTTO, Lehrbuch, ed. cit., pág. 236; Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, Delito imposible..., ed. cit., pág. 380; Eberhard SCHMIDHÄUSER, Lehrbuch, ed. cit., § 15/31, pág. 601; Otto TRIFFTERER, Lehrbuch, ed. cit., pág. 362.

⁷³⁸ Cfr. BUSCH, LK, ed. cit., § 43 Rd. 56; Reinhard FRANK, StGB, ed. cit., § 43 pág. 85; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 40/149, pág. 45; Hans-Joachim RUDOLPHI, SK, ed. cit., § 22 Rn. 30; Herbert TRÖNDLE, StGB, ed. cit., § 22 Rd. 31; Hans WELZEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 194. En similar sentido se pronuncian FERNANDEZ CARRASQUILLA en cuanto afirma que en el delito putativo el autor se encuentra en una imposibilidad jurídica de cometer un hecho punible (cfr. Juan FERNANDEZ CARRASQUILLA, Derecho..., ed. cit., págs. 374 y 375) y MOLINA al señalar que en el delito putativo “el elemento subjetivo coincide con el que debería darse para imputar cualquier infracción de una norma real, pero falta dicha norma (cfr. Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, Antijuridicidad..., ed. cit., pág. 783).

⁷³⁹ Sobre las diversas formas de manifestación ya se había pronunciado a comienzos del siglo XIX Carl Joseph Anton MITTERMAIER, NACR 1 [1816], ed. cit., pág. 181. Entre quienes más modernamente aluden a los varios casos comprendidos por el delito putativo, cfr. Heinrich BINDOKAT, Zur Frage des doppelten Irrtums, in Neue Juristische Wochenschrift (NJW), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, Berlin und Frankfurt am Main, 1963, 1. Halbband, pág. 747; Paul BOCKELMANN/Klaus VOLK, Lehrbuch, ed. cit., pág. 211; Albin ESER, Schönke/Schröder, ed. cit., § 22 Rd. 80; Elena FARRÉ TREPAT, La tentativa..., ed. cit., pág. 405; Hans-Heinrich JESCHECK,

Desde el punto de vista sistemático conviene abordar separadamente los casos en los que al autor yerra sobre la existencia de la prohibición de aquellos en lo que el error recae sobre la adecuación típica de la conducta⁷⁴⁰, porque mientras los primeros se refieren a hipótesis en los que el tipo penal es imaginario, en los segundos la conducta está recogida en una norma pero el autor se equivoca sobre los elementos de la misma, bien sea porque interpreta erradamente elementos normativos⁷⁴¹ o porque sobreestima deberes especiales exigidos al sujeto activo⁷⁴².

4.2.2.4.1. El error sobre la existencia de una prohibición.

Respecto de la impunidad de aquellas conductas desarrolladas por una persona conforme a derecho, pero en la errónea creencia de que se trata de actuaciones recogidas por una norma penal no existe mayor discusión, pues por una u otra vía se arriba siempre a la conclusión de que ella encuentra su fundamento en la vigencia del principio de legalidad⁷⁴³. Por consiguiente, nadie puede ser sancionado por una conducta que no esté expresamente prevista en la ley penal como delictiva, independientemente de si el autor cree que lo está o no; en otras palabras, la simple creencia de que se actúa contra derecho no posee la virtud taumatúrgica de convertir una conducta lícita en penalmente reprochable⁷⁴⁴. Como ejemplos

Lehrbuch, ed. cit., pág. 480; Kristian KÜHL, JuS 1981, ed. cit., pág. 193; Reinhart MAURACH, NJW 1962, ed. cit., pág. 718; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 40/145, pág. 44; Hans-Joachim RUDOLPHI, SK, ed. cit., § 22 Rn. 32 y 32a; Johannes WESSELS, Lehrbuch, ed. cit., págs. 186 y 187.

⁷⁴⁰ JAKOBS señala que la diferencia entre la tentativa y el delito putativo depende de la frontera entre el tipo y la prohibición; cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/37 pág. 721 (en la traducción castellana este párrafo se numeró de manera equivocada como § 25/38 y corresponde a la página 874).

⁷⁴¹ Cfr. infra 4.2.2.4.3.2.

⁷⁴² Cfr. infra 4.2.2.4.3.3.

⁷⁴³ Cfr., por ejemplo, Karl ENGISCH, Heinitz-Festschrift, ed. cit., pág. 191; Albin ESER/Björn BURKHARDT, Lehrbuch, ed. cit., pág. 135; Elena FARRÉ TREPAT, La tentativa..., ed. cit., pág. 413; Rolf-Dietrich HERZBERG, Das Wahndelikt in der Rechtsprechung des BGH, in Juristische Schulung (JuS), Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1980, pág. 469; Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/37 pág. 721; Diethelm KIENAPFEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 118; Santiago MIR PUIG, Derecho Penal, ed. cit., §13/93, pág. 364.

⁷⁴⁴ Cfr. Heinrich FOTH, Neuere Kontroversen um den Begriff des Wahverbrechens, in Juristische Rundschau (JR), Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1965, pág. 366; Eberhard SCHMIDHÄUSER, Lehrbuch, ed. cit., § 15/31, pág. 601, para quien la conciencia del injusto, sin injusto, no puede fundamentar el injusto.

hipotéticos de esta variedad de delito putativo suelen citarse el caso de quien mantiene relaciones sexuales extraconyugales en la errónea creencia de que el adulterio está penalmente sancionado⁷⁴⁵, o el de quien mantiene relaciones homosexuales creyendo equivocadamente que se trata de una conducta que aún hoy está recogida por una norma penal⁷⁴⁶. En el año de 1955, la Corte Suprema de Justicia alemana reconoció la existencia de un delito putativo en el caso de una persona que habiéndose visto envuelta en un accidente de tráfico en el que solamente ella sufrió daños, huyó del lugar de los hechos, creyendo que su conducta en tales circunstancias era penalmente reprochable, cuando en realidad la legislación penal alemana sólo sanciona la huida del lugar de los hechos cuando se hayan ocasionado daños a personas diversas de aquella que abandona el lugar del accidente (§ 142 StGB)⁷⁴⁷.

Si bien la doctrina no encuentra ninguna dificultad para afirmar la impunidad de aquellos casos en los que el autor cree equivocadamente que su conducta está recogida en una norma penal que en realidad no existe, argumentando que esa clase de comportamiento no posee la categoría de tentativa⁷⁴⁸, la fundamentación de este aserto deja mucho que desear en cuanto a solidez y coherencia, especialmente dentro de las concepciones no subjetivas de la tentativa. En efecto, como quiera que se trata de supuestos en los que la impunidad se deriva de un error en que el autor incurre respecto de la existencia de una disposición penal, suele afirmarse que la intrascendencia penal de la conducta está determinada por la ausencia del dolo, ya que en realidad el autor despliega una actuación conforme a una intención que para el derecho penal (no así para el autor) carece de relevancia⁷⁴⁹. Por eso

⁷⁴⁵ Cfr. Miguel CÓRDOBA ANGULO, *La tentativa*, ed. cit., pág. 62; Elena FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, ed. cit., pág. 405; Rolf-Dietrich HERZBERG, *JuS 1980*, ed. cit., pág. 469; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, *Lehrbuch*, ed. cit., § 40/150, pág. 45.

⁷⁴⁶ Cfr. Rolf-Dietrich HERZBERG, *JuS 1980*, ed. cit., pág. 469; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, *Lehrbuch*, ed. cit., § 40/151, pág. 45.

⁷⁴⁷ Cfr. BGHSt 8, 263 [268].

⁷⁴⁸ Cfr. Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 484; Karl BINDING, *Die Normen...*, 3. Band, ed. cit., pág. 485; Paul BOCKELMANN/Klaus VOLK, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 211; Maximilian von BURI, *GA 25 [1877]*, ed. cit., pág. 271; Hugo HÄLSCHNER, *Lehrbuch*, ed. cit., págs. 182 y 184; Eberhard SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, ed. cit., § 15/31, pág. 601.

⁷⁴⁹ Cfr. Karl BINDING, *Die Normen...*, 3. Band, ed. cit., pág. 458; Maximilian von BURI, *GA 25 [1877]*, ed. cit., pág. 271; Karl ENGISCH, *100. Deutschen Juristentag-*

no es de extrañar que en el conocido ejemplo del sobrino codicioso que deseando heredar pronto a su tío rico le persuade de realizar una caminata por el bosque confiando infructuosamente en que allí será alcanzado por un rayo, se afirme la impunidad del autor sobre el supuesto de que su conducta ha sido desarrollada sin dolo y por tanto corresponde a un delito putativo⁷⁵⁰. Sobre estas situaciones y de una manera perfectamente coherente con su particular esquema de la teoría del delito, SCHMIDHÄUSER llega a admitir expresamente que el delito putativo es un problema que atañe a la culpabilidad y que solamente merece una mención dentro del estudio de la tentativa, porque existe el peligro de confundirlo con el injusto del delito tentado⁷⁵¹.

Como puede verse, la simple aproximación al estudio del delito putativo a través del análisis de la más sencilla de sus manifestaciones (la errónea creencia sobre la existencia de una norma penal), hace que resurja con fuerza ese fantasma de la subjetividad que ha llevado a buena parte de la doctrina penal a invertir el estudio dogmático del delito de tentativa respecto del orden trazado para el examen del delito consumado, esto es, forzándola a comenzar su estudio por el aspecto subjetivo de la conducta.

En estricto sentido no hay aquí un problema de dolo porque en el ámbito penal esta figura sólo es concebible como una actitud de la voluntad frente a una norma de prohibición existente. Nadie diría, por ejemplo, que se ducha, se alimenta o se viste dolosamente salvo que equipare el concepto naturalístico de intención con el valorativo de dolo; esta afirmación no deja de ser curiosa, porque si se entiende que el dolo es tan solo actuación voluntaria a partir del conocimiento de los hechos sobre los que se actúa, no parece descabellado sostener en un plano no jurídico que alguien lee o se rasura dolosamente. Esta confusión obedece a que la noción mayoritariamente acogida de dolo (conocimiento de la realidad sobre la que se actúa, más intencionalidad) no parece diversa de la ontológica (toda acción voluntaria presupone un conocimiento de la realidad sobre la que se

Festschrift, ed. cit., pág. 434; Hugo HÄLSCHNER, Lehrbuch, ed. cit., pág. 182; Eberhard STRUENSEE, ZStW 102 [1990], ed. cit., págs. 41 y 42, para quien el delito putativo comprende ciertos casos "cercaños al dolo".

⁷⁵⁰ Cfr. Diethart ZIELINSKI, Handlung-..., ed. cit., pág. 161.

⁷⁵¹ Cfr. Eberhard SCHMIDHÄUSER, Lehrbuch, ed. cit., § 15/31, pág. 601.

actúa); sin embargo, la situación cambia cuando la conciencia de la antijuridicidad se incorpora al concepto de dolo, como creo que debe hacerse⁷⁵². Al exigirse un conocimiento sobre la existencia de la prohibición como elemento del dolo⁷⁵³, se lo puede diferenciar perfectamente de la intencionalidad propia de las acciones puramente naturales (esto es, desprovistas de valoración) porque mientras éstas no necesitan estar encaminadas al desconocimiento de una norma, aquellas se caracterizan precisamente por estar orientadas a su infracción.

Desde este punto de vista sólo puede hablarse de dolo cuando existe una norma de prohibición, porque solo respecto de una voluntad orientada a su infracción (y a partir de una correcta representación de la realidad) se puede hablar de un comportamiento doloso. Cuando no existe una norma de prohibición hacia la cual se dirija una determinada conducta, ésta podrá ser calificada de intencional en el plano ontológico, pero no de dolosa en el ámbito normativo. La impunidad de esta primera variante del delito putativo se deriva

⁷⁵² "Una actuación orientada a transgredir una norma penal no sólo presupone el conocimiento fáctico de la conducta, porque ésta sólo tiene la condición de ilícita cuando el derecho penal la valora de manera negativa. Por consiguiente, únicamente puede perseguir el quebrantamiento de una norma prohibitiva quien es consciente de que el comportamiento fáctico que despliega es antijurídico. Para que alguien pueda acomodar su conducta a la descripción típica del delito de "tráfico de sustancias para procesamiento de narcóticos" no basta con que sepa que transporta acetona; es necesario, además, que tenga conocimiento de la existencia de una disposición legal que prohíbe el porte de esa sustancia por encima de determinada cantidad. Quien solo conoce el componente fáctico de esa conducta, se limita a actuar con la intención de trasladar acetona de un lado a otro; para que respecto de ese comportamiento pueda afirmarse que fue orientado por su autor a quebrantar una norma penal, es indispensable que aquel conociera la existencia de esta y, sobre ese supuesto, hubiera decidido guiar su comportamiento al desconocimiento de la misma". Yesid REYES ALVARADO, *La configuración del dolo...*, ed. cit., pág. 1020.

⁷⁵³ "En consecuencia, la conciencia de la antijuridicidad, como elemento del dolo, debe hacer parte de la realización del riesgo como segundo componente de la imputación objetiva, lo que a su vez conduce a afirmar que sólo quien debe conocer la norma penal y frente a ella se comporta de una manera diversa a como le era exigible en determinado contexto social, realiza el riesgo jurídicamente desaprobado en el resultado. Los componentes del dolo serían entonces, como ocurría dentro de las concepciones de tendencia causalista, el conocimiento del aspecto fáctico de la conducta, la conciencia de la antijuridicidad del comportamiento y la intención de desplegarlo con el propósito de infringir la norma penal. Pero, a diferencia de lo que ocurría en esas concepciones teóricas, su ubicación correcta no sería ya la culpabilidad sino la imputación objetiva y, concretamente, la realización del riesgo como segundo de sus elementos; a mi modo de ver, las razones que se tuvieron para desplazar el dolo al tipo siguen siendo válidas (eso justifica su no pertenencia a la culpabilidad), pero no así las que se tuvieron para no trasladar igualmente al injusto la conciencia de la antijuridicidad". Yesid REYES ALVARADO, *La configuración del dolo...*, ed. cit., págs. 1021 y 1022.

entonces de la inexistencia de una norma de prohibición, lo que impide una valoración del comportamiento desde el punto de vista del derecho penal; si la norma no existe, ninguno de los elementos propios de la teoría del delito (no solo el dolo) pueden ser utilizados para valorar una conducta. Dicho con las palabras correctas de la doctrina dominante, la impunidad de aquellos eventos en los que el autor despliega una conducta lícita en la errónea creencia de que existe una norma penal que la prohíbe, se deriva sin más de la vigencia del principio de legalidad.

4.2.2.4.2. El error sobre la existencia de una justificante.

Hay casos en los que la conducta del autor encaja perfectamente en una causa de justificación (porque respecto de ese comportamiento concreto pueden predicarse tanto los elementos objetivos como el objetivo), pero él considera equivocadamente que no está amparado por la justificante. Es lo que ocurriría cuando alguien dispara contra el ladrón que huye con el botín porque no tiene otra forma de rescatar los bienes que le han sido sustraídos, pero lo hace con el errado convencimiento de que para defender el patrimonio de ninguna manera puede ponerse en peligro la vida ajena⁷⁵⁴. Lo mismo podría decirse de alguien que lesiona a un borracho que ilícitamente lo ha agredido, pero asume de manera equivocada que a los borrachos siempre se los tiene que evitar⁷⁵⁵, o del médico que practica un aborto conforme a la legislación vigente, pero cree erradamente que una mujer embarazada está obligada, en cualquier circunstancia, a no interrumpir su proceso de gestación⁷⁵⁶.

Para el reconocimiento judicial de una justificante no hace falta que quien se encuentra en esa situación conozca de su existencia, porque su presencia elimina (de manera excepcional) la antijuridicidad objetiva de la conducta; desde el punto de vista de una valoración externa, la misma no contraría el ordenamiento jurídico. Bajo esta perspectiva, lo único exigible para que alguien pueda ser cobijado por los efectos de una causa de justificación, es que el comportamiento desplegado cumpla con todos los elementos objetivos de la misma, así como con su presupuesto subjetivo. Sobre este último aspecto debe precisarse que en ejemplos como los

⁷⁵⁴ Cfr. Theo VOGLER, StGB LK, ed. cit., §22 Rn. 150.

⁷⁵⁵ Cfr. Diethelm KIENAPFEL, Strafrecht AT, ed. cit., págs. 118 y 119.

⁷⁵⁶ Cfr. Reinhart MAURACH, NJW 1962, ed. cit., pág. 772.

propuestos se da el requisito subjetivo, porque la víctima del hurto actúa para defender su patrimonio, el que sufre la agresión del borracho reacciona contra él para defenderse y el que practica el aborto lo hace para salvar la vida de la madre. Pero la presencia de ese factor subjetivo es independiente del conocimiento sobre la existencia de una causa legal de justificación que se acomode a su comportamiento.

Por eso no sorprende que la doctrina acepte pacíficamente que quien obra bajo el amparo de una causa de justificación en la errónea creencia de que ella no abarca su conducta, en realidad acomoda ésta a la figura del delito putativo y, por consiguiente, debe permanecer impune⁷⁵⁷, con absoluta independencia de si su error recae sobre los presupuestos fácticos de la justificación, o sobre los límites de la misma⁷⁵⁸.

4.2.2.4.3. El error sobre la adecuación típica de la conducta.

Cuando existe una norma de prohibición pero el autor interpreta de manera equivocada un elemento normativo de la descripción típica o sobrevalora los deberes especiales que el tipo exige para tener la condición de autor, no se puede hablar de que la ausencia de la prohibición fundamenta la impunidad de la conducta como delito putativo. Como en estos casos lo que existe es un error en el que el sujeto incurre al desarrollar una actuación orientada a la infracción de una norma de prohibición existente, este tipo de comportamientos parece responder a la estructura de las tentativas inidóneas que, conforme a la doctrina ampliamente mayoritaria, merecen sanción penal. Esta similitud entre las figuras de la tentativa inidónea y el delito putativo (en su manifestación de errores sobre la adecuación típica) ha obligado a intentar trazar límites claros entre ellas, para poder distinguir entre las conductas que merecen sanción como tentativas inidóneas, y aquellas que por ser delitos putativos deben permanecer al margen del derecho penal.

⁷⁵⁷ Cfr. Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER, *Strafrecht AT*, ed. cit., pág. 484; Heinrich BINDOKAT, *NJW* 1963, ed. cit., pág. 748; Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., §25/42a, pág. 723; Dietrich HERZBERG, *JuS* 1980, ed. cit., pág. 478; Diethelm KIENAPFEL, *Strafrecht AT*, ed. cit., págs. 118 y 119; Reinhart MAURACH, *NJW* 1962, ed. cit., pág. 772; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, *Strafrecht AT*, tomo 2, ed. cit., §40/152, págs. 45 y 46; Otto TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht AT*, ed. cit., pág. 363; Theo VOGLER, *StGB LK*, ed. cit., §22 Rn. 150.

⁷⁵⁸ Cfr. Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 723.

4.2.2.4.3.1. Diferencias con la tentativa inidónea.

Como quiera que tanto la tentativa inidónea como el delito putativo se caracterizan por la existencia de un error en que el autor incurre en el desarrollo de su conducta, pero las consecuencias jurídicas de las dos modalidades son opuestas (punibilidad de la tentativa inidónea e impunidad del delito putativo), la doctrina admite pacíficamente⁷⁵⁹, y desde hace tiempo, la necesidad de trazar una frontera clara entre las mismas.

De acuerdo con una de las más antiguas y a su vez más sencillas fórmulas propuestas para facilitar esta diferenciación, habría que imaginarse lo que finalmente hubiera acaecido si las cosas se hubiesen llevado a cabo tal como el autor las había imaginado; de esta manera, si en la tentativa inidónea los hechos se hubieran ejecutado conforme al querer del autor, ello habría conducido a la consumación del delito propuesto, mientras si en el delito putativo las cosas hubieran transcurrido conforme al plan del autor, su conducta habría desembocado en un resultado penalmente irrelevante⁷⁶⁰. El inconveniente de esta formulación radica en que alude más a las consecuencias de distinguir entre tales figuras que a la forma como esa diferenciación debe ser efectuada, puesto que la relevancia o irrelevancia penal de la actuación del autor depende justamente de si ella puede o no ser considerada como un delito de tentativa (inidónea, para quienes prefieran seguirla denominando así).

Quizás debido a ello tuvo mayor difusión la más antigua propuesta de distinguir entre el delito putativo y la tentativa inidónea recurriendo a la diferenciación entre los errores de hecho (*error facti*) y los de derecho (*error iuris*), defendida a comienzos del siglo XIX por ZACHARIA. De acuerdo con ésta tesis, si en el desarrollo de su conducta el autor incurría en un error de hecho su actuación debería considerarse como tentativa inidónea, al paso que el error de

⁷⁵⁹ Para quienes consideran que la tentativa inidónea es impune (como ocurre de forma casi unánime en Colombia), esta discusión carece de sentido porque no hay necesidad de diferenciarla de una figura que como el delito putativo tampoco merece sanción penal.

⁷⁶⁰ Cfr. Robert von HIPPEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 436.

derecho en que pudiera verse inmerso le llevaría a ser considerado como autor de un delito putativo⁷⁶¹.

El fracaso de este mecanismo fue evidente cuando surgieron supuestos en los que la distinción entre errores de hecho y de derecho resultaba en extremo complicada y susceptible de conducir a soluciones indeseables, como en el caso de quien, conociendo la punibilidad del delito de bigamia, contrae nupcias con una persona a la que él cree —equivocadamente— unida a un tercero por el vínculo matrimonial; como en esta hipótesis podría decirse que el autor yerra sobre una situación de hecho, su conducta debería ser punible a título de tentativa. Sin embargo, si al autor le consta que en realidad la mujer con quien acaba de casarse, previamente ha contraído matrimonio con un tercero, pero desconoce que ese vínculo se halla viciado de nulidad, entonces habrá incurrido en un error de derecho que le permitiría gozar de impunidad al calificarse su conducta de delito putativo. Como puede verse en el ejemplo propuesto, la punibilidad del autor pasa a depender de un factor exclusivamente secundario y casual, como es la validez del anterior vínculo matrimonial⁷⁶².

El primer paso hacia la solución actualmente dominante en la doctrina fue dado cuando se precisó que mientras en el delito putativo el autor se equivoca sobre la existencia de la prohibición, en la tentativa inidónea él conoce perfectamente que su conducta se halla recogida por una norma penal⁷⁶³. Con base en esta premisa suya, el propio BINDING precisó que en el delito putativo hay un "error al revés", al paso que en la tentativa no puede existir ningún error porque ello supondría la negación misma de la tentativa⁷⁶⁴. Por su parte, el Tribunal Supremo del Imperio alemán había dado, poco antes, una forma más definitiva a este sistema de distinción entre las dos figuras estudiadas, cuando en 1908 precisó que así como el error fáctico excluye la culpabilidad, así mismo se le debe interpretar, **por el contrario**, en contra del autor cuando ese error le conduce a la

⁷⁶¹ Cfr. Heinrich-Albert ZACHARIA, *Die Lehre...*, erster Theil, ed. cit., pág. 256 nota 2. En similar sentido se pronunció, años más tarde, Christian Reinhold KÖSTLIN, *Neue Revision...*, ed. cit., pág. 357.

⁷⁶² En este sentido se pronuncia von BAR, con base en un ejemplo similar al aquí propuesto, pero referido al adulterio, que en su tiempo era punible; cfr. Ludwig von BAR, *Zur Lehre...*, ed. cit., págs. 21 y 22.

⁷⁶³ Cfr. Karl BINDING, *Die Normen...*, 3. Band, ed. cit., pág. 485.

⁷⁶⁴ Cfr. Karl BINDING, *Die Normen...*, 3. Band, ed. cit., págs. 487 y 488.

equivocada admisión de un requisito típico que en realidad es inexistente. Y, prosiguió el Tribunal, así como el error sobre la existencia y alcance de una norma penal no es apropiado para excluir la culpabilidad, así mismo tampoco puede ser empleado como fundamentador de culpabilidad contra el autor que equivocadamente cree actuar contra una disposición penal que en realidad no existe⁷⁶⁵. A partir de entonces se ha generalizado ampliamente este mecanismo de distinción, de forma tal que puede afirmarse que la doctrina mayoritaria sostiene en la actualidad la existencia de un delito putativo cuando el autor incurre en un "error inverso de prohibición", al paso que propugna por el reconocimiento de una tentativa (inidónea) cuando el autor incurre en un "error inverso de tipo"⁷⁶⁶.

La rápida difusión de este principio llevó a que fuera apresuradamente catalogado como de "conclusión inversa" o "conclusión al revés", pretendiendo destacar así que en la diferencia entre el delito putativo y la tentativa inidónea se llegaba a conclusiones diametralmente opuestas a las que en materia de

⁷⁶⁵ RGSt 42, 92 [94].

⁷⁶⁶ Cfr. Peter ALBRECHT, *Der untaugliche...*, ed. cit., pág. 24; Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 483; Hermann BLEI, *Das Wahnverbrechen*, in *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, J. Schweitzer Verlag, Berlin, 1973, pág. 237; Hans-Jürgen BRUNS, *Der untaugliche Täter im Strafrecht*, Verlag C. H. Müller, Karlsruhe, 1955, pág. 15; BUSCH, LK, ed. cit., § 43 Rd. 56; Miguel CÓRDOBA ANGULO, *La tentativa*, ed. cit., pág. 62; Karl ENGISCH, *Heinitz-Festschrift*, ed. cit., págs. 191 y 192; Albin ESER, *Schönke/Schröder*, ed. cit., § 22 Rd. 68, 69 y 78; Albin ESER/Björn BURKHARDT, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 134; Elena FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, ed. cit., pág. 432; Heinrich FOTH, JR 1965, ed. cit., pág. 366; Rolf-Dietrich HERZBERG, *JuS* 1980, ed. cit., págs. 472 y 479; Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 480; Luis JIMENEZ DE ASUA, *Tratado...*, ed. cit., pág. 787; Diethlem KIENAPFEL, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 118; Kristian KÜHL, *JuS* 1981, ed. cit., pág. 193; Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal*, ed. cit., §13/91, pág. 364; Fernando MOLINA FERNÁNDEEZ, *Antijuridicidad...*, ed. Cit., pág. 802; Rüdiger NIERWETBERG, *Jura* 1985, ed. cit., pág. 241; Miguel Ángel NUÑEZ PAZ, *El delito intentado*, ed. cit., pág. 120; Ingeborg PUPPE, *Die logische Tragweite des sog. Umkehrschlusses*, in *Festschrift für Karl Lackner, Walter de Gruyter, Berlin-New York*, 1987, pág. 224; Ingeborg PUPPE, *Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, Heidelberg, 1990, pág. 169; Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito imposible...*, ed. cit., pág. 380; Hans-Joachim RUDOLPHI, SK, ed. cit., § 22 Rn. 30; Walter SAX, *Zum logischen und sachlichen Gehalt des sog. "Umkehrschlusses aus § 59 StGB"*, in *Juristenzeitung (JZ)*, Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1964, pág. 245; Fritz TRAUB, *Die umgekehrte "Parallelwertung in der Laiensphäre" — Wahndelikt oder untauglicher Versuch?*, in *Juristische Schulung (JuS)*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, 1967, págs. 115 y 117; Otto TRIFFTERER, *Lehrbuch*, ed. cit., págs. 362 y 273; Theo VOGLER, LK, ed. cit., § 22 Rn. 43; Hans WELZEL, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 194; Johannes WESSELS, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 186.

culpabilidad se obtenían mediante la aplicación de los parámetros que legalmente regulan los errores de tipo y de prohibición, generándose además la impresión de que el fundamento de la punibilidad de la tentativa inidónea residía justamente en lo vinculante de esa "deducción inversa". Esta interpretación tropiezo, sin embargo, con inconvenientes lógicos, pues no es cierto que a partir de la inversión de la conclusión necesaria que caracteriza el tratamiento del error, se pueda obtener otra conclusión de tipo necesario⁷⁶⁷.

En efecto, según las disposiciones legales que suelen regular el fenómeno del error de tipo, siempre que haya desconocimiento de los elementos del tipo (*siempre que no se dé A*), faltará el dolo y por tanto la responsabilidad (*necesariamente no se dará B*). La inversión lógica de este razonamiento supondría sostener que siempre que alguien conozca los elementos del tipo (*siempre que se dé A*), es posible que el autor sea responsable penalmente (*tal vez se dará B*) pero no necesariamente, como podría ocurrir cuando él actúa cobijado por una causa de justificación⁷⁶⁸. Pero no sólo es evidente que la conclusión que se obtiene por medio de ésta inversión lógica no es la categórica afirmación de responsabilidad que podría servir de fundamento a la punición de la tentativa inidónea, sino que además la inversión de la premisa que le antecede tampoco tiene nada que ver con el problema de la tentativa inidónea, puesto que al invertir la afirmación "siempre que se desconozcan los elementos del tipo" se obtiene la siguiente: "siempre que se conozcan los elementos del tipo"; pero de ninguna manera esa inversión conduce a la formulación "siempre que se crea conocer los elementos inexistentes del tipo", que es la que correspondería a la tentativa inidónea⁷⁶⁹. En síntesis, esa pretendida "conclusión inversa" edificada a partir de las normas reguladores del error de tipo carece del necesario sustento lógico⁷⁷⁰ para llegar a constituir el fundamento de la punibilidad de la tentativa inidónea⁷⁷¹.

⁷⁶⁷ Con razón señala SPENDEL que la conclusión que mediante este procedimiento de inversión se extrae es claramente problemática y no necesaria; cfr. Günter SPENDEL, ZStW 69 [1957], ed. cit., pág. 454.

⁷⁶⁸ Una detallada exposición de los problemas lógicos de la "conclusión invertida" puede encontrarse en Günter SPENDEL, ZStW 69 [1957], ed. cit., págs. 452 a 455.

⁷⁶⁹ Cfr. Günter SPENDEL, ZStW 69 [1957], ed. cit., pág. 458.

⁷⁷⁰ HAFT también sostiene que, en estricto sentido, no hay una relación de inversión entre el error de prohibición y el delito putativo, ni entre el error de tipo y la tentativa; cfr. Fritjof HAFT, Der doppelte Irrtum im Strafrecht, in Juristische Schulung (JuS), Verlag C.

Estos problemas lógicos a los que la doctrina se ve abocada en esta materia se deben en buena parte a una equivocada interpretación de la jurisprudencia que dio origen a esta forma de distinción entre el delito putativo y la tentativa inidónea⁷⁷², pues en aquella oportunidad el Tribunal Supremo del Imperio alemán no afirmó que tal diferenciación se basara en una "inversión" de los errores de tipo y de prohibición, sino que se limitó a señalar que así como el error sobre la existencia de elementos del tipo excluye la culpabilidad, entonces la errada creencia de que ellos existen debería, **por el contrario (a la inversa)**, interpretarse en contra del procesado, y que así como el error de prohibición no excluye la culpabilidad, así mismo tampoco la equivocada creencia de que una conducta está prohibida puede fundamentar esa culpabilidad⁷⁷³. Debido a estos inconvenientes, y al hecho de que la fórmula de la "conclusión invertida" encuentra serios tropiezos en aquellos casos en los que el error del autor recae sobre elementos normativos del tipo⁷⁷⁴, no es de extrañar el reproche de algunos autores en el sentido de que ella no constituye un criterio seguro de delimitación⁷⁷⁵ o, más radicalmente, que se trata de un sistema de diferenciación que sólo de una forma aparente supera el antiguo planteamiento edificado sobre la distinción entre errores de hecho y de derecho⁷⁷⁶.

Dejando para más adelante el estudio de los problemas que el sistema de la "conclusión invertida" plantea en los casos de error

H. Beck, München und Frankfurt, 1980, pág. 430. No obstante lo anterior, este mismo autor emplea una fórmula similar a la de la "conclusión inversa", pero distinguiendo entre errores referidos al objeto y errores referidos al concepto; cfr. Fritjof HAFT, JuS 1980, ed. cit., pág. 591.

⁷⁷¹ Cfr. Günter SPENDEL, ZStW 69 [1957], ed. cit., pág. 455. La afirmación de que la "conclusión invertida" no es fundamento de la punibilidad de la tentativa inidónea es hoy reconocida por una buena parte de la doctrina; así, por ejemplo, cfr. Peter ALBRECHT, Der untaugliche..., ed. cit., pág. 24; Hermann BLEI, JA 1973, ed. cit., pág. 237; Karl ENGISCH, Heinitz-Festschrift, ed. cit., págs. 191 y 192; Albin ESER, Schönke/Schröder, ed. cit., § 22 Rd. 68, 69 y 78; Ingeborg PUPPE, Lackner-Festschrift, ed. cit., págs. 215 y 243; Ingeborg PUPPE, GA 1990, ed. cit., pág. 169; Walter SAX, JZ 1964, ed. cit., págs. 243 y 245; Theo VOGLER, LK, ed. cit., § 22 Rn. 43.

⁷⁷² Cfr. Walter SAX, JZ 1964, ed. cit., pág. 244.

⁷⁷³ Cfr. RGSt 42, 92 [94].

⁷⁷⁴ Sobre el particular cfr. infra 4.2.2.4.3.2.

⁷⁷⁵ Cfr. Harro OTTO, Lehrbuch, ed. cit., pág. 237.

⁷⁷⁶ Cfr. Björn BURKHARDT, Rechtsirrtum und Wahndelikt, in Juristenzeitung (JZ), J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1981, pág. 683.

sobre elementos normativos del tipo⁷⁷⁷, importa aquí destacar que quienes recurren a él, no como el fundamento de la punibilidad de la tentativa inidónea, sino como un mecanismo útil para diferenciar entre ésta figura y el delito putativo, en el fondo centran la discusión sobre la existencia o inexistencia del dolo⁷⁷⁸; esto es perfectamente explicable porque se trata de una argumentación que ha sido desarrollada a partir de una aplicación "analógica e invertida" de los errores de tipo y de prohibición y de las repercusiones que esos errores tendrían sobre la existencia del dolo. De ésta manera, suele decirse que mientras el desconocimiento de los elementos del tipo elimina el dolo, la errónea creencia de que estos existen da lugar al surgimiento del dolo, y así como el desconocimiento de la prohibición no elimina el dolo, así mismo la errónea creencia de que la prohibición existe no fundamenta el dolo.

El hecho de que la argumentación propia de la "conclusión invertida" esconda en el fondo una discusión sobre la presencia del dolo como elemento fundamentador de la tentativa, haría pensar en que se trata de una forma de distinción solamente defendida por los partidarios de las concepciones subjetivas⁷⁷⁹ y eventualmente de las corrientes de pensamiento mixtas (incluyendo dentro de ella, para estos efectos, la teoría de la impresión). Pero curiosamente, la ausencia de otras propuestas válidas para diferenciar entre el delito putativo y la tentativa inidónea ha conducido a que algunos partidarios de una concepción objetiva de la tentativa apoyen incondicionalmente la fórmula de la "conclusión invertida"⁷⁸⁰, incurriendo así en una contradicción al hacer depender en estos casos la existencia de un delito de tentativa, y por tanto la punibilidad de una conducta, exclusivamente de la presencia o ausencia del dolo.

⁷⁷⁷ Cfr. infra 4.2.2.4.3.2.

⁷⁷⁸ Cfr. Albin ESER, Schönke/Schröder, ed. cit., § 22 Rd. 69, quien concretamente señala que, dada la especial importancia que el dolo tiene en la tentativa para la configuración del correspondiente tipo de injusto, es comprensible que la jurisprudencia (por la vía de la conclusión inversa) afirme que todo lo que en el ámbito del § 16 StGB descarga al autor, lo grava en la tentativa inidónea; Rüdiger NIERWETBERG, Jura 1985, ed. cit., pág. 241.

⁷⁷⁹ Entre quienes consideran que se trata de un mecanismo que sólo tiene sentido dentro de una teoría subjetiva de la tentativa cfr. Ingeborg PUPPE, Lackner-Festschrift, ed. cit., pág. 224; Walter SAX, JZ 1964, ed. cit., pág. 245.

⁷⁸⁰ Así, por ejemplo, cfr. Miguel CÓRDOBA ANGULO, La tentativa, ed. cit., pág. 62; Elena FARRÉ TREPAT, La tentativa..., ed. cit., pág. 432; Luis JIMENEZ DE ASUA, Tratado..., ed. cit., pág. 787.

JAKOBS edifica la separación entre el delito putativo y la tentativa inidónea a partir de un "principio de inversión" que él mismo considera diverso del usualmente manejado por la doctrina⁷⁸¹; a su modo de ver, lo que de acuerdo con un conocimiento correcto fundamenta el dolo típico debe conducir a tentativa en casos de errada suposición, y lo que con un correcto conocimiento fundamenta la conciencia de la antijuridicidad conduce al delito putativo en caso de una equivocada suposición⁷⁸².

Según este autor, esta distinción está edificada sobre el supuesto de que frente a la responsabilidad penal hay una diferencia entre los errores de tipo y de prohibición, tal como se desprende de la afirmación de JAKOBS en el sentido de que la frontera entre la tentativa y el delito putativo depende de la delimitación entre el tipo y la prohibición⁷⁸³; si el tratamiento de estas dos formas de error fuera idéntico, la inversión de su tratamiento debería llevar a que se solucionaran de igual manera los casos en que la equivocación del autor le hace pensar que se comporta en contra de lo previsto en una norma, con absoluta independencia de la discusión sobre si su yerro atañe a la ilicitud de la conducta (conciencia de la antijuridicidad) o a la configuración de la realidad sobre la que actúa.

Conforme a la doctrina dominante, si alguien se equivoca sobre el aspecto fáctico de su comportamiento incurrirá en un error de tipo, mientras si lo hace en relación con la ilicitud del mismo estará inmerso en un error de prohibición. La aplicación estricta de estos parámetros conduce a reconocerle un error de tipo a quien sabiendo que el transporte de marihuana es delito, lleva consigo lo que él cree que son unas plantas de yuca; sin embargo, si esa persona es consciente de portar marihuana pero cree que su posesión ha sido despenalizada, se le reconocerá la existencia de un error de prohibición. En materia de responsabilidad penal la diferencia es que un error de tipo vencible hace depender una eventual sanción de que el delito admita la modalidad imprudente, mientras el error de prohibición vencible solo posibilita una atenuación punitiva, sin que en ningún caso lleve a la ausencia de responsabilidad.

⁷⁸¹ Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/52, pág. 726.

⁷⁸² Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/52, pág. 726.

⁷⁸³ Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/37, pág. 721.

Esta solución recuerda mucho a la que antiguamente se hacía entre los errores de hecho y de derecho, donde las consecuencias jurídicas dependían de si la equivocación afectaba los acontecimientos mismos que ontológicamente constituían la conducta, o la valoración jurídica que de ella se hacía. Ni esa antigua diferenciación ni la actual conducen a resultados satisfactorios, porque desde el punto de vista del derecho penal la situación de quien se equivoca sobre la identificación de la planta que transporta (para seguir con el ejemplo de la marihuana) es igual a la de quien yerra sobre la vigencia de la norma que prohíbe su tenencia. En ambos casos la persona cree que desarrolla una conducta jurídicamente neutra, lo que debe conducir a su impunidad si cualquier otro individuo en su lugar hubiera pensado lo mismo, o a una responsabilidad atenuada (a través de una eventual condena por imprudencia) si el yerro hubiera sido evitable con una conducta más diligente⁷⁸⁴.

Para arribar a estas conclusiones es preciso aceptar que el dolo comprende no solo el conocimiento de la realidad sobre la que se actúa y la voluntariedad de atentar contra un bien jurídico objeto de protección, sino también la conciencia de la antijuridicidad que la doctrina mayoritaria sitúa como elemento de la culpabilidad; a mi modo de ver, no solo esa es la composición que debe tener el dolo, sino que adicionalmente éste debe ser estudiado dentro de la realización del riesgo en el resultado como segundo elemento de la imputación objetiva⁷⁸⁵.

A partir de una concepción unitaria de la teoría del error y sobre el supuesto de que las figuras del error y la tentativa se contraponen en cuanto a que la configuración de la realidad del autor afecta su responsabilidad dependiendo de si ella puede o no ser exteriormente apreciada como correcta⁷⁸⁶, bien puede afirmarse que la tentativa inidónea y el delito putativo son la otra cara de los errores vencible e invencible. Por consiguiente, si el autor ha actuado convencido de que en su conducta concurre algún elemento del tipo que en realidad no se da, la misma será punible a título de tentativa (inidónea) si exteriormente esa representación de la realidad puede ser valorada como correcta. Si, por el contrario, esa configuración de la realidad

⁷⁸⁴ Cfr. Yesid REYES, *La configuración del dolo...*, ed. cit., pág. 1023 y ss.

⁷⁸⁵ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, *La configuración del dolo...*, ed. cit., págs. 1021 y 1022.

⁷⁸⁶ Cfr. *supra* 4.2.2.

es exteriormente valorada como incorrecta su actuación será impune por corresponder a un delito putativo.

Quien dispara sobre un espantapájaros que él percibe equivocadamente como un ser humano, responderá como autor de una tentativa inidónea si esa representación de la realidad sobre la que actúa puede considerarse como adecuada desde un punto de vista externo. Si, por el contrario, esa persona dispara sobre una figura que es producto de su imaginación (un ser del más allá) su conducta será impune en la medida en que exteriormente esa configuración de la realidad aparezca como incorrecta.

Estos ejemplos, en los que el error del autor recae sobre el objeto material como elemento del tipo, recuerdan la polémica alrededor de la distinción entre las tentativas inidónea y supersticiosa, respecto de las cuales también se debate en cuanto a la necesidad de punir casos en los que se yerra sobre el medio empleado o sobre el objeto material; esta superposición de ejemplos lleva a preguntarse si existe una diferencia estructural entre la tentativa irreal y el delito putativo, cuestión que a mi modo de ver debe responderse de manera negativa. Tal como en otro lugar se indicó⁷⁸⁷, la única diferenciación que debe hacerse es entre aquellos casos en los que una conducta debe ser apreciada como un delito de tentativa que, desde luego, merece sanción penal, y aquellas hipótesis en las que el comportamiento no puede ser valorado como un delito de tentativa y por consiguiente debe permanecer en la impunidad. De la primera categoría (existencia de un delito de tentativa) harían parte las comúnmente denominadas tentativas idónea e inidónea, y de la segunda (ausencia de un delito de tentativa) las figuras usualmente llamadas tentativa irreal y delito putativo.

4.2.2.4.3.2. Elementos normativos del tipo.

Independientemente de los problemas sistemáticos que la tradicional fórmula de la "conclusión invertida" plantea a sus defensores, puede decirse que en aquellos casos donde lo que falta es la presencia de un tipo penal concreto que recoja la conducta, como cuando el autor cree que el adulterio o el homosexualismo son acciones penalmente sancionadas, el reconocimiento de un delito putativo resulta relativamente sencillo. Por el contrario, la identificación de cuándo

⁷⁸⁷ Cfr. supra 3.2.

nos encontramos en frente de un delito putativo es considerablemente más compleja cuando el error en que incurre el autor no recae sobre la existencia de la norma, sino sobre el proceso de subsunción de su conducta en una norma penal vigente⁷⁸⁸ y, en especial, sobre un elemento normativo del tipo. Así, por ejemplo, quien cree equivocadamente que está apropiándose de una cosa mueble ajena que en realidad le pertenece, no admite equivocadamente la existencia de una norma penal que sanciona el hurto, porque ella efectivamente existe, sino que se equivoca sobre la interpretación de un elemento de la descripción típica que es la "ajenidad" del bien mueble⁷⁸⁹. Aun cuando frente a un caso como este podría afirmarse que el autor no yerra sobre la existencia de una norma que recoja su conducta y por tanto incurriría en un delito de tentativa (inidónea), no puede desconocerse que sin cumplirse el requisito de "ajenidad" no resulta correcto sostener que, en sentido estricto, hay una norma que recoge la conducta desplegada por el autor (el apoderarse de cosas muebles propias no es punible), lo que conduciría al reconocimiento de un delito putativo.

A este problema se enfrentó el Tribunal Superior de Stuttgart cuando se ocupó de analizar la conducta de una persona que en diciembre de 1957 había solicitado de una entidad crediticia un préstamo, que respaldó mediante la pignoración de su automóvil. Por defectos de forma que las partes desconocían al momento de celebrarse la transacción, el contrato así realizado carecía de efectos jurídicos. En abril de 1958, cuando el deudor aún no había cancelado su obligación, y creyendo que como el contrato estaba vigente no podía disponer del vehículo automotor, lo enajenó a un tercero. En este caso, el Tribunal Superior condenó al procesado como autor de una tentativa inidónea de defraudación⁷⁹⁰, lo que parecería coherente con la idea de que existiendo una norma que recoja la conducta, el error

⁷⁸⁸ Cfr. Björn BURKHARDT, JZ 1981, pág. 683; Elena FARRÉ TREPAT, La tentativa..., ed. cit., pág. 422; Rolf-Dietrich HERZBERG, JuS 1980, ed. cit., pág. 469; Hans-Henrich JESCHECK, Lehrbuch, ed. cit., pág. 481; Eberhard STRUENSEE, ZStW 102 [1990], ed. cit., pág. 42 (incluida la nota 72).

⁷⁸⁹ La cuestión, formulada en las palabras de BURKHARDT, es la siguiente: Quien por desconocimiento de reglas jurídicas considera competente al funcionario que no lo es, o ajena la cosa propia, ¿incurre en un error de tipo en un error de prohibición?. Cfr. Björn BURKHARDT, JZ 1981, ed. cit., págs. 683 y 684.

⁷⁹⁰ Cfr. Neue Juristische Wochenschrift (NJW), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, 1962, págs. 66 y siguientes. Esta determinación del Tribunal Superior de Stuttgart es compartida por Albin ESER/Björn BURKHARDT, Lehrbuch, ed. cit., pág. 138.

sobre alguno de sus elementos (uno normativo) no podría reconocerse un delito putativo.

Sin embargo, hay casos donde la norma igualmente existe, el autor yerra sobre la interpretación de uno de sus elementos (uno normativo) y sin embargo se admite la existencia de un delito putativo. Por ejemplo, en 1959, las fuerzas de ocupación canadienses estacionadas en Berlín occidental recibían bonos para poder adquirir en sus cantinas cigarrillos exentos de impuestos de aduana. Físicamente se trataba de talonarios en los que estaba indicado tanto el nombre del soldado beneficiario como la firma de un oficial, y que contenían vales desprendibles que sólo indicaban el número de cigarrillos que podían ser adquiridos. Debido a ello, y para evitar defraudaciones, se había ordenado a los empleados de las cantinas que exigiesen el talonario y, una vez comprobada por ellos la identidad del beneficiario procedieran a arrancar de él el vale correspondiente; sin embargo, pronto se generalizó la práctica de no exigir el talonario a los soldados, limitándose los empleados de las cantinas a recibir de éstos los vales sueltos. Esta situación fue aprovechada por dos sargentos del ejército canadiense que se hicieron imprimir talonarios falsos y los vendieron a los soldados, en la convicción de que esos vales constituían documentos. Dentro del proceso no se probó si en los talonarios falsos se colocó el nombre de los soldados y se imitó la firma de algún oficial, pero se estableció que los vales sueltos sí fueron puestos en circulación para adquirir cigarrillos. En este caso, la Corte Suprema de Justicia alemana absolvió a los procesados, considerando que se trataba de un delito putativo y no de una tentativa inidónea⁷⁹¹, determinación esta que ha encontrado amplio respaldo en la doctrina⁷⁹².

Como se desprende del diferente tratamiento que suele darse a casos similares a los acabados de reseñar, el hecho de que exista una norma y el autor se equivoque sobre la interpretación de un elemento normativo no permite calificar directa y exclusivamente la conducta como delito putativo o como tentativa⁷⁹³. Como la simple existencia

⁷⁹¹ BGHSt 13, 235 y siguientes.

⁷⁹² Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/39, pág. 722 nota 63; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 40/162, pág. 48; Ingeborg PUPPE, Lackner-Festschrift, ed. cit., pág. 229; Eberhard SCHMIDHÄUSER, Lehrbuch, ed. cit., § 15/32, pág. 603; Theo VOGLER, LK, ed. cit., § 22 Rn. 145;

⁷⁹³ Sobre esta dificultad, cfr. Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, Delito imposible..., ed. cit., págs. 380 y 381.

de un error sobre el elemento normativo no es motivo suficiente para afirmar o negar la punibilidad de la conducta, ha sido necesario recurrir a mecanismos diversos para tratar de precisar cuándo ese error sobre elementos normativos conduce a un delito putativo y cuándo da lugar a una tentativa. Uno de los intentos más antiguos se remonta a la vieja distinción entre errores de hecho y de derecho, y supone que una equivocación sobre lo fáctico afecta al dolo y por tanto un error invertido de esta naturaleza daría lugar a una tentativa inidónea, mientras una incorrecta valoración de lo jurídico no fundamenta la culpabilidad y por consiguiente un error invertido de esta clase originaría un delito putativo⁷⁹⁴. Debido a la dificultad práctica de distinguir entre errores de hecho y de derecho, a la cual se hizo referencia en el acápite precedente⁷⁹⁵, esta propuesta no tuvo éxito.

Cuando dentro de la teoría del error se enfrentaron problemas con los elementos normativos del tipo, se los solucionó señalando que para la existencia del dolo no es suficiente el simple conocimiento de las circunstancias de hecho, sino que además es necesario poseer una adecuada valoración del fenómeno. Así, para la existencia de un dolo de falsedad documental no basta con que el autor sepa que tiene en sus manos un trozo de papel, sino que debe estar en capacidad de valorar ese objeto como un documento. Pero, como exigirle al autor una valoración jurídica correcta de los elementos normativos supondría ampliar en demasía la impunidad derivada de esta clase de errores, se acordó que ese juicio exigido al autor en materia de elementos normativos debería equivaler a una "valoración paralela en la esfera del profano", vale decir, debe tratarse de una interpretación coincidente con la que una persona no versada en la materia podría tener. En resumen, sólo puede hablarse de la existencia de un dolo que comprenda los elementos normativos del tipo, cuando el autor conozca las circunstancias de hecho que les sirven de fundamento y además posea respecto de ellas una "valoración paralela en la esfera del profano". Faltando uno de estos requisitos, la conducta será impune por ausencia de dolo⁷⁹⁶.

⁷⁹⁴ Cfr. Christian-Reinhold KÖSTLIN, *Neue Revision...*, ed. cit., pág. 358.

⁷⁹⁵ Cfr. supra 4.2.2.4.3.1.

⁷⁹⁶ Cfr. Jürgen BAUMANN, *Das Umkehrverhältnis zwischen Versuch und Irrtum im Strafrecht*, in *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, 1. Halbband, pág. 17; Björn BURKHARDT, *JZ* 1981, ed. cit., pág. 684; Fritjof HAFT, *JuS* 1980, ed. cit., pág. 431; Rolf-Dietrich HERZBERG, *JuS* 1980, ed. cit., pág. 471; Günther JAKOBS, *Anmerkung*

Aprovechando lo fructífera que ha resultado esta figura en el tratamiento del error sobre los elementos normativos del tipo, se ha recomendado su empleo como mecanismo para distinguir entre la tentativa inidónea y el delito putativo en los casos en que el error del autor recae sobre dichos elementos normativos, proponiéndose entonces la consideración invertida de esa valoración paralela en la esfera del profano. Sin embargo, la falta de claridad sobre la forma como esa inversión de la valoración paralela debe funcionar para poder distinguir adecuadamente los casos en que hay tentativa de los que tan solo constituyen un delito putativo, contrasta con la enorme difusión y aceptación de la propuesta.

Por ejemplo, se ha dicho que cuando en el plano del error esa valoración afecte el aspecto fáctico de la conducta y por tanto sirva para excluir el dolo, su inversión dará lugar a la existencia de una tentativa inidónea, mientras que si en el plano del error esa valoración recae sobre la consideración de la conducta como antijurídica o punible y por tanto no sirve para fundamentar la culpabilidad, su inversión evidenciará la existencia de un delito putativo⁷⁹⁷. No obstante la aparente validez del razonamiento, él no permite avanzar nada en la solución del problema, puesto que justamente lo que es materia de discusión es cuándo la inversión de una valoración paralela en la esfera del profano constituye un error de tipo que genere tentativa inidónea y cuándo configura un error de prohibición fundamentador del delito putativo⁷⁹⁸. Sin duda, el error de subsunción puede ser considerado de manera general como un sub-caso del delito putativo⁷⁹⁹, pero ello siempre deja abierto el

zu BGH 32, 88 in Juristische Rundschau (JR), Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1984, pág. 386; Rüdiger NIERWETBERG, Jura 1985, ed. cit., pág. 240; Theo VOGLER, LK, ed. cit., § 22 Rn. 137; Rainer ZACZYK, Das Unrecht..., ed. cit, pág. 262.

⁷⁹⁷ Cfr. Albin ESER/Björn BURKHARDT, Lehrbuch, ed. cit., pág. 138; Hans-Heinrich JESCHECK, Lehrbuch, ed. cit., pág. 481; Hans-Joachim RUDOLPHI, SK, ed. cit., § 22 Rn. 32 y 32a; Fritz TRAUB, JuS 1967, ed. cit., pág. 116.

⁷⁹⁸ Cfr. En este sentido, la crítica de Theo VOGLER, LK, ed. cit., § 22 Rn. 145. Sin embargo, MAURACH, GÖSSEL y KIENAPFEL sostienen que el error invertido en la valoración paralela en la esfera del profano conduce siempre a un delito putativo; cfr. Reinhart MAURACH, NJW 1962, ed. cit., pág. 719; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 40/8-8, pág. 14; Diethelm KIENAPFEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 118.

⁷⁹⁹ Así lo sostienen, por ejemplo, Heinrich BINDOKAT, NJW 1963, ed. cit., pág. 747; Reinhart MAURACH, NJW 1962, ed. cit., pág. 719; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 40/158, pág. 48; Eberhard SCHMIDHÄUSER, Lehrbuch, ed. cit., §15/32, pág. 602.

interrogante de si toda equivocación sobre los elementos normativos constituye un error de subsunción y por tanto un delito putativo.

Para ilustrar el problema puede recordarse un antiguo caso de la jurisprudencia alemana: un funcionario de policía recibe una denuncia formulada contra su suegro, un carnicero que fue sorprendido transportando carne en un vehículo que no cumplía con los requisitos legales exigidos para el transporte de ese alimento. Creyendo que el hecho imputado a su pariente daba lugar a un proceso penal, el policía omitió cumplir con su obligación de tramitar la denuncia, y la guardó en un cajón al que sólo él tenía acceso, confiando en que caería en el olvido. Cuando finalmente, y ante los requerimientos de la fiscalía se vio obligado a tramitar la denuncia, él mismo fue procesado por un delito especial de favorecimiento que por aquella época existía en la legislación penal alemana (§ 346 StGB), que preveía una sanción para quien desde su cargo contribuyese a que una persona eludiese un proceso penal (sin comprender los casos en que la ayuda fuese para sustraerse de un proceso disciplinario o contravencional)⁸⁰⁰.

Como al ocuparse de la denuncia contra el carnicero, la fiscalía determinó que la conducta de éste no constituía delito, sino tan solo una contravención, se planteó el problema de si la actuación del policía debería ser considerada como un delito putativo o como una tentativa inidónea o, en otras palabras, si el error invertido del policía había recaído sobre el tipo o sobre la prohibición. Dicho en forma aún más sencilla: ¿creer que la conducta de una persona constituye un delito que da lugar a un proceso penal, cuando en realidad amerita un procedimiento contravencional, equivale a equivocarse sobre el supuesto de hecho, o sobre la ilicitud?. Pues bien, la Corte Suprema de Justicia alemana condenó al policía como autor de una tentativa inidónea de favorecimiento⁸⁰¹, determinación que no ha sido unánimemente acogida por la doctrina⁸⁰².

⁸⁰⁰ Cfr. BGHSt 15, 210 y siguientes.

⁸⁰¹ Cfr. BGHSt 15, 210 [214].

⁸⁰² Entre quienes comparten la determinación judicial, cfr. Paul BOCKELMANN/Klaus VOLK, Lehrbuch, ed. cit., pág. 211; Albin ESER/Björn BURKHARDT, Lehrbuch, ed. cit., pág. 138; Rolf-Dietrich HERZBERG, JuS 1980, ed. cit., pág. 473; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 40/164, pág. 49. Entre quienes, por el contrario, ven en la conducta del policía un delito putativo, cfr. Björn BURKHARDT, JZ 1981, ed. cit., pág. 686.

Buscando otorgar mayor precisión al mecanismo de la invertida valoración paralela en la esfera del profano, se ha pretendido revivir la antigua distinción entre errores penales y extrapenales, para sostener que cuando ese error invertido del autor recaiga sobre un aspecto pre-penal permitirá el surgimiento del dolo y por tanto la aparición de una tentativa inidónea, mientras el hecho de que ese error invertido recaiga sobre el ámbito penal deberá ser considerado siempre como delito putativo⁸⁰³. La propuesta no ha tenido mayor resonancia en la doctrina, dado el fracaso que en su época constituyó la pretensión de distinguir entre errores penales y extrapenales como forma de determinar la relevancia del error como excluyente de culpabilidad⁸⁰⁴. Por lo demás, su aplicación práctica no estaría exenta de problemas, en casos como el siguiente, juzgado en 1908 por el Tribunal Supremo del Imperio alemán:

Los acusados contrataron una póliza de seguros sobre un caballo, y pagaron el dinero que como prima les fue exigido. Durante el tiempo transcurrido entre el pago de la póliza y su efectiva entrega por parte de la compañía a los asegurados, el caballo enfermó gravemente y murió. Antes de proceder a la reclamación, los acusados leyeron en el contrato que la póliza tendría vigencia a partir del momento de su perfeccionamiento, y entendieron que ello significaba que el seguro sólo estaba vigente a partir del momento en que ellos recibieran la póliza, cuando en realidad él había entrado en vigor desde el momento mismo en que la prima fue cancelada por los asegurados. Creyendo que por dicha razón no podrían hacer efectivo el seguro, simularon que la muerte del caballo había ocurrido varios días después de la fecha en que realmente tuvo lugar, haciéndola aparecer como un suceso posterior al momento en que ellos habían recibido realmente la póliza del seguro. El Tribunal Supremo del Imperio alemán consideró que la conducta de los procesados era punible a título de tentativa inidónea⁸⁰⁵, solución que es compartida por HERZBERG con el argumento de que el error invertido recayó sobre un aspecto pre-penal que, conforme a su tesis, nunca da lugar a un

⁸⁰³ Cfr. Rolf-Dietrich HERZBERG, JuS 1980, ed. cit., pág. 473. En España adopta un criterio bastante similar Elena FARRÉ TREPAT, La tentativa..., ed. cit., págs. 431 y siguientes.

⁸⁰⁴ Cfr. Björn BURKHARDT, JZ 1981, ed. cit., pág. 687.

⁸⁰⁵ RGSt 42, 92 y siguientes.

delito putativo⁸⁰⁶, pero que es criticada por ZACZYK invocando falta de provecho antijurídico⁸⁰⁷.

Pero si bien la doctrina sigue mostrándose insegura y dividida al momento de precisar la forma en que esa invertida valoración paralela en la esfera del profano permitiría distinguir entre aquellos errores invertidos del autor que dan lugar a un delito putativo y los que generan una tentativa inidónea, hay absoluta homogeneidad al considerar que ese mecanismo gira exclusivamente en derredor del dolo como aspecto subjetivo del delito⁸⁰⁸. Esta afirmación no resulta extraña pues, como hemos visto, la idea misma de diferenciar entre errores "invertidos" de tipo y de prohibición fue directamente tomada del ámbito de la culpabilidad, y el recurso a la figura de la "valoración paralela en la esfera del profano" supone una clara remisión a problemas relacionados con el dolo.

En lo atinente a elementos normativos del tipo, la diferencia entre la impunidad derivada de la existencia de un delito putativo y la punibilidad aneja al reconocimiento de una tentativa depende exclusivamente —según la doctrina ampliamente mayoritaria— de la existencia o inexistencia del dolo. En esa misma línea afirma JAKOBS que no hay dolo, y por tanto existe un delito putativo, cuando el autor, equivocadamente, atribuye a un suceso correctamente aprehendido la denominación de un elemento del tipo (error de subsunción invertido), como cuando cree que papeles sin autor reconocible son documentos⁸⁰⁹.

Como se expuso en páginas anteriores⁸¹⁰, una concepción unitaria del error (edificada a su vez sobre un dolo que como parte de la imputación objetiva comprende también la conciencia de la

⁸⁰⁶ Cfr. Rolf-Dietrich HERZBERG, JuS 1980, ed. cit., pág. 474.

⁸⁰⁷ Cfr. Rainer ZACZYK, Das Unrecht..., ed. cit., pág. 265

⁸⁰⁸ Cfr. Jürgen BAUMANN, NJW 1962, ed. cit., pág. 16; Björn BURKHARDT, JZ 1981, ed. cit., pág. 686; Fritjof HAFT, JuS 1980, ed. cit., pág. 431; Rolf-Dietrich HERZBERG, JuS 1980, ed. cit., pág. 473; Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/39 págs. 721 y 722 y § 25/42 pág. 722; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 40/155 pág. 47; Ingeborg PUPPE, GA 1990, ed. cit., pág. 153; Fritz TRAUB, JuS 1967, ed. cit., pág. 116;

⁸⁰⁹ Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/39, págs. 721 y 722; en cuanto a la consideración de estos casos como delito putativo, puede verse también Günther JAKOBS, System..., ed. cit., pág. 71.

⁸¹⁰ Cfr. supra 4.2.2.4.3.1.

antijuridicidad) conduce a que su “inversión” en el ámbito de la tentativa permita edificar la distinción entre delito putativo y tentativa inidónea a partir de la valoración que se pueda hacer de la forma en que el autor ha configurado la realidad sobre la que actúa. Cuando alguien trata intencionalmente de apoderarse de un bien mueble que equivocadamente cree ajeno (yerra sobre un elemento normativo del tipo), su conducta será punible como tentativa inidónea si esa representación del autor es valorada externamente (valoración paralela en la esfera del profano) como adecuada. Si, por el contrario, desde una perspectiva externa esa configuración de la realidad pudiera ser valorada como incorrecta (era claro que la cosa cuya apropiación se pretendía era propia) su comportamiento permanecerá impune por tratarse de un delito putativo.

De esta manera, cuando los sargentos del ejército canadiense hicieron imprimir papeles en los que figuraba la cantidad de cigarrillos que podían serles vendidos a los soldados en sus cantinas, creyendo que así falsificaban documentos, tuvieron una correcta representación de la realidad, en cuanto un conocimiento no especializado indicaría que esos trozos de papel eran documentos aun cuando no fuese reconocible su autor; por eso su conducta debería haber sido catalogada por las autoridades alemanas como tentativa inidónea. En similar sentido, quien careciera de formación jurídica podría entender que un contrato de seguros sólo se perfecciona con la entrega de la póliza correspondiente y no con el simple pago de la prima, de tal manera que quien actúa conforme a esa representación de la realidad (correcta desde el punto de vista externo) incurre en una tentativa inidónea punible; esto significa que cuando los autores del mencionado caso modificaron la fecha de muerte del caballo para hacerla aparecer como posterior al momento en que en realidad había ocurrido, actuaron conforme a una correcta representación de la realidad y por consiguiente pueden ser considerados como autores de una tentativa.

Asiste razón a JAKOBS al sostener que cuando el sujeto infiere de determinadas situaciones una valoración paralela, eso conduce al dolo (y con ello a tentativa o consumación) sólo si las mismas también provocan objetivamente la correspondiente valoración. De lo contrario —continúa JAKOBS— el autor vincula las situaciones con una significación que no les corresponde conforme al orden

establecido, esto es, no ataca el orden existente sino uno imaginado, y configura por tanto un delito putativo⁸¹¹.

De acuerdo con ello, y para terminar las referencias a los casos citados en el transcurso de éste epígrafe, responde por tentativa quien desconociendo la nulidad del contrato de prenda por él celebrado, cree que no puede disponer de su vehículo y pese a ello lo vende a un tercero, porque desde una perspectiva externa era comprensible que alguien sin conocimientos especializados creyese que el contrato celebrado estaba vigente y le impedía disponer del automóvil antes de cancelar el préstamo que con él garantizaba. También el policía que cree que la denuncia presentada contra su suegro dará lugar a un proceso penal debe ser considerado como autor de una tentativa de defraudación, porque habrá actuado conforme a una configuración de la realidad que externamente aparece como correcta; para alguien ajeno a las cuestiones jurídicas no es perceptible una diferencia entre un delito y una contravención, razón por la cual podría entender que el no trámite de la denuncia constituía un favorecimiento orientado a dejar sin castigo un delito.

4.2.2.4.3.3. La inidoneidad del autor.

Cuando una persona cuyo vínculo matrimonial ha sido anulado, desconoce esta circunstancia y por tanto, creyendo que sigue casada, contrae un segundo matrimonio con otra mujer, o cuando la aseedora de un ministerio cree equivocadamente que es funcionaria pública y a cambio de dinero revela el contenido de documentos oficiales, se plantea el interrogante de si aquel debe ser sancionado por un delito de tentativa de bigamia y ésta por un delito de tentativa de concusión⁸¹².

Los redactores del proyecto alternativo que en esta materia sirvió de modelo al vigente Código Penal alemán se abstuvieron de crear una norma especial que regulara estos supuestos, argumentando la dificultad de encontrar una fórmula que no abarcara casos inapropiados; sin embargo, expresamente señalaron en la exposición de motivos que con seguridad estos temas serían resueltos en la

⁸¹¹ Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/42, pág. 722.

⁸¹² Cfr. Hans-Jürgen BRUNS, Der untaugliche..., ed. cit., págs. 5 y 19.

práctica mediante el pacífico reconocimiento de su impunidad⁸¹³. Pero, contra esta premonición de los redactores de dicho código, no sólo puede decirse que la polémica sobre el tratamiento que debe otorgarse a estos supuestos no ha cesado ni doctrinal ni jurisprudencialmente⁸¹⁴, sino que además —como a continuación se verá— la opinión mayoritaria se inclina en la actualidad por imponer sanciones a título de tentativa inidónea en muchas de esas hipótesis⁸¹⁵.

De acuerdo con la opinión doctrinal mayoritaria, la adecuada solución de los problemas que plantea la inidoneidad del autor requiere una previa diferenciación de dos grupos de casos por completo diversos. El primero de ellos estaría conformado por aquellos supuestos de hecho que podrían ser calificados como delitos especiales impropios, en los que esa inidoneidad del sujeto se deriva de una inidoneidad del objeto, como cuando una mujer ingiere una sustancia apta para producir un aborto, creyendo equivocadamente que se encontraba embarazada. El segundo grupo lo constituirían aquellos casos que podrían ser denominados como delitos especiales propios, en los que es la existencia de un deber especial lo que fundamenta la cualificación normativa del autor, como ocurre con todos los tipos penales que recogen conductas de funcionarios públicos⁸¹⁶.

De una forma gráfica puede decirse que mientras los delitos especiales impropios son dirigidos a todas las personas, los propios tienen como destinatarios específicos a individuos especialmente cualificados, en las que es la existencia de esos deberes especiales que poseen lo que las vincula a la norma penal. Por lo que respecta a las hipótesis de inidoneidad del sujeto en los casos de delitos especiales impropios, la doctrina se muestra bastante uniforme en el

⁸¹³ Cfr. Hans-Jürgen BRUNS, *Die Strafbarkeit des Versuchs eines untauglichen Subjektes*, in *Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, R. v. Decker's Verlag, G. Schenck. Hamburg-Heidelberg, 1979, pág. 161; Jürgen MEYER, *ZStW* 87 [1975], ed. cit., pág. 615.

⁸¹⁴ Sobre la existencia de la polémica, cfr. Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito imposible...*, ed. cit., pág. 381.

⁸¹⁵ Cfr. Hans-Jürgen BRUNS, *GA* 1979, ed. cit., pág. 162.

⁸¹⁶ Cfr., por ejemplo, Robert von HIPPEL, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 437; Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch*, ed. cit., págs. 482 y 483; Hans-Joachim RUDOLPHI, *SK*, ed. cit., § 22 Rn. 26 y 27; Theo VOGLER, *LK*, ed. cit., § 22 Rn. 153 y 158; Hans WELZEL, *Lehrbuch*, ed. cit., págs. 194 y 195; Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., págs. 169 y 170.

sentido de considerarlos como problemas de tentativa inidónea derivada de la inidoneidad del objeto⁸¹⁷, de tal manera que —como en seguida se analizará— la polémica permanece encendida sólo respecto del segundo grupo de supuestos, vale decir, aquel que comprende los delitos especiales propios⁸¹⁸.

Como especialmente problemáticos suelen mencionarse aquí los casos de error invertido en que puede incurrir el autor de un delito impropio de omisión, pues dicha equivocación puede recaer tanto sobre la posición de garante como sobre la admisión del deber mismo de garante. De acuerdo con la concepción doctrinal mayoritaria, quien oye los gritos de una persona que se está ahogando en un lago, y creyendo equivocadamente que se trata de su hija no hace nada por rescatarla, se equivoca sobre su posición de garante y por tanto debe responder como autor de un delito de tentativa. Pero, por el contrario si la misma persona oye los gritos de socorro de una persona que se está ahogando en el lago, y a pesar de reconocer en ella a su suegra omite rescatarla, creyendo equivocadamente que incluso respecto de ella es garante por su vida, incurre en un error sobre la admisión de un deber de garante que sólo permite predicar respecto de él la existencia de un delito putativo⁸¹⁹.

Si se afirma, como lo hacen algunos autores, que todos los elementos del tipo poseen igual valor y por consiguiente no hay ninguna razón para brindar un trato diverso a los errores invertidos en que el autor incurra respecto de su cualificación⁸²⁰, entonces se llega

⁸¹⁷ Cfr. Robert von HIPPEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 437; Hans-Heinrich JESCHECK, Lehrbuch, ed. cit., pág. 483; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 40/170-171, pág. 50; Hans-Joachim RUDOLPHI, SK, ed. cit., § 22 Rn. 26; Theo VOGLER, LK, ed. cit., § 22 Rn. 153; Hans WELZEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 195; Rainer ZACZYK, Das Unrecht..., ed. cit., pág. 269.

⁸¹⁸ GÓMEZ MARTÍN considera que no hay un concepto único de delito especial, por lo que resulta factible circunscribirlo a casos de consumación o incluso de tentativa idónea; cfr. Victor GÓMEZ MARTÍN, Delito especial..., ed. cit., págs. 31, 214 y 215.

⁸¹⁹ Cfr. Hans-Jürgen BRUNS, GA 1979, ed. cit., pág. 184; Albin ESER/Björn BURKHARDT, Lehrbuch, ed. cit., pág. 139; Reinhart MAURACH, NJW 1962, ed. cit., pág. 770; Hans-Joachim RUDOLPHI, SK, ed. cit., § 22 Rn. 33; Theo VOGLER, LK, ed. cit., § 22 Rn. 151. ZACZYK, por su parte, cree que en los ejemplos propuestos se excluye la tentativa, pero no por la inidoneidad del autor, sino por otros motivos; cfr. Rainer ZACZYK, Das Unrecht..., ed. cit., págs. 270 y 271.

⁸²⁰ Cfr. Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER, Lehrbuch, ed. cit., pág. 498; Hans-Jürgen BRUNS, GA 1979, ed. cit., pág. 183; Albin ESER, Schönke/Schröder, ed. cit., § 22 Rd. 76; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 40/7 pág. 14; Theo VOGLER, LK, ed. cit., § 22 Rn. 158.

forzosamente a la conclusión de que todos aquellos casos en los que el autor crea equivocadamente que posee la cualificación requerida por un tipo, son casos de tentativa inidónea⁸²¹. Pero como una afirmación tan radical no parece satisfacer a ningún autor, se recurre a sostener que de dicha regla general deben quedar excluidas las situaciones en que pueda demostrarse la existencia de un verdadero error invertido de subsunción, en los cuales debería procederse al reconocimiento de la impunidad⁸²². La no aplicación de una pena en estos casos no puede, sin embargo, ser coherentemente fundamentada en la existencia de un delito putativo, pues al partirse de que todos los elementos del tipo poseen el mismo valor, debe admitirse también que todo error invertido sobre ellos debe conducir al reconocimiento de una tentativa inidónea. Por ello algunos partidarios de esta tesis sostienen que cuando el error del autor sobre su cualificación constituya un error de subsunción, debe admitirse la impunidad de la tentativa, “como si se tratara” de un delito putativo⁸²³.

Buscando evitar estas contradicciones, se ha dicho que para determinar si los errores invertidos sobre la cualificación del autor dan lugar a una tentativa inidónea o a un delito putativo hay que analizar si se trata de una equivocación sobre el supuesto de hecho, o de un error de interpretación jurídica (error de subsunción), pues mientras en el primer caso habrá una tentativa inidónea, en el segundo sólo se dará un delito putativo⁸²⁴. Expresado de otra manera, sólo quien equivocadamente admite la presencia de

⁸²¹ Cfr. Paul BOCKELMANN/Klaus VOLK, Lehrbuch, ed. cit., pág. 211, quienes, sin compartir la premisa de que todos los elementos del tipo poseen idéntico valor, advierten que ese punto de partida debería conducir a la conclusión de que en todos los casos de "inidoneidad" del autor se está frente a tentativas punibles; Hans-Jürgen BRUNS, GA 1979, ed. cit., pág. 183, quien sí acepta en forma expresa tanto la premisa como la conclusión (aun cuando con excepciones, como en seguida se verá).

⁸²² En este sentido, cfr. Hans-Jürgen BRUNS, Der untaugliche..., ed. cit., pág. 19; Hans-Jürgen BRUNS, GA 1979, ed. cit., pág. 183.

⁸²³ Cfr. Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER, Lehrbuch, ed. cit., pág. 498; Eberhard SCHMIDHÄUSER, Lehrbuch, ed. cit., § 15/59 pág. 618; Theo VOGLER, LK, ed. cit., § 22 Rd. 158.

⁸²⁴ Hans-Jürgen BRUNS, Der untaugliche..., ed. cit., pág. 19; Albin ESER/Björn BURKHARDT, Lehrbuch, ed. cit., pág. 139; Hans-Heinrich JESCHECK, Lehrbuch, ed. cit., págs. 482 y 483; Kristian KÜHL, JuS 1981, ed. cit., pág. 194; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 40/175 pág. 51; Hans-Joachim RUDOLPHI, SK, ed. cit., § 22 Rn. 17 y 33; Herbert TRÖNDLE, StGB, ed. cit., § 22 Rd. 28; Theo VOGLER, LK, ed. cit., § 22 Rn. 151; Johannes WESSELS, Lehrbuch, ed. cit., pág. 187.

circunstancias que de existir fundamentarían su calidad de autor comete una tentativa⁸²⁵.

Esta solución, sin embargo, se asemeja demasiado a la antigua e infructuosa polémica sobre la distinción entre errores que recaen sobre el supuesto de hecho y errores que afectan la valoración jurídica, sobre cuyos inconvenientes ya se ha tratado⁸²⁶. Como ejemplo de la dificultad de distinguir entre estas dos manifestaciones del error, basta con señalar que hay quien sostiene que cuando la aseadora de una oficina pública, creyéndose funcionaria, vende el contenido de una papelería a un agente secreto extranjero, incurre en un delito putativo⁸²⁷, lo que supone admitir que ella se ha equivocado sobre la valoración jurídica y no sobre el supuesto de hecho; pero también hay quien sobre un ejemplo estructuralmente idéntico sostiene que, si alguien desconoce su situación jurídica y por ello cree ser un funcionario público y en consecuencia piensa que con su actuación comete una defraudación contra la administración pública, conoce perfectamente el deber inherente a los funcionarios y sólo se equivoca en cuanto al supuesto de hecho, de tal manera que debería ser condenado como autor de una tentativa inidónea⁸²⁸.

Desde otra perspectiva, se ha dicho que la impunidad de quien yerra en cuanto a su cualificación de autor y por ello cree incurrir en un delito especial propio, se deriva de la falta de interés social en su sanción, pues en el fondo nadie está interesado en que se aplique una pena a quien no siendo funcionario del Estado cree cometer un delito contra la administración pública⁸²⁹. Esa innecesariedad de la pena estaría justificada por razones de prevención especial en cuanto no hay peligro de que el autor intente nueva y exitosamente la comisión

⁸²⁵ Cfr. Kristian KÜHL, JuS 1981, ed. cit., pág. 194; Hans-Heinrich JESCHECK, Lehrbuch, ed. cit., págs. 482 y 483; Herbert TRÖNDLE, StGB, ed. cit., § 22 Rd. 28; Johannes WESSELS, Lehrbuch, ed. cit., pág. 187.

⁸²⁶ Cfr. supra 4.2.2.4.3.1.

⁸²⁷ Cfr. Hans-Jürgen BRUNS, Der untaugliche..., ed. cit., pág. 19.

⁸²⁸ Cfr. Werner HARDWIG, Der Versuch bei untauglichem Subjekt, in Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA), R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, Hamburg, 1957, pág. 171.

⁸²⁹ En esta dirección señala HARDWIG que así como la sociedad, para evitar que cunda el mal ejemplo, puede estar interesada en sancionar a quien erradamente se cree embarazada e intenta abortar, nadie está interesado en sancionar a quien cree delinquir en su imaginada calidad de funcionario público; cfr. Werner HARDWIG, GA 1957, ed. cit., pág. 174.

de un hecho similar⁸³⁰, y por razones de prevención general en cuanto la actuación de quien sólo cree ser funcionario del Estado no afecta la confianza de la comunidad en el correcto ejercicio de la función pública⁸³¹.

A partir de estas consideraciones sobre la ausencia del merecimiento de la pena, se afirma que en los llamados delitos especiales propios el elemento típico que caracteriza al sujeto constituye una limitante al círculo de destinatarios de la norma, de manera que ella no tiene ningún poder vinculante respecto de todos aquellos quienes carezcan de la cualificación allí requerida⁸³². Según los partidarios de esta tesis, la situación de quien equivocadamente cree que una norma le vincula es estructuralmente idéntica a la de quien erradamente cree que su conducta está recogida por una norma penal⁸³³, y por tanto su comportamiento sólo puede ser considerado como un delito putativo⁸³⁴. Se sostiene entonces que la validez de las normas establecidas para garantizar el correcto funcionamiento de la administración pública sólo pueden ser quebrantadas por quien

⁸³⁰ Cfr. Günther STRATENWERTH, *Der Versuch des untauglichen Subjekts*, in *Festschrift für Hans-Jürgen Bruns*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1978, pág. 60.

⁸³¹ Cfr. Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., § 25/43, pág. 723, quien sostiene que el no funcionario no está en condiciones de perturbar o quebrantar la validez de las normas dirigidas a los funcionarios; Günther JAKOBS, *System...*, ed. cit., pág. 71, advirtiendo que si el deber no existe respecto del sujeto, lo que existe es un delito putativo; Günther STRATENWERTH, *Bruns-Festschrift*, ed. cit., pág. 60. En sentido similar se pronuncia Diethelm KIENAPFEL, *Lehrbuch*, ed. cit., págs. 114 y 118, en cuanto sostiene que la conducta de quien se cree funcionario, sin serlo, no genera la impresión que sirve de fundamento a la punibilidad de la tentativa.

⁸³² Cfr. Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 498; Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., § 25/43, pág. 723; Miguel Ángel NUÑEZ PAZ, *El delito intentado*, ed. cit., pág. 117.

⁸³³ En este sentido, cfr. Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 498. Con razón dice HARDWIG que quien cree estar obligado a denunciar la posesión de divisas, sin que ese deber exista, no puede ser penado porque no hay una norma que recoja su conducta; cfr. Werner HARDWIG, *GA 1957*, ed. cit., págs. 170 y 171.

⁸³⁴ Cfr. Jürgen BAUMANN, *NJW 1962*, ed. cit., pág. 18; Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 498; Heinrich FOTH, *JR 1965*, ed. cit., pág. 371; Werner HARDWIG, *GA 1957*, ed. cit., pág. 175; Robert von HIPPEL, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 437; Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., § 25/43, pág. 723; Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 482; Luis JIMENEZ DE ASUA, *Tratado...*, ed. cit., pág. 788; Diethelm KIENAPFEL, *Lehrbuch*, ed. cit., págs. 114 y 118; Dietrich OHELER, *Das objektive...*, ed. cit., pág. 123; Harro OTTO, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 238; Eberhard SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, ed. cit., § 15/32, pág. 602; Günther STRATENWERTH, *Bruns-Festschrift*, ed. cit., págs. 68 y 69; Hans WELZEL, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 194; Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., pág. 270.

efectivamente tiene la calidad de funcionario⁸³⁵, de la misma manera como la vigencia de la norma que pretende evitar la deserción de las filas del ejército sólo puede ser efectivamente quebrantada por un miembro de ese cuerpo armado y no, por ejemplo, por el barrendero de un cuartel del ejército que, creyendo que por el simple hecho de trabajar en dicha dependencia tiene la cualidad de soldado, elude durante un fin de semana el cumplimiento de su trabajo⁸³⁶. Según JAKOBS, la inversión de atributos del autor que caracterizan deberes especiales, conduce a la imaginación de deberes, esto es, a un delito putativo⁸³⁷.

Estas afirmaciones son ciertas solo cuando la conducta se valora desde una perspectiva *ex-post*, claramente incompatible con la figura de la tentativa⁸³⁸. Ninguna duda cabe en cuanto a que cuando el legislador crea el tipo de peculado (malversación en la legislación española) lo hace para proteger el bien jurídico de la administración pública y garantizar la confianza de la ciudadanía en su correcto funcionamiento. Como tampoco la hay en cuanto a que la creación del tipo de hurto tiene como propósito la protección del patrimonio económico y la elevación del homicidio a delito pretende garantizar el respeto a la vida.

Pero si a partir de esas premisas se afirma que cuando el delito es de imposible consumación porque quien no es servidor público no puede infringir la norma que sanciona el peculado, entonces debería sostenerse igualmente que cuando falta el objeto material (se pretende robar la bóveda de un banco que en realidad estaba vacía) no se puede quebrantar la norma que reprime el hurto o el homicidio (cuando se intenta dar muerte a alguien que pocos segundos antes ha fallecido)⁸³⁹. A conclusiones como estas sólo se puede llegar cuando

⁸³⁵ En otras palabras, la creencia de que existe un deber fundamentador de la cualificación del autor no sustituye ese inexistente deber; en este sentido, cfr. Werner HARDWIG, GA 1957, ed. cit., págs. 170 y 171; Harro OTTO, Lehrbuch, ed. cit., pág. 238.

⁸³⁶ Cfr. Hans-Heinrich JESCHECK, Lehrbuch, ed. cit., pág. 482.

⁸³⁷ Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/53, pág. 726.

⁸³⁸ Cfr. supra 2.2.3.

⁸³⁹ GÓMEZ MARTÍN sostiene, con razón, que la punibilidad de la tentativa en hipótesis de autor inidóneo no es lógicamente contraria a su impunidad en casos de consumación, como tampoco contraría la lógica sostener que no se puede sancionar como autor de un delito consumado al que dispara sobre un muerto, pero en cambio sí se lo puede castigar por tentativa de homicidio; cfr. Víctor GÓMEZ MARTÍN, Delito especial..., ed. cit., pág. 27.

en lugar de valorar la conducta del autor en el momento en el que esta se desarrolla, se incorporan datos que sólo se conocieron después de su ejecución.

La tentativa es punible porque desde un punto de vista *ex-ante* el comportamiento del autor se puede apreciar como una indebida forma de ataque al bien jurídico, aunque a la postre se determine que en la forma como fue desarrollado no podía alcanzar el resultado pretendido. Su punibilidad está justificada porque desde esa misma perspectiva la comunidad social valora la conducta como un atentado al bien jurídico que cuestiona la vigencia de la norma creada para su protección. Por eso la tentativa es punible aun cuando a la postre (desde un punto de vista) sea evidente que por la forma en que la acción se llevó a cabo no podía encajar en el tipo penal.

Si alguien que públicamente aparece como servidor público cobra a la ciudadanía indebidamente dineros por realizar actos propios de su cargo (por ejemplo pide dinero para agilizar un trámite), el contenido comunicativo de su actuación⁸⁴⁰ afecta la confianza de la ciudadanía en el funcionamiento de la administración pública y pone en duda la vigencia de la norma creada para su protección, aun cuando a la postre (dentro del proceso penal que se adelante en contra del autor) se demuestre que por un error en el proceso de selección o posesión no había adquirido aún la condición de servidor público. Por eso la conducta de quien así procede debe ser punible a título de tentativa inidónea, a condición de que su equivocada configuración de la realidad (pensaba que era servidor público) pudiera ser considerada como correcta desde el punto de vista externo⁸⁴¹; en caso contrario, es decir, cuando exteriormente sea claro que la representación del autor es equivocada, su actuación será impune⁸⁴². En este mismo sentido, pero desde la perspectiva de una concepción objetiva, FARRÉ TREPAT, sostiene que para solucionar estos casos se debe recurrir a la fórmula general de que la punibilidad debe depender de

⁸⁴⁰ ALCÁCER GUIRAO se refiere a lo que “socialmente” se infiere de la conducta del autor; cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, Elementos típicos..., ed. cit., pág. 46.

⁸⁴¹ Cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, Elementos típicos..., ed. cit., pág. 46.

⁸⁴² GÓMEZ MARTÍN señala, con razón, que en estos casos la aplicación de una pena no supone aplicación de un derecho penal de autor, porque la valoración de la conducta se hace desde una perspectiva *ex-ante* y bajo un criterio que él denomina “intersubjetivo”; cfr. Victor GÓMEZ MARTÍN, Delito especial..., ed. cit., pág. 150.

si un observador objetivo, que posea además los conocimientos del autor, juzga que la lesión del bien jurídico es probable⁸⁴³.

Dado que esta propuesta de solución coincide con los parámetros que deberían utilizarse para diferenciar entre las tentativas inidónea e irreal, vuelve a surgir la pregunta de si hay una diferencia entre esta última y el delito putativo. Como se señaló en páginas anteriores⁸⁴⁴, la única diferencia que debería hacerse es entre aquellas conductas que desde el punto de vista de la imputación objetiva deben ser valoradas como delitos de tentativa y las que no; entre aquellas quedarían comprendidas las tentativas conocidas como idónea e inidónea y entre estas estarían incluidas las figuras usualmente denominadas tentativa irreal y delito putativo.

4.2.3. La intencionalidad.

Prácticamente desde que en 1931 comenzara WELZEL a bosquejar lo que habría de convertirse en la teoría final de la acción, surgió la polémica sobre la ubicación que debería corresponder al dolo dentro de la teoría del delito. Antes de esa fecha, y como consecuencia del indiscutible predominio científico del causalismo en el derecho penal, se admitía que la teoría del delito debería escindirse en un aspecto objetivo conformado por la tipicidad y la antijuridicidad y otro subjetivo que, siendo caracterizado con el nombre de culpabilidad, comprendía dentro de sí (entre otras cosas) el análisis del dolo.

Posteriormente, con el auge de la concepción final del injusto, se imponía el traslado del dolo desde la culpabilidad a la tipicidad, con lo cual no solamente se daba una nueva imagen a la estructura del delito consumado sino que, además, se pretendía superar la contradicción que dentro del causalismo suponía el tratamiento de la tentativa como parte de un juicio de tipicidad en el que parecía imposible prescindir de la consideración del dolo como factor determinante de la tentativa. Desde entonces se discute de forma prácticamente ininterrumpida sobre la ubicación sistemática que corresponde al llamado “aspecto subjetivo” de la tentativa, así denominado desde las concepciones que distinguen ontológicamente

⁸⁴³ Cfr. Elena FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, ed. cit., pág. 445; en sentido similar, Victor GÓMEZ MARTÍN, *Delito especial...*, ed. cit., pág. 151.

⁸⁴⁴ Cfr. supra 4.2.2.

entre los elementos externos (objetivos) e internos (subjctivos) de la teoría del delito.

Conforme a los postulados del causalismo, el aspecto subjetivo del delito deberá ser estudiado dentro de la culpabilidad, una vez agotado el análisis previo de la tipicidad y la antijuridicidad de la conducta, que constituirían así el aspecto objetivo de todo hecho punible. De acuerdo con esta tesis, la determinación de si un comportamiento ha sido doloso o imprudente sólo puede emprenderse dentro de la culpabilidad una vez que se encuentre establecido el carácter típico y antijurídico del mismo analizado, con lo que queda claro que, desde su punto de vista, el dolo no desempeña papel alguno en la calificación de una acción como típica.

Sin embargo, la rigurosidad de esta bipartición se ve resquebrajada cuando al interior de la propia concepción causalista del delito se hace indispensable determinar si un comportamiento puede o no ser calificado como tentativa; en efecto, a partir de la generalizada creencia de que sin conocer las intenciones del autor resulta imposible admitir la existencia de una tentativa, los causalistas suelen admitir que en esta figura el dolo debe ser considerado como un ingrediente subjetivo del tipo, abandonando así la condición de elemento de la culpabilidad que le caracterizaría en los delitos consumados. Por lo demás, esta anticipación del estudio del dolo resulta perfectamente compatible con la teoría del *iter criminis* que tan a menudo es invocada como modelo explicativo de la tentativa, y que sitúa como primer estadio dentro del desarrollo de esa *senda del crimen* al surgimiento de una intención delictiva, que sólo con posterioridad iría evolucionando a través de los actos preparatorios y ejecutivos.

Esta diversa ubicación sistemática del dolo dependiendo de si se lo analiza como componente de un delito consumado o de una tentativa evidencia las fallas del sistema causalista⁸⁴⁵, que se revela incapaz de explicar coherentemente el fenómeno de la tentativa mediante su tradicional bipartición ontológica de la teoría del delito. Al verse

⁸⁴⁵ Cfr. Peter ALBRECHT, *Der untaugliche...*, ed. cit., págs. 27 y 28; Miguel CÓRDOBA ANGULO, *La tentativa*, ed. cit., pág. 40; Elena FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, ed. cit., pág. 115; Friedrich NOWAKOWSKI, *ZStW* 63 [1951], ed. cit., pág. 314; Eberhard SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, ed. cit., §15/25, pág. 599.

forzado a reconocer que en la tentativa el dolo constituye un elemento subjetivo del tipo, traiciona su propio esquema, sin poder explicar satisfactoriamente por qué si el dolo es el primer elemento del *iter criminis* y por tanto forma parte de la tipicidad de las tentativas no debe mantener ese lugar primordial dentro de la tipicidad aun respecto de los delitos consumados⁸⁴⁶. Ciertamente, se ha dicho que esa disparidad conceptual obedece a la circunstancia de que el delito consumado es una regla general al paso que la tentativa constituye una situación excepcional dentro de la teoría del delito, y como tal requiere de una estructura diferente, que en este caso es primordialmente subjetiva, dotada de sus propios elementos constitutivos del injusto⁸⁴⁷. La explicación no es sin embargo, del todo satisfactoria, pues si aquello que dentro de un esquema causalista diferencia a la tentativa de la consumación es la presencia o ausencia de un factor objetivo (el resultado), es decir, si lo excepcional de la tentativa respecto de la generalidad que caracterizaría al delito consumado es la ausencia de un elemento objetivo, no se ve por qué esa imperfección objetiva deba traducirse en un desplazamiento sistemático del aspecto subjetivo del delito, que es justamente el único que (conforme a la concepción tradicional) permanecería inalterado tanto en la tentativa como en la consumación⁸⁴⁸.

La inconsistencia de la teoría causalista en este punto se torna evidente al ejemplificar la situación, puesto que cuando una persona dispara contra su víctima con la intención de darle muerte, consiguiendo tan sólo herirla (como resultado inmediato), el dolo de su conducta deberá ser analizado por el juez como un elemento subjetivo del tipo, al tratarse de una tentativa de homicidio. Pero si en el desarrollo del proceso se produjese la muerte de la víctima como consecuencia de las heridas recibidas a manos de su atacante, entonces el análisis del dolo debería abandonar el ámbito de la tipicidad para pasar a ser considerado como un elemento de la culpabilidad. De esta manera, mientras la conducta del autor fue única (disparar sobre su víctima con la intención de matarla) el dolo habrá cambiado de ubicación dependiendo de si el resultado buscado

⁸⁴⁶ Cfr. Peter ALBRECHT, *Der untaugliche...*, ed. cit., págs. 27 y 28.

⁸⁴⁷ Cfr. Karl ENGISCH, 100. deutschen Juristentag-Festschrift, ed. cit., pág. 436; Diethelm KIENAPFEL, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 105.

⁸⁴⁸ En contra de esta justificación sobre el desplazamiento del dolo de tentativa desde la culpabilidad a la tipicidad, cfr. Otto TRIFFTERER, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 276.

por el sujeto sobreviene o no, lo que equivale a decir que el dolo se trasladará de la tipicidad a la culpabilidad en cuanto la víctima del ejemplo fallezca⁸⁴⁹.

Conscientes de la enorme dificultad existente para brindar una explicación satisfactoria a este tratamiento diferencial del dolo, algunos defensores del sistema causalista mantienen su análisis dentro de la culpabilidad aun respecto de las tentativas⁸⁵⁰, mientras otros consideran que el hecho de que el dolo sea necesario para la estructuración de la tipicidad de la tentativa no le hace perder su condición de elemento de la culpabilidad, pues sigue conservando su carácter de "motivación equivocada"⁸⁵¹.

El mantenimiento del dolo como una figura perteneciente al ámbito de la culpabilidad logra evitar una importante contradicción sistemática, pero no consigue evadir todos los inconvenientes que ese aspecto subjetivo plantea en materia de tentativa. En efecto, si dentro de una concepción causalista de la teoría del delito se afirma genéricamente que la intencionalidad de la conducta debe ser materia de análisis dentro de la culpabilidad y no en el ámbito de la tipicidad, resulta extremadamente difícil explicar la punibilidad de la tentativa inidónea así como la impunidad del delito putativo y la tentativa irreal, pues, como en otro lugar se precisó⁸⁵², se trata de figuras cuya relevancia penal está íntimamente ligada a aspectos ontológicamente subjetivos de la conducta, como la equivocada creencia de que un comportamiento es penado por la ley (delito putativo) o el error del autor sobre la aptitud de la conducta para producir el resultado buscado (tentativa inidónea o irreal). Con razón se ha sostenido

⁸⁴⁹ Cfr. Dietrich OHELER, *Das objektive...*, ed. cit., pág. 119.

⁸⁵⁰ Cfr. Dietrich OHELER, *Das objektive...*, ed. cit., pág. 119, para quien la determinación no es un elemento subjetivo del tipo porque no necesita serlo; a su juicio, el tipo está completamente caracterizado con la vinculación objetiva entre la acción ejecutiva y el contenido de la determinación (cfr. *ibídem*, pág. 115); Alfonso REYES ECHANDIA, *Derecho...*, ed. cit., págs. 121 (donde al referirse a la tipicidad se ocupa del aspecto objetivo de la tentativa) y 214 (donde, dentro del estudio de la culpabilidad, aborda el problema del dolo en la tentativa); Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO, *Comentarios...*, ed. cit., págs. 92 a 95 (respecto de la tentativa acabada) y 111 a 125 (respecto de la tentativa inacabada).

⁸⁵¹ Cfr. Karl ENGISCH, *100. deutschen Juristentag-Festschrift*, ed. cit., pág. 435, quien agrega, además, que el dolo de la tentativa debe estar en el tipo, pero el del delito consumado no, porque el tipo de injusto es ya aquí objetivamente realizado, sin que sea necesario el dolo como elemento del injusto (cfr. *ibídem*, pág. 436).

⁸⁵² Cfr. *supra* 4.2.2.

reiteradamente que la explicación de la punibilidad de la tentativa inidónea, así como la justificación de la impunidad del delito putativo y la tentativa irreal son uno de los mayores escollos con que ha tropezado la concepción causalista de la teoría del delito.

Precisamente esa dificultad para exponer coherentemente la tentativa a partir de un esquema causal del delito ha sido uno de los argumentos que con mayor frecuencia y éxito han esgrimido los partidarios de la concepción final del injusto⁸⁵³, buscando con ello corroborar la necesidad de que el dolo abandone la esfera de la culpabilidad para anidarse definitivamente dentro de la tipicidad. Por este aspecto el finalismo es sistemáticamente armónico, pues al sostener que lo determinante para la configuración del injusto no es la existencia de una relación de causalidad "ciega" sino la presencia de una intencionalidad "vidente" que guía la conducta del autor, y ubicando por consiguiente el dolo como un elemento de la tipicidad, consigue explicar el injusto del delito consumado y de la tentativa sin necesidad de variar la posición sistemática del dolo⁸⁵⁴.

No obstante lo anterior, y tal como en otro lugar quedó explicado⁸⁵⁵, los finalistas no pueden prescindir totalmente del binomio ontológico objetivismo-subjetivismo que caracterizaba al causalismo, de tal manera que al trasladar el dolo al tipo, se ven abocados a distinguir dentro del injusto entre un aspecto objetivo y otro subjetivo. Pero una vez hecha esta bipartición, caen en una contradicción similar a la que puede serle reprochada a los causalistas, pues mientras sostienen que el análisis del delito consumado debe comenzarse por el estudio de la parte objetiva, afirman que en el de la tentativa se debe comenzar por el estudio del aspecto subjetivo⁸⁵⁶. Esto significa que, pese a poseer un trasfondo sistemático diverso, el finalismo tampoco logra brindar una explicación absolutamente coherente a los

⁸⁵³ Acentuando la vulnerabilidad de la teoría causalista frente a las críticas del finalismo, cfr. Dietrich OHELER, *Das objective...*, ed. cit., pág. 122; Otto TRIFFTERER, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 376.

⁸⁵⁴ Entre quienes siguiendo un esquema (pero no necesariamente una teoría) finalista del delito, mantienen en la tipicidad tanto el dolo del delito consumado como el de la tentativa, cfr., por ejemplo, Miguel CÓRDOBA ANGULO, *La tentativa*, ed. cit., pág. 39; Rainer ZACZYK, *Das Unrecht*, ed. cit., pág. 218.

⁸⁵⁵ Cfr. supra 4.

⁸⁵⁶ Así, por ejemplo, cfr. Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch*, ed. cit., págs. 464 y siguientes; Kristian KÜHL, *JuS* 1980, ed. cit., págs. 122 y 124; Harro OTTO, *Lehrbuch*, ed. cit., págs. 225 y siguientes; Claus ROXIN, *JuS* 1979, ed. cit., pág. 2; Johannes WESSELS, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 176 y siguientes.

fenómenos de la tentativa y del delito consumado, pues mientras el injusto de la tentativa es predominantemente subjetivo, el injusto del delito consumado tiene una marcada preeminencia objetiva, pese a que en esa teoría final de la acción las nociones de lo objetivo y lo subjetivo pertenezcan por igual al injusto y no una a la tipicidad y otra a la culpabilidad como lo propugnaba la teoría causalista.

Tal como se ha señalado en páginas anteriores, el análisis de la tentativa como delito debe hacerse conforme a los mismos parámetros utilizados para cualquier otra manifestación delictiva⁸⁵⁷. Eso significa que su estudio debe comenzar por la imputación objetiva y dentro de ella requiere determinar si la persona creó con su conducta un riesgo jurídicamente desaprobado que se pueda considerar como realizado en el resultado⁸⁵⁸. También ha quedado señalado que la realización del riesgo en el resultado comprende el dolo y que éste a su vez está compuesto por un aspecto cognoscitivo (que abarcaría no solo la configuración de la realidad sino también la conciencia de la antijuridicidad) y otro volitivo⁸⁵⁹. En las páginas anteriores se ha desarrollado todo lo relacionado con el conocimiento como primer elemento del dolo⁸⁶⁰, de tal forma, que sólo resta estudiar la intencionalidad como segundo componente del dolo para establecer no solo la importancia que el mismo tiene en la configuración de la tentativa, sino para determinar si esta última figura admitiría una forma de comisión imprudente.

4.2.3.1. La tentativa dolosa.

Teniendo en cuenta la enorme importancia que la doctrina mayoritaria suele conceder al aspecto subjetivo de la tentativa, no resulta sorprendente que se admita pacíficamente que el dolo es un requisito indispensable para la existencia de toda tentativa⁸⁶¹, aun

⁸⁵⁷ Cfr. supra 3.2.

⁸⁵⁸ Cfr. supra 4.

⁸⁵⁹ Cfr. supra 4.2.2.

⁸⁶⁰ Cfr. supra 4.2.2.

⁸⁶¹ Cfr. Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER, Lehrbuch, ed. cit., pág. 474; Hermann BLEI, JA 1975, ed. cit., págs. 95 y 96; Paul BOCKELMANN/Klaus VOLK, Lehrbuch, ed. cit., pág. 207; Francesco CARRARA, Teoría..., ed. cit., págs. 20 y siguientes; Miguel CÓRDOBA ANGULO, La tentativa, ed. cit., págs. 39 y 42; Albin ESER, Schönke/Schröder, ed. cit., § 22 Rd. 3; Juan FERNANDEZ CARRASQUILLA, Derecho..., ed. cit., pág. 388; Robert von HIPPEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 396; Hans-Heinrich JESCHECK, Lehrbuch, ed. cit., pág. 464; Luis JIMENEZ DE ASUA, Tratado...,

cuando paralelamente conserve vigencia la polémica en torno a la ubicación sistemática que a este elemento corresponde dentro de la teoría del delito⁸⁶².

En desarrollo de la tendencia mayoritaria a considerar el delito consumado y la tentativa como dos clases de hechos punibles estructuralmente diversos, se ha llegado a sostener por parte de FARRÉ que no es correcto identificar el dolo de esas manifestaciones delictivas, pues mientras el dolo de la consumación realizaría todo el proceso delictivo, el de la tentativa sólo lo conseguiría de una forma parcial⁸⁶³. Con esta propuesta de diferenciación se crea la falsa impresión de que la tentativa es incompleta respecto del delito consumado no sólo en relación con su aspecto objetivo, sino también con el elemento subjetivo, puesto que el dolo sería cuantitativamente diverso. Una tal posición es claramente incompatible con el postulado general de la propia FARRÉ quien, siguiendo en esto a la doctrina ampliamente mayoritaria, considera que la tentativa presenta un aspecto subjetivo completo y uno objetivo incompleto⁸⁶⁴, ya que si se parte de dicha noción general, no puede sostenerse simultáneamente que la tentativa tiene un dolo cuantitativamente menor que el del delito consumado, ya que esto significaría que el aspecto subjetivo de la tentativa tampoco estaría completo respecto del correspondiente al delito consumado.

Tanto si se sigue a la doctrina dominante al sostener que la tentativa es objetivamente incompleta pero subjetivamente perfecta, como si

ed. cit., págs. 406 y 509; Christian-Reinhold KÖSTLIN, *Neue Revision...*, ed. cit., pág. 340; Christian-Reinhold KÖSTLIN, *System...*, ed. cit., págs. 220 y 221; Kristian KÜHL, *JuS* 1980, ed. cit., pág. 124; Karl LACKNER, *StGB*, ed. cit., § 22, 1, a); Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, *Lehrbuch*, ed. cit., § 40/68, págs. 27 y 28; Dieter MEYER, *JuS* 1977, ed. cit., pág. 20; Harro OTTO, *JA* 1980, ed. cit., pág. 642; Theodor RITTLER, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 253; Eberhard SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, ed. cit., § 15/23, pág. 597; Bern-Rüdiger SONNEN/Thomas HANSEN-SIEDLER, *JA* 1988, ed. cit., pág. 18; Otto TRIFFTERER, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 355; Hans WALDER, *SchwZStr* 99 [1982], ed. cit., pág. 227; Johannes WESSELS, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 176; Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., pág. 211.

⁸⁶² Sin embargo esto no significa que para el surgimiento de la tentativa no hagan falta los demás elementos subjetivos del tipo; en este sentido, cfr. Claus ROXIN, *Strafrecht AT*, ed. cit., § 29/61, pág. 350.

⁸⁶³ Cfr. Elena FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, ed. cit., pág. 131. También TAMARIT SUMALLA habla de una "incorrecta identificación" entre el dolo de la tentativa y el dolo de la consumación, con lo cual parece querer diferenciar entre esas dos diversas clases de dolo; cfr. Josep María TAMARIT SUMALLA, *ADPCP* 1992, ed. cit., págs. 539 y 540.

⁸⁶⁴ Cfr. Elena FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, ed. cit., págs. 56 y 57.

se admite que la tentativa es un delito tan perfecto como el consumado, lo correcto es reconocer que el dolo de la tentativa es siempre el mismo dolo requerido para la consumación⁸⁶⁵, sin que sea adecuado hablar de un dolo de tentativa, ya que quien actuara sólo con el deseo de intentar un delito pero sin querer consumarlo, no estaría en verdad actuando con dolo, en cuanto no pretendería la obtención de un resultado contrario a la normatividad penal. Así, quien no quiere dar muerte a otro sino tan sólo herirlo y en efecto lo consigue, habrá actuado con dolo de lesiones y responderá como autor de dicho delito, sin que sea dable sostener que haya obrado con un "dolo de tentativa de homicidio"⁸⁶⁶. De la misma manera, quienes realizan funciones de agente provocador no acompañan sus actividades con la intención de consumir los delitos en los que materialmente toman parte, de tal manera que respecto de ellos no puede predicarse la existencia de un "dolo de tentativa" edificado sobre el supuesto de que las mismas estaban orientadas a conseguir tan solo que un determinado delito se intentara⁸⁶⁷. Por eso su participación en el delito suele considerarse —con buen criterio— como impune por ausencia de dolo⁸⁶⁸.

Cuando para la configuración del delito consumado sea suficiente la presencia del dolo eventual (como generalmente suele ocurrir), también ésta deberá ser considerada como suficiente para el surgimiento de una tentativa⁸⁶⁹. Por consiguiente, si el inexperto

⁸⁶⁵ Cfr. Carmen ALASTUEY DOBÓN, *Tentativa inacabada...*, ed. cit., pág. 35; Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 474; Albin ESER, *Schönke/Schröder*, ed. cit., § 22 Rd. 3; Juan FERNANDEZ CARRASQUILLA, *Derecho...*, ed. cit., pág. 388; Robert von HIPPEL, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 396; Luis JIMENEZ DE ASUA, *Tratado...*, ed. cit., págs. 406 y 509; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, *Lehrbuch*, ed. cit., § 40/68, págs. 27 y 28; Theodor RITTNER, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 253; Eberhard SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, ed. cit., § 15/35, pág. 603; Bern-Rüdiger SONNEN/Thomas HANSEN-SIEDLER, *JA* 1988, ed. cit., pág. 18; Hans WALDER, *SchwZStr* 99 [1982], ed. cit., pág. 249.

⁸⁶⁶ Cfr. Eberhard SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, ed. cit., § 15/35, pág. 603.

⁸⁶⁷ Cfr. Theo VOGLER, *LK*, ed. cit., § 22 Rn. 5.

⁸⁶⁸ También es discutible, por razones similares, la distinción entre el dolo de la tentativa acabada y la inacabada (cfr. Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal*, ed. cit., §13/77 y 78, págs. 360 y 361), ya que en ambas hipótesis el comportamiento del autor está dirigido a la consumación, aun cuando a medida que avanza en el desarrollo de su conducta sea consciente de qué tan lejos ha avanzado en la misma.

⁸⁶⁹ Cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas...*, ed. cit., pág. 189, al admitir que la tentativa puede darse con cualquier clase de dolo; Ludwig von BAR, *Zur Lehre...*, ed. cit., pág. 26; Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 491; Hermann BLEI, *JA* 1975, ed. cit., págs. 95 y 96; Paul BOCKELMANN/Klaus VOLK, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 207; BUSCH, *LK*, ed. cit., § 43 Rd. 6; Albin ESER,

cazador que queriendo dar muerte a una paloma que reposa en el tejado es consciente de que con su disparo puede alcanzar a una anciana que desde una ventana situada a dos metros debajo de la paloma contempla la calle, responderá como autor de tentativa de homicidio si a pesar de todo tira contra el ave y logra derribarla⁸⁷⁰, así como quien ocasiona el incendio de un inmueble y asume el riesgo de que en la conflagración fallezca el inquilino, deberá responder como autor de una tentativa de homicidio en el evento de que la víctima sea oportunamente rescatada por los bomberos⁸⁷¹.

Contra la idea de que pueda existir una tentativa con dolo eventual se ha dicho que su admisión genera inseguridad jurídica⁸⁷², como podría verse con el siguiente ejemplo: alguien coloca una bomba en la calle con la intención de dar muerte a un político, quien finalmente sale indemne de la explosión, mientras su conductor fallece y algunos de sus escoltas resultan heridos⁸⁷³; en casos como éste, se dice que el reconocimiento de una tentativa de homicidio con dolo eventual resultaría bastante imprecisa, pues así como podría predicarse tan solo de los escoltas lesionados, nada impediría que se

Schönke/Schröder, ed. cit., § 22 Rd. 17; Elena FARRÉ TREPAT, La tentativa..., ed. cit. pág. 95; Reinhard FRANK, StGB, ed. cit., § 43, pág. 85; Hugo HÄLSCHNER, Lehrbuch, ed. cit., págs. 180 y 181; Rolf-Dietrich HERZBERG, Aufgeben durch bloßes Aufhören? Der BGH im Dilemma einer Theorie, in Juristische Schulung (JuS), Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1990, pág. 274; Robert von HIPPEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 396; Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/24, pág. 715; Diethelm KIENAPFEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 104; Christian-Reinhold KÖSTLIN, Neue Revision..., ed. cit., pág. 348; Christian-Reinhold KÖSTLIN, System..., ed. cit., pág. 222; Kristian KÜHL, JuS 1980, ed. cit., pág. 274; Karl LACKNER, StGB, ed. cit., § 22, 1, a); Günter LESS, GA 1956, ed. cit., págs. 35 y 36; Miguel Ángel NUÑEZ PAZ, El delito intentado, ed. cit., pág. 49; Harro OTTO, Lehrbuch, ed. cit., pág. 233; Claus ROXIN, Über den Tatenschluß, in Gedächtnisschrift für Horst Schröder, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1978, págs. 151 y 152; Claus ROXIN, JuS 1979, ed. cit., pág. 3; Claus ROXIN, Strafrecht AT, Band II, ed. cit., § 29/71, pág. 353; Hans-Joachim RUDOLPHI, SK, ed. cit., § 22 Rn. 2; Eberhard SCHMIDHÄUSER, Lehrbuch, ed. cit., § 15/62, pág. 620; Herbert TRÖNDLE, StGB, ed. cit., § 22 Rd. 2; Klaus ULSENHEIMER, Grundfragen des Rücktritts von Versuch in Theorie und Praxis, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1976, pág. 100; Theo VOGLER, LK, ed. cit., § 22 Rn. 4; Hans WALDER, SchwZStr 99 [1982], ed. cit., pág. 249; Johannes WESSELS, Lehrbuch, ed. cit., pág. 177; Heinrich-Albert ZACHARIA, Die Lehre..., erster Theil, ed. cit., págs. 42 y 43.

⁸⁷⁰ Cfr. Harro OTTO, Lehrbuch, ed. cit., pág. 234. Para TAMARIT SUMALLA, admitir la tentativa con dolo eventual acarrea perniciosos efectos político criminales; cfr. Josep María TAMARIT SUMALLA, ADPCP 1992, ed. cit., pág. 548.

⁸⁷¹ Cfr. Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER, Lehrbuch, ed. cit., pág. 491; Christian-Reinhold KÖSTLIN, Neue Revision..., ed. cit. pág. 348.

⁸⁷² Cfr. Ernst-Joachim LAMPE, NJW 1958, ed. cit., pág. 332.

⁸⁷³ Un ejemplo parecido puede verse en Josep Maria TAMAIT SUMALLA, ADPCP 1992, págs.. 550 y 551, nota 114.

podiera también referir a los guardaespaldas que salieron ilesos del atentado o, incluso más, que pudiera ser referida igualmente a los transeúntes que pasaban o hubiesen podido transitar por el lugar de la explosión⁸⁷⁴. Según ésta crítica, la mencionada ambigüedad de la tentativa con dolo eventual conduciría a una hipertrofia del derecho penal⁸⁷⁵.

En realidad, la dificultad a que se alude con ejemplos como el acabado de mencionar es inherente a la figura misma del dolo eventual, sin que tenga que ver directa y exclusivamente con la tentativa. En efecto, si en el caso referido se produjese la muerte del político y de algunos transeúntes, tampoco estaría del todo claro que respecto de esas otras muertes deba predicarse la existencia de un dolo eventual, pues es factible que ellas puedan deberse simplemente a una imprudencia de quien fabricó o colocó el artefacto explosivo, así como también es imaginable que se trate de muertes que no sean objetivamente imputables al autor. La mayor o menor amplitud del marco de aplicación de la ley penal depende en supuestos como éste, de la correcta configuración del dolo eventual, sin que la situación varíe sustancialmente por el simple hecho de que se trate de delitos consumados o de tentativas. Por lo demás, si se negara la posibilidad de existencia de una tentativa con dolo eventual, quien disparara un arma de fuego contra la cabeza de su enemigo, con la intención de herirle (como en efecto ocurre), pero asumiendo la posibilidad de causarle la muerte (según la teoría sobre la diferenciación subjetiva entre el dolo eventual y la imprudencia consciente), o pese a las grandes probabilidades de que ello acaezca (conforme a una tesis objetiva para distinguir entre esas figuras), debería responder tan solo de un delito de lesiones, solución que no guarda proporción con la gravedad de la conducta.

⁸⁷⁴ Cfr. Josep María TAMARIT SUMALLA, ADPCP 1992, ed. cit., págs. 550 y 551, nota 114. Por su parte, LAMPE sostiene que si se acciona un arma de fuego contra el perro del guardabosque, pero se asume que con el disparo puede darse muerte al guardabosque, así como si se incendia una casa asumiendo que puede morir un inquilino, no puede hablarse de tentativa de homicidio; cfr. Ernst-Joachim LAMPE, NJW 1958, ed. cit., pág. 333 (un ejemplo parecido puede verse en Josep María TAMARIT SUMALLA, ADPCP 1992, ed. cit., págs. 556 y 557).

⁸⁷⁵ Cfr. Josep María TAMARIT SUMALLA, ADPCP 1992, ed. cit., pág. 558. JIMENEZ DE ASUA, por su parte, mantiene una posición ecléctica argumentando que la compatibilidad de la tentativa con el dolo eventual no puede establecerse de manera teórica, sino que depende de la consideración del respectivo ordenamiento jurídico; cfr. Luis JIMENEZ DE ASUA, Tratado..., ed. cit., págs. 896 y 897.

4.2.3.2. La tentativa imprudente.

Un importante sector doctrinal sostiene que conceptualmente resulta imposible hablar de tentativa de un delito culposo, ya que la punibilidad de todo delito imprudente supone necesariamente la sobrevenida de un determinado resultado, que es justamente aquello de lo que la tentativa carecería⁸⁷⁶. Esta posición parte del supuesto generalmente admitido de que la tentativa es un delito imperfecto al que le hace falta el importante aspecto objetivo del resultado, postulado contra el cual existen serios reparos tal como en páginas anteriores se señaló⁸⁷⁷.

En efecto, si se entiende el resultado de una forma absolutamente naturalística, es innegable que aun las acciones que reciben el calificativo de tentativa generan modificaciones en el mundo exterior y por tanto pueden ser catalogadas como productoras de resultados. Si, por el contrario, se concibe al resultado desde una perspectiva valorativa como perfecto quebrantamiento de la vigencia de una norma, entonces tampoco puede desconocerse que él se halla presente en las tentativas, puesto que también en ellas el autor se hace merecedor de sanción penal por haber evidenciado con su comportamiento que para él una norma determinada carece de validez⁸⁷⁸.

En consecuencia, bien sea que equivocadamente se entendiera al resultado como fenómeno puramente ontológico o bien sea que se lo comprendiera correctamente como quebrantamiento de la vigencia de una norma, no puede desconocerse que las tentativas poseen un resultado, al igual que ocurre con los delitos imprudentes y los dolosos. Así, pues, y contra lo que sostenga la doctrina mayoritaria en este punto, la pretendida ausencia de un resultado en las tentativas

⁸⁷⁶ Cfr. Maximilian von BURI, GA 25 [1877], ed. cit., pág. 270; Francisco CARRARA, Teoría..., ed. cit., págs. 20 y 21; Hugo HÄLSCHNER, Lehrbuch, ed. cit., pág. 180; Santiago MIR PUIG, Derecho Penal, ed. cit., §13/74, pág. 360; Carl-Joseph-Anton MITTERMAIER, NACR I [1816], ed. cit., págs. 182 y 183; Miguel Ángel NUÑEZ PAZ, El delito intentado, ed. cit., pág. 53; Robert von HIPPEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 408; Heinrich-Albert ZACHARIA, Die Lehre..., ertser Theil, ed. cit., pág. 34.

⁸⁷⁷ Cfr. supra 3.1 y también 3.2.

⁸⁷⁸ Cfr. supra 4.2.1.

no puede ser argumento suficiente para negar la posibilidad de existencia de una tentativa de delitos imprudentes⁸⁷⁹.

Contra la presencia de una tentativa imprudente⁸⁸⁰ se suele afirmar que ella es lógicamente inconcebible, ya que uno de los requisitos esenciales de la tentativa es que haya un dolo del cual carece, por naturaleza, el delito imprudente⁸⁸¹. En desarrollo de este argumento se sostiene que el concepto mismo de tentativa lleva ínsita la noción de intentar o pretender una determinada finalidad, con lo que una tentativa en la que el autor no persiguiese de manera consciente una finalidad penalmente relevante carecería de sentido⁸⁸². En la doctrina alemana se acude igualmente al texto legal para advertir que como de acuerdo con el parágrafo 22 la tentativa se edifica a partir de la representación del autor, y ese concepto no es nada diverso del

⁸⁷⁹ La crítica de FARRÉ TREPAT también parece apuntar a la necesidad de que el delito imprudente posea un resultado, en cuanto sostiene que la impunidad de la tentativa en los delitos imprudentes se basa en que el legislador obliga a describir en forma concreta las conductas que desea incriminar, lo cual sería incompatible con la punición de los delitos imprudentes en grado de tentativa; cfr. Elena FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, ed. cit., págs. 128 y 133. Si se atiende a su formulación general, esta parece más una crítica contra la punibilidad de los delitos imprudentes, en los que el legislador no describe expresamente la modalidad de conducta que desea punir, sino sólo la producción descuidada de un resultado; pero si lo que se censura a la punición de la tentativa de delitos imprudentes es justamente la sanción de la conducta descuidada **no productora de resultados**, se trata justamente de la postura que acaba de ser criticada.

⁸⁸⁰ Ya desde antiguo se suele tratar de distinguir entre la tentativa imprudente y la tentativa de delitos imprudentes, como puede verse, por ejemplo en FRANK, para quien lo impensable era la tentativa imprudente, mientras la tentativa de un delito imprudente era perfectamente factible; cfr. Reinhard FRANK, *StGB*, ed. cit., § 43, pág. 85.

⁸⁸¹ Cfr. Heiner ALWART, *Strafwürdiges...*, ed. cit., págs. 155 y 156; Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 482; BUSCH, *LK*, ed. cit., § 43 Rd. 4; Francisco CARRARA, *Teoría...*, ed. cit. págs. 20, 21 y 22; Miguel CÓRDOBA ANGULO, *La tentativa*, ed. cit., págs. 41 y 91; Albin ESER, *Schönke/Schröder*, ed. cit., vor § 22 Rd. 26; Juan FERNANDEZ CARRASQUILLA, *Derecho...*, ed. cit., pág. 388; Hugo HÄLSCHNER, *Lehrbuch*, ed. cit., págs. 179; Robert von HIPPEL, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 408; Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 464; Luis JIMENEZ DE ASUA, *Tratado...*, ed. cit., pág. 500; Christian-Reinhold KÖSTLIN, *Neue Revision...*, ed. cit., pág. 340; Christian-Reinhold KÖSTLIN, *System...*, ed. cit., págs. 220 y 221; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, *Lehrbuch*, ed. cit., § 40/72, pág. 28, para quienes la exigencia del dolo hace conceptualmente imposible una tentativa culposa, pero consideran que, por el contrario, la tentativa de un delito culposo es imaginable, pero impune; Carl-Joseph-Anton MITTERMAIER, *NACR* 1 [1816], ed. cit., págs. 182 y 183; Carl-Joseph-Anton MITTERMAIER, *NACR* 10 [1828], ed. cit., pág. 542; Claus ROXIN, *Strafrech* AT, Band II, ed. cit., §29/4, págs. 333 y 334; Josep María TAMARIT SUMALLA, *ADPCP* 1992, ed. cit., pág. 549; Otto TRIFFTERER, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 352; Hans WALDER, *SchwZStr* 99 [1982], ed. cit. pág. 227.

⁸⁸² Cfr. Hugo HÄLSCHNER, *Lehrbuch*, ed. cit., págs. 178 y 179.

propio dolo, estarían legalmente cerradas todas las posibilidades teóricas y prácticas de concebir una tentativa imprudente⁸⁸³.

También se ha señalado como un impedimento legal para que en Alemania sea sancionada la tentativa imprudente la advertencia del párrafo 23 en el sentido de que las tentativas son siempre punibles en los crímenes (o delitos graves, si se prefiere la expresión), mientras en los delitos (leves) sólo pueden sancionarse cuando así esté expresamente previsto en la respectiva disposición penal; y como en el Código Penal alemán ningún delito imprudente alcanza la categoría de crimen (o delito grave), y en aquellos que constituyen delitos (leves) no hay autorización legal para sancionar su modalidad imprudente, forzoso es admitir que el ordenamiento penal alemán impide la efectiva sanción autónoma de las tentativas imprudentes⁸⁸⁴.

Pero si el asunto se examina no ya desde el punto de vista de las normas sino en un plano puramente teórico, no parece haber inconveniente para imaginarse la posibilidad de tentativas imprudentes. Si alguien conduce un vehículo a exceso de velocidad y debido a ello atropella y da muerte a un peatón, se estaría sin duda frente a una delito imprudente de homicidio dada la afectación al bien jurídico vida; si en el mismo ejemplo se imagina que el transeúnte logra esquivar en el último momento la colisión (circunstancia ajena al autor), difícilmente puede negarse que su vida estuvo en peligro (conforme a los planteamientos de las tesis objetivas), o que se trata de una conducta que causa conmoción

⁸⁸³ Cfr. Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER, Lehrbuch, ed. cit., pág. 490; Paul BOCKELMANN/Klaus VOLK, Lehrbuch, ed. cit., pág. 207; Hans-Joachim RUDOLPHI, SK, ed. cit., § 22 Rn. 1; Herbert TRÖNDLE, StGB, ed. cit., § 22 Rd. 2; Theo VOGLER, LK, ed. cit., § 22 Rn. 8, 16, 17; Rainer ZACZYK, Das Unrecht..., ed. cit., pág. 211.

⁸⁸⁴ Cfr. Heiner ALWART, Strafwürdiges..., ed. cit., pág. 156. Entre quienes de manera genérica sostienen que la tentativa culposa es imaginable pero legalmente impune, sin alegar las razones concretas que impiden su sanción, pueden consultarse los siguientes autores: Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/28, pág. 717; Luis JIMENEZ DE ASUA, Tratado..., ed. cit., págs. 910 y 918; Kristian KÜHL, juS 1980, ed. cit., pág. 274, nota 3, para quien no hay una tentativa culposa, pero es posible imaginar una tentativa de delito culposo, aun cuando impune; Karl LACKNER, StGB, ed. cit., § 23, 1, quien considera que no hay tentativa de delitos imprudentes porque no está prevista en la ley, mientras una tentativa imprudente es impensable; Günter SPENDEL, ZStW 69 [1957], ed. cit., pág. 452, nota 37; Theodor RITTNER, Lehrbuch, ed. cit., pág. 253; Klaus ULSENHEIMER, Zur Problematik des Versuchs erfolgsqualifizierter Delikte, in Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA), R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, Hamburg, 1966, pág. 271, quien considera que, si una tentativa culposa no está conceptualmente excluida, es indiscutiblemente impune; Hans WELZEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 189; Heinrich-Albert ZACHARIA, Die Lehre..., erster Theil, ed. cit., pág. 38.

social (desde el punto de vista de la teoría de la impresión), o de una actuación que puede ser socialmente interpretada como indebida frente a la incolumidad del bien jurídico de la vida (bajo una óptica normativista).

Por eso no es de extrañar que frente a la creciente problemática social que en algunos países representan las lesiones y muertes ocasionadas por conductores en estado de ebriedad, en la práctica judicial se recurra a calificarlos como homicidios y lesiones con dolo eventual para de esa forma poder sancionarlos más severamente⁸⁸⁵, aun cuando en el fondo todos somos conscientes de las enormes dificultades para distinguir con precisión los linderos entre el dolo eventual y la imprudencia consciente. Como adicionalmente se suele proponer que se eleve a la categoría de delito autónomo la conducción de vehículos automotores en estado de ebriedad (de hecho ya es punible en varios países⁸⁸⁶), e incluso se considera delito la conducción de vehículos por encima de determinados límites de velocidad⁸⁸⁷, no cabe duda de que esa clase de conductas es apreciada como una indebida forma de poner en peligro bienes jurídicos que, por consiguiente, merece reproche penal. Cuando estas actuaciones se sancionan como delitos autónomos, en el fondo lo que se hace es punir a quien pone en peligro la vida e integridad personal de otros participantes en el tráfico automotor, sin perseguir esa finalidad; es decir, se sanciona una tentativa imprudente de lesiones u homicidio.

Si lo que se reprocha en los llamados delitos consumados de resultado (tanto dolosos como imprudentes) es la lesión a un bien jurídico, y en las tentativas el peligro para el mismo (tanto en las

⁸⁸⁵ En Colombia ver, por ejemplo, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 25 de agosto de 2010, Radicación 32964, magistrado ponente José Leonidas Bustos Martínez, en la que se confirmó la sentencia condenatoria que en segunda instancia se había impuesto a un conductor que bajo los efectos del alcohol y la droga había embestido a otro automóvil cuyos ocupantes perdieron la vida como consecuencia del impacto. La Corte avaló la consideración del Tribunal Superior de Bogotá en el sentido de que la responsabilidad debía ser a título de dolo eventual y no de imprudencia.

⁸⁸⁶ Ver, por ejemplo el artículo 379. 2 del Código Penal español, que reprime como un delito contra la seguridad vial (dentro de los delitos contra la seguridad colectiva) la conducción de "un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupeficientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas".

⁸⁸⁷ El artículo 379.1 del Código Penal español sanciona como delito contra la seguridad vial (dentro de los delitos contra la seguridad colectiva) a quien "condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente".

concepciones ontológico-objetivas como desde la perspectiva de las teorías de la impresión y normativista), no cabe duda de que aun cuando un delito imprudente no alcance a consumarse la conducta del autor puede ser apreciada como peligrosa para la incolumidad del bien jurídico⁸⁸⁸. En puridad de términos solo las concepciones que fundamentan subjetivamente la punibilidad de la tentativa tienen problemas para concebir teóricamente una de naturaleza imprudente, pues para ellas la razón de ser de su reproche es la conducta intencionalmente orientada a la afectación de un bien jurídico⁸⁸⁹.

Pero si se dejan de lado los razonamientos estrictamente dogmáticos que permiten imaginar una tentativa imprudente, para en su lugar plantear el tema desde una visión político-criminal, es preciso reconocer que si se previera legalmente la sanción de todas las tentativas imprudentes nuestra diaria vida de relación se dificultaría notablemente. Con una tal previsión legal, el comportamiento de todos aquellos conductores de vehículos que descuidadamente avanzan sobre los pasos de cebra sin respetar la prelación de los peatones, así como la conducta de quienes al volante de sus automóviles no acatan las demás señales de tránsito sin que por ello sobrevengan daños a los transeúntes, podrían resultar penalmente sancionados como autores de tentativas imprudentes de lesiones personales o de homicidios. De la misma manera, quien manipulara imprudentemente herramientas de trabajo, o quien descuidadamente dejase caer sobre la vía pública objetos peligrosos sin que como consecuencia de ello se produjera daño alguno a otra persona, debería ser penalmente responsabilizado como autor de una tentativa de lesiones o de homicidio, con lo cual la vida social cuya fluidez debe estar garantizada por el derecho, terminaría siendo entorpecida en gran manera por la inoportuna intervención de un derecho penal cuya utilidad social es ya de por sí bastante polémica.

No obstante lo anterior, debe tenerse en cuenta que en aquellas situaciones en las que el legislador ha considerado que la especial gravedad de determinadas conductas hace político-criminalmente aconsejable la imposición de sanciones penales, ha elevado al grado

⁸⁸⁸ Con razón dice JAKOBS que lo que puede ser realizado puede ser comenzado y lo que puede ser exitosamente realizado, puede ser infructuosamente realizado; cfr. Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., § 25/28, pág. 717; cfr. Günther JAKOBS, *System...*, ed. cit., págs. 72 y 73, en donde admite expresamente que desde el punto de vista dogmático es perfectamente concebible una tentativa imprudente.

⁸⁸⁹ Cfr. *supra* 2.1.2.

de delitos de peligro comportamientos que estructuralmente corresponden a tentativas culposas⁸⁹⁰, como ocurre en el parágrafo 306f del Código Penal alemán que sanciona a quien a través de un comportamiento imprudente genere un peligro de incendio, o el parágrafo 315 de la misma normatividad (en sus distintos literales) cuando castiga a quien por imprudencia genere peligro para el tráfico rodado o aéreo, o como acaece con el artículo 360 del Código Penal colombiano que permite sancionar a quien por culpa ocasionare un incendio con peligro común, de daño en obras de defensa común, de inundación o derrumbe, de perturbación en servicio de transporte colectivo u oficial, de siniestro o daño de nave, de pánico, disparo de arma de fuego contra vehículo, entre otros⁸⁹¹.

De la misma manera, aquellas legislaciones que sancionan penalmente la conducción de vehículos automotores en estado de ebriedad⁸⁹² o por encima de determinados límites de velocidad, no hacen nada diverso de castigar una tentativa imprudente de lesiones personales o de homicidio, mediante la elevación de esos comportamientos imprudentes a la categoría de delitos autónomos, como ocurre en la legislación penal alemana. Normas como estas, hacen aún más evidente que desde el punto de vista teórico es perfectamente imaginable la existencia tentativa de un delito imprudente, cuya sanción solo está excepcionalmente prevista (en forma de delitos de peligro), porque así lo aconsejan razones de política criminal.

4.2.3.3. La determinación condicionada.

Con la expresión "delito condicionado" aludía ya BINDING desde comienzos del siglo XX a una acción antijurídica cuya punibilidad depende de sucesos futuros todavía inciertos (condiciones objetivas

⁸⁹⁰ Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/28, pág. 717; Eberhard SCHMIDHÄUSER, Lehrbuch, ed. cit., § 15/62, pág. 620.

⁸⁹¹ Estos y otros tipos penales incluidos en el capítulo segundo de los delitos contra la seguridad pública son considerados "delitos de peligro común o que pueden ocasionar grave perjuicio para la comunidad y otras infracciones", según reza en el propio enunciado de este capítulo.

⁸⁹² El parágrafo 316 del Código Penal alemán sanciona con pena privativa de la libertad hasta de un año a quien conduzca en estado de ebriedad (parte primera), incluso cuando la conducta es cometida por imprudencia (parte segunda).

de punibilidad)⁸⁹³. Pese a la semejanza de sus respectivas denominaciones, este concepto no debe ser confundido con aquella figura que dentro del marco de la tentativa suele ser conocida con el nombre de "determinación condicionada", la cual solamente hace referencia a la existencia o inexistencia del dolo como aspecto subjetivo de una conducta⁸⁹⁴.

Para comprender el problema que se esconde bajo esta denominación, piénsese en la empleada de una tienda por departamentos que toma uno de los trajes que se encuentran exhibidos para su venta y decide apropiarse de él, en el evento de que le quede bueno, o en el ladrón que tras deslizarse de noche en el patio de una casa ajena se percata de que los inquilinos se encuentran aún despiertos, y decide permanecer escondido una hora más para, solo en el evento de que los moradores se hayan acostado para entonces, proceder a la perpetración del robo planeado. En casos como los acabados de relatar, cabe preguntarse si el hecho de que el autor de la conducta condicione la ejecución de un delito al cumplimiento de determinado suceso, esto es, la circunstancia de que su determinación de delinquir esté condicionada, es o no suficiente para considerar cumplido el aspecto subjetivo de la tentativa⁸⁹⁵.

Como quiera que el concepto de "determinación condicionada" resulta demasiado ambiguo⁸⁹⁶, conviene hacer algunas precisiones previas sobre su contenido, para lo cual resulta especialmente útil la sistematización hecha por SCHMIDT⁸⁹⁷. Un primer grupo de supuestos está constituido por aquellas situaciones en las que el autor se muestra indeciso frente a la eventual ejecución de una acción delictiva, de tal manera que solo puede decirse que siente propensión hacia ella. En estos casos el autor juega con sus pensamientos sin

⁸⁹³ Cfr. Karl BINDING, *Das bedingte Verbrechen*, en *Der Gerichtssaal (GS)*, Verlag von Ferdinand Enke, Stuttgart, tomo 68, 1906, pág. 3.

⁸⁹⁴ Llamando la atención sobre la necesidad de esta diferenciación, cfr. Werner SCHMID, "Bedingter Handlungswille" beim Versuch und im Bereich der strafbaren Vorbereitungshandlungen, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Walter de Gruyter & Co., tomo 74, 1962, pág. 56 nota 23.

⁸⁹⁵ Sobre el planteamiento del problema, cfr. Günter LESS, GA 1956, ed. cit., pág. 33.

⁸⁹⁶ Cfr. BUSCH, LK, ed. cit., § 43 Rd. 10; Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., § 25/29, págs. 717 y 718; Harro OTTO, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 226, quien busca evitar las consecuencias negativas de esta ambigüedad y, reconociendo que toda determinación puede estar sujeta a algún tipo de condición, prefiere hablar de determinación con reservas y determinación sin reservas.

⁸⁹⁷ Cfr. Werner SCHMID, *ZStW* 74 [1962], ed. cit. págs. 51 y siguientes.

decidirse por la ejecución del hecho delictivo⁸⁹⁸, como cuando alguien decide esperar a la inauguración de un nuevo almacén para, después de visitarlo, decidir si merece la pena ejecutar allí un robo⁸⁹⁹. En situaciones como estas, el autor hace depender su decisión del cumplimiento de una determinada condición, de tal manera que en realidad no ha tomado ninguna determinación sobre la ejecución del delito sino que ella ha sido pospuesta, de tal manera que no puede considerarse cumplido el elemento subjetivo de la tentativa, y por consiguiente la conducta de quien así se comporta no puede ser penalmente reprochada⁹⁰⁰.

Un segundo grupo de casos está conformado por aquellas hipótesis en las que el autor ha decidido llevar a cabo un delito, pero se reserva la posibilidad de abandonar su ejecución si llegase a sobrevenir una determinada condición, como quien en medio de la noche se lanza sobre una mujer que pasea sin compañía por un desolado paraje, con la intención de violarla, a no ser que sea demasiado fea, evento en el cual tiene claro que abandonará la

⁸⁹⁸ Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit. § 25/29, págs. 717 y 718.

⁸⁹⁹ SCHMID coloca el ejemplo de quien abre un agujero en la puerta del sótano de una casa ajena para analizar las posibilidades de un robo; quien así actúa, sostiene SCHMID, no ha tomado una determinación sobre su conducta futura; cfr. Werner SCHMID, ZStW 74 [1962], ed. cit., págs. 51 y 52.

⁹⁰⁰ Cfr. Günther ARZT, Bedingter Entschluß und Vorbereitungshandlung, en Juristenzeitung (JZ), J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1969, pág. 56; Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER, Lehrbuch, ed. cit., pág. 492; BUSCH, LK, ed. cit., § 43 Rd. 10; Albin ESER, Schönke/Schröder, ed. cit., § 22 Rd. 18; Albin ESER/Björn BURKHARDT, Lehrbuch, ed. cit., pág. 88, para quienes es impune el autor que desde el punto de vista subjetivo se reserva aún la decisión de actuar contra derecho; Diethelm KIENAPFEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 104; Dietrich KRATZSCH, JA 1983, ed. cit., pág. 583; Karl LACKNER, StGB, ed. cit., § 22, 1, a); Günter LESS, GA 1956, ed. cit., pág. 33, quien precisa que la indeterminación es el antónimo conceptual de la decisión que constituye el núcleo de la tentativa punible; Harro OTTO, JA 1980, ed. cit., pág. 642; Harro OTTO, Lehrbuch, ed. cit., pág. 226, refiriéndose en este caso a una determinación "con reservas"; Claus ROXIN, Schröder-Gedächtnisschrift, ed. cit., pág. 146; Claus ROXIN, JuS 1979, ed. cit., pág. 2; Werner SCHMID, ZStW 74 [1962], ed. cit. págs. 51 y 52; Hans-Joachim RUDOLPHI, SK, ed. cit., § 22 Rn. 3; Rudolph SCHMITT, Rücktritt von der Verabredung zu einem Verbrechen — BGHSt 12, 306, en Juristische Schulung (JuS), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, 1961, pág. 27; Günter SPENDEL, JuS 1969, ed. cit., pág. 315; Otto TRIFFTERER, Lehrbuch, ed. cit., págs. 355 y 377; Theo VOGLER LK, ed. cit., § 22 Rn. 9 y 10; Johannes WESSELS, Lehrbuch, ed. cit., pág. 177; Rainer ZACZYK, Das Unrecht..., ed. cit., págs. 246 y 247. Curiosamente, la posición de JIMENEZ DE ASUA es abiertamente contraria a la doctrina dominante, pues sostiene que en casos de simple propensión al delito puede haber una tentativa con dolo eventual; cfr. Luis JIMENEZ DE ASUA, Tratado..., ed. cit., pág. 902.

ejecución del hecho⁹⁰¹. Frente a supuestos como estos no puede negarse que el autor ha iniciado conscientemente la ejecución de un hecho delictivo, aun cuando reservándose la posibilidad de un desistimiento que habría de activar en el caso de que se diesen determinadas condiciones. Pero esa reserva de desistimiento en nada afecta la existencia del aspecto subjetivo de la tentativa, dado que lo condicionado no es la determinación de actuar contra derecho, sino la continuación de un hecho delictivo cuya ejecución ya está decidida⁹⁰².

Entre estos dos extremos (la propensión al delito y la decisión con reserva de desistimiento) se encuentra un tercer grupo de casos que es el que mayores polémicas doctrinales y jurisprudenciales ha generado. Se trata de aquellas hipótesis en las que la determinación de actuar es tomada sobre la base de presupuestos fácticos que se saben inseguros, como cuando el empleado de una oficina de correos abre un sobre con la intención de apoderarse de su contenido, en el evento de que sea valioso⁹⁰³, o como cuando dentro de una prisión los compañeros de celda planean una fuga y deciden que, de resultar ésta, asaltarán un determinado local comercial para conseguir dinero⁹⁰⁴. En esta clase de situaciones, debe admitirse la existencia del elemento subjetivo de la tentativa, pues el autor ha adoptado ya internamente la decisión de cometer un delito, aun cuando su ejecución permanezca incierta. Dicho de otra manera, en estas

⁹⁰¹ Sobre este y otros ejemplos, cfr. Günther ARZT, JZ 1969, ed. cit., págs. 54 y 55; Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/34, pág. 719, quien menciona el hipotético ejemplo de quien está dispuesto a dejar en paz a su víctima si esta se pone a llorar; Claus ROXIN, Schröder-Gedächtnisschrift, ed. cit., pág. 146, Claus ROXIN, JuS 1979, ed. cit., pág. 2; Rainer ZACZYK, Das Unrecht..., ed. cit., págs. 246 y 247, quien recurre al mismo ejemplo de JAKOBS.

⁹⁰² Cfr. Günther ARZT, JZ 1969, ed. cit., pág. 54; Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER, Lehrbuch, ed. cit., pág. 492; BUSCH, LK, ed. cit., § 43 Rd. 9; Elena FARRÉ TREPAT, La tentativa..., ed. cit., pág. 108; Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/34, pág. 719; Kristian KÜHL, JuS 1980, ed. cit., pág. 275; Claus ROXIN, Maurach-Festschrift, ed. cit., pág. 217; Claus ROXIN, Schröder-Gedächtnisschrift, ed. cit., pág. 146; Claus ROXIN, JuS 1979, ed. cit., pág. 2; Hans-Joachim RUDOLPHI, SK, ed. cit., § 22 Rn. 5; Werner SCHMID, ZStW 74 [1962], ed. cit., pág. 58; Theo VOGLER, LK, ed. cit., § 22 Rn. 9 y 20; Hans WALDER, SchwZStr 99 [1982], ed. cit., pág. 251; Johannes WESSELS, Lehrbuch, ed. cit. pág. 177; Rainer ZACZYK, Das Unrecht..., ed. cit., págs. 246 y 247. También en este punto se muestra JIMENEZ DE ASUA contrario a la doctrina dominante, al sostener que en la tentativa con "reserva de desistimiento" no hay nada diverso de simples actos preparatorios o resoluciones manifestadas que no deben ser punibles; cfr. Luis JIMENEZ DE ASUA, Tratado..., ed. cit., pág. 902.

⁹⁰³ Cfr. RGSt 54, 229.

⁹⁰⁴ Cfr. BGHSt 12, 306.

hipótesis el autor se encuentra determinado a ejecutar el hecho punible, y lo único que permanece condicionado es la ejecución de ese delito cuya realización está ya decidida⁹⁰⁵.

La diferencia entre este grupo de supuestos y el de la simple propensión al delito consiste en que en ésta última el autor espera hasta el momento en que la condición se cumpla para tomar su decisión sobre si ejecuta o no el hecho delictivo, mientras en los casos ahora analizados el autor ha tomado la determinación de actuar antes de que la condición sobrevenga, y sólo espera hasta que ésta última se cumpla para ejecutar el hecho punible ya previamente decidido⁹⁰⁶. Así, por ejemplo, los reclusos del proceso anteriormente referido acordaron que una vez fugados la mejor manera de conseguir dinero era asaltar un conocido local comercial, de tal manera que una vez tomada de forma unánime esta decisión, sólo debían esperar a que la planeada fuga se hiciera realidad, pues del cumplimiento de esa condición dependía la ejecución (no la decisión sobre ella) del delito de hurto. Como quiera que los dos planes de fuga que alternativamente se habían trazado fallaron, la efectiva realización del delito de robo se vio frustrada y por ello fueron condenados por el Tribunal Supremo alemán como autores de un delito de "concierto para robar"⁹⁰⁷. De la misma manera, como el cartero del segundo ejemplo rompió el sobre ajeno decidido a apoderarse de su contenido en el evento de que fuese valioso, y sólo renunció a la ejecución del delito cuando se percató de que no contenía nada de valor, fue correctamente condenado por el Tribunal Supremo del Imperio alemán como autor de una tentativa⁹⁰⁸.

⁹⁰⁵ Cfr. Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER, Lehrbuch, ed. cit., pág. 492; BUSCH, LK, ed. cit., § 43 Rd.9; Albin ESER, Schönke/Schröder, ed. cit., § 22 Rd. 18; Albin ESER/Björn BURKHARDT, Lehrbuch, ed.cit., pág. 88; Karl LACKNER, StGB, ed. cit., § 22, 1, a); Günter LESS, GA 1956, ed. cit., pág. 34; Harro OTTO, JA 1980, ed. cit., pág. 642; Harro OTTO, Lehrbuch, ed. cit., pág. 226; Claus ROXIN, Schröder-Gedächtnisschrift, ed. cit., pág. 146; Claus ROXIN, JuS 1979, ed. cit., pág. 2; Hans-Joachim RUDOLPHI, SK, ed. cit., § 22 Rn. 5; Rudolph SCHMITT, JuS 1961, ed. cit., pág. 27; Günter SPENDEL, JuS 1969, ed. cit., pág. 315; Theo VOGLER, LK, ed. cit., § 22 Rn. 9 y 14. Por el contrario, también aquí sostiene JIMENEZ DE ASUA, contra la doctrina mayoritaria, que cuando hay determinación de actuar y la ejecución de esa decisión está sometida a alguna condición, sólo hay actos preparatorios impunes; cfr. Luis JIMENEZ DE ASUA, Tratado..., ed. cit. pág. 902.

⁹⁰⁶ Cfr. Günther ARZT, JZ 1969, ed. cit., pág. 54.

⁹⁰⁷ Cfr. BGHSt 12, 306. De acuerdo con esta determinación judicial se muestra Harro OTTO, JA 1980, ed. cit. pág. 642; Harro OTTO, Lehrbuch, ed. cit. pág. 216.

⁹⁰⁸ Cfr. RGSSt 54, 229.

La doctrina y la jurisprudencia alemanas suelen inclinarse en favor del reconocimiento de la tentativa en estos casos de "decisión tomada sobre el presupuesto de una base fáctica que se sabe insegura", argumentando que en ellos se hace patente la existencia de una "decisión incondicional"⁹⁰⁹. Esta expresión no resulta del todo afortunada, ya que es muy difícil imaginar una situación en la que alguien adopte una determinación incondicional de realizar un hecho⁹¹⁰, bien sea éste lícito o delictivo, pues aún el grupo de ladrones más osado y decidido que llega dispuesto a todo hasta el banco que quieren robar, se verá impulsado a retroceder si se percata de que en ese momento se lleva a cabo una parada militar justamente en la calle donde el establecimiento de crédito se encuentra ubicado. Precisamente esas últimas dudas sobre la ejecución del hecho son las que suelen dar lugar a la figura del desistimiento y que hacen dudar de la bondad de expresiones como "determinación incondicional" o "decisión definitiva". Para tratar de paliar estos inconvenientes, una parte de la doctrina sigue en la actualidad la propuesta de ROXIN en el sentido de entender que la decisión es "incondicional" cuando en el ánimo del autor pesan más los motivos que le impulsan a cometer el hecho delictivo, que las razones que le harían aconsejable no ejecutarlo⁹¹¹.

⁹⁰⁹ Así, por ejemplo, cfr. Dietrich KRATZSCH, JA 1983, ed. cit., pág. 583, para quien la determinación es definitiva en el sentido de que en un momento dado se ha decidido la ejecución del hecho; Kristian KÜHL, JuS 1980, ed. cit. pág. 275; Dieter MEYER, JuS 1977, ed. cit., pág. 20; Otto TRIFFTERER, Lehrbuch, ed. cit. págs. 355 y 377. en cuanto sostiene que la decisión debe ser incondicional en el sentido de que el autor ha tomado efectivamente la determinación de realizar su plan; Johannes WESSELS, Lehrbuch, ed. cit., pág. 177, refiriéndose a una decisión "definitiva"; Rainer ZACZYK, Das Unrecht..., ed. cit., págs. 247 y 248, quien sostiene que la determinación es incondicional cuando se da comienzo a la ejecución del pretendido ataque.

⁹¹⁰ Cfr. Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER, Lehrbuch, ed. cit., pág. 492; Albin ESER/Björn BURKHARDT, Lehrbuch, ed. cit., pág. 88, en cuanto señalan que no toda clase de condiciones excluye la efectividad de la decisión; Elena FARRÉ TREPAT, La tentativa..., ed. cit., pág. 108; Günter LESS, GA 1956, ed. cit. pág. 39; Hans-Joachim RUDOLPHI, SK, ed. cit., § 22 Rn. 5; Theo VOGLER, LK, ed. cit., § 22 Rn. 14; Rainer ZACZYK, Das Unrecht..., ed. cit. págs. 247 y 248.

⁹¹¹ Así, originalmente, Claus ROXIN, Schröder-Gedächtnisschrift, ed. cit., págs. 158, 159, 165 y 166; Claus ROXIN, JUS 1979, ed. cit. pág. 3. Entre quienes siguen a ROXIN en este planteamiento, cfr. Albin ESER, Schönke/Schröder, ed. cit., § 22 Rd. 18; Hans-Joachim RUDOLPHI, SK ed. cit., § 22 Rn. 5. En contra de la propuesta de ROXIN se pronuncia FARRÉ, quien considera demasiado difícil "averiguar cuándo los impulsos que conducen a la ejecución son preponderantes frente a las reservas que todavía tiene el autor"; cfr. Elena FARRÉ TREPAT, La tentativa..., ed. cit., pág. 111.

Los inconvenientes que plantea la determinación condicionada son mucho más evidentes para los defensores de concepciones subjetivas, puesto que para ellos este es el primer elemento que debe analizarse para establecer si una conducta debe ser reprochada a título de tentativa; esto significa que antes de ocuparse de la forma en que esa intención se objetiviza deben solucionar el problema de si esa voluntad de actuar sujeta a condición es suficiente para dar por demostrado este primer elemento de la tentativa. Por el contrario, desde la perspectiva de las concepciones ontológico-objetivas, así como desde el punto de vista de la teoría de la impresión y la normativa, lo que marca el comienzo de la tentativa punible es la valoración objetiva de la conducta; por consiguiente una determinación de actuar sólo interesa en la medida en que ella se materialice en un comportamiento que pueda ser valorado como indebida forma de ataque al bien jurídico⁹¹².

Piénsese por ejemplo en los siguientes ejemplos tomados de la jurisprudencia alemana: En el primero de ellos, un sujeto esconde divisas en un colchón, con el fin de pasarlas subrepticamente a través de la frontera, en el caso de que le sea negada una autorización oficial para hacerlo⁹¹³. En el segundo, el marido que sospecha (no sin razón) de la infidelidad de su mujer, se procura una pistola y munición suficiente, y se dispone a buscar a su mujer, quien se encuentra de vacaciones, con la intención de matarla en el evento de que la sorprendiese en flagrancia. Como al dar con el paradero de su esposa no notó nada sospechoso (¡el amante de la mujer había abandonado casualmente el hotel el día anterior!), desistió de sus intenciones⁹¹⁴. En un tercer caso, un enfurecido marido se dirige a la casa donde vive su ex-esposa, armado y con la intención de darle muerte si ella no accede a una reconciliación⁹¹⁵.

En todos estos casos la única razón por la que la conducta del autor no merece un reproche penal a título de tentativa, es la de que su comportamiento es objetivamente irrelevante para el derecho penal,

⁹¹² Con razón sostiene JAKOBS que como sólo el dolo activado es punible, los problemas que plantea la "determinación condicionada" son reducidos pues, recalca, sólo la conformación de una decisión activada interesa al derecho penal; cfr. Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., § 25/29, pág. 718.

⁹¹³ Cfr. RGSt 71, 53.

⁹¹⁴ Juzgado en Basel el 11 de diciembre de 1958; cfr. Werner SCHMID, *ZStW* 74 [1962], ed. cit. pág. 72.

⁹¹⁵ Cfr. BGHSt 21, 17.

pues ni el simple hecho de esconder divisas en un colchón, ni el ir armado al encuentro de la esposa son actuaciones que por sí mismas den a entender que quien así se comporta se rebela contra la vigencia de las normas que punen las tentativas de homicidio o de contrabando de divisas. Y, si lo único que un sujeto hace es visitar armado a su esposa que se encuentra de vacaciones, o introducir divisas en un colchón, se trata de actuaciones que siendo objetivamente neutras, esto es, penalmente irrelevantes, no pierden su condición de tal por el solo hecho de que el autor las haya desplegado con la intención (condicionada en este caso) de perpetrar un delito⁹¹⁶.

En otras palabras, pese a que pudiera admitirse que en estos supuestos la determinación del autor es firme (aun cuando condicionada), su actuación sería irrelevante porque no alcanza a configurar un comienzo de ejecución de la conducta delictiva⁹¹⁷. Pero incluso quienes consideren que en realidad quien se comporta según los ejemplos indicados sí da inicio a la ejecución de una conducta delictiva que merece sanción penal, en el fondo están admitiendo que lo que delimita el reproche de su actuación no es la existencia de una determinación condicionada, sino la circunstancia de haber puesto en ejecución una conducta que puede ser valorada como indebida forma de ataque a bien jurídico.

Por eso asiste razón a JAKOBS cuando sostiene que el ginecólogo que, decidido a practicar el aborto a una paciente, le realiza un reconocimiento previo que de todas formas estaba en la obligación de practicar, no activa ninguna determinación delictiva⁹¹⁸. En efecto, el autor se ha comportado objetivamente como cualquier otro ginecólogo lo hubiese hecho en su lugar, de tal manera que siendo su conducta irrelevante desde el punto de vista de la imputación objetiva al no exceder los límites del riesgo permitido, la intención

⁹¹⁶ Sin embargo, el Tribunal Supremo alemán condenó al marido que sospechaba del adulterio de su mujer como autor de una tentativa de homicidio, por el simple hecho de haber decidido que la eliminaría en caso de sorprenderla en flagrante adulterio; esta determinación judicial es compartida por Werner SCHMID, ZStW 74 [1962], ed. cit., pág. 72. También el marido que armado decidió ir a buscar a su esposa con la intención de matarla si no admitía una reconciliación, fue condenado por el Tribunal Supremo alemán como autor de una tentativa de homicidio (BGHSt 21, 17), en determinación compartida por Hans-Joachim RUDOLPHI, SK, ed. cit., § 22 Rn. 5.

⁹¹⁷ Respecto del ejemplo del colchón, así se pronuncia Claus ROXIN, Strafrecht AT, Band II, ed. cit., § 29/93, pág. 359.

⁹¹⁸ Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit. § 25/32, pág. 718.

con que la haya llevado a cabo es penalmente irrelevante. En consecuencia si la doctrina dominante en este punto se mantuviese aferrada a su principio general de que la tentativa es un delito que presenta una parte subjetiva completa y una objetiva incompleta, se vería forzada a admitir la existencia de una tentativa en casos como el del ginecólogo que conforme a las reglas de la medicina practica una exploración que tenía obligación de efectuar, pero lo hace con la intención de ejecutar posteriormente maniobras abortivas sobre la paciente, puesto que en supuestos de hecho como éste el aspecto subjetivo (dolo) estaría completo y sólo faltaría la presencia del elemento objetivo⁹¹⁹.

Los problemas de una concepción predominantemente subjetiva de la tentativa, que agudizan en exceso la trascendencia práctica de la "determinación condicionada", se hacen especialmente evidentes en los supuestos de hecho conocidos como "alternativos", en los que el autor amenaza a su víctima y le obliga a escoger entre "la bolsa o la vida", o entre ser violada o resultar muerta. Ante la pregunta de si al coaccionar a la víctima con la expresión "la bolsa o la vida" surge sólo una tentativa de hurto o también una de homicidio, los partidarios de comenzar el estudio de la tentativa por el análisis del aspecto subjetivo deberían decir que existe una clara "decisión de actuar" que por lo demás se encuentra objetivada mediante la actitud amenazante del autor, en otras palabras, su concepción de la tentativa les conduciría a reconocer que en casos como el esbozado el asaltante debe responder como autor de una tentativa de hurto (o de violación) y otra de homicidio.

Curiosamente, y pese a que la práctica judicial (siguiendo en esto a la doctrina ampliamente mayoritaria) suele tender a analizar primero el aspecto subjetivo de la tentativa y luego el objetivo, al enfrentarse a hipótesis como las acabadas de describir no se condena por un concurso de tentativas, sino sólo por el hurto o la violación, bien sea en calidad de consumados o de tentativas. La doctrina comparte esta solución pragmática de los tribunales, argumentando que se trata de

⁹¹⁹ Aun cuando JAKOBS mantiene el postulado general de que la tentativa es completa subjetivamente e incompleta desde el punto de vista objetivo (cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/24, pág. 715), se ve obligado a corregir su posición en casos como el acabado de mencionar, para sostener que cuando la conducta es por lo menos ambivalente no hay un suceso delictivo; pero, agrega, cuando es objetivamente relevante para el derecho penal, entonces puede haber una decisión exteriorizada con relevancia penal; cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/33, págs. 718 y 719.

situaciones en las que falta una condición objetiva, es decir niega la punibilidad argumentando que falta el comienzo de ejecución, y que tan sólo existen unos actos preparatorios⁹²⁰; por esta vía, se termina fundamentado la inexistencia de una tentativa de homicidio en estos casos, a pesar de la presencia de una "intención delictiva" que ha sido claramente objetivada. En síntesis, frente a estos supuestos de hecho, la doctrina dominante, que se mantiene firme en su afán por estudiar primero el aspecto subjetivo de la tentativa, se muestra vacilante ante la existencia de una evidente intención delictiva objetivada y termina por renunciar a la punibilidad de una conducta por carecer esta de una significación objetiva, mostrando así una considerable fisura sistemática, que no afectaría a una concepción fundamentalmente objetiva del injusto de la tentativa, como la que aquí se ha venido sosteniendo.

4.2.4. La relación causal.

Analizados ya dentro de la realización del riesgo el concepto de resultado⁹²¹, el conocimiento como elemento del dolo⁹²² y el aspecto intencional del mismo⁹²³, queda por estudiar el tema de la relación causal con el que se cerraría el juicio de imputación objetiva.

Tal como en páginas anteriores quedó señalado⁹²⁴, una concepción de la relación causal edificada sobre la noción de certeza ha sido abandonada por la física desde hace tiempo⁹²⁵, entre otras cosas porque si las mismas causas condujeran siempre y de manera inflexible a idénticos resultados la evolución del universo sería imposible⁹²⁶. También se indicó que una causalidad edificada sobre la idea de probabilidad permite que su existencia no deba ser valorada siempre desde una perspectiva (como sí ocurre cuando se asume que el vínculo entre causa y resultado debe ser de certeza),

⁹²⁰ Cfr. Claus ROXIN, JuS 1979, ed. cit. págs. 8 y 9; Theo VOGLER LK, ed. cit., § 22 Rn. 86 y 87.

⁹²¹ Cfr. supra 4.2.1.

⁹²² Cfr. supra 4.2.2.

⁹²³ Cfr. supra 4.2.3.

⁹²⁴ Cfr. supra 2.1.1.1.

⁹²⁵ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, Causalidad y explicación del Resultado, ed. cit., págs. 883 y ss.

⁹²⁶ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, Causalidad y explicación..., ed. cit., págs. 883 y ss.

sino que admitiría un juicio *ex-ante* sobre las probabilidades de que una determinada conducta genere ciertas consecuencias.

Sobre estos supuestos no hay obstáculo alguno para afirmar que el juicio de imputación objetiva en la tentativa se cierra con la determinación de una relación causal, como ocurre con todas las demás manifestaciones delictivas. Solo que, a diferencia de lo que ocurre respecto de los delitos consumados en los que la misma se valora desde una perspectiva para determinar si el resultado ya ocurrido fue probablemente (tampoco aquí es aplicable la categoría de certeza) la consecuencia del riesgo jurídicamente desaprobado, en las tentativas se recurre a una perspectiva *ex-ante* igual a la que la doctrina y la jurisprudencia dominantes emplean en los delitos de omisión.

Se trata entonces de establecer si la conducta generadora de un riesgo jurídicamente desaprobado se realizó en el resultado, en el sentido de si desde un punto de vista *ex-ante* tenía grandes probabilidades de generar una afectación al bien jurídico objeto de protección. Es, como también se indicó en páginas anteriores, el mismo criterio que la doctrina mayoritaria recomienda para la determinación de la causalidad en los delitos de omisión⁹²⁷. Si el comportamiento del autor puede ser apreciado en el momento de su ejecución como causalmente apropiado para generar la perseguida lesión al bien jurídico, entonces será susceptible de reproche penal a título de tentativa idónea o inidónea, si se quiere mantener una distinción entre estas dos categorías.

Si, por el contrario, lo que una valoración *ex-ante* de la conducta indica es que ella no es causalmente apta para la producción del resultado hay dos posibilidades: la primera es que el autor no estaba buscando la lesión de un bien jurídico como podría ocurrir cuando alguien agrega exceso de ajo a la comida de un tercero para hacerle una broma; en ese caso su comportamiento no merece reproche penal porque falta la intencionalidad como elemento del dolo propio de la tentativa punible. La segunda opción es que el autor sí persiga con su actuación el daño de un bien jurídico como cuando en el mismo ejemplo la persona aplica ajo en abundancia a la comida del tercero pensando que ese condimento es un poderoso veneno; en esta hipótesis la conducta de quien así actúa es impune, pero no por falta

⁹²⁷ Cfr. 2.1.1.1.

de intención delictiva, sino porque ella está referida a una realidad incorrectamente configurada⁹²⁸.

4.2.5. ¿Falta de consumación imputable al autor?

Al considerar que el quebrantamiento de la vigencia de una norma es aquello que constituye el fundamento de la punibilidad de la tentativa⁹²⁹, se indicó que desde esta perspectiva no puede sostenerse que haya una diferencia estructural entre el delito consumado y el de tentativa, pues ambos surgirían a la vida jurídica sólo en cuanto exista esa infracción de la norma, de tal manera que por este aspecto, lo único que permitiría distinguir entre una y otra clases de delitos sería la diversidad de las normas vulneradas.

No obstante lo anterior, el hecho de que a la figura del desistimiento le sea asignada la capacidad de eximir de responsabilidad al autor de una tentativa, pero no a quien ya ha consumado el delito, plantea la necesidad de trazar un límite entre el delito de tentativa y la consumación. De esta manera, mientras la diferencia entre preparación y tentativa sirve para marcar el límite de la intervención del derecho penal, la demarcación entre el delito de tentativa y el de consumación es útil para contornear el ámbito de aplicación del desistimiento eximente de responsabilidad penal⁹³⁰.

Tradicionalmente se ha dicho que la característica diferenciadora de la tentativa frente a la consumación es la ausencia del resultado⁹³¹, aun cuando las opiniones no siempre coincidan en cuanto a la precisión del concepto mismo de resultado. Así, por ejemplo, hay quienes consideran que aquello que no está presente en la tentativa es la finalidad buscada por el autor⁹³², con lo que no sólo podría despertarse la impresión de que la diferencia entre tentativa y consumación depende en forma exclusiva de la intención del

⁹²⁸ Con razón señala JAKOBS al referirse al objeto del dolo que éste "debe comprender también la causalidad de la acción para el resultado". Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., §8/63, pág. 295.

⁹²⁹ Cfr. supra 2.2.3.

⁹³⁰ Cfr. Johannes WESSELS, Lehrbuch, ed. cit., pág. 174.

⁹³¹ Cfr. Theodor RITTLER, Lehrbuch, ed. cit., págs. 255 y 256; Heinrich-Albert ZACHARIA, Die Lehre..., erster Theil, ed. cit., págs. 22 y 23.

⁹³² Cfr. Carl-Joseph-Anton MITTERMAIER, NACR 1 [1816], ed. cit., pág. 165. En similar sentido se pronuncia Miguel CÓRDOBA ANGULO, la Tentativa, ed. cit., pág. 38.

agente⁹³³, sino que además se cerrarían las puertas a la posibilidad teórica de admitir la figura de la tentativa imprudente (en la que, desde luego, el resultado ausente no constituía la finalidad del autor), cuya viabilidad ya se analizó en páginas precedentes⁹³⁴.

Igualmente equivocada es la creencia de que la tentativa se caracteriza por la ausencia de cualquier resultado naturalístico, puesto que desde el punto de vista ontológico toda actividad humana produce algún tipo de modificación del mundo exterior⁹³⁵, aun cuando no todas esas alteraciones resulten relevantes para el derecho penal. Por lo demás, abundan los casos en los que la conducta del autor constituye sin lugar a dudas una tentativa, pese a la sobrevenida de un resultado naturalístico que incluso puede ser trascendente desde el punto de vista penal, como ocurre en todos aquellos casos en los que la tentativa de homicidio supone la producción de lesiones a la víctima⁹³⁶.

De una forma más amplia, se sostiene que hay tentativa y no consumación cuando falta el resultado o cualquier otro elemento del tipo perteneciente a la consumación⁹³⁷, afirmación ésta que presenta como notable ventaja la de no establecer la delimitación entre las dos figuras a partir de la existencia o inexistencia de un resultado ontológico sino a partir del análisis de los elementos del tipo penal respectivo. No obstante lo anterior, tampoco puede desconocerse que el postulado de que sólo puede haber un delito de tentativa en cuanto no exista un delito consumado, no pasa de ser una aseveración trivial⁹³⁸ que en nada contribuye a la fijación de un límite claro entre las dos modalidades.

⁹³³ Cfr. en este sentido la crítica de Heinrich-Albert ZACHARIA, *Die Lehre...*, erster Theil, ed. cit., págs. 10 y 11.

⁹³⁴ Cfr. supra 4.2.3.

⁹³⁵ Cfr. Heinrich-Albert ZACHARIA, *Die Lehre...*, erster Theil, ed. cit., pág. 13.

⁹³⁶ Cfr. Heinrich-Albert ZACHARIA, *Die Lehre...*, erster Theil, ed. cit., pág. 52.

⁹³⁷ Cfr. Robert von HIPPEL, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 396. En similar sentido se pronuncian Diethelm KIENAPFEL, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 104; Christian-Reinhold KÖSTLIN, *System...*, ed. cit., págs. 224 y 225; Otto TRIFFTERER, *Lehrbuch*, ed. cit., págs. 352 y 353; Theo VOGLER, *LK*, ed. cit., § 22 Rn. 20, 23; Johannes WESSELS, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 181; para estos autores, en la tentativa puede estar ausente el resultado o cualquier otro elemento del tipo como la cualificación del autor, la calidad de un objeto la propia relación de imputación objetiva.

⁹³⁸ Cfr. Heiner ALWART, *Strafwürdiges...*, ed. cit., págs. 97 y 98.

De otro lado, la tesis de que lo que distingue a la tentativa del delito consumado es que en aquella no existe un resultado objetivamente imputable al autor⁹³⁹, está edificada sobre la equivocada creencia de que en la tentativa no hay un resultado jurídico con relevancia penal, cuando en verdad el quebrantamiento de la vigencia de la norma es el resultado objetivamente imputable al autor, tanto en la tentativa como en la consumación. Lo que ocurre es que, como en otro lugar quedó señalado, el quebrantamiento de la vigencia de las normas que describen las tentativas no requiere la producción de un determinado resultado naturalístico, mientras la infracción de las normas que recogen los denominados delitos consumados supone necesariamente que exista una determinada modificación del mundo exterior (la contenida en la norma concreta) que pueda serle objetivamente imputable al autor de la conducta⁹⁴⁰.

Por consiguiente, tanto la norma que comprende la tentativa de homicidio como la que describe el homicidio consumado serán quebrantadas cuando el autor evidencie con su conducta que no las respeta, sólo que el irrespeto a la norma que prohíbe el homicidio requiere la producción de un determinado resultado naturalístico: la muerte de un ser humano. Si esa concreta modificación del mundo exterior no se produce, nunca podrá hablarse de un quebrantamiento de la vigencia de la norma de homicidio, aun cuando siga siendo factible que se haya infringido la norma que pune la tentativa de homicidio. Así, pues, tanto para la existencia de la tentativa como para la del delito consumado es imprescindible un quebrantamiento de la vigencia de la norma que pueda serle objetivamente imputable al autor de la conducta, por lo que la diferencia entre la tentativa y la consumación está edificada sobre la presencia de dos normas diversas.

La afirmación contraria de algunos autores, en el sentido de que las dos figuras analizadas están recogidas en la misma norma y por tanto lo único que permitiría diferenciar a la tentativa de la consumación es el "plus" del resultado⁹⁴¹, conduce a los mismos postulados de la

⁹³⁹ Cfr. Luis JIMENEZ DE ASUA, Tratado..., ed. cit., pág. 504; Eberhard SCHMIDHÄUSER, Lehrbuch, ed. cit., § 15/47, pág. 609; Otto TRIFFTERER, Lehrbuch, ed. cit., págs. 362 y 376; Theo VOGLER, LK, ed. cit., § 22 Rn. 127.

⁹⁴⁰ Cfr. supra 4.2.1.

⁹⁴¹ Cfr. Günther JAKOBS, JZ 1988, ed. cit., pág. 519, para quien la diferencia entre tentativa y consumación es meramente cuantitativa; Günther JAKOBS, ZStW 104 [1992], ed. cit., pág. 83, en el sentido de que el quebrantamiento de la norma es más fuerte en la

doctrina mayoritaria en el sentido de que el límite entre estas figuras está trazado por la existencia o inexistencia de un resultado que siempre deberá ser entendido en sentido naturalístico, puesto que el quebrantamiento de la vigencia de la norma sería el resultado jurídico común de la tentativa y la consumación. De esta manera se estaría arribando por un camino distinto a la teoría tradicional, de que es un resultado ontológico lo que marca la diferencia entre estas dos figuras, solución que aparece como poco compatible con una fundamentación valorativa (o normativa si se prefiere la expresión) del injusto.

Si se acogieran sin reserva los postulados de la doctrina ampliamente mayoritaria en esta materia, no sólo debería admitirse que la falta de consumación es un requisito indispensable de la tentativa, sino que además debería distinguirse siempre entre los conceptos de consumación y agotamiento (o terminación) del delito, para dejar en claro que es la falta de aquella y no de este lo que marcaría el límite entre la tentativa y la consumación. Conforme a este planteamiento, la consumación sería un concepto meramente formal⁹⁴² que surgiría a la vida jurídica en el momento en que la conducta del autor satisface íntegramente los requisitos típicos de una determinada disposición penal, en tanto que el agotamiento del delito sólo se produciría una vez que el autor hubiese alcanzado los fines que con su conducta se proponía⁹⁴³.

consumación; Carl-Joseph-Anton MITTERMAIER, NACR 1 [1816], ed. cit., pág. 174, para quien la diferencia entre tentativa y consumación es de simple grado; Karl-Heinz VEHLING, Die Abgrenzung..., ed. cit., pág. 125, siguiendo en esto a JAKOBS.

⁹⁴² Respecto del carácter meramente "formal" de la consumación cfr. Ulrich BERTZ, Jura 1984, ed. cit., pág. 511; Elena FARRÉ TREPAT, La tentativa..., ed. cit., pág. 236; Juan FERNANDEZ CARRASQUILLA, Derecho..., ed. cit., pág. 372; Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/1g, pág. 705, quien sostiene que como la consumación es un concepto formal, nada dice sobre una lesión al bien jurídico; Hans-Heinrich JESCHECK, Lehrbuch, ed. cit., pág. 465; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 39/31, pág. 8; Santiago MIR PUIG, Derecho Penal, ed. cit., § 13/80, pág. 361; Eberhard SCHMIDHÄUSER, Lehrbuch, ed. cit., § 15/9, pág. 590; Hans WELZEL, Lehrbuch, ed. cit., págs. 188 y 189.

⁹⁴³ Sobre esta distinción entre consumación y agotamiento, cfr. Paul BOCKELMANN/Klaus VOLK, Lehrbuch, ed. cit., pág. 207; Elena FARRÉ TREPAT, La tentativa..., ed. cit., pág. 236; Juan FERNANDEZ CARRASQUILLA, Derecho..., ed. cit., pág. 372; Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/12, págs. 708, 709; Hans-Heinrich JESCHECK, Lehrbuch, ed. cit., pág. 465; Kristian KÜHL, Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung, in Juristische Schulung (JuS), Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1982, pág. 110; Karl LACKNER, StGB, ed. cit., vor § 22, 2; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 39/31, pág. 8; Harro OTTO, Lehrbuch, ed. cit., pág. 224; Hans-Joachim RUDOLPHI, SK, ed. cit., vor § 22 Rn. 6, 7; Eberhard SCHMIDHÄUSER, Lehrbuch, ed. cit., § 15/9, pág. 590; Herbert

Como formas de ilustrar esta diferencia conceptual, se dice que el delito de estafa se encontraría consumado cuando se genera un perjuicio patrimonial a la víctima, en tanto que ese mismo delito sólo podría considerarse agotado cuando el sujeto consiguiese el beneficio económico que con su actuación pretendía⁹⁴⁴, así como el secuestro se consumaría desde el momento en que la víctima fuera privada de su libertad y se consideraría agotado en el momento en que se produjera su liberación⁹⁴⁵, y quien lesionara a su enemigo mediante diez puñetazos habría consumado el delito de lesiones personales desde el primero de los golpes pero sólo lo habría agotado con el décimo de ellos⁹⁴⁶.

Si bien la diferencia entre consumación y agotamiento no acarrea por sí misma un tratamiento punitivo diferencial para el autor de la conducta⁹⁴⁷, se considera que una tal distinción es importante para efectos del cómputo de prescripción, que empezaría a correr desde el momento de la consumación y no del agotamiento, así como para el análisis de figuras como la coautoría o la complicidad sucesivas⁹⁴⁸, que pueden surgir entre las fases de consumación y agotamiento del delito⁹⁴⁹. En todo caso, la doctrina mayoritaria admite que para el

TRÖNDLE, StGB, ed. cit., § 22 Rd. 6; Theo VOGLER, LK, ed. cit., § 22 Rn. 20, 23; Hans WALDER, SchwZStr 99 [1982], ed. cit., pág. 226; Hans WELZEL, Lehrbuch, ed. cit., págs. 188 y 189.

⁹⁴⁴ Cfr., por ejemplo, Albin ESER/Björn BURKHARDT, Lehrbuch, ed. cit., pág. 86; Albin ESER, Schönke/Schröder, ed. cit., vor § 22 Rd. 4; Elena FARRÉ TREPAT, La tentativa..., ed. cit., pág. 236; Hans WELZEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 188.

⁹⁴⁵ Cfr. Johannes WESSELS, Lehrbuch, ed. cit., págs. 175 y 176.

⁹⁴⁶ Cfr. Harro OTTO, Lehrbuch, ed. cit., pág. 224.

⁹⁴⁷ Cfr. Kristian KÜHL, JuS 1979, ed. cit., pág. 720.

⁹⁴⁸ En contra de la doctrina mayoritaria, Rudolphi sostiene que entre las fases de consumación y agotamiento del delito no es posible una coautoría sucesiva; cfr. Hans-Joachim RUDOLPHI, Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft, in Festschrift für Paul Bockelmann, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1979, pág. 376.

⁹⁴⁹ Sobre las consecuencias prácticas de distinguir entre consumación y agotamiento, cfr. Albin ESER, Schönke/Schröder, ed. cit., § 22 Rd. 10; Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/12, pág. 709; Hans-Heinrich JESCHECK, Wesen und rechtliche Bedeutung der Beendigung der Straftat, in Festschrift für Hans Welzel, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1974, pág. 696, 697 y 699; Hans-Heinrich JESCHECK, Lehrbuch, ed. cit., pág. 466; Kristian KÜHL, JuS 1979, ed. cit., pág. 720; Kristian KÜHL, JuS 1982, ed. cit., pág. 113; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 39/32, págs. 8, 9 y 10; Günter SPENDEL, Stock-Festschrift, ed. cit., pág. 99; Herbert TRÖNDLE, StGB, ed. cit., § 22 Rd. 6; Hans WELZEL, Lehrbuch, ed. cit., págs. 188 y 189; Johannes WESSELS, Lehrbuch, ed. cit., págs. 174 y 175.

surgimiento de la tentativa no es necesaria la ausencia de un agotamiento del delito, sino que basta tan solo con que él no se encuentre consumado, lo cual podría ser tomado como otra consecuencia práctica de la diferenciación entre las figuras de la consumación y el agotamiento⁹⁵⁰.

La exigencia que la doctrina mayoritaria hace de la falta de consumación como un requisito adicional de la tentativa, se deriva de la igualmente generalizada afirmación de que sólo existe una norma que puede ser infringida de una forma "perfecta" mediante la consumación y de una manera "imperfecta" a través de la tentativa, que es justamente lo que ha llevado a considerar de forma equivocada al delito de tentativa como un hecho punible imperfecto, al que le falta el cumplimiento de algún requisito formal para alcanzar la categoría de delito "formalmente consumado" o perfecto.

Curiosamente, incluso quienes como JAKOBS sostienen que tanto la tentativa como el delito consumado constituyen "perfectos" quebrantamientos de la norma⁹⁵¹, defienden igualmente la generalizada opinión de que la tentativa es un delito "incompleto" en su aspecto objetivo⁹⁵², lo que plantea dudas respecto de qué debe entenderse por "perfecto" quebrantamiento de la norma, ya que si con esa expresión se pretende esquematizar el momento en el que el tipo objetivo (o el juicio de imputación objetiva) se encuentra agotado, entonces no resulta correcto sostener simultáneamente que en la tentativa, pese a existir ese quebrantamiento de la norma, sigue estando presente una imperfección en el tipo objetivo. En puridad de términos, o en la tentativa hay un perfecto quebrantamiento de la vigencia de la norma, y por lo tanto es una figura delictiva completa en su aspecto objetivo, o —conforme a la doctrina mayoritaria— es un delito imperfecto en su parte objetiva y por lo tanto respecto de él

⁹⁵⁰ En contra de la generalizada tendencia a distinguir entre consumación y agotamiento del delito se manifiesta BIZIELIKS, para quien las eventuales consecuencias que de una tal distinción suelen inferirse, pueden derivarse de la estructura misma del tipo correspondiente, sin que deban formar parte de una "teoría del agotamiento". Por el contrario, agrega éste autor, una tal diferenciación permite considerar como pertenecientes al tipo acciones que van más allá de la consumación, desconociendo así la función del tipo en el sistema penal; cfr. Nicolaos BITZIELIKS, *Über die strafrechtliche Bedeutung der Abgrenzung von Vollendung und Beendigung der Straftat*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, De Gruyter, Berlin-New York, volumen 99, 1987, pág. 749.

⁹⁵¹ Cfr. Günther JAKOBS, *ZStW* 104 [1992], ed. cit., pág. 83.

⁹⁵² Cfr. Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., § 25/24, pág. 715.

no puede hablarse de un perfecto quebrantamiento de la norma (en contra de lo que sostiene JAKOBS).

Si, por el contrario, se admite que una es la norma que recoge el delito de tentativa y otra diversa la que describe el delito consumado, puede sostenerse de forma coherente que tanto el delito de tentativa como el consumado son hechos punibles "perfectos" en cuanto la presencia de ambos está condicionada a la presencia de un efectivo y completo quebrantamiento de la vigencia de la norma. Desde este punto de vista, tanto en el delito consumado como en el de tentativa existe siempre una consumación, entendida ésta como perfecto quebrantamiento de la vigencia de la norma. Esto significa que la existencia de una tentativa no depende de la falta de una consumación, sino tan sólo de que el autor haya quebrantado con su conducta la norma que recoge el respectivo delito de tentativa.

Dado que la infracción de la norma que pune los denominados delitos consumados de resultado requiere que la conducta del autor genere una determinada modificación del mundo natural que lleva a la efectiva afectación del bien jurídico objeto de protección, es claro que esa consecuencia no se presenta en las tentativas. Pero eso no significa que estructuralmente la tentativa sea menos que el consumado; tan solo son dos manifestaciones diversas del delito, en cuanto a que los resultados que el legislador exige para su perfeccionamiento son distintos: en el consumado pide una determinada modificación del mundo exterior, que no está incluida en las tentativas como requisito estructural de ellas.

En lo atinente a la posibilidad teórica de que se presente la figura del desistimiento, bastaría con señalar que él es posible solo frente a la tentativa y nunca en relación con el delito consumado; en términos prácticos esto significa que cuando el bien jurídico no solo es puesto en peligro (como ocurre en las tentativas) sino que además es objeto de una efectiva lesión se estará frente a un delito consumado que excluye cualquier posibilidad de desistimiento, de la misma manera como cuando las heridas que alguien le propina a otro le producen la muerte, momento a partir del cual queda eliminada la posibilidad de que se lo responsabilice solamente por el delito de lesiones personales.

CAPÍTULO CINCO

5. El comienzo de realización de la acción típica.-

Ninguna discusión parece haber en torno a que el momento en que se da inicio a la tentativa punible es aquel en el que se da comienzo a la realización de la acción típica o, dicho en una forma más cercana a los múltiples partidarios de la teoría del *iter criminis*, la tentativa empieza cuando el autor da inicio a los actos ejecutivos. No obstante la uniformidad de criterios que puede observarse en esta afirmación general, la determinación precisa de cuándo se ha dado comienzo a la realización de la acción típica o, si se prefiere, de cuándo se han comenzado a desplegar los actos ejecutivos, constituye uno de los puntos de mayor discusión en el tema del delito de tentativa. Como orientación general puede decirse que entre más cerca se esté de una concepción personal del injusto, más se ampliará la punibilidad de las conductas hacia el ámbito de la planeación y la determinación de actuar, y mientras más próximo se esté a un derecho penal dirigido a la protección objetiva de bienes jurídicos, más importancia se concederá a la realización externa de la determinación de actuación⁹⁵³.

Tras muchas décadas de ardua discusión sobre la forma como debe ser determinado el comienzo de la tentativa, se ha ido abriendo paso la idea de que es imposible encontrar una fórmula general que permita establecer con seguridad los límites entre las acciones que son intrascendentes para el derecho penal y aquellas que comienzan a interesarle a título de tentativa⁹⁵⁴. Como consecuencia de esta afirmación, se ha dicho que se trata de un problema que debe ser analizado en cada caso concreto, no sólo de acuerdo con las circunstancias específicas de cada hecho, sino en consideración a las particularidades del delito de que se trate en cada caso⁹⁵⁵. Esto ha conducido a que se tracen gran cantidad de parámetros generales

⁹⁵³ Cfr. Albin ESER/Björn BURKHARDT, Lehrbuch, ed. cit., pág. 86.

⁹⁵⁴ Cfr. Elena FARRÉ TREPAT, La tentativa..., ed. cit., pág. 210; Ernst HEINITZ, JR 1956, ed. cit., pág. 248; Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/63, pág. 729; Diethelm KIENAPFEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 102; Dieter MEYER, JuS 1977, ed. cit., pág. 23; Claus ROXIN, JuS 1979, ed. cit., pág. 4; Eberhard SCHMIDHÄUSER, Henkel-Festschrift, ed. cit., pág. 234; Theo VOGLER, LK, ed. cit., § 22 Rn. 58; Johannes WESSELS, Lehrbuch, ed. cit., pág. 180.

⁹⁵⁵ Cfr. Diethelm KIENAPFEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 102.

para indicar el inicio de la tentativa de acuerdo con las diversas clases de delitos, o a que se traten de agrupar bajo criterios generales algunos grupos de casos similares⁹⁵⁶, todo lo cual ha contribuido de forma decisiva a hacer mucho más complicada la determinación del comienzo de la tentativa. Sobre el supuesto de que el derecho penal regula las más variadas relaciones sociales, resulta cierta la afirmación de que no puede fijarse un parámetro único que funcionando con la precisión de una fórmula matemática permita distinguir sin mayor esfuerzo entre las actuaciones penalmente irrelevantes y las que deben ser punidas a título de tentativa. Pero ello no quiere decir que no sea posible la confección de un parámetro general (no de multitud de ellos, como ahora suele hacerse) que siendo lo suficientemente dúctil como para acomodarse a las vicisitudes de la vida social, permita establecer con relativa exactitud los límites entre los actos preparatorios y la tentativa⁹⁵⁷, de la misma forma como en la actualidad se admite que la imputación objetiva brinda parámetros bastante seguros para la configuración del injusto, y lo hace básicamente a partir de una figura que como la del riesgo permitido posee una extraordinaria capacidad de adaptación a la vida social.

En los siguientes apartados se examinarán las múltiples propuestas que se han hecho para tratar de fijar con algún detalle el instante en que una conducta deja de ser irrelevante para el derecho penal e ingresa al terreno de lo punible, no sin antes precisar que en la actualidad son muchos los autores que no recurren a un único criterio, sino que buscan trazar los límites entre tentativa y preparación con base en el empleo de varios mecanismos diversos. Esta circunstancia, junto al hecho de que la doctrina alemana toma como punto de partida la definición mixta que de tentativa ofrece su Código Penal (§ 22 StGB), para a partir de allí interpretar de una forma más o menos objetiva o subjetiva esa formulación legal sobre el comienzo de la tentativa, hacen que la clasificación que se empleará a continuación sea meramente indicativa. En efecto, en este

⁹⁵⁶ Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., §§ 25/63 y siguientes, págs. 729 y siguientes; Claus ROXIN, JuS 1979, ed. cit., págs. 4 y siguientes; Johannes WESSELS, Lehrbuch, ed. cit., pág. 180.

⁹⁵⁷ Asiste plena razón a KRATZSCH cuando afirma que resulta insatisfactorio hablar de una absoluta imposibilidad de trazar un parámetro general que permita distinguir entre los actos preparatorios impunes y el comienzo de la tentativa punible; cfr., Dietrich KRATZSCH, JA 1983, ed. cit., pág. 421.

punto resulta en extremo complicado hablar de tesis puramente objetivas o subjetivas, así como también resulta difícil distinguir entre los diversos matices que suelen hacerse a cada criterio, por lo que su agrupación como objetivas o subjetivas obedece básicamente a una finalidad didáctica.

5.1. Concepto (la impunidad de los actos preparatorios).-

Mirado desde la óptica de los partidarios de la teoría del *iter criminis*, el problema de determinar cuándo comienza la realización de la acción típica se reduce a precisar en qué momento el autor abandona el campo de los actos preparatorios y da inicio a los ejecutivos. Pero incluso si se prescinde del criticado recurso al itinerario criminal como forma de explicar la tentativa, bien puede afirmarse que el comienzo de realización de la acción típica marca el instante en que un determinado comportamiento deja de ser irrelevante para el derecho penal, por lo que la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos puede ser útil desde el punto de vista metodológico para comprender mejor la diferencia entre aquellas actuaciones que deben quedar al margen del derecho penal y las que caen dentro de su ámbito de aplicación⁹⁵⁸. Por eso, si bien puede sostenerse en forma particular que los actos preparatorios se reducen básicamente a la consecución y prueba de los instrumentos necesarios para la comisión de un delito y a la exploración del lugar adecuado para ejecutarlo⁹⁵⁹, ellos también pueden ser entendidos de forma más general como conductas que, al no suponer un quebrantamiento de la vigencia de la norma, son irrelevantes para el ordenamiento penal.

A nivel doctrinal existe absoluta unanimidad en cuanto a que, por regla general, los actos preparatorios deben ser impunes, bien sea alegando razones prácticas como aquella según la cual su punibilidad sólo conseguiría que el autor realizase los preparativos de una forma más encubierta y se apresurase a obtener la consumación del

⁹⁵⁸ Para MIR PUIG, “En cuanto el autor traspasa la frontera de los actos preparatorios e inicia la fase ejecutiva, aparece la **tentativa**” (Santiago MIR PUIG, Derecho Penal, ed. cit., §13/45, pág. 353).

⁹⁵⁹ Sobre estas nociones de actos preparatorios, cfr. Robert von HIPPEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 398; Kristian KÜHL, Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung, in Juristische Schulung (JuS), Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1979, pág. 874; Carl Joseph Anton MITTERMAIER, NACR 2 [1818], ed. cit., pág. 604; Johannes WESSELS, Lehrbuch, ed. cit., pág. 178.

delito⁹⁶⁰, bien sea sosteniendo que su punición equivaldría a la sanción de la simple intención criminal⁹⁶¹, o afirmando que la ambigüedad de todo acto preparatorio no permitiría determinar con claridad el delito que se pretende cometer⁹⁶² o, finalmente, arguyendo que se trata de actuaciones tan alejadas del momento consumativo, que no sólo es posible que el autor cambie de opinión y olvide sus propósitos criminales, sino que también es factible que el poder de intimidación de la norma todavía surta efectos en quien tan solo se prepara para la eventual comisión de un delito⁹⁶³.

A nivel jurisprudencial también suele admitirse pacíficamente la regla general de que los actos preparatorios son impunes, tal como puede verse en el siguiente caso tomado de la jurisprudencia penal alemana: en agosto de 1982, un ciudadano alemán mantenía desde su país una estrecha correspondencia con su amada, quien por entonces residía en una localidad de Suiza. Con el fin de atenuar los "elevados" gastos de correo, y tomando como base un pegamento comercial, preparó una solución incolora, que distribuyó sobre la superficie de seis sellos (estampillas) del correo alemán y alrededor de los lugares del sobre donde ellos serían adheridos. Con ello, y mediante el empleo de un disolvente (alcohol, por ejemplo), el acusado pretendía poder retirar de los sobres y los sellos (estampillas) los matasellos del correo alemán, y de esta forma poder emplearlos nuevamente en futuros envíos postales. El Tribunal Superior de Koblenz, en sentencia de febrero 2 de 1983, absolvió al procesado al reconocer que los hechos investigados constituían tan solo actos preparatorios de la comisión de un delito⁹⁶⁴.

⁹⁶⁰ Cfr. Ludwig von BAR, Zur Lehre..., ed. cit., pág. 34; Heinrich-Albert ZACHARIA, Die Lehre..., erster Theil, ed. cit., págs. 210 y 211.

⁹⁶¹ Cfr. Ludwig von BAR, Zur Lehre..., ed. cit., pág. 38; Carl Joseph Anton MITTERMAIER, NACR 10 [1828], ed. cit., pág. 549, en cuanto sostiene que la punición de los actos preparatorios supondría otorgar preeminencia al aspecto subjetivo sobre el objetivo.

⁹⁶² Cfr. Ludwig von BAR, Zur Lehre..., ed. cit., pág. 34; Heinrich-Albert ZACHARIA, Die Lehre..., erster Theil, ed. cit., págs. 210, 211.

⁹⁶³ Cfr. Heinrich-Albert ZACHARIA, Die Lehre..., erster Theil, ed. cit., págs. 208 y 209.

⁹⁶⁴ Cfr. OLG Koblenz, sentencia de febrero 2 de 1983, en Juristische Rundschau (JR), Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1984, pág. 163. En respaldo de esta determinación se pronunció Ernst-Joachim LAMPE, Anmerkung zu OLG Koblenz, in Juristische Rundschau (JR), Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1984, pág. 164.

Pero así como se admite pacíficamente la validez de la impunidad de los actos preparatorios como regla general, así mismo se sostiene que excepcionalmente⁹⁶⁵ ellos son descritos por el legislador como conductas sancionables⁹⁶⁶, lo cual supone claramente una anticipación de la punibilidad. Ese adelanto en la frontera de intervención del derecho penal puede ocurrir, bien a través de la formulación general de normas que permiten ampliar el ámbito de aplicación de un grupo de delitos, o bien mediante la creación de tipos penales concretos que recojan expresamente el acto preparatorio que se quiere sancionar⁹⁶⁷. Como ejemplos de la primera opción de sancionar estos comportamientos pueden mencionarse las normas que en la legislación penal española recogen como conductas delictivas la conspiración, la provocación y la proposición para delinquir (artículos 17 y 18) y las disposiciones que en el Código Penal colombiano describen el concierto (artículo 340 C.P.) y la instigación para delinquir (artículo 348). De la segunda forma de incriminación de actos preparatorios son ejemplos en la

⁹⁶⁵ BARQUÍN SANZ y OLEDO CARDENETE afirman que la punición generalizada de actos preparatorios está vinculada a épocas de autoritarismo; cfr. Jesús BARQUÍN SANZ y Miguel OLMEDO CARDENETE, Artículo 18, en Comentarios al Código Penal dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, ed. Edersa, Madrid, 1999, Tomo I, págs. 898 y 899.

⁹⁶⁶ Cfr. Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER, Lehrbuch, ed. cit., pág. 481; René BLOY, Contenido de ilícito..., ed. cit., pág. 367, nota 5; BUSCH, LK, ed. cit., § 43 Rd. 2 y 63; Francisco CARRARA, Teoría..., ed. cit., pág. 51, en cuanto sostiene que los actos preparatorios no son tentativa; Miguel CÓRDOBA ANGULO, La tentativa, ed. cit., pág. 32; Albin ESER, Schönke/Schröder, ed. cit., vor § 22 Rd. 13; Albin ESER/Björn BURKHARDT, Lehrbuch, ed. cit., pág. 86; Elena FARRÉ TREPAT, La tentativa..., ed. cit., pág. 139; Juan FERNANDEZ CARRASQUILLA, Derecho..., ed. cit., pág. 380; Reinhard FRANK, StGB, ed. cit., § 43, pág. 88; Robert von HIPPEL, Lehrbuch, ed. cit. pág. 395; Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/9, pág. 708; Hans-Heinrich JESCHECK, Lehrbuch, ed. cit., págs. 471 y 472; Diethelm KIENAPFEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 98; Christian Reinhold KÖSTLIN, System..., ed. cit., pág. 233, al afirmar que los actos preparatorios no alcanzan a ser tentativa; Kristian KÜHL, JuS 1979, ed. cit., pág. 720; Karl LACKNER, StGB, ed. cit., vor § 22, 3; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 39/19, págs. 5 y 6; Santiago MIR PUIG, Derecho Penal, ed. cit., §13/5, pág. 344; Carl Joseph Anton MITTERMAIER, NACR 10 [1828], ed. cit., pág. 549; Harro OTTO, Lehrbuch, ed. cit., pág. 223; Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO, La punición de los actos preparatorios, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), Ministerio de Justicia, Madrid, 1968, pág. 277; Hans-Joachim RUDOLPHI,SK, ed. cit., § 22 Rn. 2, 3 y 4; Hans SCHULTZ, SchwZStr 107 [1990], ed. cit., pág. 68; Bernd-Rüdiger SONNEN/Thomas HANSEN-SIEDLER, JA 1988, ed. cit., pág. 18; Günther SPENDEL, Stock-Festschrift, ed. cit., pág. 99; Herbert TRÖNDLE, StGB, ed. cit., § 22 Rd. 3; Theo VOGLER, ZStW 98 [1986], ed. cit., pág. 332; Hans WELZEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 188; Heinrich-Albert ZACHARIA, Die Lehre..., erster Theil, ed. cit., págs. 209 y 227.

⁹⁶⁷ Cfr. Karl LACKNER, StGB, ed. cit., vor § 22, 3; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 39/26, pág. 7; Hans-Joachim RUDOLPHI, SK, ed. cit., § 22 Rn. 2, 3 y 4; Theo VOGLER, LK, ed. cit., § 22 Rn. 7 y 8.

legislación penal española la conspiración⁹⁶⁸ o provocación para dar muerte a alguien (artículo 141)⁹⁶⁹, la provocación, conspiración y proposición para matar, lesionar o privar de su libertad al Rey o cualquiera de sus descendientes o ascendientes (artículo 488), así como la fabricación o tenencia de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, máquinas, programas de ordenador o aparatos específicamente destinados a la comisión de falsedades documentales (artículo 400 314), y en el Código Penal colombiano la tenencia, fabricación y tráfico de sustancias u objetos peligrosos (artículo 358 C.P.), el tráfico, transporte y posesión de materiales radiactivos o sustancias nucleares (artículo 362 C.P.), o la fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones (artículo 366 C.P.)

La creación de tipos penales autónomos que recojan como conductas punibles los actos mediante los que se prepara la comisión de determinados delitos suele justificarse recurriendo al argumento de que, dada la especial peligrosidad de la conducta⁹⁷⁰, la efectiva protección de algunos bienes jurídicos sólo puede ser conseguida mediante la anticipación de la punibilidad⁹⁷¹. Esta justificación puede resultar válida en cuanto se refiera a la punibilidad de conductas como la conspiración para cometer delitos de rebelión o sedición, pues la impunidad de esta clase de comportamientos podría poner en serio peligro la subsistencia del Estado mismo, ante la evidente amenaza de que la puesta en práctica de dichos planes puede ocasionar el derrocamiento del gobierno de turno, o la supresión o modificación del régimen constitucional o legal vigente.

⁹⁶⁸ Para RODRÍGUEZ MOURULLO, lo que se castiga con la conspiración es “la mera resolución de cometer un delito”; cfr. Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, *La punición...*, ed. cit., pág. 288.

⁹⁶⁹ Un análisis de la conspiración, la proposición y la provocación como actos preparatorios, puede verse en Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, *La punición...*, ed. cit., pág. 278; sobre la conspiración como acto preparatorio punible, cfr. Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal*, ed. cit., §13/1, pág. 343.

⁹⁷⁰ Cfr. Robert von HIPPEL, *Lehrbuch*, ed. cit., págs. 406 y 407; Karl LACKNER, *StGB*, ed. cit., vor § 22, 3; Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal*, ed. cit., § 13/30, pág. 348; Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO, *ADPCP 1968*, ed. cit., pág. 299; Heinrich-Albert ZACHARIA, *Die Lehre...*, erster Theil, ed. cit., págs. 108, 217 y 218.

⁹⁷¹ Cfr. Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, *Lehrbuch*, ed. cit., § 39/20, pág. 6; Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO, *ADPCP 1968*, ed. cit., pág. 299; Bernd-Rüdiger SONNEN/Thomas HANSEN-SIEDLER, *JA 1988*, ed. cit. pág. 18; Hans WELZEL, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 188; Heinrich-Albert ZACHARIA, *Die Lehre...*, erster Theil, ed. cit., pág. 108.

Pero el adelantamiento de la penalidad mediante la creación de tipos penales que sancionen, por ejemplo, la simple tenencia de objetos o sustancias aptos para la falsificación de documentos, no admite esta clase de justificación, porque existen muchos otros mecanismos a los que el Estado puede recurrir para la salvaguardia de bienes jurídicos en los que no es su propia subsistencia lo que está en juego.

Por lo que respecta a la punición de actos destinados a la preparación genérica de delitos, no es ésta una actitud legislativa moderna, sino que, muy por el contrario, sus primeros antecedentes pueden verse ya en las XII Tablas y en la Lex Gabina que sancionaba con la pena de muerte el conciliábulo nocturno⁹⁷². Considerando que en algunos de estos casos (como por ejemplo la provocación, instigación, proposición y conspiración) la actitud represiva del Estado parece estar más dirigida a determinadas expresiones de voluntad que al efectivo despliegue de conductas que materialmente supongan la preparación de un delito, se ha propuesto caracterizar estas hipótesis con el nombre de "resoluciones manifestadas"⁹⁷³, pretensión que ha sido correctamente rechazada con el argumento de que ello conduciría tan sólo a la creación de un nuevo concepto que engrosaría el ya complicado entramaje de figuras que forman parte de la teoría del *iter criminis*⁹⁷⁴. Además de este argumento práctico, puede señalarse en contra de la denominación propuesta, que lo que con el concepto mismo de actos preparatorios se ha querido abarcar siempre, es la exteriorización de una intención criminal, la cual puede perfectamente consistir en la manifestación propia de la instigación, provocación, proposición o conspiración.

La punición de estas formas genéricas de preparación delictiva suele ser justificada con la invocación de razones de política criminal⁹⁷⁵, argumentando que su represión obedece al anhelo de una efectiva tutela de los bienes jurídicos. En contra de esta anticipación de la punibilidad se afirma que estando fundamentada en la peligrosidad

⁹⁷² Cfr. Heinrich-Albert ZACHARIA, *Die Lehre...*, erster Theil, ed. cit., pág. 108.

⁹⁷³ Cfr. Luis JIMENEZ DE ASUA, *Tratado...*, ed. cit., págs. 262, 263 y 268. También acoge esta denominación Juan FERNANDEZ CARRASQUILLA, *Derecho...*, ed. cit., pág. 381.

⁹⁷⁴ Cfr. Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO, *ADPCP 1968*, ed. cit., pág. 278.

⁹⁷⁵ Cfr. Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch*, ed. cit., págs. 471 y 472; Diethelm, KIENAPFEL, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 99.

que con su conducta demuestra el autor, resulta incompatible con un derecho penal de acto⁹⁷⁶, pues así como puede ser cierto que conductas como la de la proposición, provocación o conspiración para delinquir pueden generar necesidades político-criminales, ellas también pueden surgir a partir de la comisión de actos preparatorios desarrollados por un autor individual⁹⁷⁷, que sin embargo no son considerados en si mismos como punibles⁹⁷⁸. Así, por ejemplo, quien habiendo resuelto cometer un homicidio invita sin éxito a otra persona a ejecutarlo deberá ser penalmente sancionado, mientras quien con la misma finalidad adquiere un arma, la carga convenientemente, se dirige al lugar por el que habrá de transitar su víctima y allí la aguarda para darle muerte, permanecerá en la impunidad⁹⁷⁹. Ciertamente, no puede desconocerse que desde un punto de vista estatal, hay momentos en los que por razones de emergencia e inseguridad del Estado algunos gobiernos suelen considerar oportuna una ampliación de la punibilidad, extendiéndola a conductas como el concierto, la conspiración, instigación, provocación o proposición para delinquir. Pero ese apresurado recurso a la aplicación de sanciones penales, omitiendo el empleo de otros mecanismos⁹⁸⁰ que como ciertas medidas de seguridad podrían permitir la superación de esos estados de emergencia⁹⁸¹, constituye una determinación política que, como ya lo advirtió von HIPPEL en la primera mitad del siglo XX, es un síntoma de enfermedad estatal⁹⁸².

⁹⁷⁶ Cfr. Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO, ADPCP 1968, ed. cit., pág. 292.

⁹⁷⁷ Cfr. Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO, ADPCP 1968, ed. cit., pág. 297.

⁹⁷⁸ La situación era especialmente preocupante en España, donde antes de la expedición del Código Penal de 1995, el artículo 4º del texto correspondiente al Código Penal de 1973 preveía para los actos preparatorios de conspiración, provocación y proposición la misma pena que para la tentativa. En este sentido, cfr. Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO, ADPCP 1968, ed. cit., pág. 302.

⁹⁷⁹ Cfr. Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO, ADPCP 1968, ed. cit., pág. 293.

⁹⁸⁰ Con razón recuerda RODRIGUEZ MOURULLO que en atención al carácter de última ratio del derecho penal, se debe recurrir preferentemente a la aplicación de otras medidas de control; cfr. Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO, ADPCP 1968, ed. cit., pág. 301.

⁹⁸¹ Sobre la posibilidad de recurrir a las medidas de seguridad en estos casos, cfr. Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO, ADPCP 1968, ed. cit., págs. 301, 303 y 304.

⁹⁸² Cfr. Robert von HIPPEL, Lehrbuch, ed. cit., págs. 406 y 407.

5.2. Determinación (límites entre preparación y tentativa).-

Admitiendo que los actos preparatorios son generalmente impunes, se suele afirmar que lo que interesa para el surgimiento de una tentativa es el comienzo de la ejecución de la acción típica⁹⁸³, expresión con la que simplemente se pretende fijar un límite positivo a ésta figura. Por ello, prescindiendo por ahora de si la expresión "comienzo de ejecución" es apta como fórmula de delimitación entre los actos preparatorios y los ejecutivos, resulta correcto afirmar que así como la exigencia de que no exista consumación (entendida como efectiva lesión al bien jurídico y no como quebrantamiento de la vigencia de la norma, que también está presente en la tentativa) constituye el límite negativo de la tentativa, así mismo la necesidad de que la conducta del autor deba ir más allá de los simples actos preparatorios representa su límite positivo⁹⁸⁴; por consiguiente, toda conducta que pueda ser ubicada dentro de estas dos fronteras recibirá el calificativo de delito de tentativa. Pero así como esta fijación de linderos a la tentativa puede resultar teóricamente clara y sencilla, la determinación práctica de cuándo una conducta ha abandonado el terreno de los actos preparatorios y por lo tanto puede ser considerada como un comienzo de realización de la acción típica, es en extremo complicada⁹⁸⁵. Para citar tan sólo uno de los múltiples ejemplos con que esta dificultad podría ilustrarse, merece la pena recordar un proceso que por el delito de hurto de uso fue decidido en enero de 1968 por la Corte Suprema de Justicia alemana.

El acusado quería apoderarse de un automóvil con el fin de realizar un viaje; una vez seleccionado el vehículo que le interesaba, procedió a moverle las ruedas delanteras para percatarse de si estaban bloqueadas por algún seguro, como en efecto constató. Como quiera que el acusado sólo estaba interesado en tomar el vehículo si éste carecía de algún mecanismo de seguridad, buscó un nuevo automóvil que llenara sus expectativas, y cuando lo hubo encontrado repitió exactamente la misma maniobra sobre las llantas

⁹⁸³ Cfr. Carl Joseph Anton MITTERMAIER, en su anotación IV al manual de Paul Johann Anselm Ritter von FEUERBACH, Lehrbuch, ed. cit., pág. 73. En el mismo sentido, por ejemplo, Robert von HIPPEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 397.

⁹⁸⁴ Cfr. Robert von HIPPEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 395.

⁹⁸⁵ Cfr. Ludwig von BAR, Zur Lehre..., ed. cit., pág. 35; Hans-Heinrich JESCHECK, ZStW 99 [1987], ed. cit., pág. 115; Luis JIMENEZ DE ASUA, Tratado..., ed. cit., pág. 329; Johannes WESSELS, Lehrbuch, ed. cit., pág. 177.

delanteras, encontrando que también en este caso el automotor se encontraba protegido por un seguro, razón por la cual renunció igualmente a tratar de apoderarse de él. La Corte Suprema de Justicia confirmó la sentencia condenatoria que había sido proferida contra el acusado por el delito de tentativa de hurto de uso, con el argumento de que la maniobra ejercida sobre las llantas de un vehículo concreto, para apoderarse inmediatamente de él en el evento de que no estuviese protegido por un seguro, constituye un comienzo de ejecución de la acción típica. Por el contrario, se puntualizó en la misma sentencia, si el autor no hubiese seleccionado previamente un automotor, sino que hubiese procedido a comprobar la presencia de un seguro en las llantas de varios vehículos al azar, con la intención de apoderarse de cualquiera de ellos que careciese de la adecuada protección, entonces solo se habrían desplegado actos preparatorios que no ameritarían la imposición de una sanción penal⁹⁸⁶.

Frente a la complejidad de casos como el mencionado, resultan perfectamente comprensibles los múltiples esfuerzos que desde hace varios siglos se han venido desplegando tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial para tratar de fijar con precisión esa frontera entre los actos preparatorios y los ejecutivos, máxime cuando se recuerda que ese límite es el que marca el momento en que una determinada conducta deja de ser irrelevante para el derecho penal. La importancia de poder establecer cuándo se da inicio a la realización de la acción típica radica, pues, en que de esta forma se marca el comienzo de la punibilidad de las acciones humanas⁹⁸⁷.

Antes de analizar algunas de las más conocidas fórmulas que se han propuesto para intentar fijar el comienzo de la tentativa, conviene señalar que se trata de una determinación que depende del criterio que se posea sobre el fundamento de la punibilidad de la tentativa. Por eso resulta lógico que a partir de una concepción subjetiva se amplíe el campo de acción de la punibilidad, pues el número de conductas que pueden ser consideradas como tentativa es directamente proporcional a la importancia que se otorgue a la intención delictiva como factor fundamentador de su punibilidad. Por el contrario, las teorías objetivas tienden a restringir el ámbito de

⁹⁸⁶ Cfr. BGHSt 22, 81 [82].

⁹⁸⁷ Cfr. Kristian KÜHL, JuS 1979, ed. cit., pág. 720; Hans-Heinrich JESCHECK, ZStW 99 [1987], ed. cit., pág. 115; Dietrich KRATZSCH, Verhaltenssteuerung..., ed. cit., pág. 35; Johannes WESSELS, Lehrbuch, ed. cit., pág. 174.

las conductas que merecen reproche penal, pues entre más importancia se otorgue a la exteriorización del comportamiento humano en la fundamentación de la punibilidad de la tentativa, menor será el número de las que caigan bajo el radio de acción del derecho penal⁹⁸⁸. Pero como a su vez el fundamento de la punibilidad de la tentativa está estrechamente relacionado con la concepción que de la teoría del delito se posea, resulta que el comienzo de ejecución de la acción típica, es decir, la determinación del momento en que una determinada conducta deja de ser irrelevante para el derecho penal, depende en buena parte del concepto que se posea sobre la teoría del delito⁹⁸⁹. Esa es, como se indicó al comienzo de esta monografía, la enorme importancia que la figura de la tentativa posee dentro de la teoría del delito, y que le ha permitido erigirse en árbitro de las disputas sistemáticas en que continuamente se ve envuelta la ciencia penal.

5.2.1. Teorías objetivas.-

Desde un punto de vista genérico, se suele calificar como teorías objetivas a aquellas que buscan la delimitación entre los actos preparatorios y la tentativa a partir de datos externos, otorgando al plan del autor una función claramente secundaria⁹⁹⁰. Dentro de esta formulación global podría distinguirse entre aquellas tesis objetivas que se podrían denominar "tradicionales" y que coincidieron con los orígenes de la fundamentación objetiva de la punibilidad de la tentativa, y aquellas otras que han nacido en Alemania como una manera de precisar la forma en que debe operar la concepción mixta que de la tentativa posee su Código Penal.

Sin embargo, para efectos de la presente exposición, no se hará una tal distinción, sino que se expondrán dentro del acápite de las teorías objetivas tanto aquellas que pueden calificarse de "puras" en cuanto históricamente se enfrentaron a las tesis subjetivas, como aquellas otras mediante las cuales sólo pretende darse preeminencia al aspecto objetivo dentro de una concepción mixta de la fundamentación de la punibilidad de la tentativa. Con independencia de la mayor claridad expositiva que esta unificación podría brindar a

⁹⁸⁸ Cfr. Kristian KÜHL, JuS 1980, ed. cit., pág. 506.

⁹⁸⁹ Cfr. Dietrich KRATZSCH, JA 1983, ed. cit., págs. 421 y 422.

⁹⁹⁰ Cfr. Dietrich KRATZSCH, Verhaltenssteuerung..., ed. cit., pág. 79.

la presentación de un tema tan complicado como el aquí analizado, esta aparente mezcla de puntos de vista no debe sorprender, pues ya en otro lugar se ha señalado que la diferencia entre las teorías objetivas "puras" y las tesis mixtas radica básicamente en el diverso énfasis que cada una de ellas coloca en cuanto a la subordinada importancia del aspecto subjetivo de la conducta⁹⁹¹, cuya trascendencia en la configuración de la tentativa no desconocen ni siquiera los objetivistas más extremos.

5.2.1.1. Teoría objetiva formal.-

Probablemente este primer intento de delimitación entre actos preparatorios y tentativa se deba a ZACHARIA, para quien la conducta de una persona sólo comenzaría a ser punible cuando pudiera ser considerada como un verdadero componente de la acción descrita en el tipo penal, esto es, cuando de esta manera se hubiese comenzado a infringir la norma penal⁹⁹². A partir de esta noción, se empezó a sostener por algunos partidarios de la teoría objetiva, que la tentativa comenzaba cuando con su proceder el autor hubiese realizado algún elemento de la descripción típica, lo cual le valió el nombre de teoría objetiva formal⁹⁹³.

Esta concepción de la tentativa parecería estar fundamentada sobre el supuesto de que al redactarse los tipos penales se hubiese partido del supuesto de que con cada realización parcial de la conducta allí descrita habría ya una tentativa punible, lo cual no es cierto⁹⁹⁴. Por el contrario, de las normas que usualmente describen el delito de tentativa suele desprenderse que lo que se pretende castigar es el disponerse a realizar "la acción típica", es decir, el encaminarse a realizar la totalidad de la conducta descrita en la norma penal, y no el

⁹⁹¹ Cfr. supra 2.1.3.

⁹⁹² Cfr. Heinrich-Albert ZACHARIA, *Die Lehre...*, erster Theil, ed. cit., pág. 203.

⁹⁹³ Cfr. por ejemplo Hermann BLEI, *Versuch und Rücktritt vom Versuch nach neuem Recht*, in *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, J. Schweitzer Verlag, Berlin, 1975, pág. 97. Sobre el contenido de esta teoría pueden consultarse muchos autores que, sin embargo, no la comparten; así, por ejemplo, cfr. Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 467; Hans-Joachim RUDOLPHI, *Zur Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch — OLG Celle, NJW 1972, 1823*, in *Juristische Schulung (JuS)*, Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1973, pág. 22; Max WAIBLINGER, *ZStW 69 [1957]*, ed. cit., pág. 194; Johannes WESSELS, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 177.

⁹⁹⁴ Cfr. Max WAIBLINGER, *ZStW 69 [1957]*, ed. cit. pág. 194; Hans WALDER, *SchwZStr 99 [1982]*, ed. cit., pág. 233.

ejecutar alguna parte de esa acción⁹⁹⁵. Por lo demás, cuando se afirma que la tentativa comienza en el momento en que el autor acomoda su comportamiento a la descripción de alguno de los elementos típicos, tampoco se está avanzando en demasía pues siempre quedará por determinar cuándo esa actuación puede ser considerada como realizadora de un elemento del tipo. Así, por ejemplo, sobre el supuesto de que la "acción de matar" es elemento del tipo de homicidio, estaría claro que quien "comienza la acción de matar" habrá acomodado su conducta a una tentativa de homicidio, pero siempre quedará por responder al interrogante de cuándo se "comienza a matar"; ¿cuando se adquiere el arma, cuando se acecha a la víctima, cuando se apunta el arma contra ella, o cuando se aprieta el disparador?⁹⁹⁶.

Si la determinación de cuándo una conducta puede ser considerada como típica es ya de por sí una tarea extremadamente complicada, cuánto más compleja será la labor de establecer si esa misma conducta puede ser considerada como realizadora de uno solo de los elementos que configura una descripción típica. Para ejemplificar la situación, admitamos que de acuerdo con los postulados de la teoría objetiva formal habrá tentativa de estafa cuando el autor despliegue una conducta engañosa respecto de su víctima, y preguntémosnos cuándo el comportamiento de alguien puede ser considerado como una maniobra engañosa encuadrable dentro de la figura típica de la estafa. Esa fue la pregunta a la que se enfrentó el Tribunal Superior de Karlsruhe al ocuparse del siguiente caso:

El acusado "A" abordó en la calle a la viandante "L" e intentó persuadirla de que estaban emparentados o cuando menos que se conocían con anterioridad. De esta forma buscaba "A" ganarse la confianza de su víctima para, con posterioridad y mediante otros engaños, obtener de ella un préstamo de dinero. El juzgador de primera instancia partió de la admisión de la teoría objetiva formal y condenó al procesado como autor de un delito de tentativa de estafa, sobre el supuesto de que su conducta constituía la realización de una

⁹⁹⁵ Cfr. Albin ESER, Schönke/Schröder, ed. cit., § 22 Rd. 26; Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 22/56, pág. 726.

⁹⁹⁶ Cfr. Miguel CÓRDOBA ANGULO, La tentativa, ed. cit., págs. 15 y 16; Elena FARRÉ TREPAT, La tentativa..., ed. cit., pág. 158; Luis JIMENEZ DE ASUA, Tratado..., ed. cit., pág. 530; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 40/ 22, pág. 18; Eberhard SCHMIDHÄUSER, Lehrbuch, ed. cit., § 15/54, pág. 614.

maniobra engañosa⁹⁹⁷. A partir de la misma premisa, esto es, admitiendo la validez de la teoría objetiva formal, el Tribunal Superior de Karlsruhe revocó la sentencia y absolvió al procesado, argumentando que su conducta no podía considerarse como una maniobra engañosa, puesto que el autor sólo se proponía, en el momento inicial, ganarse la confianza de la víctima⁹⁹⁸.

Debido a la imprecisión que esta tesis lleva consigo, y teniendo en cuenta que puede haber muchas hipótesis de tentativa en las que el comportamiento del autor no puede ser adecuadamente encajada dentro de alguno de los elementos aislados del tipo penal⁹⁹⁹, la teoría objetiva formal ha sido calificada de demasiado estrecha¹⁰⁰⁰ y ha venido siendo paulatinamente abandonada hasta el punto de considerársela en la actualidad como definitivamente superada¹⁰⁰¹. Sin embargo, debe recordarse igualmente que en muchos casos la teoría objetiva formal puede ser también vista como demasiado amplia en el sentido de permitir incluir dentro de la noción de tentativa conductas que de otra forma deberían ser correctamente catalogadas como impunes; así, por ejemplo, el simple hecho de alargar el brazo en dirección a la cartera ajena podría ser entendido como una actuación comprendida dentro del verbo típico de apoderamiento, y sin embargo resultaría insostenible su punición a título de tentativa¹⁰⁰².

⁹⁹⁷ Cfr. OLG Karlsruhe, sentencia de agosto 12 de 1981, en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, 1982, pág. 59.

⁹⁹⁸ Destacando la contradicción de estas determinaciones judiciales, cfr. Björn BURKHARDT, *Vorspiegelung von Tatsachen als Vorbereitungshandlung zum Betrug* — OLG Karlsruhe, NJW 1982, 59, en *Juristische Schulung (JuS)*, Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1983, pág. 427. De acuerdo con la determinación del Tribunal Superior de Karlsruhe, cfr. Harro OTTO, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 228, Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, *Lehrbuch*, ed. cit., § 40/61, pág. 27, y el propio Björn BURKHARDT, *JuS* 1983, ed. cit., págs. 430 y 431.

⁹⁹⁹ Cfr. Kristian KÜHL, *JuS* 1980, ed. cit., pág. 508; Theo VOGLER, *LK*, ed. cit., § 22 Rn. 24.

¹⁰⁰⁰ Cfr. BUSCH, *LK*, ed. cit., § 43 Rd. 59; Björn BURKHARDT, *JuS* 1983, ed. cit., pág. 427; Hans-Joachim RUDOLPHI, *JuS* 1973, ed. cit., pág. 22, en cuanto señala que tomada en sentido estricto resulta una teoría inaplicable, y claramente necesitada de correctivos.

¹⁰⁰¹ En este sentido, cfr. Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 467.

¹⁰⁰² Cfr. Hans WELZEL, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 190.

5.2.1.2. Teoría objetiva material.-

Para intentar corregir los defectos de la teoría objetiva formal se propuso reconocer como comienzo de ejecución aquellas conductas que en virtud de su inmediata pertenencia a la acción típica pudieran ser consideradas, de acuerdo con una interpretación natural, como partes de ella¹⁰⁰³. Como esta fórmula pretendía ir mas allá de la simple apreciación estricta de la ejecución de particulares elementos del tipo, teniendo en cuenta también como tentativas aquellas conductas que sin ser propiamente realizadoras de algún elemento típico podían, no obstante, ser incluidas como parte de esa realización típica, recibió el nombre de teoría objetiva material.

Sus ventajas frente a la teoría objetiva formal parecían evidentes, pues si bien es cierto que ésta última podía resultar útil en aquellos casos en los que la norma exige la aplicación de determinados medios —pues su empleo constituiría ya claramente un comienzo de ejecución—, la solución siempre resulta más complicada cuando la norma no hace esa clase de referencias; en estos casos, que serán mayoritarios en la práctica, lo importante no sería esa formal realización de un elemento típico, sino la interpretación de la norma de acuerdo con su contenido y finalidad, para establecer cuándo la exitosa ejecución de una determinada actividad habría conducido al delito consumado¹⁰⁰⁴.

De esta manera, la pregunta que la teoría objetiva formal dejaba abierta sobre cuándo debía entenderse que se daba comienzo a la acción de matar, podría ser contestada con la teoría objetiva material en el sentido de que el apuntar el arma de fuego y el disparar deben considerarse como una "unidad natural", pues el accionamiento de un fusil no puede ser pensado sin la previa acción de dirigir el arma

¹⁰⁰³ Cfr. Reinhard FRANK, StGB, ed. cit., § 43, pág. 87; Robert von HIPPEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 264; Theodor RITTLER, Lehrbuch, ed. cit., pág. 264. Una descripción de esta teoría, junto con la denominada "fórmula de FRANK" que la hizo popular, puede ser encontrada en muchos otros autores que, sin embargo, no la comparten; así, por ejemplo, cfr. BUSCH, LK, ed. cit., § 43 Rd. 59; Paul BOCKELMANN, Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch, in Juristenzeitung (JZ), Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1954, pág. 469; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 40/24, pág. 19 y § 40/50, pág. 24; Eberhard SCHMIDHÄUSER, Lehrbuch, ed. cit., § 15/54, pág. 614; Bernd-Rüdiger SONNEN/Thomas HANSEN-SIEDLER, JA 1988, ed. cit., pág. 19. Max WAIBLINGER, ZStW 69 [1957], ed. cit., pág. 198; Johannes WESSELS, Lehrbuch, ed. cit., pág. 177; Hans WELZEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 190.

¹⁰⁰⁴ Cfr. Robert von HIPPEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 401.

hacia un objetivo. En similar sentido se podría contestar a la pregunta de cuándo se da comienzo a la acción de hurtar, afirmando que el extender el brazo forma una unidad natural con la sustracción del bien mueble, pues está última actividad es incomprensible sin la primera, así como el escalamiento que cualifica el hurto no puede ser entendido sin la acción misma de levantar el pie, que entonces debería ser considerado como una "unidad natural" con la actividad misma del escalamiento¹⁰⁰⁵.

Como ya puede apreciarse de la simple observación de los ejemplos aducidos en defensa de ésta teoría, los conceptos de "pertenencia" de una actividad al tipo penal y de "unidad o interpretación natural" de ellos en relación con la acción típica, no son en modo alguno precisos¹⁰⁰⁶. Por lo que respecta a la "unidad natural", los ejemplos de FRANK parecen dar a entender que se trata de una noción que debería ser comprendida en sentido causal, pues argumentaba que la acción de disparar un fusil es impensable sin el movimiento previo de apuntarlo hacia el objetivo, así como la acción de apoderamiento de una cosa mueble resulta incomprensible sin el previo alargamiento del brazo en dirección a dicho bien. Pero si se entiende esa "unidad natural" en el sentido causal, la frontera de los actos punibles se extendería en demasía, en cuanto la responsabilidad penal abarcaría todas aquellas condiciones que forman parte de las extensas cadenas causales, de tal manera que así como la acción de disparar no podría entenderse sin la previa de apuntar el arma, así mismo tampoco sería comprensible sin la anterior confección de dicho instrumento, o sin la concepción y nacimiento del autor del disparo; todas estas causas, y muchas otras más, tendrían que ser consideradas como una "unidad natural", pues sin su reunión la actividad final (accionamiento del disparador del arma) no podría ser entendida.

¹⁰⁰⁵ Sobre estos y otros ejemplos, cfr. Reinhard FRANK, StGB, ed. cit., § 43, pág. 87; Theodor RITTNER, Lehrbuch, ed. cit., pág. 264.

¹⁰⁰⁶ Cfr. Elena FARRÉ TREPAT, La tentativa..., ed. cit., pág. 164; Dietrich KRATZSCH, Verhaltenssteuerung..., ed. cit., pág. 55, para quien el contenido de la expresión "natural" no está aquí claramente determinado, por lo que podría llegar a ser empleado respecto de actos preparatorios; Eberhard SCHMIDHÄUSER, Über die Praxis der Gerichte, die richterliche Verantwortung der Strafrechtsanwendung zu verschleiern, in Festschrift für Heinrich Henkel, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1974, pág. 234; Max WAIBLINGER, ZStW 69 [1957], ed. cit., pág. 198.

Si, por el contrario, se pretende entender la "interpretación natural" como aquella derivada de reglas del sentido común¹⁰⁰⁷, tampoco queda claro cuándo varias acciones pueden ser incluidas en un vínculo tan reducido como para constituir una "unidad natural". Evidentemente esa estrecha relación que se exige entre la acción efectivamente desplegada y la descrita en la norma penal no puede ser delimitada en forma clara recurriendo tan solo a parámetros espaciales o temporales, ya que no pueden trazarse fórmulas generales que permitan concretar cuál es la cercanía temporal o espacial que debe existir entre dichas acciones para poder considerar a la primera como típica¹⁰⁰⁸, pues la tentativa no surge a la vida jurídica en virtud de una determinada cercanía espacial o temporal con la acción descrita en la norma penal¹⁰⁰⁹.

Quien con la pistola en su bolsillo se coloca justamente detrás de la víctima (o incluso la abraza felicitándola hipócritamente), y en el último momento se arrepiente de darle muerte, ha estado temporal y espacialmente cerca de la conducta descrita en la norma penal que recoge el homicidio y, sin embargo, su actuación no puede ser considerada sino como un simple acto preparatorio del delito de homicidio. Por el contrario, quien con varias semanas de antelación ha preparado un paquete bomba y lo remite por barco a su enemigo que vive en otro continente, habrá comenzado a ejecutar una acción que merece ser punible a título de tentativa, pese a la lejanía espacial y temporal de su comportamiento con la actividad descrita en el tipo penal de homicidio.

Ahora bien, si se recurre a una "interpretación natural" de la conducta, para tratar de determinar si ella forma parte de la acción descrita en la norma penal, los resultados serán siempre insatisfactorios cuando se enfrenten problemas de tentativa inidónea, puesto que no puede decirse que de acuerdo con "el sentido común" el suministrar jugo de frambuesa (confundiendo el envase con el de

¹⁰⁰⁷ FERNANDEZ CARRASQUILLA se pregunta críticamente si esa unidad natural podría entenderse como derivada del sentido común; cfr. Juan FERNANDEZ CARRASQUILLA, *Derecho*, ed. cit., pág. 387.

¹⁰⁰⁸ Cfr. Dietrich KRATZSCH, *JA* 1983, ed. cit., pág. 423.

¹⁰⁰⁹ Para KRATZSCH, son muchos los actos preparatorios que cumplen las condiciones de cercanía espacial y temporal, por lo que estos parámetros resultan inapropiados para trazar una frontera segura entre tentativa y preparación; cfr. Dietrich KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung...*, ed. cit., pág. 55.

un potente medicamento) forme una "unidad natural" con la acción típica de abortar, así como tampoco puede afirmarse que el accionar un arma de fuego contra un árbol o contra un cadáver sean comportamientos que formen una "unidad natural" con la acción típica de homicidio. Por el contrario, lo que esas actuaciones suelen revelar es justamente lo inverso, vale decir, que su "interpretación natural" no permite verlas en relación con una acción típica que están en imposibilidad de desplegar¹⁰¹⁰.

Desde luego que aquí podría argumentarse que una interpretación más amplia de esa clase de comportamientos podría revelar su "pertenencia" genérica a una acción típica y que, por esa vía, podrían llegar a ser consideradas como tentativas. Ocurre, sin embargo que el concepto de "pertenencia" al que recurre la teoría objetiva material también deja mucho que desear en cuanto a claridad, pues no indica ningún parámetro concreto para establecer si, por ejemplo, tomar un puñal en las manos forma o no parte de una acción típica de matar; en efecto, ese puñal puede ser tomando con la única finalidad de afilarlo, o con la intención de limpiar un mueble, o con la idea de sacrificar un animal, o buscando intimidar a una persona para despojarla de sus bienes personales, o con la pretensión de dar muerte a un ser humano. Por ello se ha dicho que la "pertenencia" de una conducta a la acción descrita en el tipo penal sólo puede ser colegida a través del conocimiento previo del plan del autor¹⁰¹¹, lo que conduce irremediamente al abandono de una postura estrictamente objetiva como la buscada con la fórmula material que ahora se analiza¹⁰¹². De hecho, en la antigua jurisprudencia

¹⁰¹⁰ Cfr. Paul BOCKELMANN, JZ 1954, ed. cit., pág. 470.

¹⁰¹¹ Cfr. Max WAIBLINGER, ZStW 69 [1957], ed. cit., pág. 198. Quizás en este sentido puede ser también entendida la postura de JIMENEZ DE ASUA respecto del comienzo de la tentativa, en cuanto considera que si bien el peligro para el bien jurídico es el factor decisivo, la intromisión en la conducta que constituye el núcleo del tipo es un límite formal insalvable. Pero, agrega este autor, sin el plan del autor resulta difícil decidir cuándo peligró el bien jurídico; cfr. Luis JIMENEZ DE ASUA, Tratado..., ed. cit., pág. 556.

¹⁰¹² Por eso la doctrina suele referirse a esta variante con el nombre de teoría objetiva individual; así, por ejemplo, cfr. Paul BOCKELMANN, JZ 1954, ed. cit., pág. 469; Albin ESER, Schönke/Schröder, ed. cit., § 22 Rd. 25; Juan FERNANDEZ CARRASQUILLA, Derecho..., ed. cit., pág. 387; Hans-Heinrich JESCHECK, Lehrbuch, ed. cit., pág. 465; Dietrich KRATZSCH, JA 1983, ed. cit., pág. 423; Claus ROXIN, JuS 1973, ed. cit., pág. 329; Hans-Joachim RUDOLPHI, JuS 1973, ed. cit., pág. 23; Bernd-Rüdiger SONNEN, Abgrenzung zwischen Vorbereitungshandlung und Versuch beim Diebstahl, in Juristische Arbeitsblätter (JA), Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1979, pág. 334; Bernd-

alemana el Tribunal Supremo del Imperio se vio obligado a complementar la fórmula de FRANK con el plan del autor, argumentando que sólo con base en éste último podía llevarse a cabo el juicio para determinar la "unidad natural" o "pertenencia" de la conducta a la acción descrita en el tipo penal¹⁰¹³.

Con posterioridad a la entrada en vigor del actual Código Penal alemán, donde se define la tentativa como aquella conducta que, de acuerdo con el plan del autor, denota el disponerse a realizar inmediatamente la acción típica¹⁰¹⁴, la doctrina se ha empeñado en buscar una fórmula que permita precisar lo que debe entenderse por "disponerse a ejecutar la acción típica". Una de las propuestas para este efecto es la denominada teoría del acto parcial, de acuerdo con la cual la tentativa requiere una específica acción de ejecución que, mediante una correcta interpretación gramatical y objetiva, pueda ser ubicada en el respectivo tipo penal; de esta manera, se afirma que entre la conducta desplegada por el autor y la acción típica perseguida no debe haber lugar para un comportamiento intermedio¹⁰¹⁵. Mediante este mecanismo se reproduce la antigua argumentación de la teoría objetiva material¹⁰¹⁶, aun cuando el hecho de exigir que la interpretación de la actuación sea efectuada a partir de la representación del autor¹⁰¹⁷ supone ya un importante

Rüdiger SONNEN/Thomas HANSEN-SIEDLER, JA 1988, ed. cit., pág. 19; Hans WELZEL, Lehrbuch, ed. cit., págs. 190 y 191.

¹⁰¹³ Cfr. RGSt 54, 35 [36].

¹⁰¹⁴ Sobre el contenido de esta definición legal, cfr. por ejemplo, Hans-Joachim RUDOLPHI, Anmerkung zu HansOLG Hamburg v. 23. 9. 1980, in Juristische Rundschau (JR), Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1981, pág. 160.

¹⁰¹⁵ Cfr. Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 40/48, pág. 24;; Hans Joachim RUDOLPHI, SK, ed. cit., § 22 Rn. 13; Theo VOGLER, LK, ed. cit., § 22 Rd. 39. En cuanto a la descripción de ésta tesis, puede consultarse también el texto de WESSELS, quien sin embargo no la comparte; cfr. Johannes WESSELS, Lehrbuch, ed. cit., pág. 178.

¹⁰¹⁶ Con razón señala KRATZSCH que esta forma de delimitación entre la tentativa y los actos preparatorios guarda un evidente paralelo con la teoría objetiva material, de la cual puede considerarse que es una fase posterior de desarrollo; cfr. Dietrich KRATZSCH, Verhaltenssteuerung..., ed. cit., pág. 57.

¹⁰¹⁷ Respecto de la necesidad de tomar en cuenta el plan del autor, cfr. Albin ESER, Schönke/Schröder, ed. cit., § 22 Rd. 39; Hans-Heinrich JESCHECK, ZStW 99 [1987], ed. cit., pág. 116; Hans-Heinrich JESCHECK, Lehrbuch, ed. cit., págs. 465 y 467; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 40/48, pág. 24; Hans-Joachim RUDOLPHI, JuS 1973, ed. cit., pág. 23.

elemento diferenciador respecto de las antiguas concepciones objetivas.

No obstante esta necesaria precisión, bien puede decirse que los partidarios de la teoría del acto parcial en el fondo defienden una teoría objetiva material, pero complementada con el previo conocimiento del plan individual del autor, y reconociendo que se trata tan solo de un mecanismo para precisar la fórmula mixta empleada por el Código Penal alemán en su definición de la tentativa. La idea de identificar la teoría del acto parcial con la antigua tesis objetiva formal¹⁰¹⁸ parece equivocada, pues los partidarios de aquella no se limitan a exigir una simple interpretación literal de la conducta, sino que a través de instrumentos como el de la representación del autor, buscan establecer si una acción que literalmente no corresponde a un elemento del tipo, puede ser considerada como parte de él, procedimiento que es básicamente igual al seguido por los antiguos defensores de la teoría objetiva material.

Los problemas de la tesis del acto parcial se hacen especialmente evidentes en los delitos de comisión, donde la descripción típica del momento consumativo no suele ser hecha en forma de sucesión de actos aislados, sino como una generalidad relevante; así, por ejemplo, la acción típica de matar comprende el alistamiento del arma, el dirigirla contra la víctima, el apuntar correctamente y el accionar el disparador, de tal forma que en principio todos esos actos pueden ser considerados como integrantes de la acción de "matar" que es la descrita en la norma penal¹⁰¹⁹. Tampoco puede evitarse este inconveniente recurriendo a lo que de acuerdo con la representación del autor constituye la última actuación, para sostener que es justo ese acto el que permite fundamentar la existencia de una tentativa, porque aquello que para una persona adiestrada puede parecer una acción única (piénsese en un soldado acostumbrado a

¹⁰¹⁸ Así, KÜPER considera que con la tesis del acto parcial se recurre al empleo del mismo principio metodológico de la antigua teoría objetiva formal. A su modo de ver, la diferencia entre la antigua teoría objetiva formal y la del acto parcial radica en que mientras aquella consideraba a la acción descrita en el tipo penal como condición necesaria y suficiente del comienzo de la tentativa, la nueva versión estima que esa misma conducta es tan solo condición suficiente para la existencia de la tentativa. Cfr. Wilfried KÜPER, "Teilverwirklichung" des Tatbestandes: ein Kriterium des Versuchs?, in *Juristenzeitung* (JZ), Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1992, pág. 345.

¹⁰¹⁹ Cfr. Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., § 25/26, págs. 728 y 729.

levantar el arma, apuntarla, desasegurarla y accionar el disparador) puede aparecer a los ojos un inexperto como una compleja sucesión de actos diversos¹⁰²⁰, perspectivas estas que evidentemente variarían la condición de "acción última" que se requeriría para trazar el comienzo de la tentativa¹⁰²¹.

Las limitaciones de la teoría del acto parcial pueden ser observadas en casos relativamente sencillos como el siguiente, juzgado por el Tribunal Supremo alemán en octubre de 1955: a petición de su novia que se encontraba encarcelada, el acusado escondió dentro de una barra de chocolate una pequeña sierra, con el fin de facilitarle medios para una fuga. Como la policía había recibido oportuna información sobre el plan, el acusado fue detenido cuando entraba al edificio de la policía donde habría de encontrarse con su amada. El Tribunal Supremo alemán consideró que con el ingreso al edificio donde se encontraba la detenida se hacía inminente la entrega del instrumento con el que se buscaba facilitar la fuga, por lo que a su juicio existió una tentativa¹⁰²². Pero así como en esta sentencia se afirma que la cesión de la sierra era "inminente" y por tanto reveladora de una conducta punible, también sería factible sostener que el simple ingreso de una persona a las dependencias de la policía no revela por sí mismo la ejecución de un "acto parcial" de un delito contra la administración de justicia, sino que evidencia un mero acto preparatorio, dada su lejanía temporal y espacial con el hecho concreto de entregar la sierra a la persona detenida¹⁰²³. En casos como éste, la delimitación entre actos preparatorios y tentativa pasa entonces a depender de la amplitud con que el juzgador interprete las actuaciones del autor, sin que pueda decirse que exista un parámetro seguro que permita orientar esa interpretación.

Como un paso más en el desarrollo de la teoría objetiva material, y siempre con la pretensión de valorar adecuadamente el parágrafo 22

¹⁰²⁰ Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/26, pág. 729.

¹⁰²¹ El propio GÖSSEL admite que la teoría del acto parcial es indeterminada, pero afirma que resulta útil para indicar en casos concretos el camino hacia una correcta delimitación de la tentativa; por lo demás, —agrega GÖSSEL— ninguna teoría puede suministrar un criterio concreto de delimitación. Cfr. Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 40/49, pág. 24.

¹⁰²² Cfr. BGHSt 9, 62 [64].

¹⁰²³ En este sentido critica la sentencia comentada, Hans-Joachim RUDOLPHI, JuS 1973, ed. cit., pág. 24.

del Código Penal alemán¹⁰²⁴, se ha recurrido a la formulación de una nueva propuesta, conocida con el nombre de teoría del "entreacto" o del acto intermedio. De acuerdo con ella, habrá tentativa cuando, a partir de la representación del autor, la acción por él desarrollada debe desembocar en la realización típica, sin mediación de ningún acto intermedio autónomo¹⁰²⁵. En otras palabras, sólo podrá hablarse de una tentativa cuando ya no quede espacio para un eslabón intermedio entre la conducta efectivamente desplegada y la acción típica descrita en la ley penal.

Aun cuando con esta idea se pretendía dotar de claridad el oscuro concepto de "unidad natural" contenido en la fórmula de FRANK¹⁰²⁶, lo evidente es que la referencia a un "acto intermedio esencial" no es mucho más clara, puesto que ese "entreacto" no puede ser entendido en sentido naturalístico, es decir como cualquier movimiento corporal, porque entonces la tentativa quedaría notablemente reducida frente a la expansión del número de conductas que pasarían a ser intrascendentes para el derecho penal¹⁰²⁷. Así, por ejemplo, el apuntar un arma en dirección a otra persona y colocar el dedo sobre el disparador no sería todavía una conducta punible, pues siempre quedaría la acción misma de apretar el disparador, e incluso aún después habría que contar con que la víctima no llevase a cabo ningún movimiento que pudiese conducir a

¹⁰²⁴ Sobre estas finalidades de la teoría del acto intermedio, cfr. Dietrich KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung...*, ed. cit., pág. 69.

¹⁰²⁵ Cfr. Ulrich BERTZ, *Grundlagen des Versuchsbeginns*, in *Juristische Ausbildung* (Jura), Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1984, págs. 514 y 517; Albin ESER, Schönke/Schröder, ed. cit., § 22 Rd. 39; Elena FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, ed. cit., págs. 229 y 230; Karl-Heinz GÖSSEL, JR 1976, ed. cit., págs. 250 y 251; Hans-Heinrich JESCHECK, ZStW 99 [1987], ed. cit., pág. 116; Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch*, ed. cit., págs. 465 y 468; Diethelm KIENAPFEL, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 101; Kristian KÜHL, JuS 1980, ed. cit., págs. 652, 654 y 814; Wilfried KÜPER, *Zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, in *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, 1. Halbband, 1984, pág. 778; Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal*, ed. cit., § 13/59, pág. 356; Harro OTTO, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 227; Theo VOGLER, ZStW 98 [1986], ed. cit., págs. 332 y 333; Johannes WESSELS, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 178.

¹⁰²⁶ Cfr. Dietrich KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung...*, ed. cit., pág. 69.

¹⁰²⁷ El Tribunal Supremo alemán ha advertido también que el concepto de "entreacto" no debe ser entendido literalmente en el sentido de la última acción antes de aquella que realiza el tipo. Cfr. BGHSt 26, 210. En el mismo sentido, cfr. Ulrich BERTZ, *Jura* 1984, ed. cit., pág. 514; Karl-Heinz GÖSSEL, JR 1976, ed. cit., pág. 251; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, *Lehrbuch*, ed. cit., § 40/50, pág. 24.

la consumación del delito¹⁰²⁸. Y si, por el contrario, se entiende al acto intermedio desde un punto de vista valorativo, ese juicio estará siempre edificado sobre la representación del autor, y por tanto variará en cada caso¹⁰²⁹, pues mientras el inexperto asaltante puede considerar que el simple hecho de llamar a la puerta de la casa de la víctima con una pistola en la mano será un acto que irremediamente conduzca a la consumación del delito de hurto, un delincuente más experimentado podrá pensar que mientras la víctima no haya abierto la puerta, no se puede entender que el delito sobrevendrá sin más eslabones intermedios.

Para evitar estos inconvenientes, se ha afirmado que la determinación de cuándo existe un acto intermedio debe hacerse tomando en consideración no sólo los actos físicos que hagan falta para que el resultado sobrevenga, sino también teniendo en cuenta el grado de peligro que con la conducta desplegada se haya alcanzado¹⁰³⁰. Este correctivo desemboca, sin embargo, en la formulación de la teoría del peligro objetivo inminente, a la que se hará referencia en el siguiente apartado.

En síntesis, aun admitiendo por vía de discusión que la utilización del plan del autor como mecanismo para determinar la pertenencia de la conducta a una descripción típica no desnaturalizaría la teoría objetiva material, o aceptando que ella puede ser entendida en el sentido de las teorías del acto parcial o del acto intermedio, es decir, como instrumento de precisión de una concepción mixta de la tentativa, resulta innegable que la fórmula contenida en la tesis analizada es tan vaga que no permite tenerla como un parámetro

¹⁰²⁸ Respecto de la indeterminación de la teoría del acto intermedio, cfr. Dietrich KRATZSCH, JA 1983, ed. cit., pág. 422; Dietrich KRATZSCH, Verhaltenssteuerung..., ed. cit., págs. 57 y 70; Harro OTTO, Lehrbuch, ed. cit., pág. 227; Claus ROXIN, JuS 1979, ed. cit., pág. 4.

¹⁰²⁹ Cfr. Harro OTTO, Lehrbuch, ed. cit., pág. 227, para quien este recurso al plan del autor permite que acciones muy alejadas puedan ser consideradas como típicas, en cuanto quien las desarrolle considera que pueden ser ya suficientes para conducir, de forma progresiva e ininterrumpida, a la lesión del bien jurídico. El Tribunal Supremo alemán ha dicho que dentro del concepto de "entreteatro" no pueden incluirse aquellas conductas que a causa de su necesaria correspondencia con la acción y de acuerdo con el plan del autor pertenecen a ella, pues tales conductas forman una unidad natural con la de ejecución típica; cfr. BGH, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, 1980, pág. 1759.

¹⁰³⁰ Cfr. Albin ESER/Björn BURKHARDT, Lehrbuch, ed. cit., pág. 90; Luis JIMENEZ DE ASUA, Tratado..., ed. cit., págs. 545 y 546.

seguro con el que pueda ser trazada una frontera objetiva y clara entre los llamados actos de preparación y los de tentativa¹⁰³¹. La interpretación que con este modelo se propugna, abandona definitivamente en manos del juez la determinación de cuándo una conducta adquiere relevancia para el derecho penal¹⁰³², privándole de unos criterios generales que permitan brindarle seguridad al ciudadano; de esta manera termina por desnaturalizarse la ventaja que siempre se ha visto en la teoría objetiva material, que radicaría en que por su apego a los tipos penales resulta especialmente respetuosa del principio de legalidad¹⁰³³.

5.2.1.3. Teoría del peligro objetivo inminente.-

A partir de las antiguas concepciones objetivas sobre el fundamento de la punibilidad en la tentativa, edificadas primordialmente sobre el concepto de peligrosidad, se sostuvo que el comienzo de la tentativa debería estar marcado por el surgimiento de ese estado de peligrosidad de la conducta respecto del bien jurídico que se pretende lesionar¹⁰³⁴. Esa enunciación inicial de la teoría del peligro objetivo es lo que ha permitido a algunos autores considerarla como una variante de la tesis objetiva material¹⁰³⁵, y a

¹⁰³¹ Cfr. BUSCH, LK, ed. cit., § 43 Rd. 59, para quien esta teoría no describe suficientemente la tentativa; Dietrich KRATZSCH, JA 1983, ed. cit., pág. 423, quien sostiene que sin contornos más precisos la fórmula de FRANK es difícilmente apropiada para suministrar los límites necesarios; Claus ROXIN, JuS 1979, ed. cit., pág. 4; Theo VOGLER, LK, ed. cit., § 22 Rn. 25 y 45. También se pronuncian en contra de la utilidad de la teoría objetivo material Hans-Heinrich JESCHECK, Lehrbuch, ed. cit., pág. 467 y Hans WALDER, SchwZStr 99 [1982], ed. cit., pág. 235.

¹⁰³² Cfr. Dietrich KRATZSCH, JA 1983, ed. cit., pág. 423. Eberhard SCHMIDHÄUSER, Henkel-Festschrift, ed. cit., pág. 234.

¹⁰³³ Sobre esta ventaja de la teoría objetiva "material", cfr. Juan FERNANDEZ CARRASQUILLA, Derecho..., ed. cit., pág. 387; Bern-Rüdiger SONNEN/Thomas HANSEN-SIEDLER, JA 1988, ed. cit., pág. 19; Hans WALDER, SchwZStr 99 [1982], ed. cit., pág. 235.

¹⁰³⁴ Cfr. por ejemplo, Günther SPENDEL, Stock-Festschrift, ed. cit., pág. 101, para quien el comienzo de ejecución del delito debe ser complementado a través del concepto de peligrosidad objetiva concreta; el peligro existiría cuando un estado o una conducta se muestran como apropiados para generar determinados daños; Günther SPENDEL, Zur Kritik der subjektiven Versuchs- und Teilnahmetheorie — BGHSt 11, 268, in Juristische Schulung (JuS), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, pág. 314.

¹⁰³⁵ Cfr. BUSCH, LK, ed. cit., § 43 Rd. 59; Hans-Joachim RUDOLPHI, JuS 1973, ed. cit., págs. 22 y 23; Hans-Joachim RUDOLPHI, SK, ed. cit., § 22 Rn. 10, en cuanto considera que se trata de una forma de concretar la teoría objetiva material; Hans WELZEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 190; Johannes WESSELS, Lehrbuch, ed. cit., pág. 177. Esa relación

otros sostener que la aislada referencia a un concepto tan indeterminado como el de la peligrosidad debería ser concretada mediante la adición de calificativos como el de "inmediata" o "seria"¹⁰³⁶. Desde esta perspectiva, es decir, analizando la fórmula del peligro objetivo inmediato como una derivación de las antiguas concepciones objetivas, resultaba cierta la crítica de que la punibilidad de la tentativa inidónea desvirtuaría la afirmación de que sin la existencia de un peligro objetivo inminente no podría hablarse de una tentativa¹⁰³⁷. Pero en la medida en que los defensores de las tesis objetivas han venido admitiendo la necesidad de punir las tentativas inidóneas, al reconocer que en ellas puede ser determinada desde un punto de vista *ex-ante* la presencia de un peligro para el bien jurídico, la mencionada crítica pierde validez¹⁰³⁸.

Cuando a mediados de la década del setenta del siglo XX se podía considerar como relativamente superada la fundamentación puramente objetiva de la punibilidad de la tentativa, un nuevo Código Penal alemán describió la tentativa como el "disponerse a realizar" la acción típica, con lo que doctrina y jurisprudencia se vieron abocadas a la necesidad de definir lo que debería entenderse por "disponerse a realizar" la acción descrita en el tipo penal. Entre las muchas tesis que al respecto se han venido formulando desde entonces, resurgió la noción básica contenida en la antigua teoría del peligro objetivo inminente, no ya como una simple variante de las ancestrales concepciones objetivas, sino como una forma de interpretar la que en Alemania se considera una fórmula legal mixta sobre el comienzo de la tentativa¹⁰³⁹. Pero como la noción que de

entre las teorías objetiva material y del peligro objetivo inminente aparece claramente en FERNANDEZ CARRASQUILLA, en cuanto considera como actos de tentativa (es decir, actos ejecutivos) los que penetran en la órbita de acciones previstas por el tipo respectivo y ponen ya en peligro concreto e inminente el bien jurídico; cfr. Juan FERNANDEZ CARRASQUILLA, Derecho..., ed. cit., págs. 385 y 386.

¹⁰³⁶ Cfr. Theo VOGLER, LK, ed. cit., § 22 Rn. 55.

¹⁰³⁷ Cfr. Paul BOCKELMANN, JZ 1954, ed. cit., pág. 470, quien considera que cuando un comportamiento se muestra como absolutamente inadecuado para producir un resultado o una lesión al bien jurídico, entonces carece de sentido dividirlo en dos estadios, como los de inmediata y mediata cercanía con la consumación del hecho; Dietrich KRATZSCH, JA 1983, ed. cit., pág. 424.

¹⁰³⁸ Cfr. Ulrich BERTZ, Jura 1984, ed. cit., pág. 513.

¹⁰³⁹ Cfr. Albin ESER/Björn BURKHARDT, Lehrbuch, ed. cit., pág. 90; Harro OTTO, Anmerkung zu BGH v. 16. 9. 1975, in Neue Juristische Wochenschrift (NJW), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt am Main, 1. Halbband, 1976, pág. 579; Harro OTTO, Lehrbuch, ed. cit., pág. 227, quien sostiene que el comienzo de la

tentativa recoge el parágrafo 22 del Código Penal alemán alude expresamente a la representación del autor como base de ese juicio sobre el momento en que aquel se dispone a desplegar la acción típica, algunos autores¹⁰⁴⁰ han debido complementar la fórmula de la inminente peligrosidad objetiva, en el sentido de señalar que la existencia de ese peligro para el bien jurídico debe ser determinada con base en la representación que el autor posee al momento de ejecutar la conducta¹⁰⁴¹. De esta manera, se ha dicho que el juicio probabilístico de peligrosidad sustituye en la tentativa al juicio de causalidad (que en una concepción tradicional estaría edificado sobre la noción de certeza) como nexo entre la conducta del autor y el resultado de lesión al bien jurídico que se pretende obtener¹⁰⁴², admitiéndose además, de forma expresa, que entre la acción efectivamente desarrollada y el resultado buscado debe haber una clara relación temporal y espacial¹⁰⁴³.

tentativa está determinado por el peligro inminente para el bien jurídico; Klaus TIEDEMANN, *Der Versuch der Zweckentfremdung im Steuerstrafrecht*, in *Juristische Rundschau (JR)*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1973, pág. 412, afirmando que especialmente para casos de delincuencia económica, la fórmula del Código Penal alemán debe entenderse en el sentido de existencia de un peligro serio para el bien jurídico protegido; Johannes WESSELS, *Lehrbuch*, ed. cit., págs. 177 y 178.

¹⁰⁴⁰ Así, por ejemplo, cfr. Björn BURKHARDT, *Der "Rücktritt"...*, ed. cit., pág. 70, pues a su juicio la defensa de una teoría subjetiva (como la que él mismo sostiene), no supone necesariamente la renuncia a la existencia de un peligro; Albin ESER/Björn BURKHARDT, *Lehrbuch*, ed. cit., págs. 90 y 91; Albin ESER, *Schönke/Schröder*, ed. cit., § 22 Rd. 42; Juan FERNANDEZ CARRASQUILLA, *Derecho...*, ed. cit., pág. 386; Harro OTTO, *NJW* 1976, ed. cit., pág. 579; Harro OTTO, *JA* 1980, ed. cit., págs. 642, 643 y 646; Harro OTTO, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 228; Bernd-Rüdiger SONNEN, *JA* 1979, ed. cit., pág. 334; Klaus TIEDEMANN, *JR* 1973, ed. cit., pág. 412; Johannes WESSELS, *Lehrbuch*, ed. cit., págs. 177 y 178.

¹⁰⁴¹ Por el contrario, KÜHL cree que con el reconocimiento legal de la representación del autor como base del juicio sobre la existencia de la tentativa, queda excluido el criterio de la peligrosidad objetiva del hecho como posible mecanismo de determinación. Cfr. Kristian KÜHL, *JuS* 1980, ed. cit., pág. 814. En similar sentido se pronuncian GÖSSEL y WESSELS, para quienes la descripción legal que el parágrafo 22 del Código Penal alemán hace de la tentativa deja ver claramente que no basta el peligro objetivo del bien jurídico protegido para poder admitir la existencia de una tentativa; cfr. Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, *Lehrbuch*, ed. cit., § 40/46, pág. 23; Johannes WESSELS, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 178.

¹⁰⁴² Cfr. Björn BURKHARDT, *Der "Rücktritt"...*, ed. cit., pág. 57.

¹⁰⁴³ Cfr. Harro OTTO, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 228, para quien ese peligro inmediato supone una relación temporal y espacial entre la conducta del autor y la esperada sobrevenida del resultado, así como la falta de una verdadera interrupción entre la acción del autor y el resultado perseguido. En Colombia, CÓRDOBA defiende la teoría del peligro objetivo inminente y considera también esta relación temporo-espacial como un factor determinante para la distinción entre tentativa y preparación; cfr. Miguel CÓRDOBA ANGULO, *La tentativa*, ed. cit., pág. 31.

La necesidad de una cercanía espacial y temporal entre la conducta desarrollada y el resultado esperado fue puesta en duda¹⁰⁴⁴, especialmente en casos como el de una persona que queriendo transportar secretamente una caja de municiones a través de la frontera alemana, la cargó en su vehículo con la esperanza de poder burlar a las autoridades aduaneras. Pese a que el acusado ni siquiera había puesto en marcha su vehículo cuando fue detenido por las autoridades de policía, el Tribunal Supremo alemán le condenó como autor de una tentativa, con el argumento de que el solo hecho de cargar el vehículo con mercancía prohibida, con la intención de llevarla en un futuro próximo a través de la frontera, representaba un elevado grado de peligro para el bien jurídico protegido, pese a la lejanía espacial y temporal de dicha acción respecto del resultado perseguido por el autor¹⁰⁴⁵. Si la tentativa no se aplicara en casos como estos —agregó el Tribunal— la ley de protección de la economía exterior solo sería efectiva en casos muy limitados¹⁰⁴⁶.

Con la pretensión de que la teoría del peligro inminente pudiese ser útil incluso en supuestos como el acabado de reseñar, MEYER propuso modificarla en el sentido de abandonar la exigencia de una estrecha relación temporo-espacial entre la conducta desarrollada por el autor y el resultado esperado, para en su lugar exigir que la cadena causal puesta en marcha pudiera conducir "con casi absoluta seguridad" al resultado perseguido¹⁰⁴⁷. Pero aun cuando con esta modificación se consiguiera tratar correctamente como acto preparatorio impune el supuesto de hecho del caso aquí analizado (esto es, el cargar la mercancía en el vehículo), no puede desconocerse que desde el punto de vista causal son muchas las actuaciones que con casi absoluta seguridad son aptas para la generación de un resultado, y sin embargo no pasan de ser simples actos preparatorios penalmente irrelevantes¹⁰⁴⁸. Y así como por esta vía es evidente que la propuesta de MEYER va demasiado lejos,

¹⁰⁴⁴ En contra del criterio de la inmediata relación temporal y espacial se pronuncia BURKHARDT, destacando su evidente vaguedad; cfr. Björn BURKHARDT, *JuS* 1983, ed. cit., pág. 430.

¹⁰⁴⁵ Cfr. BGHSt 20, 150 [152].

¹⁰⁴⁶ Cfr. BGHSt 20, 150 [151].

¹⁰⁴⁷ Cfr. Jürgen MEYER, *ZStW* 87 [1975], ed. cit., pág. 607.

¹⁰⁴⁸ Cfr. Dietrich KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung...*, ed. cit., pág. 83.

también es cierto que en otras situaciones puede resultar demasiado estrecha, como cuando el autor intente la comisión de un delito a sabiendas de las pocas probabilidades de éxito que posee¹⁰⁴⁹. Si, por ejemplo, alguien decide disparar contra un alto funcionario que se moviliza en un vehículo blindado, consciente de que con el tipo de arma empleada es bastante improbable provocar heridas a la víctima, no puede desconocerse que su conducta constituye una tentativa de homicidio (o de lesiones), a pesar de que su acción no era adecuada para conducir "con casi absoluta seguridad" hasta el resultado.

Paralelamente a estas disquisiciones doctrinales, las dificultades de llevar a la práctica una teoría del peligro inmediato habían sido ya puestas de manifiesto en antiguas jurisprudencias del Tribunal Supremo Alemán, en las que —siguiendo la teoría objetiva material— se exigía ya la representación del autor como una base a partir de la cual determinar la "pertenencia natural" de una conducta a la acción descrita en la norma penal. Así, por ejemplo, en noviembre de 1953, el máximo Tribunal de Justicia alemán se ocupó del siguiente caso: los acusados Ka. y Ko. pretendían asaltar a una cajera cuya vivienda estaba situada en un oscuro camino. Mientras Ka. se situó cerca de la entrada principal de la casa de la víctima, ocultándose tras la saliente de un muro, Ko. aguardaba en el camino con un garrote. Cuando ambos hubieron tomado sus posiciones, hizo su entrada al callejón un transeúnte que se dirigía a la parte trasera de las casas allí situadas. Ka., asustado, abandonó su escondite convencido de que el viandante le había visto, ante lo cual Ko. abandonó también su posición. Dentro del proceso no se demostró dónde se encontraba en ese instante la cajera. La Corte Suprema alemana reconoció aquí la existencia de simples actos preparatorios impunes, con el argumento de que un peligro inmediato, y por tanto una tentativa, sólo podrían haber surgido cuando la cajera hubiese ingresado en el oscuro camino acercándose al lugar de los hechos, o cuando así lo hubieran creído los acusados¹⁰⁵⁰. De acuerdo con esta determinación, para la presencia de la tentativa no se requiere que el

¹⁰⁴⁹ Cfr. Dietrich KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung...*, ed. cit., pág. 83, para quien en el caso de la caja de municiones la tesis de MEYER conduce necesariamente a la impunidad del autor, pues los fuertes controles aduaneros de la frontera constituirían un obstáculo difícil de salvar para cualquiera que pretendiese cometer el delito (cfr. *Ibidem*, pág. 98, nota 98).

¹⁰⁵⁰ Cfr. *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1. Halbband, 1954, pág. 567. (El resaltado es mío).

peligro para la víctima hubiese realmente existido, sino que así lo hubiese creído el autor, de tal manera que, contra la afirmación de OTTO, en realidad la fórmula del peligro inmediato no requeriría una efectiva relación temporo-espacial entre la conducta desarrollada por el autor y el resultado buscado, bastando simplemente que un vínculo similar exista en la mente del autor.

Curiosamente, y pese a que OTTO comparte la determinación acabada de transcribir¹⁰⁵¹, su opinión varía de forma radical frente a un caso estructuralmente idéntico que varios años después (en septiembre de 1975) fue juzgado por el Tribunal Supremo alemán. Cuando los acusados llegaron a la estación de gasolina que pretendían asaltar, se percataron de que se encontraba vacía; por tal razón, se dirigieron a la casa que había dentro de los predios de la gasolinera y tras colocarse unas máscaras, el acusado K., tomando en sus manos una pistola, llamó a la puerta. Su intención era retener a quien abriese la puerta, y forzarle a entregar el dinero del establecimiento comercial. Tras reiterados llamados a la puerta y ventanas de la casa sin que nadie acudiera a abrir, los acusados abandonaron su intento, al notar que una vecina les observaba y les podría descubrir¹⁰⁵². En esta oportunidad la Corte Suprema de Justicia alemana, admitió la existencia de una tentativa, argumentando que los acusados actuaron sobre el supuesto de que alguna persona acudiría a abrir la puerta, lo que posibilitaría la perpetración del hurto¹⁰⁵³. OTTO critica esta determinación¹⁰⁵⁴ pese a estar demostrado que, de acuerdo con la representación de los autores, ya existía un peligro inminente para el bien jurídico que se pretendía lesionar; precisamente la falta de claridad sobre la forma en que deben solucionarse este tipo de casos deja entrever que el recurso a la representación del autor como base del juicio de peligro objetivo inminente aporta más dudas que claridad al problema de concretar el comienzo de la tentativa.

¹⁰⁵¹ Cfr. Harro OTTO, Lehrbuch, ed. cit., pág. 230.

¹⁰⁵² Cfr. BGHSt 26, 201 [202].

¹⁰⁵³ Cfr. BGHSt 26, 201 [203].

¹⁰⁵⁴ Según este autor, en el caso examinado el peligro objetivo habría comenzado sólo cuando alguien se hubiera acercado a la puerta; cfr. Harro OTTO, JA 1980, ed. cit., pág. 643; Harro OTTO, Lehrbuch, ed. cit., pág. 229. En el mismo sentido, cfr. Karl-Heinz GÖSSEL, JR 1976, ed. cit., pág. 251, y Johannes WESSELS, Lehrbuch, ed. cit., págs. 180 y 181. Por el contrario, comparten esta determinación judicial Kristian KÜHL, JuS 1980, ed. cit., pág. 654 y Dieter MEYER, JuS 1977, ed. cit., pág. 22.

Pero aun cuando se prescindiese de esta dificultad, lo evidente es que la existencia de un peligro para el bien jurídico no puede ser considerada como la característica distintiva de la tentativa, puesto que ya en los más remotos actos preparatorios (e incluso en la misma determinación interna de actuar delictivamente¹⁰⁵⁵) es posible reconocer la presencia de un peligro que va aumentando cuantitativamente hasta alcanzar la efectiva lesión del bien jurídico¹⁰⁵⁶. Como de acuerdo con los postulados de la teoría del peligro objetivo el reconocimiento de esa peligrosidad inherente a los actos preparatorios conduciría irremediabilmente a su punibilidad¹⁰⁵⁷, se busca solucionar el problema recurriendo a distinguir entre diversos grados de peligro, para así afirmar que sólo una especial "gravedad" o "inmediatez" del peligro permitiría diferenciar los actos preparatorios de la tentativa. No obstante, la determinación de cuándo un peligro es mayor que otro no es tarea sencilla¹⁰⁵⁸, pues supone establecer un límite arbitrario a un peligro que teóricamente existe desde que se despliegan los primeros actos de preparación y que va en continuo ascenso hasta el momento de la efectiva lesión del bien jurídico. Y además, la determinación de cuándo en un caso concreto se ha alcanzado esa "especial gravedad" del peligro sólo puede lograrse cuando se tenga claro un parámetro general que señale la escala de gravedad de un peligro, que es justamente lo que esta teoría no está en capacidad de brindar¹⁰⁵⁹.

¹⁰⁵⁵ Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/57, pág. 727; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 40/27, pág. 19.

¹⁰⁵⁶ Cfr. Ulrich BERTZ, Jura 1984, ed. cit., pág. 513; Robert von HIPPEL, Lehrbuch, ed. cit., págs. 399 y 400; Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/57, pág. 727, para quien el peligro es cuantificable sin graduaciones y comienza con la configuración de la decisión de ejecutar el hecho; Luis JIMENEZ DE ASUA, Tratado..., ed. cit., pág. 537; Dietrich KRATZSCH, JA 1983, ed. cit., pág. 423; Dietrich KRATZSCH, Verhaltenssteuerung..., ed. cit., pág. 431; Hans-Joachim RUDOLPHI, JuS 1973, ed. cit., pág. 23; Hans-Joachim RUDOLPHI, SK, ed. cit., § 22 Rn. 10; Theo VOGLER, LK, ed. cit., § 22 Rn. 55; Hans WALDER, SchwZStr 99 [1982], ed. cit., pág. 238.

¹⁰⁵⁷ Advirtiendo sobre esta peligrosa consecuencia, Dietrich KRATZSCH, JA 1983, ed. cit., pág. 423.

¹⁰⁵⁸ Cfr. Elena FARRÉ TREPAT, La tentativa..., ed. cit., pág. 166; Dietrich KRATZSCH, Verhaltenssteuerung..., ed. cit., pág. 432, quien sostiene que lo muy peligroso (por ejemplo algunos actos preparatorios) puede dejar de serlo, y lo poco peligroso podría incluso conducir hasta la consumación.

¹⁰⁵⁹ Sobre la extrema vaguedad e indeterminación de ésta teoría, cfr. Ulrich BERTZ, Jura 1984, ed. cit., pág. 512; BUSCH, LK, ed. cit., § 43 Rd. 59, para quien ésta fórmula no está en capacidad de describir de forma exhaustiva la tentativa; Karl-Heinz GÖSSEL,

En síntesis, no puede pedirse al juez que seleccione como comienzo de la tentativa un instante cualquiera de los que componen la continua elevación cuantitativa del peligro que se cierne sobre el bien jurídico, ni se le puede exigir que evalúe la perdurabilidad de ese peligro¹⁰⁶⁰, sin dotarle de algún baremo que le oriente en esa difícil tarea; y la teoría del peligro objetivo inminente, carece de un tal parámetro.

Para ROXIN estas dificultades resultan especialmente notorias al tratar de determinar la inmediatez del peligro en ejemplos como el de la mujer que aprovecha que su marido acaba de emprender un largo viaje para mezclar veneno con el café que éste acostumbra a prepararse, y después se limita a esperar que trascurren los varios días que faltan hasta que su esposo regrese. En casos como éste, no resulta satisfactorio hablar de un peligro inminente para el bien jurídico¹⁰⁶¹, en cuanto la mujer dispone de varios días para modificar su comportamiento con una actuación tan sencilla como la de tirar el café¹⁰⁶²; pero en cambio parecería incorrecto considerar que la actitud de la mujer sigue siendo penalmente irrelevante cuando una vez envenenado el café emprende ella misma un largo viaje, con la esperanza de que su marido muera envenenado durante su ausencia¹⁰⁶³.

Anmerkung zu BGH 26, 202, in Juristische Rundschau (JR), Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1976, pág. 250; Robert von HIPPEL, Lehrbuch, ed. cit., págs. 399 y 400, para quien, cuando se considera la peligrosidad como lo determinante de la acción ejecutiva, se alude correctamente al motivo que el legislador ha tenido para sancionar esas conductas, pero nada se gana en cuanto a la delimitación respecto de los actos preparatorios; Luis JIMENEZ DE ASUA, Tratado..., ed. cit., pág. 555, en cuanto irónicamente apunta que es obvio que la tentativa consiste en poner en peligro un bien jurídico; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 40/46, pág. 23; Dieter MEYER, JuS 1977, ed. cit., pág. 21; Hans-Joachim RUDOLPHI, JuS 1973, ed. cit., págs. 22 y 23, al advertir que esta fórmula no va más allá de la del comienzo de ejecución que ya está ínsita en la teoría objetiva material; Hans-Joachim RUDOLPHI, SK, ed. cit., § 22 Rn. 10; Hans WALDER, SchwZStr 99 [1982], pág. 238, para quien esta teoría no suministra ningún criterio útil.

¹⁰⁶⁰ Cfr. Dietrich KRATZSCH, Verhaltenssteuerung..., ed. cit., págs. 432, 433 y 434, para quien ese pronóstico sobre la perdurabilidad futura del atributo de la peligrosidad objetiva es muy difícil de determinar, debido a la posible intervención de múltiples factores.

¹⁰⁶¹ Cfr. Claus ROXIN, Der Anfang des beendeten Versuchs, in Festschrift für Reinhart Maurach, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1972, pág. 214.

¹⁰⁶² Cfr. Claus ROXIN, Maurach-Festschrift, ed. cit., pág. 215.

¹⁰⁶³ Cfr. Claus ROXIN, Maurach-Festschrift, ed. cit., pág. 225.

Buscando llenar los vacíos que en supuestos como estos deja la teoría del peligro inminente, pero sin querer renunciar del todo a ella, ROXIN propone que en la determinación del comienzo de la tentativa se tengan en cuenta dos criterios alternativos (no cumulativos). que serían el de la inmediatez del peligro y el del dominio del hecho¹⁰⁶⁴. De acuerdo con esta tesis, si en un caso determinado no hay peligro para el bien jurídico y el autor mantiene el dominio del hecho, no podrá hablarse de tentativa, como cuando la mujer dispone todavía del tiempo y la oportunidad suficientes para deshacerse del café envenenado. Por el contrario, si las circunstancias cambian, bien sea porque la conducta ha creado un peligro inminente para la víctima (el marido se dispone a entrar a su casa para prepararse inmediatamente —como siempre lo ha hecho— una taza de café), o porque el autor ha perdido el dominio del hecho (la mujer emprende un largo viaje tan pronto como ha envenenado el café), existirá una tentativa¹⁰⁶⁵.

El nuevo criterio introducido por ROXIN resulta, sin embargo, tan vacío de contenido como la propia noción de peligrosidad inmediata que pretende corregir, pues tampoco se enuncia ningún parámetro que permita determinar el momento en que el autor pierde el dominio del hecho¹⁰⁶⁶, de tal manera que ante la vaguedad del concepto podría pensarse que la mujer que después de envenenar el café se marcha de casa todavía domina el hecho, en cuanto le bastaría llamar por teléfono oportunamente a su marido para prevenirle del peligro, o incluso podría, en el último instante, avisar a la policía para que evitase la tragedia¹⁰⁶⁷. Pero si hasta unos instantes antes de que el marido ingiera el veneno puede considerarse que la autora no pierde el dominio del hecho, entonces en el fondo el criterio sobra porque ya para entonces sí podrá hablarse de un peligro inminente para el bien jurídico. Si, por el contrario, la simple actitud de abandonar la casa por un tiempo prolongado (¿contabilizado por minutos, horas días, o semanas?) se

¹⁰⁶⁴ Cfr. Claus ROXIN, *Maurach-Festschrift*, ed. cit., págs. 217, 218, 224 y 225; Claus ROXIN, *JuS* 1973, ed. cit., págs. 329 y 330; en el mismo sentido, cfr. Rolf-Dietrich HERZBERG, *JuS* 1985, ed. cit., pág. 7; Johannes WESSELS, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 179.

¹⁰⁶⁵ Cfr. Claus ROXIN, *Maurach-Festschrift*, ed. cit., pág. 226.

¹⁰⁶⁶ Con razón señala OTTO que la figura de la pérdida del dominio del hecho es más una imagen que un concepto, y por tanto encierra una notable falta de claridad; cfr. Harro OTTO, *JA* 1980, ed. cit., pág. 645.

¹⁰⁶⁷ Cfr. Harro OTTO, *JA* 1980, ed. cit., pág. 645.

considerase como pérdida del dominio del hecho, la indeterminación del concepto sigue siendo considerable, pues resulta discutible la existencia de la tentativa si tras haber cerrado la puerta de casa decide entrar nuevamente y tirar el café, así como también podría debatirse sobre la punibilidad de la conducta si ese arrepentimiento se produce a la salida del edificio donde vive, o si él tiene lugar cuando la mujer se ha alejado pocos metros o kilómetros del sitio de los hechos, o cuando sólo han transcurrido algunos minutos, horas o días.

Esta referencia a la pérdida del dominio del hecho no sólo no logra aclarar los límites entre actos preparatorios y tentativa, sino que termina por confundir la frontera entre la tentativa y el desistimiento, puesto que quien después de haber puesto en funcionamiento una bomba de tiempo logra desactivarla pocos instantes antes de que haga explosión en un concurrido lugar, o consigue avisar oportunamente a la policía, demuestra que posee todavía algún dominio sobre el hecho, y sin embargo su conducta parece corresponder más a un desistimiento que a un acto preparatorio¹⁰⁶⁸.

En síntesis, por esta vía tampoco se logra eliminar la considerable indeterminación de la teoría del peligro inminente, la cual puede ser fácilmente apreciada en casos como el de quienes pretendían asaltar la gasolinera, donde resulta fácil percatarse de la multitud de interrogantes que pueden plantearse respecto de la existencia de un peligro con entidad suficiente como para fundamentar una tentativa¹⁰⁶⁹. ¿Puede afirmarse que el peligro para el bien jurídico comenzó cuando los asaltantes llamaron a la puerta, sin importar para nada el que la casa estuviese vacía?; ¿o el peligro habrá empezado solamente cuando el habitante de la casa se hubiese levantado de su cama para dirigirse a abrir la puerta principal?; ¿o quizás el peligro sólo haya iniciado cuando el morador hubiese

¹⁰⁶⁸ Al final de su artículo, el propio ROXIN reconoce que el criterio de la "pérdida del dominio del hecho" requiere de una mayor concreción, y de alguna delimitación respecto de las hipótesis de desistimiento; cfr. Claus ROXIN, *Maurach-Festschrift*, ed. cit., pág. 233.

¹⁰⁶⁹ Respecto de la multiplicidad de interrogantes que en este caso pueden plantearse para determinar cuándo puede hablarse de inmediatez del peligro para el bien jurídico, cfr. Karl-Heinz GÖSSEL, *JR* 1976, ed. cit., pág. 249.

avanzado por el pasillo de su casa rumbo a la puerta principal?¹⁰⁷⁰; ¿o tal vez el peligro sólo puede considerarse especialmente grave cuando la persona toma con sus manos la cerradura de la puerta para abrirla?. Y si antes de abrir la puerta, el empleado de la gasolinera observa por la ventana de su casa para cerciorarse de quiénes son los visitantes, y con desconfianza no abre, ¿puede decirse que no hay peligro grave para el bien jurídico?. ¿Es que acaso la gravedad del peligro depende aquí exclusivamente del comportamiento de la víctima?. Y si ese peligro nada tiene que ver con la forma en que la víctima se comporte, ¿por qué ha de variar la gravedad del peligro sólo porque en la casa que se pretendía asaltar no hubiera ninguna persona?.

Para terminar estas consideraciones críticas en torno a la imprecisión de la fórmula del peligro objetivo inminente, resulta útil recordar un polémico caso juzgado el 20 de diciembre de 1952 por el Tribunal Supremo alemán, y que permite ver cuán difícil es decidir si una determinada conducta puede ser considerada como generadora de un peligro de magnitud suficiente como para calificarlo de tentativa: Los acusados se habían puesto de acuerdo para asaltar al mensajero de una fábrica que acostumbraba a transportar dinero desde el banco hasta su empresa para pagar la nómina; de acuerdo con su plan, una vez que el mensajero descendiera del tranvía en que acostumbraba a desplazarse, le sería arrojado un puñado de pimienta en los ojos, para a continuación arrebatarse el saco de dinero y proceder a la huida con la ayuda de dos vehículos preparados al efecto. En el día convenido, fueron en sus automóviles hasta un lugar cercano a aquel en que el mensajero acostumbraba a apearse; cuando se acercaba el tranvía en el que ellos calculaban que la víctima llegaría, prepararon la pimienta y pusieron los motores de los vehículos en marcha pero, para su sorpresa, el mensajero no llegó. La operación fue repetida cada vez que se acercaron los siguientes cuatro tranvías, hasta que después de una infructuosa espera adicional cerca del mismo lugar, se convencieron de que su víctima no llegaría ese día¹⁰⁷¹.

¹⁰⁷⁰ OTTO, por ejemplo, piensa que el peligro objetivo inminente sólo comenzaría cuando alguien se hubiera acercado (¿a qué distancia se considera que hay acercamiento?) a la puerta; cfr. Harro OTTO, Lehrbuch, ed. cit., pág. 229.

¹⁰⁷¹ Cfr. Neue Juristische Wochenschrift (NJW), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1952, pág. 514.

Frente a estos hechos, la Suprema Corte de Justicia ratificó la sentencia condenatoria proferida por el Tribunal Superior de Bielefeld contra los acusados por el delito de tentativa de hurto agravado, con el argumento de que con su actuación habían generado ya un peligro inmediato para el bien jurídico atacado, situación que en nada cambiaría por la simple circunstancia de que el mensajero no se hubiera hecho presente en el lugar de los hechos¹⁰⁷². Contra esta reflexión se pronunció MEZGER, para quien la actuación de los procesados constituye un simple acto preparatorio, ya que como el mensajero no descendió del tranvía, no puede decirse que estuvo en inminente peligro; el hecho de que estuviese cerca de un peligro inmediato —continúa MEZGER— no significa que haya habido un peligro inmediato¹⁰⁷³.

5.2.1.4. Teoría de las esferas de protección.-

Esta es una teoría que surgió para intentar solucionar casos que presentaban complicaciones especiales, como el de la mujer que, aprovechando un prolongado viaje de su marido, vierte veneno en el licor que éste acostumbra beber, y a continuación guarda la botella en la nevera, varios días antes del esperado retorno del cónyuge. En estos supuestos se suele considerar inadecuado el reconocimiento de una tentativa, a pesar de que desde un punto de vista estrictamente objetivo puede afirmarse que el autor ha realizado absolutamente todos los actos necesarios para la consumación del delito, de tal forma que de su parte no queda nada por hacer antes de que el resultado sobrevenga¹⁰⁷⁴. La tendencia a no reconocer en estas situaciones una tentativa, tiene su fundamento en el hecho de que el autor puede todavía evitar la consumación del delito mediante el simple recurso de arrojar el contenido de la botella antes de que la víctima se disponga a ingerirlo.

¹⁰⁷² Cfr. NJW 1952, ed. cit., pág. 515.

¹⁰⁷³ Cfr. Edmund MEZGER, Anmerkung zu BGH v. 20. 12. 1951, in *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1952, pág. 515; también en contra de ésta determinación, cfr. Karl-Heinz GÖSSEL, JR 1976, ed. cit., pág. 251.

¹⁰⁷⁴ Con razón señala KÜHL que esta tesis surgió como un criterio auxiliar para solucionar determinados casos en los que, pese a los importantes pasos dados por el autor hacia la ejecución del hecho, no hay tentativa por faltar un ataque al círculo de organización ajeno; cfr. Kristian KÜHL, JuS 1980, ed. cit., pág. 812.

Por ello, y con el fin de otorgar una legitimación dogmática a la impunidad de estas hipótesis, se ha propuesto que en la determinación del comienzo de la tentativa no debe tomarse únicamente en consideración la actividad del autor, sino que resulta imprescindible comprobar que el curso causal haya abandonado la esfera del autor¹⁰⁷⁵. La teoría de las esferas de protección surgió entonces como una condición para la existencia de la tentativa, pero no como el criterio único y determinante para establecer el comienzo de una acción punible¹⁰⁷⁶.

En lo atinente a la forma en que esa invasión de la esfera de protección de la víctima por parte del autor debe ser determinada, se afirma que su comprobación debe surgir a partir de la representación del autor. De esta manera, en el mencionado caso de quienes con el motor de unos vehículos en marcha y un poco de pimienta en la mano aguardaron infructuosamente al mensajero de una empresa para asaltarle¹⁰⁷⁷, no hubo tentativa porque de acuerdo con el plan de los autores, la puesta en marcha del operativo exigía la presencia del mensajero. Por consiguiente, se afirma, una relación entre las esferas de protección de la víctima y del autor sólo habría surgido en el mencionado caso cuando, de acuerdo con la representación de los autores, la víctima hubiera descendido del tranvía y ellos se hubiesen puesto en movimiento¹⁰⁷⁸.

Por el contrario, en el referido supuesto de quienes, enmascarados y con una pistola en la mano, pretendieron asaltar una gasolinera, y vieron frustradas sus intenciones cuando nadie acudió al llamado de la puerta (porque no había nadie en el interior de la casa)¹⁰⁷⁹, se afirma que es correcta la apreciación de una tentativa de hurto agravado, puesto que existió una relación entre las esferas de protección del autor y la víctima. La intromisión en el ámbito de

¹⁰⁷⁵ Cfr. Claus ROXIN, JuS 1973, ed. cit., págs. 329 y 330.

¹⁰⁷⁶ Cfr. Claus ROXIN, JuS 1979, ed. cit., págs. 4 y 5. En su definición de tentativa, FERNANDEZ CARRASQUILLA recurre a la perturbación de la esfera de protección del bien jurídico (o invasión del ámbito de los derechos del sujeto pasivo) como uno de los elementos caracterizadores del comienzo de la tentativa (junto al plan del autor, la univocidad de la conducta y el peligro para el bien jurídico); cfr. Juan FERNANDEZ CARRASQUILLA, Derecho..., ed. cit., pág. 388.

¹⁰⁷⁷ Cfr. NJW 1952, ed. cit., pág. 514.

¹⁰⁷⁸ Cfr. Claus ROXIN, JuS 1979, ed. cit., págs. 5 y 6.

¹⁰⁷⁹ Cfr. BGHSt 26, 201.

libertad de la víctima sería aquí evidente, puesto que, de acuerdo con la representación del autor, en la casa donde tocaban debería haber alguna persona dispuesta a abrir la puerta; aquí, en contra de lo acaecido en el caso de la pimienta, los autores no contaban con tener que esperar a la víctima, sino que estaban seguros de que alguien atendería a sus llamados, facilitándoles así la comisión del delito¹⁰⁸⁰.

Cuando se ha entendido que esta teoría está basada en la intromisión del autor en la esfera de protección de la víctima, se la ha criticado con el argumento de que fallaría en todos aquellos casos en los que los bienes jurídicos atacados no fueran individuales sino colectivos, puesto que resulta difícil hablar de una intromisión en la esfera de protección de la víctima cuando, por ejemplo, lo que se pretende es conseguir el descarrilamiento de un tren mediante la ruptura de una señal ferroviaria; en casos como estos, se asegura, la única forma de defender esta teoría, sería mediante la aceptación de que un tren puede ser considerado como "víctima"¹⁰⁸¹.

Pero aún cuando se prescindiese de una interpretación tan estrecha de la teoría analizada, lo evidente es que se trata de una tesis demasiado indeterminada¹⁰⁸², que para resultar de utilidad requiere de algún complemento¹⁰⁸³. Su problema no radica en que sea falso que una conducta sólo comienza a interesar al derecho penal cuando con ella se invade una esfera de protección ajena, lo cual constituye una afirmación difícilmente controvertible. El inconveniente de esta teoría es que no ofrece ningún parámetro para determinar cuándo con una conducta se invade una esfera de protección ajena, ante lo cual puede resultar correcto sostener que se trata de una teoría que describe una de las condiciones esenciales para que exista un delito de tentativa¹⁰⁸⁴, pero que en modo alguno es capaz de definirlo ni

¹⁰⁸⁰ Cfr. Claus ROXIN, JuS 1979, ed. cit., pág. 6.

¹⁰⁸¹ Cfr. Ulrich BERTZ, Jura 1984, ed. cit., págs. 516 y 517.

¹⁰⁸² Cfr. Dietrich KRATZSCH, Verhaltenssteuerung..., ed. cit., pág. 81; Harro OTTO, Lehrbuch, ed. cit., pág. 227, quien sólo considera correcta esta teoría en cuanto exige una relación temporal y espacial entre la conducta desarrollada por el autor y el resultado perseguido.

¹⁰⁸³ Dietrich KRATZSCH, JA 1983, ed. cit., pág. 424.

¹⁰⁸⁴ Así, por ejemplo, KRATZSCH sostiene que la invasión de la esfera de protección ajena es probablemente una condición para que haya tentativa, pero no es un atributo

de precisar el momento en que un comportamiento deja de ser intrascendente para el derecho penal.

5.2.1.5. Teoría de la univocidad de la conducta.-

Entre las muchas definiciones legales que pueden encontrarse de la tentativa, quizás aquella que mayor difusión ha experimentado es la del antiguo Código Penal francés, de acuerdo con la cual sería el "comienzo de ejecución" lo que permitiría marcar el límite a partir del cual las conductas empiezan a ser relevantes para el derecho penal. Sin embargo, la escueta afirmación de que mientras los actos preparatorios son impunes los ejecutivos dan lugar a la aplicación de una pena a título de tentativa, no permite avanzar demasiado, ante la carencia de una fórmula precisa que permita distinguir entre una y otra clases de actos.

Al parecer el problema se hizo especialmente insoportable en la Italia de comienzos del siglo XX, cuando el diputado Zaniboni emplazó en la ventana de un hostel de Roma un fusil de precisión en dirección al balcón del palacio Chigi, desde donde Mussolini acostumbraba a hacer sus presentaciones públicas. Zaniboni, que se había limitado a instalar el fusil en esa dirección, a la espera de la ocasión propicia para eliminar al dictador, fue capturado, procesado y finalmente condenado como autor de una tentativa de homicidio¹⁰⁸⁵.

En casos como éste, razonaba ROCCO poco tiempo después, resulta insoportable decir que el sujeto no ha dado comienzo a los actos de ejecución y que por tanto su conducta debe quedar impune. Por consiguiente, cuando el propio ROCCO impulsó una reforma del Código Penal italiano, propuso que en la definición de tentativa se eliminara cualquier referencia a la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos, para en su lugar señalar que la tentativa comenzaría cuando se desplegaran actuaciones idóneas e inequívocamente dirigidas a la consumación de un delito¹⁰⁸⁶, tal como muchos años antes lo había propuesto CARRARA sin necesidad de prescindir de la diferenciación entre actos preparatorios

específico de ella; cfr. Dietrich KRATZSCH, JA 1983, ed. cit., pág. 424; Dietrich KRATZSCH, Verhaltenssteuerung..., ed. cit., pág. 80.

¹⁰⁸⁵ Cfr. Biagio PETROCELLI, Il delitto..., ed. cit., pág. 54, nota 1.

¹⁰⁸⁶ Cfr. Biagio PETROCELLI, Il delitto..., ed. cit., págs. 53 y siguientes.

y ejecutivos¹⁰⁸⁷. Desde entonces se fue abriendo campo la tesis de que el comienzo de la tentativa podría ser correctamente delimitado mediante la determinación de si la conducta desplegada por el autor podía considerarse o no como idónea e inequívocamente dirigida a la consumación de un delito¹⁰⁸⁸, con prescindencia de la originaria discusión sobre la conveniencia o inconveniencia de eliminar cualquier distinción entre los actos preparatorios y ejecutivos.

Así, por ejemplo, en la redacción del Código Penal colombiano de 1980 se partió siempre del supuesto de que había que distinguir entre actos preparatorios y ejecutivos, pero se consideró que la mejor forma para efectuar tal diferencia era precisando que solo deberían reputarse punibles aquellos actos que fuesen directamente encaminados a la comisión de un delito. Pese a que esta fue la fórmula básica de la propuesta presentada por el comisionado Alfonso REYES, ella presentaba como alternativa la de sustituir la expresión "directamente" por la de actos "idóneos e inequívocamente" dirigidos a la consumación de un delito, por si la comisión consideraba que la expresión "directamente" no era del todo clara para resaltar la diferencia principal entre la tentativa y los actos preparatorios. A la postre, la comisión optó por caracterizar la conducta propia de la tentativa con las expresiones de idoneidad y univocidad¹⁰⁸⁹, lo que, como en otro lugar quedó indicado¹⁰⁹⁰, ha generado la falsa impresión de que, de acuerdo con la normatividad penal colombiana, no es posible sancionar las tentativas inidóneas. Así, pues, queda claro que la defensa de una teoría de la "univocidad de la conducta" no está necesariamente unida a la antigua polémica sobre la conveniencia de escindir los actos preparatorios de los ejecutivos, sino que, admitiendo una tal distinción, es posible intentar trazar un límite entre ellos con ayuda del concepto mismo de univocidad.

¹⁰⁸⁷ En efecto, ya CARRARA había señalado que los actos faltos de unívoca dirección son preparatorios (Francisco CARRARA, *Teoría...*, ed. cit., pág. 94), y que desde el punto de vista ontológico, el único criterio que la ciencia puede suministrar a la práctica para discernir los actos preparatorios de la tentativa es el de la univocidad de la conducta (ibídem, págs. 96 y 102).

¹⁰⁸⁸ Así, por ejemplo, Juan FERNANDEZ CARRASQUILLA, *Derecho...*, ed. cit., pág. 386, para quien "la univocidad de la intención es el verdadero complemento que da al acto invasor o perturbador el carácter de comienzo punible de ejecución típica de un delito".

¹⁰⁸⁹ Cfr. Alfonso REYES, *La tipicidad*, ed. cit., pág. 166.

¹⁰⁹⁰ Cfr. *supra* 4.2.2.2.1.

La afirmación de que un comportamiento sólo puede ser punible a título de tentativa en cuanto se despliegue una conducta idónea y unívocamente dirigida a la comisión de un delito, resulta absolutamente incontrovertible (siempre que la valoración se haga desde una perspectiva *ex-ante*), de tal manera que podría incluso ser útil para una definición genérica de la tentativa, tal como la ha empleado el legislador penal colombiano¹⁰⁹¹. Sin embargo, si se la pretende emplear como un mecanismo para señalar el momento en que una conducta debe empezar a ser considerada como penalmente relevante, su utilidad desaparece por completo, pues con la referencia a la univocidad de la conducta sólo se logra sustituir la pregunta de cuándo comienza la tentativa por la de cuándo un comportamiento debe ser considerado como idóneo y unívoco respecto de la consumación de un delito; pero siempre seguirá faltando un baremo que le permita al funcionario judicial establecer con relativa precisión el momento a partir del cual puede considerarse que la conducta del autor merece reproche penal a título de tentativa.

5.2.2. Teorías subjetivas.-

De acuerdo con la formulación general que de las teorías subjetivas se ha reseñado en otro lugar¹⁰⁹², el fundamento de la punibilidad de la tentativa es la objetivación de una voluntad delictiva, de manera que para sus defensores el comienzo de la tentativa está marcado justamente por el momento en el que el autor exterioriza esa intención criminal¹⁰⁹³. Pese a que es evidente que con una concepción subjetiva de la tentativa no se ha llegado jamás a abandonar toda referencia al aspecto objetivo de la conducta, y por tanto nunca se ha llegado a sostener que la mera intención contraria a

¹⁰⁹¹ El actual Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000) mantiene en lo sustancial la fórmula de la anterior codificación (Decreto 100 de 1980) en cuanto en el inciso primero del artículo 27 define la tentativa en los siguientes términos: “El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada”.

¹⁰⁹² Cfr. supra 2.1.2.

¹⁰⁹³ Cfr. Christian Reinhold KÖSTLIN, *Neue Revision...*, ed. cit., págs. 385 y 386; en similar sentido, cfr. BUSCH, LK, ed. cit., § 43 Rd. 14.

derecho es susceptible de penalización¹⁰⁹⁴, no puede desconocerse que también muchos actos preparatorios suponen una exteriorización de la voluntad delictiva¹⁰⁹⁵, de tal forma que por este aspecto ellos no pueden ser diferenciados de los actos propios de la tentativa. Por eso, así como la posibilidad de explicar teóricamente la punibilidad de las tentativas inidóneas fue una de las razones que en mayor medida contribuyó a su rápida expansión tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, también es verdad que ante la evidencia de que una voluntad criminal puede ser exteriorizada con actos que en modo alguno deben ser penalmente sancionados, la tesis subjetiva ha tenido una aceptación mucho más limitada como criterio de delimitación entre los denominados actos preparatorios y la tentativa¹⁰⁹⁶, hasta el punto de que la mal llamada teoría subjetiva "pura" puede ser considerada en la actualidad como definitivamente superada en este aspecto¹⁰⁹⁷.

Esa fue la razón por la que la antigua tesis del *dolus ex re*, que fue desarrollada dentro de las toldas subjetivistas como una forma de precisar el comienzo de la tentativa, no obtuvo mayor acogida con su planteamiento de que una conducta empezaría a ser relevante para el derecho penal desde el momento en que el comportamiento exterior del autor permitiera revelar sin lugar a dudas su intención de cometer un delito¹⁰⁹⁸. Aquí es importante precisar que con esto lo determinante para el comienzo de la tentativa no es la significación objetiva de una acción humana (como sí ocurre en la teoría de la impresión o en la del quebrantamiento de la vigencia de la norma),

¹⁰⁹⁴ Por eso no resulta cierta la afirmación de CÓRDOBA en el sentido de que las teorías subjetivas permiten sancionar el simple pensamiento delictivo; cfr. Miguel CÓRDOBA ANGULO, *La tentativa*, ed. cit., pág. 22. Por el contrario, asiste plena razón a RITTLER cuando sostiene que la teoría subjetiva parte de que lo determinante es la manifestación de la intención delictiva, pero no va tan lejos como para punir actos preparatorios como la simple compra del arma; cfr. Theodor RITTLER, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 261. En este último sentido puede consultarse también, por ejemplo, Elena FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, ed. cit., pág. 145; Theo VOGLER, *LK*, ed. cit., § 22 Rn. 26.

¹⁰⁹⁵ Con razón señala KRATZSCH que la activación de una intención delictiva es prácticamente inmanente a todas las acciones preparatorias y no constituye un elemento esencial de la tentativa que permita diferenciarla de aquellas actuaciones; cfr. Dietrich KRATZSCH, *JA* 1983, ed. cit., pág. 424.

¹⁰⁹⁶ Cfr. Dietrich KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung...*, ed. cit., pág. 43.

¹⁰⁹⁷ Cfr. Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 467.

¹⁰⁹⁸ Sobre el contenido de esta teoría pueden consultarse, por ejemplo, Paul BOCKELMANN, *JZ* 1954, ed. cit., pág. 471; Elena FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, ed. cit., pág. 147.

sino la presencia de una voluntad contraria a derecho que, según este criterio, puede ser inferida a partir de una determinada conducta. De acuerdo con esta tesis, la importancia de las manifestaciones externas es meramente indiciaria, en cuanto sólo sirven como un medio de demostración de aquello que es realmente lo que marca el comienzo de una tentativa: la voluntad delictiva. Pero ni siquiera esta función probatoria de la teoría del *dolus ex re* está libre de inconvenientes, pues resulta difícil imaginar una actuación humana que por sí misma indique inequívocamente la existencia de una voluntad criminal, ya que hasta los comportamientos que aparentemente revelan con mayor claridad un dolo penalmente relevante, admiten explicaciones diversas que perfectamente pueden conducir a demostrar la inocuidad de la conducta¹⁰⁹⁹.

Ante las dificultades que esta concepción tradicional de la teoría subjetiva enfrenta al momento de fijar con claridad el momento en que se abandonan los actos preparatorios impunes, BOCKELMANN propuso recurrir a la "prueba de fuego de la situación crítica" como el hito que marcaría el comienzo de la tentativa¹¹⁰⁰. Esa "prueba de fuego de la situación crítica" surgiría en el instante en que el autor toma la última y definitiva determinación sobre la comisión del delito¹¹⁰¹, por lo que serviría como indicador de la potencialidad de la decisión contraria a derecho¹¹⁰². Como es lógico imaginar, al tratarse de una precisión hecha al interior de la teoría subjetiva, la valoración de cuándo se supera la prueba de fuego de la situación crítica debe ser hecha con base en la representación que el autor tenga respecto de la inmediatez del peligro para el bien jurídico¹¹⁰³, por manera que él será el único en capacidad de decidir si con su conducta se ha dado o no comienzo a la tentativa.

¹⁰⁹⁹ Para una apreciación crítica de la teoría del *dolus ex re*, pueden consultarse, por ejemplo, Paul BOCKELMANN, JZ 1954, ed. cit., pág. 471; Elena FARRÉ TREPAT, La tentativa..., ed. cit., pág. 147; Santiago MIR PUIG, Derecho Penal, ed. cit., §13/52, pág. 52.

¹¹⁰⁰ Cfr. Paul BOCKELMANN, JZ 1954, ed. cit., pág. 473.

¹¹⁰¹ Cfr. Paul BOCKELMANN, JZ 1954, ed. cit., pág. 473; Dietrich KRATZSCH, Verhaltenssteuerung..., ed. cit., pág. 77; Harro OTTO, NJW 1976, ed. cit., pág. 579.

¹¹⁰² Cfr. Georg SCHILLING, Der Verbrechensversuch..., ed. cit., pág. 101.

¹¹⁰³ Cfr. Paul BOCKELMANN, JZ 1954, ed. cit., pág. 473, en cuanto sostiene que la prueba de fuego de la situación crítica se daría cuando el autor se ve ante la tarea de emprender la acción que (por lo menos de acuerdo con su representación) llevará a la realización del tipo; Claus ROXIN, JuS 1979, ed. cit., págs. 9 y 10, para quien la situación crítica se supera cuando, de acuerdo con la representación del autor, el bien jurídico está en inmediato peligro.

Buscando aún una mayor claridad en la fijación del comienzo de la tentativa, se ha dicho por parte de algunos subjetivistas que ella se iniciaría a partir del momento en que el autor dijese para sus adentros: ¡vamos!¹¹⁰⁴; o, dicho con una expresión más comprensible en idioma castellano, cuando el autor se dijese a sí mismo: ¡ahora o nunca!¹¹⁰⁵. Bajo esta diversa formulación no se esconde, sin embargo, nada diverso de lo que pretende expresarse con la tesis de la "prueba de fuego de la situación crítica", por lo que se las puede considerar como sustancialmente idénticas¹¹⁰⁶. Por lo tanto, también aquí el comienzo de la tentativa depende de la representación que el autor tenga de los hechos, de forma tal que es sólo él quien decide si con su conducta se ha dado o no inició a una acción penalmente reprobable. Por consiguiente, para esta concepción de la tentativa, esa actitud interna es mucho más importante que la conmoción de la paz jurídica producida por la estrecha relación temporal que existiría entre la conducta desarrollada y el resultado esperado¹¹⁰⁷. En el fondo estas formulaciones son bastante similares a la idea de la "interpretación natural" de la conducta que FRANK proponía como criterio objetivo para delimitar el comienzo de la tentativa¹¹⁰⁸, con la esencial

¹¹⁰⁴ La propuesta procede, al parecer de Herbert TRÖNDLE, StGB, ed. cit., § 22 Rd. 11, quien señala que constituyen tentativa las acciones con las que el autor cruza subjetivamente el umbral del "vamos" y objetiva o subjetivamente coloca al bien jurídico protegido en un peligro cercano concreto. Sobre el contenido de ésta propuesta, cfr. Werner MAIHOFER, *Der Versuch der Unterlassung*, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, Hamburg, 1958, pág. 293; Claus ROXIN, *JuS* 1979, ed. cit., págs. 4 y 5;

¹¹⁰⁵ También en Alemania se ha recurrido a veces a ésta expresión para caracterizar esta formulación de la teoría subjetiva; cfr. Werner MAIHOFER, *GA* 1958, ed. cit., pág. 293.

¹¹⁰⁶ Cfr. Harro OTTO, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 227.

¹¹⁰⁷ A juicio de ROXIN, si no puede considerarse que el autor ha superado el umbral del "vamos", no habrá entre su conducta y el resultado esperado una estrecha relación temporal y por consiguiente será imposible hablar de una verdadera conmoción de la paz jurídica; cfr. Claus ROXIN, *JuS* 1979, ed. cit., págs. 4 y 5.

¹¹⁰⁸ Así lo interpretan Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, *Lehrbuch*, ed. cit., § 40/29, pág. 20, y Eberhard SCHMIDHÄUSER, *Lehrbuch*, ed. cit., § 15/54, pág. 614. En realidad ya la formulación original de BOCKELMANN facilita esta interpretación, en cuanto (comentando una decisión del Tribunal Supremo alemán) anotaba que la conducta del autor había sido parte de la acción típica "conforme a una interpretación natural", y por tanto podía considerarse que se había superado la prueba de fuego de la situación crítica; cfr. Paul BOCKELMANN, *Die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch*, in *Juristenzeitung (JZ)*, Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1955, pág. 194.

diferencia de que aquí esa interpretación es hecha directamente por el autor de la conducta¹¹⁰⁹.

El recurso a las fórmulas del "vamos" y de la "prueba de fuego de la situación crítica" ha sido acogido en numerosas oportunidades por la jurisprudencia alemana¹¹¹⁰, como en el mencionado caso de quienes armados y enmascarados pretendieron asaltar una gasolinera, pero vieron frustradas sus intenciones cuando nadie acudió al llamado de la puerta. En este caso el Tribunal Supremo alemán consideró que los acusados deberían responder como autores de una tentativa, puesto que al estar dispuestos a intimidar a la primera persona que abriese la puerta del establecimiento, habían traspasado el umbral del "vamos" desde el instante mismo en que armados y encapuchados llamaron a la puerta de la gasolinera vacía¹¹¹¹. Por las mismas razones, el Tribunal Supremo alemán condenó como autor de tentativa de homicidio (en concurso con dos homicidios consumados) al enfurecido marido que (después de haber dado muerte a sus suegros, que intentaban detenerle), derribó la puerta de la habitación donde se encontraba encerrada su esposa con un hombre, dispuesto a darles muerte inmediatamente, propósito que no consiguió ante la oportuna huida de los amantes; también aquí se afirmó que la ruptura de la puerta, con la firme determinación de disparar inmediatamente contra los ocupantes de la habitación, supuso la transgresión del umbral subjetivo del "vamos" y por tanto dio origen a la tentativa de homicidio respecto de quienes allí se encontraban¹¹¹².

De acuerdo con una de las primeras críticas que se hicieron a estas formas subjetivas de delimitar el ámbito de aplicación de la tentativa, el plan del autor no puede servir como criterio de delimitación ya que él comprende desde las primeras actuaciones destinadas a

¹¹⁰⁹ Cfr. Reinhart MAURACH/Kar-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 40/29, pág. 20, y Eberhard SCHMIDHÄUSER, Lehrbuch, ed. cit., § 15/54, pág. 614, quienes afirman que lo que el autor considere, de acuerdo con su plan, como punto inicial de la tentativa, debe también ser tenido por el juez como comienzo de ejecución.

¹¹¹⁰ Así, por ejemplo, cfr. BGHSt 22, 80; BGHSt 28, 162; BGHSt 30, 363; BGHSt 31, 178; más recientemente, en BGH von 16. 1991, en Juristische Rundschau (JR), Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1992, pág. 122 (también en NJW 1991, 1839).

¹¹¹¹ Cfr. BGHSt 26, 201 [202].

¹¹¹² Cfr. BGH v. 26. 8. 1986, en Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSStZ), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, 1987, pág. 20.

preparar la comisión del delito hasta las últimas actividades que permiten su consumación¹¹¹³. Esta censura parte de un equívoco conceptual, puesto que las nociones de "plan del autor" y "prueba de fuego de la situación crítica" se refieren a momentos diversos. En efecto, una cosa es la detallada planificación de una determinada actividad (aun delictiva) que eventualmente puede llegar a ser ejecutada en cualquier momento del futuro, y otra muy diversa el decidir ponerla ahora en marcha diciendo "vamos" o "adelante"¹¹¹⁴.

Al ser estas fórmulas simples mecanismos para concretar la teoría subjetiva, ellas pueden ser objeto de las mismas críticas generales dirigidas contra ésta en el sentido de que puede resultar incompatible con algunos textos legales¹¹¹⁵, o afirmando que amplía demasiado el campo de la punibilidad al extenderla al interior de los actos preparatorios¹¹¹⁶, ya que también quien da inicio a ellos ha traspasado en algún momento ese umbral de la "prueba de fuego" que le separa de la simple intención delictiva¹¹¹⁷. El problema se agudiza especialmente por el hecho de que la determinación de cuándo se ha superado ese umbral radica exclusivamente en cabeza del autor, puesto que eso supone que, lejos de existir parámetros comunes que permitan juzgar con criterios similares algunas formas generales de comportamiento, cada autor podrá reaccionar en forma diversa frente a situaciones objetivamente idénticas, condicionando en cada caso la existencia o inexistencia de una tentativa¹¹¹⁸.

¹¹¹³ Cfr. Max WAIBLINGER, ZStW 69 [1957], ed. cit., pág. 199. En similar sentido, cfr. Miguel CÓRDOBA ANGULO, La tentativa, ed. cit., pág. 23.

¹¹¹⁴ Esta diferencia había sido puesta ya de manifiesto por BOCKELMANN desde la formulación original de su teoría; cfr. Paul BOCKELMANN, JZ 1954, ed. cit., pág. 473.

¹¹¹⁵ Así, por ejemplo, GÖSSEL y WELSEL opinan que es una formulación contraria a la noción de tentativa recogida por el Código Penal alemán. Cfr. Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 40/37, pág. 21; Hans WELZEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 191. BUSCH, por su parte, sostenía que esas manifestaciones de la teoría subjetiva resultaba compatibles con la definición de tentativa recogida en el anterior Código Penal alemán; cfr. BUSCH, LK, ed. cit., § 43 Rd. 68.

¹¹¹⁶ Cfr. Hans WELZEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 191; Johannes WESSELS, Lehrbuch, ed. cit., pág. 177.

¹¹¹⁷ Cfr. Karl-Heinz GÖSSEL, JR 1976, ed. cit., pág. 250; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 40/47, págs. 23 y 24.

¹¹¹⁸ Cfr. Dietrich KRATZSCH, Verhaltenssteuerung..., ed. cit., pág. 77; Max WAIBLINGER, ZStW 69 [1957], ed. cit., pág. 203.

Así, por ejemplo, el experimentado delincuente, acostumbrado a su "trabajo" e íntimamente compenetrado con la "rutina" que él supone, no se enfrentará continuamente a esa "prueba de fuego de la situación crítica"¹¹¹⁹, como no puede decirse que todos nos enfrentamos diariamente a una tal realidad cuando nos disponemos a desarrollar una de las múltiples actividades que componen nuestra vida cotidiana. Y, de otra parte, cuando un delincuente prepara de forma detallada y exhaustiva la comisión de un delito, o cuando un grupo de ellos planea la ejecución de una conducta que requiere de la máxima precisión, el umbral de la prueba de fuego de la situación crítica podrá ser cruzado desde el momento mismo en que los autores abandonan su domicilio para encaminarse a la comisión de su delito, lo que claramente debería ser considerado como un simple acto preparatorio impune¹¹²⁰.

Piénsese, por ejemplo, en la actitud de los integrantes de un comando guerrillero que después de haber planificado con muchos meses de antelación la toma de las instalaciones de la Corte Suprema de Justicia se encuentra con que ha llegado "la hora cero" para la ejecución del plan; en ese momento, y al encaminarse desde su guarida hacia el sitio del crimen, sin duda, sus integrantes pronunciarán expresiones como las de "vamos" o "adelante", dando con ello a entender que han superado el umbral de "la prueba de fuego de la situación crítica", sin que, sin embargo, pueda decirse que desde ese mismo momento pueden ser considerados como responsables de un delito de tentativa de secuestro, de extorsión o de homicidio.

La imprecisión de las fórmulas propuestas puede verse incluso en ejemplos de la vida diaria, como cuando una persona, en la puerta de entrada de un consultorio odontológico toma aire y se dice "vamos", tratando de superar la "situación crítica" de miedo que le produce el tratamiento al que habrá de ser sometido, y sin embargo en realidad sólo puede considerarse que su "hora cero" le habrá llegado cuando en la silla del dentista escucha el zumbido de la fresa en las

¹¹¹⁹ Cfr. Rolf-Dietrich HERZBERG, *Der Anfang des Versuchs bei mittelbarer Täterschaft*, in *Juristische Schulung (JuS)*, Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1985, pág. 9; Dietrich KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung...*, ed. cit., pág. 78.

¹¹²⁰ Cfr. Ernst HEINITZ, *Streitfragen der Versuchslehre*, in *Juristische Rundschau (JR)*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1956, pág. 248, nota 13; Dietrich KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung...*, ed. cit., págs. 78.

proximidades de su cavidad bucal. Aquí también, como en los casos de la comisión de delitos, la "prueba de fuego de la situación crítica" que ha superado el paciente puede estar bastante lejos del comienzo del tratamiento odontológico al que finalmente va a ser sometido y por tanto podría considerarse tan sólo como uno de sus "actos preparatorios"¹¹²¹.

La imprecisión de la fórmula del "vamos" como mecanismo para distinguir la tentativa de los actos preparatorios impunes puede verse con especial claridad en el siguiente caso, juzgado en julio de 1979 por el Tribunal Supremo alemán. Los acusados L y S habían decidido asaltar una oficina de correos donde usualmente sólo trabajaba como empleada la señora N; el día convenido, L ingresó a la oficina de correos armado con un revólver, mientras su compañero S aguardaba en la calle dentro de un vehículo con el motor en marcha. Como en ese momento había un cliente en la oficina, L decidió aguardar un poco en espera de la ocasión apropiada, por lo que, tratando de ganar tiempo, tomó un formulario de retiro de dinero en el que escribió que se trataba de un atraco y exigía la entrega pacífica de todo el dinero; esto le permitiría, además, agilizar un poco la comisión del delito mediante la entrega del documento a la empleada. Como quiera que a medida que los minutos transcurrían llegaban más clientes a la oficina de correo, el acusado L sintió temor de ser aprehendido si proseguía adelante con sus planes, de tal modo que abandonó las dependencias y se marchó con su cómplice llevando consigo el papel en el que había escrito sus amenazas. Poco después, y mientras intentaban un robo a una tienda, fueron capturados. En esta oportunidad el Tribunal Supremo alemán consideró que los acusados era responsables de un delito de tentativa de robo, ya que, a su juicio, el hecho de haber ingresado L a la oficina de correos con un revólver y la intención de apoderarse del dinero, mientras su compañero aguardaba afuera con el motor en marcha, supuso claramente la superación del umbral subjetivo del "vamos", que marca el comienzo de la tentativa¹¹²².

Similar fue la decisión del máximo Tribunal alemán de justicia en el caso de dos personas que habiendo decidido asaltar la sucursal de un

¹¹²¹ Cfr. Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., pág. 314, nota 254.

¹¹²² Cfr. BGH v. 26. 7. 1979, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, Hamburg-Heidelberg, 1980, págs. 24 y 25.

banco ingresaron a dicho establecimiento, portando el acusado F una pistola dentro de una bolsa de plástico, y el acusado H un revólver en el bolsillo de su pantalón. Una vez dentro del banco, y mientras el acusado F esperaba la señal convenida que debería proporcionar H, éste último se dio media vuelta y abandonó el lugar, ante lo cual F procedió de igual manera. En esta oportunidad el Tribunal Supremo alemán condenó a los acusados como autores de una tentativa de robo, por considerar que al ingresar al banco armados y dispuestos a dar inmediato comienzo a la ejecución del delito, habían superado el umbral subjetivo del "vamos"¹¹²³.

Por el contrario, e invocando la misma fórmula del "vamos", el Tribunal Supremo alemán consideró que sólo se habían desplegado actos preparatorios en el caso del empleado de un taller de reparación de automóviles que se procuró copias de las llaves de varios de los vehículos que ingresaban en el taller, con el fin de poder apropiarse de ellos cuando tuviese la oportunidad. Como de acuerdo con el plan del autor había necesidad de esperar la oportunidad propicia para intentar el apoderamiento, el Tribunal Supremo consideró que el umbral subjetivo del "vamos" no había sido superado por el acusado¹¹²⁴.

La circunstancia de que sea el propio autor quien determine, de acuerdo con su representación, cuándo cruza ese umbral de la "prueba de fuego" sirve también como argumento en contra de esta formulación de la teoría subjetiva, pues desde el punto de vista de la seguridad jurídica no resulta aconsejable que sea el propio sujeto activo el que decida cuándo su comportamiento debe ser relevante para el derecho penal¹¹²⁵. Ciertamente, podría decirse que con la figura de la "situación crítica" se recurre de alguna manera al empleo de elementos objetivos en la determinación del comienzo de la tentativa, en cuanto sólo de acuerdo con la forma en que la conducta del autor se desarrolle se podrá determinar su momento

¹¹²³ Cfr. BGH v. 16.3.1983, en *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSStZ)*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, 1983, pág. 364.

¹¹²⁴ Cfr. BGHSt 28, 162 [163, 164].

¹¹²⁵ Cfr. Elena FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, ed. cit., págs. 154 y 155; Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal*, ed. cit., § 13/51, pág. 354; Theo VOGLER, LK, ed. cit., § 22 Rn. 26; Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., pág. 302.

"crítico"¹¹²⁶; pero como ese hito es colocado arbitrariamente por el propio autor de la conducta¹¹²⁷, la fijación del instante en que la acción pasa a ser penalmente relevante queda por completo abandonada al criterio subjetivo del sujeto activo, sin que interese para nada la existencia de una objetiva relación temporal inmediata de peligro para el bien jurídico protegido, ni la opinión que sobre esa eventual lesión al ordenamiento penal pueda tener el juzgador desde un punto de vista objetivo.

Como el derecho penal no puede estar interesado en las conductas que al autor le parezcan delictivas sino en aquellos comportamientos que objetivamente suponen una transgresión a las normas¹¹²⁸, puede afirmarse que ni el criterio de la "prueba de fuego de la situación crítica" ni la fórmula del "vamos" (o "adelante") constituyen mecanismos adecuados de valoración que permitan dar operatividad a la teoría subjetiva en la labor de establecer el comienzo de la tentativa¹¹²⁹.

5.2.3. Teoría de la impresión.-

Desde la entrada en vigor del actual párrafo 22 del Código Penal alemán se ha venido admitiendo de forma mayoritaria que el legislador germánico optó por una teoría mixta de la tentativa¹¹³⁰, en cuanto se exige normativamente que, de acuerdo con la representación del autor, éste se disponga a realizar en forma inmediata la acción típica. Entre las muchas interpretaciones doctrinales a que ha dado lugar esta definición legal, se cuenta la de quienes consideran que por esta vía se ofrece respaldo a la teoría de

¹¹²⁶ Cfr. Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., pág. 303.

¹¹²⁷ WALDER, criticando la teoría subjetiva, sostiene que ella no puede llevar a cabo una delimitación libre de arbitrariedades entre los actos preparatorios y la tentativa; cfr. Hans WALDER *SchwZStr* 99 [1982], ed. cit., pág. 240.

¹¹²⁸ Cfr. Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., § 25/59, págs. 727 y 728.

¹¹²⁹ Cfr. Ulrich BERTZ, *Jura* 1984, ed. cit., pág. 516; Dietrich KRATZSCH, *Verhaltenssteuerung...*, ed. cit., págs. 430 y 431; Dieter MEYER, *JuS* 1977, ed. cit., pág. 21; Harro OTTO, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 227, para quien la fórmula de la prueba de fuego de la situación crítica ofrece una linda imagen, pero a ella no va unido ningún criterio de valoración; Bernd-Rüdiger SONNEN, *JA* 1979, ed. cit., pág. 334.

¹¹³⁰ Así, por ejemplo, cfr. Paul BOCKELMANN/Klaus VOLK, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 208; Jürgen MEYER, *ZStW* 87 [1975], ed. cit., pág. 614; Claus ROXIN, *Maurach-Festschrift*, ed. cit., pág. 214; Bernd-Rüdiger SONNEN/Thomas HANSEN-SIEDLER, *JA* 1988, ed. cit., pág. 18.

la impresión y que por tanto sólo podrá hablarse de tentativa cuando de acuerdo con la representación del autor se despierte en la comunidad social la impresión de que se ha traspasado la frontera de lo punible¹¹³¹.

Como ya se ha señalado en el acápite dedicado a la exposición y análisis de la teoría de la impresión como posible fundamento de la punibilidad de la tentativa, su principal inconveniente radica en que no todas las conductas que impresionan a la comunidad social tienen por ese sólo hecho el carácter de tentativas, ni todos los delitos (ni siquiera la totalidad de los consumados) generan necesariamente esa conmoción social que está en la base de la teoría de la impresión¹¹³². Con razón señala KRATZSCH que esta teoría sólo podría ser considerada como apta para indicar el comienzo de la tentativa punible, si se llegase a comprobar que todas las acciones de tentativa (idóneas e inidóneas) son cuando menos apropiadas para provocar los efectos psico-sociales que dicha teoría postula, y si además de ello se demostrase que generalmente esa aptitud no puede ser encontrada en los actos preparatorios¹¹³³.

Pero mientras siga siendo posible imaginar sucesos que conmocionan a la sociedad sin ser delictivos, como la simple preparación pormenorizada de algunos delitos similares a los que acostumbran a perpetrar los grupos terroristas¹¹³⁴, y mientras la experiencia siga demostrando que especialmente en los delitos considerados como de menor entidad (por ejemplo los robos o estafas de menor cuantía) la comunidad se siente poco impresionada cuando se los perpetra y mucho menos cuando tan sólo se los intenta

¹¹³¹ Cfr. Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 40/43, pág. 23. Entre quienes se inclinan por la teoría de la impresión como mecanismo de delimitación entre los actos preparatorios y la tentativa, cfr. Diethelm KIENAPFEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 101; Claus ROXIN, JuS 1979, ed. cit. pág. 4, quien sostiene que la teoría de la impresión resulta fructífera para la distinción entre tentativa y actos preparatorios, en cuanto la intervención en la esfera de la víctima (con la que se perturba la paz jurídica) aparece como un elemento indispensable de la acción ejecutiva; Herbert TRÖNDLE, StGB, ed. cit., § 22 Rd. 8; Theo VOGLER, ZStW 98 [1986], ed. cit., pág. 332.

¹¹³² Cfr. supra 2.2.2 y también en 4.2.2.5.

¹¹³³ Cfr. Dietrich KRATZSCH, JA 1983, ed. cit., pág. 424.

¹¹³⁴ Así, por ejemplo, WALDER sostiene que la construcción de una cárcel del pueblo por parte de un grupo terrorista puede conmocionar a la sociedad, pero en modo alguno puede ser considerada por sí misma como una conducta sancionada penalmente en su país (se refiere a Suiza); cfr. Hans WALDER, SchwZStr 99 [1982], ed. cit., págs. 240 y 241.

cometer¹¹³⁵, es necesario reconocer que la teoría de la impresión no está en capacidad de brindar un criterio seguro para diferenciar los actos preparatorios impunes del comienzo de la tentativa punible¹¹³⁶. Por consiguiente, aquellos reducidos casos en los que coincidentalmente el carácter delictivo de una conducta corresponda a la generación de una conmoción social, sólo pueden considerarse como casualmente explicados por la teoría de la impresión¹¹³⁷.

5.2.4. Teoría normativa.-

En un claro intento por alejarse de los parámetros marcadamente naturalísticos que caracterizan a las teorías objetivas y subjetivas, define ZACZYK la tentativa como la afectación de la libertad externa de otro¹¹³⁸, con lo que consigue avanzar hacia una concepción más normativa del fenómeno, pero sin lograr una adecuada precisión de lo que debe ser entendido por usurpación de la libertad ajena. Esta indeterminación de la propuesta de ZACZYK (a la que se hizo referencia con anterioridad¹¹³⁹) se hace evidente cuando a partir de esa fundamentación de la tentativa se la pretende deslindar de los actos meramente preparatorios, puesto que es dable imaginar muchas conductas que siendo apreciables como ataques a otras esferas de libertad jurídicamente constituidas no merecen reproche penal por desarrollarse dentro de una interacción social normal. Así ocurre, por ejemplo, con las intervenciones quirúrgicas consentidas por el paciente¹¹⁴⁰, o con las usurpaciones de libertad que llevan consigo el tener que descender de los autobuses sólo en los sitios legalmente destinados a ello, o el tener que permanecer en las salas de espera de algunos profesionales (abogados, médicos, odontólogos) por largo tiempo. Consciente de estas limitaciones, el propio ZACZYK admite que son necesarios mecanismos adicionales

¹¹³⁵ Cfr. Dietrich KRATZSCH, JA 1983, ed. cit., pág. 424.

¹¹³⁶ Cfr. Hans SCHULTZ, SchwZStr 107 [1990], ed. cit., pág. 72; Hans WALDER, SchwZStr 99 [1982], ed. cit., págs. 240 y 241.

¹¹³⁷ Por el contrario, KRATZSCH considera que para ese reducido número de casos la teoría de la impresión constituye un mecanismo válido de explicación del comienzo de la tentativa; cfr. Dietrich KRATZSCH, JA 1983, ed. cit., págs. 424 y 425.

¹¹³⁸ Cfr. Rainer ZACZYK, Das Unrecht..., ed. cit., págs. 243, 252 y 308,

¹¹³⁹ Cfr. supra 2.2.3.

¹¹⁴⁰ Cfr. Karl-Heinz VEHLING, Die Abgrenzung..., ed. cit., págs. 72 y 73.

que permitan considerar a una acción como injusta¹¹⁴¹, para lo cual recurre fundamentalmente a dos criterios diversos: la intencionalidad de la conducta y la adquisición del control sobre el bien jurídico.

Por esta vía, y aludiendo al ya referido caso de quienes acuden a una gasolinera con la intención de asaltarla y ven frustradas sus intenciones cuando nadie acude a su llamado¹¹⁴², sostiene ZACZYK que si bien el llamar a una puerta ajena es un comportamiento normal, la valoración de esa misma conducta debe variar si se toma en cuenta que quien así se conduce sólo busca que le sea facilitada la entrada al inmueble con la intención de cometer un robo, pues en este caso se evidenciaría un empeoramiento material del bien jurídico¹¹⁴³. La tentativa comienza entonces para ZACZYK, cuando el autor da inicio a la realización de la acción típica, o cuando con su conducta "adquiere el control" sobre el bien jurídico agredido en una forma tal que consigue frente a él una posición de superioridad¹¹⁴⁴.

Lo primero que puede observarse en este planteamiento es la inconveniencia de recurrir a la valoración de la intencionalidad para determinar si un comportamiento es o no objetivamente reprochable, pues ello supone admitir que la usurpación de un ámbito de libertad ajeno depende básicamente de la intención con que el autor acompañe su conducta, lo que conduciría a la insostenible afirmación de que el médico que deseando la muerte de su enemigo le opera exitosamente aplicando con rigurosidad la *lex artis*, habría invadido arbitrariamente un ámbito de libertad ajeno, y por tanto debería responder como autor de una tentativa de homicidio.

Por otra parte, la referencia al momento en que el autor "adquiere el control" sobre el bien jurídico como el comienzo de la tentativa, supone la remisión a un criterio muy etéreo, que tampoco alcanza concreción alguna cuando se exige que el autor haya conseguido una posición de superioridad frente al bien jurídico atacado. Así, por ejemplo, en el referido caso de quienes pretendiendo asaltar una gasolinera se cubren con máscaras sus rostros y empuñando una

¹¹⁴¹ Cfr. Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., pág. 309.

¹¹⁴² Cfr. BGHSt 26, 201.

¹¹⁴³ Cfr. Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., pág. 236.

¹¹⁴⁴ Cfr. Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., págs. 311, 315 y 330.

pistola llaman a la puerta de una casa adyacente al establecimiento con la vana esperanza de que alguien les franquee el paso, resulta difícil sostener que los asaltantes obtuvieron en ese momento "el control sobre el bien jurídico" o que desde el instante en que tocaron a la puerta adquirieron una posición de superioridad frente a él, pues no habiendo nadie en el inmueble sus planes de forzar al empleado a entregar el dinero de la gasolinera estaban condenados de antemano al fracaso; sin embargo, pese a que los autores nunca estuvieron en posibilidad de influir directamente sobre el bien jurídico, ZACZYK considera que en este caso concreto los autores deben ser responsabilizados por una tentativa de robo¹¹⁴⁵, con lo que el concepto de "adquisición del control sobre el bien jurídico" se revela como extremadamente maleable.

De acuerdo con lo señalado en páginas precedentes, la trascendencia penal de un determinado comportamiento depende siempre de que éste haya producido un resultado (entendido en sentido valorativo y no meramente ontológico) que le pueda ser objetivamente imputable a su autor. En términos generales puede afirmarse entonces que una conducta que no constituya una indebida forma de ataque al bien jurídico no merece reproche penal, ni a título de delito consumado ni a través de la figura de la tentativa. En consecuencia una tentativa surgirá a la vida jurídica cuando desde una perspectiva *ex-ante* una conducta pueda ser externamente valorada no solo como creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado, sino como un indebido ataque al bien jurídico objeto de protección.

Afirmar genéricamente que la teoría de la imputación objetiva es el mecanismo adecuado para la configuración del injusto de la tentativa constituye ciertamente un paso significativo en la dirección correcta¹¹⁴⁶, pero que requiere aún de mayores precisiones, en especial debido a la falta de unidad conceptual que incluso hoy existe en torno de la elaboración misma de esta teoría. Como ya se ha señalado en otro lugar, a nivel doctrinal se encuentra ampliamente difundida la creencia de que la teoría de la imputación objetiva es

¹¹⁴⁵ Cfr. Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., pág. 236.

¹¹⁴⁶ También VEHLING considera que el comienzo de la tentativa puede ser determinado con ayuda de la teoría de la imputación objetiva. Cfr. Karl-Heinz VEHLING, *Die Abgrenzung...*, ed. cit., pág. XLIII.

propia de los delitos de resultado¹¹⁴⁷, y que sólo sobre este supuesto es factible entender que sus elementos sean la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la realización de ese riesgo en el resultado. A partir de esta concepción limitada de la imputación objetiva, no es extraño encontrar autores que sobre el supuesto de que en el delito consumado de resultado debe haber tanto un riesgo jurídicamente desaprobado como la realización de éste en el resultado, concluyen que la tentativa debe estar representada por la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que no se ha realizado en el resultado¹¹⁴⁸. De esta manera, se afirma que en las tentativas de los delitos de resultado (únicos donde según algunos funcionaría ésta teoría) la imputación objetiva estaría constituida por un solo elemento: la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado.

Esta tesis parece funcionar sin mayores inconvenientes en los casos más sencillos, como cuando una persona dispara contra su enemigo con la intención de darle muerte (creación de un riesgo jurídicamente desaprobado), consiguiendo tan sólo provocarle lesiones leves, o como en el evento de que alguien coloque veneno en la comida de su enemigo (riesgo jurídicamente desaprobado), quien finalmente fallece debido a un incendio que se desencadena en el hospital donde es atendido de sus dolencias. En ejemplos como estos, parecería que sólo está presente uno de los elementos de la imputación objetiva (el riesgo jurídicamente desaprobado) y sin embargo difícilmente podría desconocerse que quien despliega dichas conductas debe responder penalmente como autor de tentativas de homicidio.

Sin embargo, lo que en realidad ocurre en situaciones como las acabadas de describir es que la conducta generadora del riesgo jurídicamente desaprobado está dotada de un contenido valorativo tan fuerte que parecería ser suficiente para justificar la intervención del derecho penal, cuando en realidad no es así; si esas conductas merecen reproche penal es porque la creación del riesgo jurídicamente desaprobado (que no necesariamente supone el desconocimiento de preceptos penales) puede ser apreciada no solo como la simple infracción a las normas propias del ejercicio de un

¹¹⁴⁷ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, ADPCP 1992, ed. cit., pág. 964; Yesid REYES ALVARADO, Imputación objetiva, ed. cit., pág. 78.

¹¹⁴⁸ Cfr. por ejemplo, Margarita Martínez Escamilla, La imputación objetiva del resultado, editorial Edersa, Madrid, 1992, págs. 165 y 166.

determinado rol social, sino como una forma de ataque a un bien jurídico objeto de protección penal (realización del riesgo en el resultado); en otras palabras, porque esa conducta no solo ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, sino que además puede ser apreciada como quebrantadora de una norma penal.

La creación de un riesgo jurídicamente desaprobado no implica necesariamente la infracción de una norma penal, sino la inobservancia de directrices de conducta propias de un rol social; estas últimas pueden estar contenidas en leyes de naturaleza penal o extrapenal e incluso pueden formar parte de regulaciones extrajurídicas, como ocurre con la denominada *lex artis* en el ámbito de la medicina¹¹⁴⁹. Por eso quien conduce a exceso de velocidad por una transitada y céntrica vía de la ciudad, con la intención de llegar puntualmente al banco que quiere asaltar, habrá quebrantado con su conducta claras normas de circulación creando por tanto un riesgo jurídicamente desaprobado, sin que ello signifique que sea válido sostener que por ese sólo hecho se le debe considerar como autor de una tentativa de robo. De la misma manera, quien sin las autorizaciones legales correspondientes fabrica y conserva explosivos en su casa, con la intención de atentar posteriormente contra la vida de un alto funcionario del Estado, habrá quebrantado las normas que regulan la fabricación y tenencia de materiales explosivos creando con ello un riesgo jurídicamente desaprobado, pese a lo cual no resultaría correcto afirmar que por ese solo hecho debe responder penalmente como autor de una tentativa de homicidio. Quien en el garaje de su casa sobrecarga un vehículo con mercancía que pretende pasar a otro país sin el pago de los correspondientes derechos aduaneros, habrá quebrantado normas de circulación creando así un riesgo jurídicamente desaprobado, sin que ello baste para poderle considerar como responsable de una tentativa de contrabando¹¹⁵⁰.

En situaciones como las acabadas de describir, el sujeto ha creado riesgos jurídicamente desaprobados a través de actuaciones que suponen el desconocimiento de determinadas normas de comportamiento, y sin embargo no puede decirse que la sola presencia de ese riesgo es suficiente para considerarle penalmente

¹¹⁴⁹ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, Imputación objetiva, ed. cit., págs. 127 y 128.

¹¹⁵⁰ En este sentido, cfr. Karl-Heinz VEHLING, Die Abgrenzung..., ed. cit., pág. 128.

responsable del delito que pretendía cometer. Por el contrario, la conducción hacia el lugar donde el delito habrá de perpetrarse¹¹⁵¹, así como la obtención de los instrumentos necesarios para cometer el ilícito no pasan de ser simples actos preparatorios penalmente irrelevantes¹¹⁵², aun cuando puedan tener importancia para otros ámbitos de la vida jurídica, como el derecho de la circulación, el derecho civil, el mercantil, el administrativo, etcétera. En síntesis, la genérica afirmación de que para la existencia de una tentativa basta la simple creación de un riesgo jurídicamente desaprobado carece de validez general, dado que esa sola circunstancia no suele acarrear consigo el quebrantamiento de la vigencia de una norma penal.

Pero incluso prescindiendo de la idea de que la teoría de la imputación objetiva sólo es aplicable a delitos de resultado, y entendiéndola correctamente de una forma más amplia, en la que el resultado sea concebido como un perfecto quebrantamiento de la vigencia de la norma¹¹⁵³, las divergencias de criterios no desaparecen totalmente. JAKOBS, por ejemplo, considera que para una teoría general de la imputación objetiva bastaría la comprobación de la existencia de un riesgo jurídicamente desaprobado que constituiría por sí mismo el quebrantamiento de la norma, lo que le permite afirmar que la diferencia entre tentativa y consumación es meramente cuantitativa en cuanto el quebrantamiento de la norma es más fuerte en el delito consumado que en la tentativa¹¹⁵⁴. Esto supone admitir que la separación entre

¹¹⁵¹ Con razón señala VEHLING que es socialmente tolerable que las calles sean empleadas también por personas que se dirigen a cometer un delito; cfr. Karl-Heinz VEHLING, *Die Abgrenzung...*, ed. cit., pág. 156.

¹¹⁵² Ya MITTERMAIER había señalado, refiriéndose a la adquisición de los instrumentos como actuaciones preparatorias del delito, que la consecución de dichos instrumentos no es algo que haga solamente quien quiere perpetrar un delito, sino también quien posee intenciones conforme a derecho; cfr. Carl-Joseph-Anton MITTERMAIER, *NACR 2* [1818], ed. cit., págs. 605 y 606.

¹¹⁵³ Cfr. Günther JAKOBS, *Kaufmann-Gedächtnisschrift*, ed. cit., pág. 277; Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., § 25/15, pág. 270; Günther JAKOBS, *ZStW 104* [1992], ed. cit., pág. 83.

¹¹⁵⁴ Cfr. Günther JAKOBS, *JZ 1988*, ed. cit., pág. 519; Günther JAKOBS, *ZStW 104* [1992], ed. cit., pág. 83; Günther JAKOBS, *¿Cómo protege el derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma*, en "Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal, publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, traducción de Manuel Cancio Meliá, págs. 44 y 45, Günther JAKOBS, *El concepto...*, ed. cit., pág. 118, para quien la diferencia entre tentativa y consumación (constituyendo ambas un perfecto

ambas está marcada por la existencia de un resultado naturalístico que es el único factor adicional que permite la supuesta intensificación cuantitativa del quebrantamiento de la norma, conclusión ésta que resulta poco compatible con una concepción normativa del injusto como la sostenida por JAKOBS¹¹⁵⁵.

Según el planteamiento de JAKOBS, sólo hay creación de un riesgo jurídicamente desaprobado cuando la conducta sea contextualmente relevante para el derecho penal, de manera que a su juicio, la simple transgresión de los límites de velocidad por parte de quien se dirige presuroso a asaltar un banco no constituiría un riesgo jurídicamente desaprobado respecto del delito de robo, ni la fabricación de sustancias explosivas configuraría un riesgo jurídicamente desaprobado respecto del delito de homicidio, ni la indebida sobrecarga de un vehículo sería suficiente para considerar que existe un riesgo jurídicamente desaprobado respecto del delito de contrabando. Esa concepción tan amplia del riesgo desaprobado, que incluye dentro de sí la "relación de riesgo" de la conducta con un resultado penalmente relevante, es lo que le permite afirmar que la diferencia entre el delito consumado y la tentativa es meramente cuantitativa. Esto debería conducir a una pequeña pero importante modificación conceptual, pues si lo que interesa para la creación de un riesgo desaprobado es la trascendencia que él pueda tener desde el punto de vista del derecho penal, es decir su relación con un determinado resultado penalmente relevante, entonces no debería seguirse hablando de la creación de riesgos jurídicamente desaprobados como un elemento de la imputación objetiva, sino que debería hacerse referencia a la creación de riesgos penalmente relevantes como único componente de la imputación objetiva.

Si se admite que los presupuestos de una teoría de la imputación objetiva aplicable a toda clase de delitos (incluido el de tentativa) son la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado y la realización de ese riesgo en el resultado, se debería concluir que éste último está siempre representado por un quebrantamiento de la vigencia de la norma¹¹⁵⁶. En consecuencia existirá un riesgo

quebrantamiento de la norma) es puramente cuantitativa. En el mismo sentido se pronuncia Karl-Heinz VEHLING, *Die Abgrenzung...*, ed. cit., pág. 125.

¹¹⁵⁵ En este sentido, cfr. Marcelo A. SANCINETTI, *¿Fundamentación...*, ed. cit., pág. 22.

¹¹⁵⁶ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, *ADPCP 1992*, ed. cit., págs. 959 y siguientes; Yesid REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, ed. cit., págs. 72 y siguientes.

jurídicamente desaprobado cuando una persona se comporte de una forma diversa a como de él se espera en el ejercicio de una determinada actividad (o en la ejecución de un rol, si se prefiere la expresión), como cuando el cirujano emprende una delicada operación en estado de ebriedad, o como cuando a alguien se le dispara un arma de fuego mientras la limpia descuidadamente en un recinto habitado¹¹⁵⁷.

En casos como éstos, se habrán quebrantado ya determinadas normas, como las que indican el modo en que las intervenciones quirúrgicas deben ser llevadas a cabo, o las que señalan la forma cuidadosa en que las armas de fuego deben ser manipuladas o, ampliando aún más los ejemplos, como las que regulan la manera en que deben ser conducidos los vehículos automotores, o las que fijan el modo en que determinados productos industriales o alimenticios deben ser fabricados. Cada vez que una persona se comporta de una forma diversa a como de él se esperaba, esto es, cuando se aleja de su rol mediante el desconocimiento de una norma jurídica o extrajurídica (escrita o consuetudinaria), puede afirmarse que con su conducta ha quebrantado esa norma y por tanto ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado.

Ahora bien, para que esa conducta jurídicamente relevante se convierta además en penalmente trascendente, el riesgo desaprobado (que de por sí suele suponer la inobservancia de normas extrapenales) debe concretarse en la realización de un resultado entendido como perfecto quebrantamiento de la vigencia de una norma penal. En términos generales puede sostenerse que para que dicho resultado se produzca basta con que el autor manifieste a través de su conducta que para él no rige la norma, lo cual puede ocurrir de forma distinta, dependiendo de si se trata de disposiciones legales que recogen delitos de tentativa o de aquellas que describen otros que exigen la presencia de un determinado resultado naturalístico.

En consecuencia, tanto la norma que describe la tentativa de homicidio como la que recoge el mismo delito en grado de consumación se entenderán quebrantadas cuando a través de su conducta el autor comunique que no las respeta; la diferencia radica

¹¹⁵⁷ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, ed. cit., pág. 113 y siguientes.

únicamente en que, por decisión del legislador, la que sanciona el delito de homicidio consumado requiere para el quebrantamiento de su vigencia la existencia de un determinado resultado ontológico (la muerte de una persona), exigencia que en cambio no aparece en el artículo que sanciona la tentativa de homicidio, dado que para quebrantar su vigencia basta con que la conducta del autor pueda ser interpretada como una forma indebida de ataque al bien jurídico objeto de protección¹¹⁵⁸.

En ambos casos la consideración de la conducta como delictiva depende de que pueda ser valorada como una forma indebida de ataque al bien jurídico; dado que el derecho penal no protege en forma absoluta a los bienes jurídicos de toda clase de ataques, es importante que en un primer nivel de análisis se establezca si el comportamiento que lesiona o pone en peligro el interés jurídico forma parte del legítimo ejercicio de un rol social, porque en caso de ser así se estará en frente de una conducta comprendida dentro del concepto de riesgo permitido y, por consiguiente, ajena al interés del derecho penal, con absoluta independencia de si ella pone en peligro o efectivamente destruye bienes jurídicos; piénsese, por ejemplo, en los combates reglamentarios de boxeo, donde los contendientes buscan (y la mayoría de las veces consiguen) lesionar la integridad física de sus oponentes o incluso (con cada vez más frecuencia) darles muerte.

Pero ni en los delitos consumados ni en las tentativas basta que se cree un riesgo jurídicamente desaprobado, sino que es indispensable que éste se realice en un resultado entendido como quebrantamiento de la vigencia de una norma penal. La determinación de cuándo ocurre esto en los delitos consumados es relativamente sencilla, en cuanto el legislador suele exigir como condición indispensable para la infracción normativa el que se produzca un resultado ontológico¹¹⁵⁹, como la muerte de un ser humano en el homicidio o la apropiación de un bien mueble ajeno en el hurto. En estas hipótesis la realización del riesgo en el resultado requiere entonces, ante todo, verificar la presencia de la requerida modificación del mundo exterior y, seguidamente, la determinación de si ella puede

¹¹⁵⁸ Sobre el quebrantamiento de la vigencia de esas dos clases diversas de normas, cfr. supra 4.2.1.

¹¹⁵⁹ Pero no siempre, como lo evidencia la existencia de delitos "consumados" de peligro (abstracto y concreto) o de mera conducta en la parte especial de las codificaciones penales.

ser explicada a partir de la conducta creadora del riesgo jurídicamente desaprobado. Esta valoración de la conducta se hace desde una perspectiva *ex-post* porque sólo procede una vez verificada la existencia de la conducta creadora del riesgo jurídicamente desaprobado y la sobrevención del resultado exigido por la norma penal para su infracción, pero la conexión entre esos dos elementos debe estar basada sobre la noción de probabilidad y no de certeza¹¹⁶⁰.

Pero cuando se está en frente de un delito de tentativa, se tiene la particularidad de que el legislador no suele sancionar la producción de un resultado ontológico que encierra la lesión del bien jurídico, sino que reprime conductas susceptibles de ponerlo en peligro de forma inadecuada; esta última característica (lo indebido de la conducta en relación con la esperada en desarrollo de un determinado rol social) permite excluir siempre del ámbito de influencia del derecho penal las conductas que hagan parte del riesgo permitido. Por eso la valoración de cuándo un comportamiento constituye una tentativa punible exige recurrir a una perspectiva *ex-ante* que obliga a elaborar un juicio de pronóstico que permita establecer si esa conducta puede ser apreciada como un ataque al bien jurídico, lo que ocurrirá siempre que ella pueda ser valorada como apta para conseguir (en términos de probabilidad y no de certeza) la efectiva lesión del bien jurídico objeto de tutela. Si la respuesta es positiva, entonces el riesgo jurídicamente desaprobado se entenderá realizado en el resultado, en cuanto se habrá quebrantado la norma que prohíbe desplegar conductas que constituyan una forma indebida de ataque al bien jurídico protegido.

La tentativa existe (al igual que la consumación), cuando una actuación puede ser externamente interpretada como indebida forma de ataque a un bien jurídico. Esa valoración sólo procede respecto de comportamientos que abandonando el ámbito interno del autor¹¹⁶¹ invadan esferas de libertad ajenas¹¹⁶², que sean desplegados a partir

¹¹⁶⁰ Cfr. Supra 2.1.1.1.

¹¹⁶¹ Cfr. Günther JAKOBS, ZStW 97 [1985], ed. cit., págs. 756 y 762; Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/1a, pág. 704.

¹¹⁶² VEHLING busca precisar esta noción recurriendo a la teoría de la imputación objetiva, equiparando el concepto de riesgo permitido con aquello que pertenece al inviolable fuero interno del individuo; a su modo de ver, sólo aquello que transgrede el límite del riesgo jurídicamente tolerado podrá ser considerado como perteneciente al ámbito

de una correcta configuración de la realidad (de lo contrario se estará en presencia de una tentativa irreal o de un delito putativo) y que, además, estén en capacidad de comunicar externamente (no desde la perspectiva del autor) la infracción de una norma penal.

Dado que para apreciar una conducta como apta para destruir el bien jurídico es necesario que en el momento de su valoración se la pueda considerar como causalmente apta para la consecución futura de ese resultado (desde el punto de vista probabilístico), y en cuanto esa percepción se deriva del elevado grado de peligro que genera esa conducta, el comienzo de ejecución de la tentativa guarda relación con las antiguas concepciones objetivas de FEUERBACH¹¹⁶³ y VON HIPPEL¹¹⁶⁴. Pero, a diferencia de ellas, no hace depender el surgimiento de la tentativa solamente de la existencia de un peligro para el bien jurídico (que existe desde el nacimiento de la idea criminal) ni de la posibilidad de vincular causalmente una conducta a un hipotético resultado futuro (cuya aparición suele depender también de conductas que pueden ser parte del riesgo permitido).

Tampoco falta razón a quienes recomiendan el empleo de fórmulas de corte objetivo como aquella de considerar el surgimiento de la tentativa a partir de la existencia de actos inequívocamente dirigidos a la consecución del resultado; pero les hace falta puntualizar, como sí se hace desde una perspectiva normativa, que esa actuación debe constituir un riesgo jurídicamente desaprobado y que su inequívocidad debe ser entendida en el sentido de que puede ser externamente valorada como indebida forma de ataque al bien jurídico y, por tanto, como quebrantadora de las normas penales que prohíben esta clase de comportamientos. Incluso la referencia a la idoneidad de la conducta¹¹⁶⁵ puede ser correcta dentro de la búsqueda de una fórmula para precisar el comienzo de ejecución, siempre que se la entienda como referida a la capacidad que la

externo del individuo y por tanto como susceptible de análisis por parte del derecho penal. Cfr. Karl-Heinz VEHLING, *Die Abgrenzung...*, ed. cit., págs. 84 y 85.

¹¹⁶³ Cfr. supra 2.1.1.1.

¹¹⁶⁴ Cfr. supra 2.1.1.2.

¹¹⁶⁵ Como la empleada por el Código Penal colombiano, que en el inciso primero de su artículo 27 dispone: “El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada”.

conducta tiene desde una perspectiva *ex-ante* para lesionar el bien jurídico tutelado¹¹⁶⁶, y no como una forma de excluir la punibilidad de las impropriadamente denominadas tentativas inidóneas, que es como suele ser entendida dentro de la doctrina y jurisprudencia colombianas.

Como el dolo es indispensable para establecer la norma que con un determinado comportamiento se pretende quebrantar, tampoco se equivocan los partidarios de las concepciones subjetivas al hacer depender el comienzo de ejecución de la voluntad que orienta la actividad del autor; quien en una oscura y fría noche de invierno es visto intentando abrir con dificultad la puerta de una casa, con la cabeza enfundada en un pasamontañas, no podría ser tenido como autor de una tentativa de robo si se demuestra que cubría su rostro para protegerse del frío y que le costaba introducir la llave en la cerradura de su propia casa debido a la ingestión de algunas copas de más. La ausencia de dolo en quien de esa forma objetivamente sospechosa intenta entrar a lo que resultó ser su casa de habitación, excluye la existencia de una tentativa.

Pero a diferencia de lo que ocurre con las concepciones subjetivas, en las que el comienzo de ejecución depende de que el autor tome la decisión sobre el mismo (con la conocida fórmula del “vamos” que con tanta frecuencia se emplea en Alemania), desde una perspectiva normativa el inicio de la fase ejecutiva no depende de lo que el autor crea internamente, sino de lo que el desarrollo de su conducta comunique desde el punto de vista objetivo. Aun cuando quien sale de su casa hacia un banco situado a varios kilómetros con intención de robarlo puede haber dicho internamente “vamos” desde ese instante, su proceder (caminar hacia la entidad bancaria) no es valorado externamente como en sí mismo capaz de destruir el bien jurídico objeto de protección. La determinación de cuándo existe ese instante del “vamos”, que marca el momento en que una determinada actuación puede ser apreciada en sí misma como apta para lesionar el bien jurídico tutelado, no es tomada en una concepción normativa por el autor, sino que corresponde a una valoración externa del comportamiento, hecha a partir de lo que el mismo es capaz de

¹¹⁶⁶ Con esa finalidad se propuso en Italia hace muchos años el empleo de esa expresión y así fue propuesta por el comisionado Alfonso Reyes cuando se preparaba la redacción del Código Penal colombiano de 1980; cfr. supra 5.3.5.

comunicar y no solo a partir de lo que con él quiere transmitir quien así se comporta.

Situar el comienzo de ejecución en el momento en que, de acuerdo con el plan del autor, éste se dispone a realizar la acción típica como hace la legislación penal alemana al inclinarse por una tesis mixta, tampoco es en sí mismo equivocado. Es cierto que lo determinante es que la conducta pueda ser valorada como el inicio de la acción típica, porque equivale a sostener que se la interpreta como una forma indebida de ataque al bien jurídico, en cuanto desde una perspectiva *ex-ante* se muestra como capaz en sí misma de lesionarlo. Habría que precisar, sin embargo que la referencia al plan del autor no puede ser considerada en el sentido de que los actos ejecutivos empiezan cuando así lo considere subjetivamente quien despliega la conducta, sino cuando ésta pueda ser objetivamente interpretada de esa manera; la referencia al plan del autor podría ser entendida (no sin dificultad) en el sentido de que la existencia de una tentativa depende de que el autor se comporte de acuerdo con una representación correcta de la realidad (objeto del dolo), pues en caso contrario lo que surgiría a la vida jurídica es una tentativa irreal o un delito putativo.

Puesto que la determinación de cuándo surge a la vida jurídica la tentativa se hace siempre desde un punto de vista externo (no desde la perspectiva del autor) tampoco yerran los adeptos a la teoría de la impresión cuando circunscriben el comienzo de ejecución a la conmoción social que genere la actuación del autor. La diferencia con una concepción normativa consiste en que ésta última precisa que la impresión que debe servir de fundamento para marcar el inicio de la ejecución de un delito debe provenir de una conducta que pueda ser apreciada como creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado y no debe consistir solamente en una desaprobación cualquiera de la misma (impresión en términos generales), sino que se debe derivar de la comprensión de la conducta como indebida forma de ataque a bien jurídico, es decir, como apta en sí misma para la destrucción del bien jurídico objeto de protección.

En síntesis, una concepción normativa va un poco más lejos que todas estas tesis, porque plantea que la existencia de la tentativa se determine de la misma forma que cualquier otro delito, esto es, a partir de un juicio de imputación objetiva; porque a partir de ella no

solo establece un primer filtro con la figura de la creación del riesgo jurídicamente desaprobado, sino que adicionalmente incorpora la valoración *ex-ante* de la conducta sobre criterios probabilísticos dentro de la realización del riesgo en el resultado; porque deja atrás un entendimiento puramente ontológico del resultado para apreciarlo desde un punto de vista valorativo como quebrantamiento de la vigencia de una norma penal; porque propone que esa infracción normativa sea apreciada desde un punto de vista externo, con base en lo que el comportamiento analizado sea capaz de comunicar a partir de una determinada configuración de la realidad por parte del autor y de la orientación que a partir de ella le da a la conducta.

Por consiguiente, para determinar si se está o no frente a un delito de tentativa, es preciso proceder de la misma forma que respecto de los consumados, esto es, analizando ante todo si el autor ha creado con su conducta un riesgo jurídicamente desaprobado para, en caso afirmativo, indagar si él se ha concretado o no en el resultado, entendido éste como perfecto quebrantamiento de la vigencia de una norma penal. Como ya se ha indicado, esto significa que quien conduce a exceso de velocidad para llegar oportunamente al banco que desea asaltar, quebranta normas de circulación y crea por tanto un riesgo jurídicamente desaprobado, así como quien sin facultad legal para ello fabrica explosivos en su casa para atentar posteriormente contra un alto funcionario del Estado, se comporta de una forma diversa a como de él se esperaba y crea por tanto un riesgo jurídicamente desaprobado.

Desde luego, la consideración de si una conducta está o no dentro del riesgo permitido debe ser valorada de acuerdo con el contexto en que ésta se desarrolla y teniendo en cuenta las expectativas de comportamiento que de cada persona se posean en esa situación concreta. Eso explica que la conducta de quien dentro de una joyería introduce su mano en la vitrina donde se exponen valiosos relojes deba ser diversamente interpretada, dependiendo de si quien la lleva a cabo es un empleado del establecimiento en ejercicio de las funciones que como tal le corresponden, o de si es un extraño quien de forma subrepticia lo hace, pues sólo en este último caso podrá hablarse un riesgo jurídicamente desaprobado, en cuanto el sujeto se comporta de una forma distinta a como de él se esperaba (de un "cliente" no se espera que introduzca subrepticamente su mano dentro de los escaparates donde se exponen las joyas). La conducta

de la empleada de la joyería debe considerarse parte del riesgo permitido, salvo que dentro de sus funciones no esté la de entrar en contacto con la mercancía del establecimiento, o salvo que desarrolle su conducta en horas o circunstancias diversas de aquellas en las que le estaba permitido hacerlo, pues en esos casos se habrá comportado de una forma diversa a como debería hacerlo de acuerdo con sus funciones, creando por consiguiente un riesgo jurídicamente desaprobado¹¹⁶⁷.

En el antiguo caso de la jurisprudencia alemana, donde un grupo de sujetos se apostó cerca de una estación del tranvía para aguardar la llegada del mensajero de un banco al que pretendían asaltar, y cada vez que veían acercarse un tranvía ponían el motor de su vehículo en marcha y tomaban un puñado de pimienta para lanzar sobre los ojos de la víctima que finalmente no apareció¹¹⁶⁸, debe admitirse que la conducta de quienes así actuaron no supone la defraudación de ninguna expectativa social de comportamiento, puesto que nada les impedía portar pimienta en sus manos ni colocar el motor de un vehículo en marcha en una calle destinada a la circulación pública de automotores¹¹⁶⁹. Esto significa que la actuación de dichos sujetos no constituyó un riesgo jurídicamente desaprobado y por tanto no debería haberseles condenado como autores de un delito de tentativa de robo, como equivocadamente lo hizo el Tribunal Supremo alemán¹¹⁷⁰.

Por el contrario, quienes enmascarados y portando una pistola en su mano llamaron a la puerta del empleado de una estación de gasolina con la intención de asaltarla¹¹⁷¹, se comportaron de una forma diversa a como de ellos se esperaba, y por tanto crearon con su conducta un riesgo jurídicamente desaprobado, pues de los "clientes" de una gasolinera no se espera que soliciten la venta de combustible portando máscaras que les cubren totalmente el rostro y empuñando en sus manos armas de fuego. Distinta hubiera sido la situación si la misma acción se hubiese producido en el transcurso de un carnaval o de una fiesta de disfraces organizada por los empleados o vecinos de

¹¹⁶⁷ Cfr. Karl-Heinz VEHLING, *Die Abgrenzung...*, ed. cit., págs. 136 y 137.

¹¹⁶⁸ Cfr. NJW 1952, ed. cit., pág. 514.

¹¹⁶⁹ En este sentido, cfr. Karl-Heinz VEHLING, *Die Abgrenzung...*, ed. cit., pág. 147.

¹¹⁷⁰ Cfr. NJW 1952, ed. cit., pág. 515.

¹¹⁷¹ Cfr. BGHSt 26, 201.

la gasolinera, puesto que entonces el portar máscaras y armas podría ser perfectamente entendido como una conducta propia de quien participa en un carnaval o en una fiesta de disfraces, no pudiendo entonces ser calificada por sí misma como una conducta generadora de un riesgo jurídicamente desaprobado¹¹⁷².

Si este primer análisis de la conducta demuestra que el autor ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, todavía deberá examinarse si él se ha realizado o no en el resultado, es decir, si mediante él se ha quebrantado o no la norma que sanciona la tentativa, pues sólo en caso positivo se le podrá considerar como responsable de ese delito¹¹⁷³. Esto significa que sólo podrá hablarse de la existencia de una tentativa cuando con el riesgo jurídicamente desaprobado se evidencie que el autor se niega a reconocer la vigencia de una norma penal concreta¹¹⁷⁴; y esto ocurre cuando la conducta desplegada puede ser apreciada *ex-ante* como apta en sí misma (desde un punto de vista probabilístico) para lesionar el bien jurídico que a través de la norma se busca proteger.

Por eso la conducción a exceso de velocidad con el objeto de llegar oportunamente al banco que se quiere asaltar no puede ser considerada como una tentativa de robo, ya que el riesgo jurídicamente desaprobado (conducción contraria a las normas de tráfico) no evidencia en modo alguno que el autor se niegue a reconocer la vigencia de la norma que le prohíbe atentar contra el patrimonio económico ajeno¹¹⁷⁵, así como tampoco la actuación de quien clandestinamente fabrica explosivos en su casa con la

¹¹⁷² Cfr. Karl-Heinz VEHLING, Die Abgrenzung..., ed. cit., pág. 149.

¹¹⁷³ Con razón anota VEHLING que para la fundamentación del injusto de tentativa no basta sólo la creación de un riesgo desaprobado. El que un comportamiento fundamente el injusto de tentativa —continúa este autor— depende además de que, a partir del contexto en que se desarrolla ese comportamiento socialmente inadecuado, surja una específica relación con el resultado pretendido. En otras palabras, concluye VEHLING, para la determinación del injusto de tentativa debe también preguntarse si el comportamiento inadecuado a los roles está en una relación de riesgo con el delito pretendido. Cfr. Karl-Heinz VEHLING, Die Abgrenzung..., ed. cit., págs. 127 y 128.

¹¹⁷⁴ Cfr. Karl-Heinz VEHLING, Die Abgrenzung..., ed. cit., págs. 141 y 171, para quien hay tentativa cuando el autor crea un riesgo jurídicamente desaprobado con su comportamiento inadecuado a los roles, y ese riesgo jurídicamente inadecuado indica la realización típica.

¹¹⁷⁵ Cfr. Karl-Heinz VEHLING, Die Abgrenzung..., ed. cit., pág. 128, para quien en este caso falta la relación de riesgo exigida para la fundamentación del injusto de tentativa.

intención de atentar luego contra un alto funcionario del Estado puede ser entendida como tentativa de homicidio, pues con el riesgo jurídicamente desaprobado que se ha creado (ilícita fabricación de explosivos) no se evidencia de ninguna manera la negativa a respetar la norma que le prohíbe atentar contra la integridad física de los seres humanos. En otras palabras, conductas como estas no deberán ser sancionadas a título de tentativa, puesto que pese a haber creado un riesgo jurídicamente desaprobado, éste no se ha realizado en un resultado concebido como quebrantamiento de la vigencia de la norma penal respectiva (la que regule en cada caso la tentativa).

En ninguno de estos dos ejemplos se puede decir que la valoración social de la conducta indique que esos comportamientos (conducción de automotores en contra de las normas de tránsito y fabricación clandestina de explosivos) son en sí mismos aptos para destruir los bienes jurídicos objeto de protección (patrimonio económico y vida respectivamente), en cuanto su ejecución no puede apreciarse como directamente encaminada a lesionarlos y probabilísticamente apropiada para conseguirlo. Por consiguiente, aun cuando podrían ser tenidos como creadores de riesgos jurídicamente desaprobados, no constituirían una tentativa porque los mismos no se pueden valorar como realizados en el resultado.

Por el contrario, si quien ilegalmente fabrica un explosivo lo hace debajo del escenario donde poco tiempo después deberá pronunciar su discurso un alto funcionario del Estado, no sólo habrá generado con su conducta un riesgo jurídicamente desaprobado (fabricación y tenencia ilegítima de explosivos) sino que además, con ello habrá evidenciado que no respeta la vigencia de la norma que le prohíbe atentar contra la integridad física de sus semejantes. Así mismo, quien conduce a exceso de velocidad directamente contra quien se encuentra sobre la calzada y a pocos metros del vehículo, no sólo habrá creado un riesgo jurídicamente desaprobado (infracción de las normas de tránsito correspondientes), sino que además habrá revelado con su conducta que no reconoce la vigencia de la norma que le prohíbe atentar contra la vida de sus semejantes, y por consiguiente deberá ser considerado como autor de una tentativa de homicidio¹¹⁷⁶. De la misma manera, quien acude a una gasolinera

¹¹⁷⁶ Para VEHLING, no es lo mismo que el asesino se dirija a exceso de velocidad hacia el lugar donde habrá de encontrar a su víctima, a que la víctima esté en la calle por donde el

con su rostro cubierto por una máscara y portando en su mano un arma de fuego¹¹⁷⁷, no sólo se comporta de una forma diversa a como de cualquier cliente se espera y crea por tanto un riesgo jurídicamente desaprobado, sino que además manifiesta con su conducta que no respeta la vigencia de la norma que le prohíbe atentar contra el patrimonio económico ajeno, de tal manera que deberá considerársele como autor de una tentativa de robo.

En todos estos casos la conducta del autor no es apreciada únicamente como una indebida ejecución de roles (creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado), sino también como quebrantadora de la norma que prohíbe una indebida forma de ataque a un bien jurídico (realización de riesgo en el resultado), en cuanto su ejecución luce como probabilísticamente apta en sí misma para lesionarlo. Por eso merecen reproche a título de tentativa.

Cuando alguien vierte una poderosa dosis de veneno en la bebida que su pareja acostumbra a tomar, y se dispone a aguardar días hasta que ella regrese al hogar común y la ingiera, no transmite la sensación de haber desplegado un comportamiento orientado a afectar un bien jurídico que, adicionalmente, pueda ser valorado en sí mismo como peligroso en el sentido de ser probabilísticamente apto para la afectación del bien jurídico vida. La situación variaría si después de agregado el veneno a la bebida, el autor abandona el sitio común de residencia con la esperanza de que su pareja lo encuentre a su regreso, lo tome y fallezca. Esa actitud sí puede ser ya interpretada como encaminada a ocasionar un daño al bien jurídico y como claramente peligrosa para el mismo, en cuanto permite ver un talante de desprecio hacia la norma que protege la vida; este comportamiento denota que quien lo despliega no siente que la norma que sanciona el delito de homicidio le vincule a él y que actúa con claro desdén hacia la misma.

Si bien es verdad que quien así se comporta dispondría todavía de mucho tiempo para corregir su actuación (por ejemplo, regresando a casa y vertiendo en el fregadero el contenido del recipiente envenenado, o llamando a su pareja para advertirle de la situación), ello no hace desaparecer la valoración negativa que se ha dado a su

asesino avanza a exceso de velocidad, con la clara pretensión de arrollarle. Cfr. Karl-Heinz VEHLING, *Die Abgrenzung...*, ed. cit., pág. 139.

¹¹⁷⁷ Cfr. BGHSt 26, 201.

conducta y que permite considerarla como una tentativa; para lo que puede servir ese cambio ulterior de actitud del autor, es para eximirle de responsabilidad, pero no por inexistencia de una tentativa, sino por la aparición de una figura diversa como es la del desistimiento.

CAPÍTULO SEIS

6. Punibilidad de la tentativa.-

Una vez expuestos los fundamentos de la punibilidad de la tentativa y analizados los elementos de la imputación objetiva cuya conjunción posibilita el surgimiento del delito de tentativa, conviene abordar el problema de la magnitud de la pena que le corresponde, en relación con la prevista para los delitos consumados¹¹⁷⁸. Las alternativas que en este punto se presentan no atañen tan solo a la radical elección entre una sanción idéntica para tentativas y consumaciones, y una menor punibilidad de aquellas frente a éstas, pues tampoco dentro de quienes defienden este segundo sistema reina absoluta unidad de criterios.

Por el contrario, al lado de sistemas legales como el que a partir de una identidad general de la duración de las penas permite disminuir en concreto la dimensión de la sanción de las tentativas mediante la creación de una causa específica de atenuación punitiva, existen codificaciones penales que asignan directamente una pena menor a la tentativa. Y aun dentro de este último esquema es todavía posible encontrar quienes propugnan porque esa atenuación de la pena sea obligatoria, mientras otros se inclinan porque ella mantenga un carácter meramente facultativo¹¹⁷⁹. No sobra precisar que la decisión que se tome en torno del alcance de la punibilidad de la tentativa suele estar íntimamente ligada a la concepción misma que del fundamento de su punibilidad se tenga, pues mientras aquellos que vean en la intención delictiva exteriorizada la razón de ser de su castigo deberían propugnar por sancionar igualmente al delito consumado y a las tentativas (pues en ambos la manifestación de la voluntad criminal es idéntica), quienes ven en la protección de la incolumidad de los bienes jurídicos la base del castigo de las tentativas, deberían optar por sancionar a éstas más levemente, en atención a que el bien jurídico no ha sido destruido (como en el delito consumado) sino tan solo puesto en peligro¹¹⁸⁰.

¹¹⁷⁸ Este es, por lo demás, el orden sistemático con el que ZACHARIA abordó uno de los más antiguos estudios sobre el delito de tentativa; cfr. Heinrich-Albert ZACHARIA, *Die Lehre...*, zweiter Theil ed. cit., pág. 50.

¹¹⁷⁹ Cfr. Hans-Heinrich JESCHECK, *ZStW* 99 [1987], ed. cit., págs. 113 y 114.

¹¹⁸⁰ Cfr. Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, *Lehrbuch*, ed. cit., § 40/180, pág. 52.

6.1. Igual punibilidad que para el delito consumado.-

Pero pese a que desde un punto de vista meramente teórico pudiera ser cierto que la defensa de una concepción estrictamente subjetiva de la tentativa (de acuerdo con la cual lo reprochable penalmente es la objetivación de una intención delictiva), debería conducir de forma necesaria a punir de la misma manera tanto al delito consumado como a la tentativa, lo evidente es que una conclusión tan categórica como esa no encuentra actualmente respaldo alguno. Esa vacilación al momento de recomendar una pena uniforme para delitos de tentativa y consumados puede encontrarse ya en las consideraciones de PLATÓN, quien como regla general sostenía que al autor de una tentativa de homicidio debería tratársele "sin ningún mayor miramiento que a aquel que realmente ha matado" y por consiguiente "ha de sometérselo a proceso por homicidio". No obstante lo anterior, a continuación escribió PLATÓN que "respetando su suerte, no del todo mala, y al genio que, compadecido de él y del herido, se hizo protector de ambos para que al uno no le resultase la lesión incurable ni al otro maldito el azar de su crimen, en gracias a ese genio y cumpliendo su voluntad, se ha de perdonar al heridor y trasladarlo de por vida a alguna ciudad limítrofe donde se le dejará disfrutar de todos sus bienes"¹¹⁸¹.

Mediante este razonamiento, se abandona la equiparación previa que de los homicidios en sus manifestaciones de tentativa y consumación se había hecho, para recomendar una pena notoriamente inferior en favor del autor del delito no consumado¹¹⁸². Pero, con todo, cuando esa tentativa de homicidio fuera dirigida por un esclavo contra su amo, por el hijo contra su padre, por el hermano contra su hermano o por el esposo(a) contra su esposa(o), entonces PLATÓN endurecía nuevamente su postura y recomendaba la aplicación de la pena de muerte, es decir, se tornaba partidario de imponer una pena idéntica a la que hubiera correspondido al autor en caso de que el delito se hubiese consumado¹¹⁸³.

¹¹⁸¹ Cfr. PLATÓN, *Las Leyes*, ed. cit., pág. 135.

¹¹⁸² Cfr. PLATÓN, *Las Leyes*, ed. cit., pág. 135.

¹¹⁸³ Cfr. PLATÓN, *Las Leyes*, ed. cit. pág. 136.

Como una posición también mixta puede catalogarse actualmente la de SCHMIDHÄUSER, para quien desde el punto de vista de la reprochabilidad no hay ninguna diferencia entre quien dispara contra su víctima con la intención de matarla y falla, y quien con la misma finalidad logra dar muerte al agredido. Para SCHMIDHÄUSER, bajo esta perspectiva el resultado es simple casualidad y por tanto su presencia en nada altera la punibilidad de la conducta¹¹⁸⁴. No obstante este postulado general, el propio autor admite que hay otras situaciones de hecho en las que la tentativa merece una pena inferior a la prevista para el delito consumado, como cuando la consumación de éste requiere de una energía delictiva adicional; así, por ejemplo, agrega SCHMIDHÄUSER, el ladrón que ha penetrado ya en una habitación ajena para robar, necesita desplegar energía delictiva adicional para encontrar el botín y apoderarse de él, de tal manera que si es sorprendido en ese estadio de tentativa no merece la misma pena que el autor del delito consumado, sino tan solo una inferior, equivalente al menor grado de energía delictiva desarrollado¹¹⁸⁵.

Más frecuente es encontrar actualmente seguidores de una concepción subjetiva de la tentativa que abogan por una menor punibilidad de la tentativa inacabada respecto del delito consumado, pero sostienen que éste y la tentativa acabada deben recibir la misma sanción, tesis ésta que se abordará en el acápite siguiente, en atención a que establece una diferencia punitiva entre la consumación y una de las dos formas de manifestación que de la tentativa suele reconocer la doctrina mayoritaria. En consecuencia, si bien sigue habiendo partidarios de teorías mixtas en torno a la magnitud de la pena que debe recibir el autor de una tentativa, hace tiempo que parecen haber desaparecido los defensores a ultranza de una pena idéntica para las tentativas y los delitos consumados, a los cuales se enfrentó ya ZACHARIA afirmando que con ello se contradecían incluso los fundamentos de una imputación puramente moral, ya que al fijar igual sanción para las dos expresiones delictivas sobre el supuesto de que en la tentativa la consumación era posible o incluso probable, se estaría sancionando el hecho como si hubiera sido consumado¹¹⁸⁶.

¹¹⁸⁴ Cfr. Eberhard SCHMIDHÄUSER, Lehrbuch, ed. cit., §15/20, pág. 595.

¹¹⁸⁵ Cfr. Eberhard SCHMIDHÄUSER, Lehrbuch, ed. cit., §15/20, pág. 595.

¹¹⁸⁶ Cfr. Heinrich-Albert ZACHARIA, Die Lehre..., zweiter Theil, ed. cit., págs. 58 y 59. También KÖSTLIN habría de apuntar, años más tarde, que si se puniten igual la tentativa y la consumación, o se confunden los reproches jurídico y moral, o se confunde lo jurídico con lo policivo; cfr. Christian-Reinhold KÖSTLIN, System..., ed. cit., pág. 247.

6.2. Menor punibilidad que para el delito consumado.-

Si bien la doctrina parece haberse decantado mayoritariamente por la recomendación de una menor punibilidad de la tentativa frente al delito consumado, las diversas razones que suelen argumentarse en favor de esta solución siguen siendo materia de arduas discusiones, y pueden derivarse de complejas elucubraciones de política criminal o de otras tan aparentemente simples como aquella según la cual así como no todos los delitos tienen prevista la misma sanción, tampoco las tentativas tienen por qué ser punidas de la misma forma que los delitos consumados¹¹⁸⁷. Así, por ejemplo, aunque WELZEL, consideraba que la tentativa denota una menor fuerza delictiva y por ello se hace merecedora de un tratamiento punitivo más benigno¹¹⁸⁸, cabe sostener en su contra que un autor muy temeroso puede tener planeado abandonar la ejecución delictiva al menor obstáculo y, pese a ello, llegar a consumir el delito ante una eventual ausencia de dificultades¹¹⁸⁹. En casos como este, el autor habrá demostrado con su inseguridad inicial la escasa fuerza de su intención, y sin embargo no resultaría correcto sancionarle con una pena menor a la del delito efectivamente consumado por él.

Mucho más antigua es la idea de BECCARIA en el sentido de que la tentativa debería ser castigada de forma más benigna para poder dejar abierta al autor una posibilidad de arrepentimiento¹¹⁹⁰, a lo cual se ha replicado que esa vía de escape está ya legalmente consagrada a través de la figura del desistimiento, sin que para ello haga falta reducir la pena imponible por concepto de tentativa. Pese a la aparente validez de esta objeción, no puede desconocerse que durante el desarrollo de la conducta delictiva es probable que el autor no sea consciente de los beneficios legales que el desistimiento acarrea consigo, o que, sabiéndolo, tenga dudas sobre si habrá

¹¹⁸⁷ En este último sentido cfr. Heinrich-Albert ZACHARIA, *Die Lehre...*, zweiter Theil, ed. cit., pág. 51.

¹¹⁸⁸ Cfr. Hans WELZEL, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 189.

¹¹⁸⁹ Cfr. STRATENWERTH Günter, *Die fakultative Strafmilderung beim Versuch*, in *Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1963*, Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1963, págs. 252 y 253.

¹¹⁹⁰ Cfr. Cesare BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Giuffrè Editore, Milano, 1964, Cap. 14, pág. 51. En el mismo sentido se pronunció años más tarde Heinrich-Albert ZACHARIA, *Die Lehre...*, zweiter Theil, ed. cit., págs. 62 y 63.

llenado o no a cabalidad los requisitos legalmente impetrados para su reconocimiento, o que, por último, esté plenamente convencido, con razón, de que en su favor no concurren todos los presupuestos necesarios para el reconocimiento de un desistimiento excluyente de pena. En todas estas hipótesis, si el autor de la conducta fuese además consciente de que habiendo incurrido en una tentativa ya se ha hecho merecedor de una sanción igual a la que le correspondería en caso de consumarse el delito, es muy probable que decida llevar su actuación hasta las últimas consecuencias, pues permanecer en el estadio de tentativa no le reportaría ningún beneficio punitivo, mientras en casos como el del homicidio la consumación podría servirle para eliminar un incómodo testigo¹¹⁹¹.

Como los partidarios de una concepción objetiva tradicional de la tentativa ven en la peligrosidad el fundamento de su punibilidad, no afrontan mayores problemas para sustentar la necesidad de sancionar más levemente la tentativa, en cuanto este tratamiento preferencial estaría justificado por la menor peligrosidad que comporta un delito no consumado respecto de la incolumidad del bien jurídico tutelado. Conforme a este razonamiento, la tentativa debe recibir una sanción menor porque la peligrosidad de una conducta es mucho mayor cuando con ella se consigue efectivamente la lesión del bien jurídico protegido que cuando tan solo se lo pone en peligro¹¹⁹²; en similar sentido se pronunciaba CARRARA al advertir que como "el riesgo, por grande que sea, no iguala en gravedad al mal efectivamente realizado, piden de consuno la lógica y la justicia que la tentativa, aun llevada a su último límite, no sea imputable como equivalente al delito consumado"¹¹⁹³.

A partir de esta premisa general, los defensores de esta teoría objetiva pueden afirmar seguidamente que la tentativa inacabada merece una pena inferior a la que le correspondería a la acabada, pues en aquella la conducta del autor es menos peligrosa en cuanto

¹¹⁹¹ Cfr. Heinrich-Albert ZACHARIA, *Die Lehre...*, zweiter Theil, ed. cit., págs. 63 y 64.

¹¹⁹² Cfr. Peter ALBRECHT, *Der untaugliche...*, ed. cit., págs. 87, 88 y 107; Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 476, en cuanto consideran que en la tentativa la lesión del derecho es menos fuerte que en el delito consumado; Miguel CÓRDOBA ANGULO, *La tentativa*, ed. cit., págs. 84 y 85; Luis JIMENEZ DE ASUA, *Tratado...*, ed. cit., pág. 618; Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal*, ed. cit., §13/9, pág. 345; Günter STRATENWERTH, *Schweizerische Juristentag-Festgabe*, ed. cit., pág. 264.

¹¹⁹³ Cfr. Francisco CARRARA, *Teoría...*, ed. cit., pág. 8.

está más alejada de la producción de un daño al bien jurídico protegido¹¹⁹⁴. Y, de manera similar, sostienen que la tentativa inidónea debe recibir una pena inferior a la prevista para la idónea, puesto que en aquella el peligro corrido por el bien jurídico es considerablemente menor que aquel al cual se ve expuesto en frente de una conducta idónea para la generación del resultado¹¹⁹⁵. En síntesis, para quienes defienden la peligrosidad de la conducta como el fundamento de la punibilidad de la tentativa, el peligro nace con la aparición de la intención delictiva y crece paulatinamente en tanto la conducta se acerca a la consumación, de tal manera que a partir del comienzo de la tentativa su punibilidad deberá ir creciendo a medida que con la conducta se aproxima el autor al momento de la efectiva lesión al bien jurídico tutelado¹¹⁹⁶.

Desde la óptica subjetiva, que ve en la intención delictiva objetivada la razón de ser del fundamento de la punibilidad de la tentativa, el desvalor de acción constituye el eje central del injusto, pero no por ello obliga a equiparar punitivamente al delito consumado con la tentativa. A esta conclusión se arriba, bien sea admitiendo que el desvalor de resultado no carece por completo de importancia en la configuración del injusto¹¹⁹⁷, bien sea cuantificando la magnitud del desvalor de acción. Conforme a esta última perspectiva, existe una diferencia entre las tentativas acabada e inacabada, pues mientras en la primera de ellas la sobrevenida del resultado ya no depende en absoluto del autor sino tan solo de la mera casualidad, en la tentativa inacabada la generación del resultado está todavía en manos del autor. Por eso el desvalor de acción estaría ya completo en la tentativa acabada, y ameritaría por tanto sancionarla con la misma

¹¹⁹⁴ Cfr. Elena FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, ed. cit., págs. 490 y 491; Christian-Reinhold KÖSTLIN, *System...*, ed. cit., pág. 248; Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal*, ed. cit., §13/21, pág. 346 y §13/62, pág. 357, invocando la normativa española.

¹¹⁹⁵ Cfr. Peter ALBRECHT, *Der untaugliche...*, ed. cit., pág. 64, 88 y 107; Wolfgang FRISCH, *Die Strafrahmenermilderung beim Versuch*, in *Festschrift für Günter Spindel*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1992, pág. 394; Christian-Reinhold KÖSTLIN, *System...*, ed. cit., pág. 248; Günter STRATENWERTH, *Schweizerische Juristentag-Festgabe*, ed. cit., pág. 266.

¹¹⁹⁶ Cfr. Francisco CARRARA, *Teoría...*, ed. cit., pág. 94; Christian-Reinhold KÖSTLIN, *Neue Revision...*, ed. cit., pág. 410; Christian-Reinhold KÖSTLIN, *System...*, ed. cit., págs. 245, 246 y 248; Heinrich-Albert ZACHARIA, *Die Lehre...*, zweiter Theil, ed. cit. págs. 54, 55, 62, 63 y 81.

¹¹⁹⁷ Cfr. Günter STRATENWERTH, *Schweizerischen Juristentag-Festgabe*, ed. cit., págs. 256 y 257.

dureza que el delito consumado¹¹⁹⁸. Y de otro lado, como según esta tesis en la tentativa inacabada la aparición del resultado sigue estando en manos del autor, se considera que el desvalor de acción está incompleto y por tanto se recomienda su menor punibilidad en relación con el delito consumado¹¹⁹⁹.

Para los defensores de la teoría de la impresión, la aplicación de una pena inferior en la tentativa respecto de la prevista para la consumación obedece a que la comunidad social se siente menos perturbada con un hecho que ha llevado peligro al bien jurídico que con aquel que efectivamente ha obtenido un resultado lesivo¹²⁰⁰; esta argumentación debería conducir también a sostener que la tentativa acabada debería ser punida en mayor medida que la inacabada, pues también aquí sería factible sostener que la comunidad social se siente más impresionada a medida que el autor de un comportamiento delictivo ha estado más cerca de conseguir la realización del plan que se había propuesto¹²⁰¹.

Aparte de las consideraciones críticas que a cada una de estas tesis pueden formularse desde el punto de vista del fundamento de la punibilidad de la tentativa¹²⁰², conviene destacar que en todas ellas

¹¹⁹⁸ Cfr. Armin KAUFMANN, ZStW 80 [1968], ed. cit., pág. 51, quien afirma que es difícil entender que el tamaño de la culpabilidad dependa de la habilidad del médico que atiende al herido. ¿Cómo explicar, se pregunta este autor, que cuando seis meses después del atentado la víctima fallece, la culpabilidad crece mientras la víctima yace en la cama?; Armin KAUFMANN, Welzel-Festschrift, ed. cit., pág. 403, insistiendo aquí en que no hay razón para que el desvalor de acción y la culpabilidad crezcan cuando mucho tiempo después del atentado, y conforme al plan del autor, la víctima fallece en una clínica a causa de las heridas recibidas.

¹¹⁹⁹ Cfr. Armin KAUFMANN, ZStW 80 [1968], ed. cit., págs. 51 y 52; Armin KAUFMANN, Welzel-Festschrift, ed. cit. pág. 404; Diethart ZIELINSKI, Handlung-..., ed. cit., pág. 217.

¹²⁰⁰ Cfr. Heiner ALWART, Strafwürdiges..., ed. cit., pág. 243; Paul BOCKELMANN/Klaus VOLK, Lehrbuch, ed. cit., pág. 206, en cuanto sostienen que no sólo para el profano, sino para el jurista, marca una diferencia el que haya o no haya pasado nada; Elena FARRÉ TREPAT, La tentativa..., ed. cit. págs. 491 y 492.

¹²⁰¹ En este sentido se pronuncia BÜNGER, ZStW 6 [1886], ed. cit., pág. 363, quien con razón es considerado como uno de los primeros autores en defender la teoría de la impresión. También FARRÉ TREPAT, luego de sostener que en la tentativa la comunidad se siente menos impresionada que frente a la consumación, anota que se trata de manifestaciones delictivas que en principio deben ser penadas de forma diversa, salvo en ocasiones excepcionales, en las que sería aconsejable una pena idéntica para ellas; cfr. Elena FARRÉ TREPAT, La tentativa..., ed. cit., pág. 492.

¹²⁰² Cfr. supra 2.1.1, 2.1.2 y 2.2.2.

subyace una razón común para explicar la menor punibilidad de la tentativa frente al delito consumado. Ese punto de partida que comparten por igual los defensores de estas diversas teorías, y que sin embargo no suele ser expresamente reconocido por ellas como la razón de ser del tratamiento más benigno de la tentativa, es la consideración de que ella es un delito incompleto o, para emplear la fórmula de mayor aceptación doctrinal, un delito completo en su parte subjetiva pero incompleto en su aspecto objetivo. Si se admite esta noción de la tentativa, como lo hace la doctrina ampliamente mayoritaria, no resulta difícil colegir que la pena de la tentativa debe ser inferior a la prevista para el delito consumado, pues si aquella es solo una parte de éste, si a la tentativa le falta un elemento objetivo para ser igual al delito consumado, entonces lógicamente no puede corresponderle la misma pena que a éste¹²⁰³.

Ya en otro lugar se dejó dicho que en cuanto perfecto quebrantamiento de la vigencia de la norma la tentativa no es un delito incompleto ni presenta ninguna deficiencia estructural con respecto al delito consumado¹²⁰⁴, lo que significa que desde un punto de vista estrictamente dogmático no existen razones que obliguen a sancionar la tentativa con una pena inferior a la prevista para el delito consumado. Desde luego que si se acoge la tesis de quienes como JAKOBS admiten el quebrantamiento de la norma como fundamento de la punibilidad tanto del delito consumado como de la tentativa, pero sostienen que en aquel la sobrevenida del

¹²⁰³ Entre quienes basan la menor punibilidad de la tentativa en su carácter de delito "incompleto", cfr. Francisco CARRARA, *Teoría...*, ed. cit., págs. 136 y 137, quien sostiene que si en la tentativa falta algo, si es un grado, una fracción del delito, es lógico que la fracción no pueda ser igual al todo; Wolfgang FRISCH, *Spendel-Festschrift*, ed. cit., pág. 394, para quien lo inadecuado de aplicar a la tentativa la pena de consumación puede resultar del hecho de que determinadas (¡pero no todas!) constelaciones de tentativas muestren un déficit en comparación con el hecho consumado, que hace aparecer como injustificada la equiparación punitiva; sin embargo —continúa FRISCH— donde la consumación no aporta un criterio significativo adicional de injusto (en los delitos que no son de resultado) la ausencia de la consumación no justifica una atenuación de la pena (Ibíd., pág. 399); Hugo HÄLSCHNER, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 209, en cuanto sostiene que como la tentativa es incompleta realización de la intención delictiva, merece menos pena que la consumación; Robert von HIPPEL, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 405, para quien la tentativa debe tener una pena menor, pues si bien el aspecto subjetivo es el mismo del consumado, la significación objetiva es menor; Heinrich-Albert ZACHARIA, *Die Lehre...*, zweiter Theil, ed. cit. pág. 67.

¹²⁰⁴ Cfr. supra 3.2.

resultado supone un incremento cuantitativo del injusto¹²⁰⁵, entonces podría invocarse esta diferencia de cantidades como argumento dogmático en favor de una pena menor para las tentativas. Si, por el contrario, se admite que la sanción del delito de tentativa se deriva del quebrantamiento de la vigencia de una norma diversa de aquella que prevé penas para el respectivo delito consumado¹²⁰⁶, el problema de la cuantificación punitiva de la tentativa se reduce a consideraciones de política criminal, en virtud de las cuales se decide que merece mayor sanción el delito de tentativa que el consumado, por causas similares a las que, por ejemplo, se establece que las lesiones personales deben tener previstas penas inferiores al homicidio, o con base en reflexiones parecidas a las que impulsan al legislador a sancionar más levemente el hurto simple que el calificado.

6.3. Atenuación facultativa de la pena.-

Los delitos de peligro son estructuralmente idénticos a las tentativas, porque en ambos casos el legislador sanciona determinadas conductas por el solo hecho de considerar que ellas constituyen una indebida forma de ataque al bien jurídico, aun cuando claramente no llegan a lesionarlo¹²⁰⁷. Disparar un arma de fuego en contra de alguien que se desplaza a bordo de un vehículo automotor podría ser entendido como una tentativa de lesiones personales o de homicidio, dado que se trata de un comportamiento que *ex-ante* puede ser apreciado como apto para afectar el bien jurídico de la integridad personal y, por consiguiente, puede ser válidamente apreciado como una indebida forma de atacarlo. Puede ocurrir, sin embargo (como de hecho acaece en la legislación penal colombiana) que el legislador no se haya conformado con la posibilidad de sancionar estas actuaciones a través de la figura de la tentativa, sino que haya optado por asegurar su punibilidad a través de su conversión en delito autónomo.

¹²⁰⁵ Cfr. Günther JAKOBS, JZ 1988, ed. cit., pág. 519, Günther JAKOBS, ZStW 104 [1992], ed. cit., pág. 83, Günther JAKOBS, *¿Cómo protege...*, ed. cit., págs. 44 y 45, Günther JAKOBS, *El concepto...*, ed. cit., pág. 118, para quien la diferencia entre tentativa y consumación (constituyendo ambas un perfecto quebrantamiento de la norma) es puramente cuantitativa; en el mismo sentido se pronuncia Karl-Heinz VEHLING, *Die Abgrenzung...*, ed. cit., pág. 125.

¹²⁰⁶ Cfr. supra 2.2.3.

¹²⁰⁷ Cfr. infra 7.7. y 7.12.

En un ejemplo como este, la pena que legalmente está prevista para quien accione un arma de fuego en contra de un vehículo en el que se hallen una o más personas es de dieciséis (16) a noventa (90) meses de prisión¹²⁰⁸, que es una sanción igual a la que está prevista en el Código Penal colombiano para quien dolosamente ocasione a otro una lesión personal con incapacidad superior a noventa (90) días, y mayor que la contemplada para quien intencionalmente cause a otro lesiones que le produzcan incapacidades de hasta treinta (30) y sesenta (60) días¹²⁰⁹.

Si esa norma no existiera, la persona que disparara un arma de fuego contra un vehículo con la intención de causar a alguno de sus ocupantes lesiones leves (con incapacidades no superiores a los 90 días) sin conseguirlo, sería responsable de un delito de tentativa de lesiones personales que le supondría una pena máxima de sesenta meses (60) de prisión, siguiendo en ello la premisa sentada en el artículo 27 del Código Penal colombiano en el sentido de sancionar más levemente las tentativas que los delitos consumados. Sin embargo, en cuanto el legislador ha elevado esa tentativa (disparo de arma de fuego contra vehículo en el que se hallen una o más personas) a la categoría de delito autónomo, ha establecido para esa misma conducta una pena máxima de noventa (90) meses de prisión que no solo puede ser igual a la del delito consumado de lesiones personales dolosas (cuando la incapacidad sea superior a 90 días), sino incluso superior al mismo (si las incapacidades son inferiores).

Es tal el nivel de reproche que en Colombia se ha conferido a la acción de disparar un arma de fuego en contra de un vehículo donde

¹²⁰⁸ Artículo 356 del Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000, modificada por el artículo 14 de la Ley 890 de 2004): “**Disparo de arma de fuego contra vehículo.** El que dispare arma de fuego contra vehículo en que se hallen una o más personas, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a noventa (90) meses”.

¹²⁰⁹ “**Artículo 112. Incapacidad para trabajar o enfermedad.** Si el daño consistiere en incapacidad para trabajar o en enfermedad que no pase de treinta (30) días, la pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses.

“Si el daño consistiere en incapacidad para trabajar o enfermedad superior a treinta (30) días sin exceder de noventa (90), la pena será de dieciséis (16) a cincuenta y cuatro (54) meses de prisión y multa de seis punto sesenta y seis (6.66) a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“Si pasare de noventa (90) días, la pena será de treinta y dos (32) a noventa (90) meses de prisión y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

se encuentren una o más personas, que la pena asignada al mismo (un máximo de 90 meses de prisión) es superior a la que le correspondería al autor de la tentativa de una de las formas más graves de lesiones personales (aquella que conlleva una deformidad transitoria en la víctima¹²¹⁰), para la que está prevista una sanción de ochenta y un (81) meses de prisión¹²¹¹, y solo ligeramente más baja (quince días menos de prisión) que la que le sería aplicada en caso de que esa deformidad fuera de carácter permanente.

Esto muestra que el legislador consideró político criminalmente correcto que algunas conductas que sólo ponen en peligro determinados bienes jurídicos, reciban una sanción igual (incluso superior, como se desprende de los ejemplos acabados de relacionar) a la que le correspondería al autor en caso de haber logrado la consumación del delito propuesto. La circunstancia de que la considerable sanción prevista para el autor de disparos contra vehículo ocupado por una o más personas haya sido tradicionalmente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia colombianas podría dar a entender, además, que desde el punto de vista de la comunidad social

¹²¹⁰ **Artículo 113. Deformidad.** Si el daño consistiere en deformidad física transitoria, la pena será de prisión de dieciséis (16) a ciento ocho (108) meses y multa de veinte (20) a treinta y siete punto cinco (37.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“Si fuere permanente, la pena será de prisión de treinta y dos (32) a ciento veintiséis (126) meses y multa de treinta y cuatro punto sesenta y seis (34.66) a cincuenta y cuatro (54) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“Si el daño consistiere en deformidad física causada usando cualquier tipo de ácidos; álcalis; sustancias similares o corrosivas que generan daño o destrucción al entrar en contacto con el tejido humano, incurrirá en prisión de setenta y dos (72) a ciento veintiséis (126) meses y multa de treinta y cuatro punto sesenta y seis (34.66) a cincuenta y cuatro (54) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“Si la deformidad afectara el rostro, la pena se aumentará dese una tercera parte hasta la mitad”.

¹²¹¹ De acuerdo con el inciso primero del artículo 113 del Código Penal colombiano, la pena para quien dolosamente cause a otro lesiones que consistan en deformidad permanente es de hasta ciento ocho meses (108) de prisión; conforme a lo previsto en el artículo 27 de la misma codificación, en caso de tentativa la pena no podría ser superior a las tres cuartas (3/4) partes del máximo previsto para el delito consumado, lo que en el presente caso supondría que el responsable de una tentativa de esa modalidad de lesiones personales recibiría una pena de hasta ochenta y un meses (81) de prisión, esto es, claramente inferior a la que le correspondería como autor de un disparo de arma de fuego contra vehículo en el que se encuentren una o más personas. En caso de que la deformidad fuera permanente, la pena prevista en el inciso segundo del artículo 113 del Código Penal colombiano permitiría sanción de hasta ciento veintiséis (126) meses de prisión que, en caso de tentativa alcanzaría un máximo de noventa punto cinco meses (90.5), es decir solo quince (15) días más de prisión que la pena prevista para el disparo de arma de fuego contra vehículo en el que se encuentren una o más personas.

se percibe como admisible que algunas conductas aptas para poner en peligro bienes jurídicos reciban una pena idéntica a aquellas que consiguen esa efectiva afectación.

El hecho de que algunas conductas puedan apreciarse socialmente como muy graves pese a no acarrear la destrucción de un bien jurídico, parece justificar su represión con sanciones iguales o superiores a las que les corresponderían a sus autores en caso de ser procesados como responsables de algunas modalidades de lesiones personales, o incluso homicidios dolosos. Algunos ejemplos de delitos de peligro con penas iguales o superiores a las que acarrearían algunas modalidades de lesiones personales consumadas y homicidios dolosos son en la legislación penal colombiana (aparte del ya referido disparo de arma de fuego contra vehículo) el incendio¹²¹² (en este caso la pena prevista puede llegar hasta los 270 meses de prisión, superior a la mínima de 208 meses señalada para el delito consumado de homicidio doloso en el artículo 103 de la misma codificación), daño en obras de utilidad común¹²¹³, provocación de inundación o derrumbe¹²¹⁴, perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial¹²¹⁵, el siniestro o

¹²¹² “**Artículo 350. Incendio.** El que con peligro común prenda fuego en cosa mueble, incurrirá e prisión de dieciséis (16) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“Si la conducta se realizare en inmueble o en objeto de interés científico, histórico, cultural, artístico o en bien de uso público o de utilidad social, la prisión será de treinta y dos (32) a ciento ochenta (180) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“La pena señalada en el inciso anterior se aumentará hasta en la mitad si la conducta se cometiere en edificio habitado o destinado a habitación o en inmueble público o destinado a este uso, en establecimiento comercial, industrial o agrícola, o en terminal de transportes, o en depósito de mercancías, alimentos, o en materias o sustancias explosivas, corrosivas, inflamables, asfixiantes, tóxicas, infecciosas o similares, o en bosque, recurso florístico o en área de especial importancia ecológica”.

¹²¹³ “**Artículo 351. Daño en obras de utilidad social.** El que dañe total o parcialmente obra destinada a la captación, conducción, embalse, almacenamiento, tratamiento o distribución de aguas, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ochenta (180) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

¹²¹⁴ “**Artículo 352. Provocación de inundación o derrumbe.** El que ocasionare inundación o derrumbe, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a ciento ochenta (180) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

¹²¹⁵ “**Artículo 353. Perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial.** El que por cualquier medio ilícito imposibilite la circulación o dañe nave, aeronave,

daño de nave¹²¹⁶, el daño en obras o elementos de los servicios de comunicaciones energía y combustibles¹²¹⁷, la tenencia, fabricación y tráfico de sustancias u objetos peligrosos¹²¹⁸ (en este caso la pena puede llegar a ser de 216 meses de prisión, superior a la mínima de 208 meses señalada para el delito consumado de homicidio doloso en el artículo 103 de la misma codificación), y el empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos¹²¹⁹(en este caso la

vehículo o medio motorizado destinados al transporte público, colectivo o vehículo oficial, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a setenta y cinco (75) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

1216 “**Artículo 354. Siniestro o daño de nave.** El que ocasione incendio, sumersión, encallamiento o naufragio de nave o de otra construcción flotante, o el daño o caída de aeronave, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a ciento veintiséis (126) meses y multa de sesenta y seis punto sesenta y seis (66.66) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

1217 “**Artículo 357. Daño en obras o elementos de los servicios de comunicaciones, energía y combustibles.** El que dañe obras u otros elementos destinados a comunicaciones telefónicas, telegráficas, informáticas, telemáticas o satelitales, radiales o similares, o a la producción y conducción de energía o combustible, o a su almacenamiento, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a noventa meses y multa de trece punto treinta y tres (13.33) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

1218 “**Artículo 358. Tenencia, fabricación y tráfico de sustancia su objetos peligrosos.** El que ilícitamente importe, introduzca, exporte, fabrique, adquiera, tenga en su poder, suministre, trafique, transporte o elimine sustancia, desecho o residuo peligroso, radiactivo o nuclear considerado como tal por tratados internacionales ratificados por Colombia o disposiciones vigentes, incurrirá en prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a treinta mil (30.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“La pena señalada en el inciso anterior se aumentará hasta en la mitad, cuando como consecuencia de algunas de las conductas descritas se produzca liberación de energía nuclear, elementos radiactivos o gérmenes patógenos que pongan en peligro la vida o la salud de las personas o sus bienes”.

1219 “**Artículo 359. Empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos.** El que emplee, envíe, remita o lance contra persona, edificio o medio de locomoción, o en lugar público o abierto al público, sustancia u objeto de los mencionados en el artículo precedente, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a noventa (90) meses, siempre que la conducta no constituya otro delito.

“Si la conducta se comete al interior de un escenario deportivo cultural, además se incurrirá en multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes y en prohibición de asistir al escenario cultural o deportivo por un período entre seis (6) meses y tres (3) años.

“La pena será de ochenta (80) a ciento ochenta (180) meses de prisión y multa de ciento treinta y cuatro (134) a setecientos cincuenta (750) salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando la conducta se realice con fines terrorista o en contra de miembros de la fuerza pública.

“La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando el objeto lanzado corresponda a artefactos explosivos, elementos incendiarios, o sustancias químicas que pongan en riesgo la vida, la integridad personal o los bienes.

pena puede llegar a ser de 270 meses de prisión, superior a la mínima de 208 meses señalada para el delito consumado de homicidio doloso en el artículo 103 de la misma codificación), para todas las cuales están previstas penas superiores a las que le corresponderían al autor de esos comportamientos en caso de ser procesado y hallado responsable de algunas modalidades de lesiones personales dolosas consumadas.

Esto muestra que para hipótesis como las mencionadas, en las que se estime que la consumación no aportaría elementos adicionales que justifiquen un mayor nivel de reproche¹²²⁰ del que ya tiene la tentativa, se puede considerar correcto desde el punto de vista político criminal asignar a ésta la misma pena que correspondería para el delito consumado, tal como está previsto en la legislación penal alemana a través de la figura de la atenuación facultativa de la sanción en casos de tentativa¹²²¹, y como intuía ya PLATÓN al ocuparse del tema¹²²². En el entendido de que la tentativa es un delito completo en cuanto desde el punto de vista dogmático posee la misma estructura que el consumado, la consagración legal de una disminución facultativa de su punibilidad parece la solución más apropiada porque permite graduar la pena con base en un criterio más subjetivo (en el sentido de personal o individual) como es el de la necesidad de la pena fundamentado en la trascendencia que el comportamiento quebrantador de la norma haya tenido (prevención general positiva).

En consecuencia, así como desde el punto de vista de estructura dogmática no hay diferencia entre un delito de lesiones y uno de homicidio, o entre un hurto simple y otro calificado, a partir de las cuales pueda sostenerse que se trata de dos hechos punibles que

“El que porte o ingrese armas blancas u objetos peligrosos al interior de un escenario deportivo o cultural incurrirá en multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes y prohibición de acudir al escenario deportivo o cultural de seis (6) meses a tres (3) años”.

¹²²⁰ Wolfgang FRISCH, Spindel-Festschrift, ed. cit., pág. 399.

¹²²¹ En favor de una atenuación facultativa de la pena, Wolfgang FRISCH/Matthias BERGMANN, Zur Methode der Entscheidung über den Strafrahmen, in *Juristenzeitung* (JZ), Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1990, pág. 949; Wolfgang FRISCH, Spindel-Festschrift, ed. cit. pág. 399. Para JESCHECK, la atenuación facultativa es una consecuencia de la teoría de la impresión que, a su modo de ver, ha sido la acogida por el Código Penal alemán; cfr. Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 470.

¹²²² Cfr. PLATÓN, *Las Leyes*, ed. cit., págs. 135 y 136.

ameritan penas diversas, así mismo tampoco existe una tal distinción dogmática estructural entre las tentativas y los delitos consumados. Son pues razones de política criminal las que inclinan a algunos legisladores (como el alemán) a establecer una atenuación facultativa de la sanción correspondiente a la tentativa, mientras a otros (como el colombiano y el español) les mueve a establecer obligatoriamente la imposición de una pena inferior en estos casos¹²²³. No estaba pues tan lejos de la realidad ZACHARIA cuando a comienzos del siglo XIX afirmaba con aparente simplicidad que así como no todos los delitos tienen la misma pena, tampoco las tentativas y las consumaciones deben recibir la misma sanción¹²²⁴.

6.4. Su punibilidad en las contravenciones.-

Tratándose de contravenciones la discusión no gira ya simplemente en derredor de la cuantificación punitiva de la tentativa, sino en torno a determinar si resulta viable o no concebir una categoría jurídica de "contravención de tentativa" (o "tentativa de contravención", para quienes siguen la tesis de que siendo la tentativa una figura imperfecta resulta preferible el empleo de la expresión "tentativa de delito" en lugar de la de "delito de tentativa"¹²²⁵) y si, en caso positivo, su existencia ameritaría asignarle como consecuencia una pena.

Si se admite que desde el punto de vista de construcción dogmática no existe ninguna diferencia entre los delitos y las contravenciones, y que la ubicación de determinada conducta dentro de una u otra categorías responde de manera exclusiva a la voluntad del legislador de turno¹²²⁶, resulta un contrasentido sostener que respecto de los

¹²²³ En favor de una atenuación obligatoria de la pena en la tentativa, cfr. Miguel CÓRDOBA ANGULO, *La tentativa*, ed. cit., pág. 48; Elena FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, ed. cit., pág. 493; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, *Lehrbuch*, ed. cit., § 40/186, pág. 53; Günter STRATENWERTH, *Schweizerischer Juristentag-Festgabe*, ed. cit., pág. 266.

¹²²⁴ Cfr. Heinrich-Albert ZACHARIA, *Die Lehre...*, zweiter Theil, ed. cit., pág. 51.

¹²²⁵ Sobre las denominaciones "tentativa de delito" y "delito de tentativa", así como en lo relacionado con su origen y consecuencias, cfr. supra 3.

¹²²⁶ En este sentido pueden consultarse, por ejemplo, los siguientes autores: Francesco ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale, parte generale*, 4ª ed., Milano Giuffrè editore, 1960, pág. 134; Giuseppe BETTIOL, *Diritto Penale*, 5ª ed., Palermo, ed. Priulla, 1962, pág. 192; Giuseppe MAGGIORE, *Derecho Penal*, trad. de José J. Ortega T., Bogotá, ed. Temis, 1954, Vol. I, pág. 291; Alfonso REYES, *Derecho...*, ed. cit., págs. 93 y 94.

delitos sí es posible concebir la figura de la tentativa, y al mismo tiempo defender la tesis de que ella no puede imaginarse en el ámbito de las contravenciones, puesto que la simple voluntad del legislador respecto de la ubicación sistemática de la conducta que se pretende reprimir, no puede tener la virtud taumaturgica de hacer surgir o desaparecer la posibilidad de una tentativa. Semejante tesis conduciría a resultados poco satisfactorios en casos como el siguiente: si el apoderarse de un cosa mueble ajena cuya posesión se tenga por error o caso fortuito, es una conducta constitutiva de contravención¹²²⁷, la tentativa no sería punible; pero si el legislador decidiera elevar esa conducta a la categoría de delito, entonces a partir de dicho momento ese mismo comportamiento empezaría a admitir la modalidad tentada, pese a que la única variación que ha sufrido corresponde a su ubicación legal.

De manera indirecta se ha pretendido sostener la inexistencia de la tentativa en las contravenciones, mediante el argumento de que siendo estas en su mayoría tipos de mera conducta y de ejecución en un solo acto no pueden admitir la figura de la tentativa¹²²⁸, tesis esta con la cual en el fondo no se censura de manera específica la edificación de tentativas respecto de las contravenciones. En efecto, la crítica aquí comentada se orienta a desconocer la posibilidad de una tentativa cuando un determinado tipo penal (¡trátese de un delito o de una contravención!¹²²⁹) sea de aquellos denominados de mera conducta y de ejecución en un solo acto, aspecto este sobre el cual se habrá de volver más adelante¹²³⁰. Lo impreciso de la argumentación que por esta vía pretende negar la posibilidad de la tentativa en las contravenciones se evidencia con la circunstancia de que a través de ella se admite tácitamente que respecto de las que no cumplan las características anotadas (es decir, aquellas que no

¹²²⁷ En Colombia lo es: “Incurrirán en arresto de uno a ocho meses... c) El que se apropie cosas que pertenecen a otro y en cuya posesión hubiere entrado por error o caso fortuito”; cfr. artículo 58 del Decreto 1355 de 1970 (Código Nacional de Policía), modificado por el artículo 11 del Decreto 522 de 1971.

¹²²⁸ Cfr. Miguel CÓRDOBA ANGULO, *La tentativa*, ed. cit., pág. 101.

¹²²⁹ Es por ello que el propio CÓRDOBA ANGULO, de manera coherente con sus puntos de partida, niega la posibilidad de que exista tentativa respecto de los delitos de mera conducta y de ejecución en un solo acto; al respecto, cfr. Miguel CÓRDOBA ANGULO, *La Tentativa*, ed. cit., pág. 92

¹²³⁰ Sobre si es posible admitir la tentativa en los delitos de mera conducta, cfr. *infra* 7.5.

correspondan a tipos de mera conducta y ejecución en un solo acto) sí es concebible la tentativa.

Más generalizada es la opinión de quienes sin discutir la opción teórica de existencia de la tentativa en las contravenciones¹²³¹, se oponen a que ellas sean susceptibles de sanción penal¹²³², aduciendo en su favor diversos argumentos como el de la poca importancia del bien jurídico protegido¹²³³, la menor gravedad de las conductas definidas como contravenciones¹²³⁴, o lo irrisorio de las penas que resultarían aplicables dada la tendencia general de los legisladores a establecer sanciones muy pequeñas para las contravenciones sobre las que debería hacerse el descuento punitivo propio de toda tentativa¹²³⁵. Lo evidente es que con argumentos como los acabados de transcribir no se ataca la posibilidad teórica de la existencia de una "contravención de tentativa", sino tan solo la conveniencia de que una tal figura (dogmáticamente concebible) sea reprimida a través de una sanción penal.

En el ámbito de la legislación penal colombiana el tema ha sido objeto de polémica; conforme a la redacción del artículo 22 del Código Penal de 1980 (vigente hasta el año 2001), la tentativa era teóricamente punible incluso en las contravenciones, dado que conforme a la mencionada disposición se debía sancionar a quien "iniciare la ejecución del *hecho punible*". Esta forma de redactar la norma no fue casual sino que respondió a la voluntad expresa de los comisionados de 1974, pues el ponente de la norma —Alfonso REYES— sometió a consideración de la comisión la posibilidad de aludir en la norma al comienzo de ejecución de los "delitos" o, por el contrario, referirse a los "hechos punibles", por si era voluntad de los

¹²³¹ O admitiéndola de manera expresa, tal como lo hizo el profesor Alfonso REYES al interior de la Comisión Redactora del Anteproyecto de Código Penal colombiano; cfr. Anteproyecto de Código Penal Colombiano, ediciones del Ministerio de Justicia, Bogotá, 1974, págs. 268 y 269.

¹²³² BUSCH, LK. ed. cit., § 43 Rd. 2.

¹²³³ Cfr. Miguel CÓRDOBA ANGULO, *La Tentativa*, ed. cit., pág. 101.

¹²³⁴ Cfr. Francisco CARRARA, *Teoría...*, ed. cit., pág. 8; Elena FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, ed. cit., pág. 463; Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch...*, ed. cit., pág. 470, en cuanto sostiene que solo son punibles las tentativas en los delitos muy graves y en los medianamente graves; Luis JIMENEZ DE ASUA, *Tratado...*, ed. cit., pág. 869.

¹²³⁵ Cfr. Elena FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, ed. cit., pág. 464, aun cuando rechaza de manera expresa la tesis de que la pena de una tentativa de contravención sería imposible de valorar; cfr. *ibídem*, pág. 465.

comisionados extender la punibilidad de la tentativa incluso a las contravenciones¹²³⁶. Frente a esta disyuntiva, los comisionados ROMERO SOTO y REYES se inclinaron de manera expresa por la punición de la tentativa en las contravenciones¹²³⁷, mientras ESTRADA VELEZ se opuso a ello¹²³⁸. Sometido el asunto a votación, se inclinaron por punir la tentativa en las contravenciones Alfonso REYES, Luis Enrique ROMERO SOTO, Jorge Enrique GUTIÉRREZ ANZOLA, Julio SALGADO VÁSQUEZ, Hernando BAQUERO BORDA, Darío VELÁSQUEZ GAVIRIA y Servio Tulio RUIZ, quedando como único voto en contra el de Federico ESTRADA VÉLEZ.

No obstante la voluntad expresa del legislador colombiano de 1980 para sancionar la tentativa en las contravenciones, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA se oponía a su efectiva punición con el atendible argumento de que en la parte final del anterior artículo 22 del Código Penal colombiano entonces vigente (donde se hacía referencia a la pena aplicable en casos de tentativa) se aludía solamente a disminuir la pena señalada para el "delito" consumado con lo que, a su juicio, si bien respecto de la tentativa en las contravenciones estaría satisfecha la legalidad del hecho (por cuanto en la parte inicial del artículo 22 se describía la conducta de quien diera inicio a la ejecución de un "hecho punible") no ocurriría lo mismo con la de la pena (que en la parte final de la norma solo se refería a disminuir la del "delito" consumado) y, por consiguiente, su sanción solo podría conseguirse recurriendo al inadmisibile mecanismo de la analogía *in malam partem*¹²³⁹. El tema no dejaba de resultar curioso porque en el seno de la comisión redactora del Anteproyecto de Código Penal colombiano la norma correspondiente a la tentativa se había aprobado reduciendo la pena imponible sobre la correspondiente al "hecho punible" consumado¹²⁴⁰, redacción ésta que solo tuvo como variante en las Comisiones Redactoras de 1978 y 1979 la de suprimir la palabra "punible"¹²⁴¹, pese a lo cual la norma que fue aprobada

¹²³⁶ Cfr. Anteproyecto..., ed. cit., págs. 169 y 170.

¹²³⁷ Cfr. Anteproyecto..., ed. cit., págs. 268, 269, 274 y 275.

¹²³⁸ Cfr. Anteproyecto..., ed. cit., pág. 270.

¹²³⁹ Cfr. Juan FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Derecho..., ed. cit., pág. 389.

¹²⁴⁰ Cfr. Anteproyecto..., ed. cit., págs. 279 y 280.

¹²⁴¹ Cfr. Actas del Nuevo Código Penal Colombiano, parte general, ed. Pequeño Foro, Bogotá, 1980, volumen I, págs. 413 y 503.

en las mencionadas comisiones, de manera inexplicable se varió en el texto definitivo cambiando la expresión "hecho (punible)" por la de "delito", que es la que permitía a FERNÁNDEZ CARRASQUILLA efectuar la interpretación ya anotada.

No obstante lo anterior, esta crítica ya no es válida frente al vigente Código Penal colombiano (Ley 599 de 2000), cuyo artículo 27 se refiere a la tentativa como el comienzo de ejecución "de una conducta punible" (expresión que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 19 de la misma normatividad, comprende tanto los delitos como las contravenciones¹²⁴²) y señala como pena aplicable a ella una no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada "para la conducta punible consumada".

De esta manera queda claro que el problema es de política criminal y que, por consiguiente, es al legislador de turno a quien corresponde determinar si la tentativa debe ser sancionada en las contravenciones; una decisión al respecto debe tomarse teniendo en cuenta que si se trata de conductas que han sido catalogadas como contravenciones debido justamente a su poca gravedad (como en efecto ocurre), la tentativa de ellas debería suponer un atentado de mucha menor importancia en contra del bien jurídico que se pretende proteger, ante lo cual su punibilidad implicaría una innecesaria hipertrofia en el campo de acción del derecho penal¹²⁴³. Dicho en palabras de von HIPPEL, en las contravenciones no debe sancionarse la tentativa porque no existe una imperiosa necesidad de aplicar una pena¹²⁴⁴, pero no porque desde el punto de vista dogmático-estructural ello sea imposible.

¹²⁴² "ARTICULO 19. DELITOS Y CONTRAVENCIONES. Las conductas punibles se dividen en delitos y contravenciones".

¹²⁴³ En contra de sancionar la tentativa en las contravenciones, aduciendo razones de política criminal se pronuncian, entre otros, los siguientes autores: Miguel CÓRDOBA ANGULO, *LA Tentativa*, ed. cit., pág. 45; Elena FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, ed. cit., pág. 466; Juan FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho...*, ed. cit., pág. 389; Luis JIMENEZ DE ASUA, *Tratado...*, ed. cit., págs. 869 y 870; Harro OTTO, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 223.

¹²⁴⁴ Cfr. Robert von HIPPEL, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 405, aun cuando en realidad no se refirió de manera expresa a las contravenciones sino a los "delitos menores".

CAPÍTULO SIETE

7. Particularidades.-

Los capítulos anteriores se dedicaron al análisis de la estructura general de la tentativa, comenzando con una breve introducción tanto sobre el fundamento de su punibilidad como en lo atinente a su naturaleza jurídica, pasando posteriormente al examen de su configuración dogmática desde la óptica de la imputación objetiva y de la forma en que debe determinarse el comienzo de ejecución de la misma, y culminando con el estudio de su punibilidad.

En términos generales, la posición que se asuma sobre temas como los hasta aquí desarrollados debería ser suficiente para solucionar algunos aspectos especiales de la tentativa, como los relacionados con la manera en que ella opera en figuras como la coautoría o la participación, o respecto de los delitos cualificados por el resultado o las omisiones, para citar solamente algunos ejemplos. Sin embargo, suele ocurrir que por el modo en que son entendidas esas nociones básicas, resultan insuficientes para resolver adecuadamente esos problemas, razón por la cual la doctrina suele ocuparse de ellos de manera separada.

El origen de estas dificultades radica probablemente en el hecho de que la tentativa suele ser analizada con base en parámetros diversos de los utilizados para el delito consumado; la situación se torna aún más compleja cuando para explicar los delitos de omisión, o la razón de ser de la punibilidad de los coautores o partícipes se debe recurrir a postulados distintos de los empleados respecto de las acciones y de la autoría unipersonal. Lo que se ha propuesto en los capítulos anteriores es una explicación de la tentativa a partir de la imputación objetiva, no entendida simplemente como una forma de comprender las razones de la punibilidad del delito imprudente (como todavía lo hace alguna parte de la doctrina y la jurisprudencia), sino como el primer elemento de una teoría del delito que, como tal, debe ser aplicada a todas las manifestaciones criminales, vale decir, tanto a los delitos de acción como los de omisión, a los de resultado y a los de mera conducta, a los consumados y a las tentativas, a los dolosos y a los imprudentes y, desde luego, también a la coautoría y la participación.

Si a partir de la imputación objetiva (seguida de un análisis de imputación personal o culpabilidad) se logra unificar la teoría del delito de tal forma que todas las figuras que la componen puedan ser explicadas con base en las nociones de aquella, se podría hablar de la existencia de un sistema penal único en el que la razón de ser de la punibilidad de todas las manifestaciones delictivas sería única, así como la forma de contemplar la estructura de las mismas. Sobre esos supuestos, todas las particularidades de las que la doctrina suele ocuparse en materia de tentativa podrían ser adecuadamente solucionadas con base en sus parámetros generales, lo que haría innecesario dedicarles a ellas un espacio independiente. Por consiguiente, aun cuando este capítulo está destinado al estudio de ciertos problemas puntuales que presentaría la tentativa frente a algunas modalidades delictivas, el desarrollo del mismo mostrará que la correcta solución de ellos no supone en manera alguna modificar los planteamientos generales que fueron hechos en los capítulos precedentes como formulación general de una teoría normativa del delito de tentativa.

7.1. Tentativa en la coautoría.-

Si bien existe perfecto acuerdo en torno a que la tentativa puede ser predicada no solo respecto del autor único sino también de quienes reciben el calificativo de coautores, las opiniones varían cuando se trata de determinar si los requisitos de existencia de ella deben ser analizados de manera individual frente a cada uno de los diversos coautores o si, por el contrario, la presencia de las condiciones necesarias para su surgimiento debe establecerse mediante el examen global del comportamiento de los coautores¹²⁴⁵. Como cada una de estas concepciones conduce a soluciones diametralmente opuestas, pues en la primera la responsabilidad a título de tentativa se revisa de manera separada (solución individual) mientras en la segunda ella se predicaría de todos los coautores simultáneamente o de ninguno de ellos (solución global), conviene estudiarlas separadamente.

7.1.1. Solución individual.-

En el año de 1957, la Corte Suprema de Justicia alemana se vio enfrentada al siguiente curioso caso: Los sujetos A, B, y C planearon

¹²⁴⁵ Cfr. Reinhart MAURACH/Karl Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 49/94, pág. 307.

un robo nocturno a un almacén de comestibles, y acordaron emplear sus pistolas (convenientemente cargadas) en el evento de que existiese peligro de que alguno de los participantes fuese capturado y se descubriera su autoría. Cuando intentaban abrir una ventana para penetrar al almacén fueron sorprendidos por los fuertes gritos del propietario, ante lo cual A y B efectuaron cada uno un disparo contra la ventana y emprendieron, junto con C, la huida. A, quien en medio de la fuga creyó que el sujeto que le seguía a dos o tres metros de distancia era un perseguidor cuando en verdad se trataba de su compañero C, le disparó para tratar de evitar que fueran capturados. Pese a que la bala sólo hizo blanco en la doblada manga de la camisa de aquel contra quien se la disparó, dentro del proceso se logró acreditar que cuando A desplegó tal conducta, contaba con la posibilidad de que el disparo efectuado tuviese mortales consecuencias sobre el supuesto perseguidor¹²⁴⁶.

Frente a estos hechos, la Corte Suprema de Justicia alemana determinó que tanto A, como sus compañeros B y C (esto es, incluso la persona contra quien realmente se efectuó el disparo) eran responsables por una tentativa de homicidio, dado que todos ellos se habían puesto de acuerdo desde el comienzo para emplear sus armas en el evento de que hubiese peligro de ser descubiertos o capturados¹²⁴⁷. Como quiera que en la práctica ello suponía que C había sido declarado penalmente responsable de una tentativa de homicidio dirigida contra él mismo, el fallo despertó gran polémica en la doctrina alemana¹²⁴⁸, llegando a ser catalogado por algún comentarista como grotesco¹²⁴⁹.

De acuerdo con SPENDEL, lo único evidente en el asunto sometido a estudio es la responsabilidad de A como autor de una tentativa de homicidio¹²⁵⁰, pues —según su criterio— el simple acuerdo al que habían llegado los partícipes antes de emprender la comisión del

¹²⁴⁶ Cfr. BGHSt 11-268.

¹²⁴⁷ Cfr. BGHSt 11-268.

¹²⁴⁸ Entre quienes comparten la determinación de la Corte Suprema alemana cfr. Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., §49/102, págs. 308 y 309; Claus Roxin, JuS 1979, ed. cit., pág. 13, aun cuando en una variante propuesta por él, en la que quien dispara no confunde a su propio compañero con un perseguidor.

¹²⁴⁹ Cfr. Günter SPENDEL, JuS 1969, ed. cit., pág. 315.

¹²⁵⁰ Cfr. Günter SPENDEL, JuS 1969, ed. cit., pág. 314.

delito de hurto en el sentido de emplear sus armas en caso de que existiese peligro de ser descubiertos o aprehendidos, no pasa de ser un simple acto preparatorio que, como tal, debe permanecer en la impunidad. Por esta razón —concluyó SPENDEL— ni B ni C deberían haber sido condenados como responsables de una tentativa de homicidio sino como simples autores de una conspiración para cometer un delito (lo cual constituye una conducta punible conforme al § 30 del Código Penal alemán). Como esta solución requería una justificación desde el punto de vista dogmático, propuso SPENDEL que para que un sujeto pudiese ser considerado penalmente responsable a título de coautor de un hecho punible, es indispensable que él, con su propia actuación, haya dado comienzo a la ejecución del delito, como única forma de cumplir con los requisitos legalmente establecidos para el surgimiento de la tentativa punible¹²⁵¹.

Si bien este comentario hecho por SPENDEL a la mencionada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia alemana puede tenerse como el más claro antecedente de una "solución individual", la completa formulación de la tesis que hoy es conocida con dicha denominación correspondió a SCHILLING, quien precisó inicialmente que el comienzo de la tentativa debe ser determinado a partir de un análisis del desvalor de acción, tanto si se trata de una conducta de un autor individual, como si se refiere a hechos desarrollados por varias personas reunidas con dicha finalidad¹²⁵².

A partir de esta premisa se dice que no es posible hablar de un delito colectivo cometido por personas colectivas o por individuos que actúan de manera conjunta, puesto que nadie puede trasplantar sus intenciones a otro ni puede cederle la ejecución de sus deseos, sino que, por el contrario, cada uno decide de manera libre cuándo llevar a cabo su voluntad. Por consiguiente, la delimitación de cuándo existe o no una tentativa punible en casos de coparticipación no podría depender de la valoración de una supuesta "conducta colectiva" sino que debería colegirse del examen individual del comportamiento de cada uno de los partícipes en el hecho (lo cual ha dado lugar a que se conozca esta teoría como la "solución

¹²⁵¹ Cfr. Günter SPENDEL, JuS 1969, ed. cit., pág. 315.

¹²⁵² Cfr. Georg SCHILLING, Der Verbrechensversuch..., ed. cit., págs. 101 y 102.

individual")¹²⁵³. Conforme a este planteamiento, la ayuda que se preste a otro para el desarrollo de determinada actividad no pasa de ser una simple colaboración en un hecho ajeno, que de ninguna manera puede dar lugar al surgimiento de una coautoría¹²⁵⁴.

Se dice igualmente que así como respecto de la tentativa de un autor individual es indispensable que exista no solo la intención delictiva sino que esta sea objetivada a través de un comienzo de ejecución, también respecto de los coautores deben ser cumplidos los mismos requisitos para poder entender que una tentativa punible ha surgido a la vida jurídica. Esto significaría que cuando exista una voluntad colectiva de perpetrar un delito ninguno de los copartícipes podría ser considerado como autor de una tentativa hasta el momento en que cada uno de ellos desplegara una conducta que pudiera ser contemplada como el comienzo de ejecución del hecho planeado¹²⁵⁵, dado que la simple presencia de una intención delictiva no sería suficiente para fundamentar la existencia de una tentativa¹²⁵⁶.

Conforme a este planteamiento, es claro entonces que la tentativa surge de manera independiente para cada uno de los coautores¹²⁵⁷, puesto que solo a partir del análisis de cada actuación individualmente considerada puede establecerse si una determinada persona ha dado comienzo a la ejecución del hecho punible, que es la condición fijada legalmente como el límite objetivo a partir del cual se puede hablar de la existencia de una tentativa¹²⁵⁸. De esta

¹²⁵³ Por eso dice SCHILLING que lo que importa es la valoración de una conducta individual y no la de una supuesta acción colectiva; cfr. Georg SCHILLING, *Der Verbrechenversuch...*, ed. cit., pág. 114.

¹²⁵⁴ Cfr. Georg SCHILLING, *Der Verbrechenversuch...*, ed. cit., pág. 104.

¹²⁵⁵ Para RUDOLPHI el coautor que no ha dado comienzo a la realización del hecho no puede responder penalmente como autor de una tentativa porque conforme a la ley no ha puesto en marcha su intención delictiva; cfr. Hans-Joachim RUDOLPHI, *Bockelmann-Festschrift*, ed. cit., pág. 385. SCHILLING, por su parte, considera que sólo con la ejecución de la propia colaboración fundada en el dominio del hecho, surge para el coautor la tentativa acabada; cfr. Georg SCHILLING, *Der Verbrechenversuch...*, ed. cit., pág. 112.

¹²⁵⁶ Cfr. Hans-Joachim RUDOLPHI, *Bockelmann-Festschrift*, ed. cit., pág. 384; Georg SCHILLING, *Der Verbrechenversuch...*, ed. cit., págs. 104 y 112.

¹²⁵⁷ Cfr. Hans-Joachim RUDOLPHI, *Bockelmann-Festschrift*, ed. cit., pág. 387.

¹²⁵⁸ Por eso dice RUDOLPHI que la punibilidad de la tentativa presupone siempre que cada coautor, por sí mismo, se haya dispuesto inmediatamente a la realización del tipo (que

manera, cuando dos personas se ponen de acuerdo para perpetrar un hurto agravado y se decide que mientras uno de ellos amenaza a la víctima el otro se apropiará del botín, en el evento de que el plan fracasase solo el primero de ellos habría de responder por tentativa de hurto mientras que quien tenía como labor la mera aprehensión del dinero debería quedar en la impunidad por no haber desarrollado ninguna conducta que pudiera ser considerada como acto de ejecución del hurto agravado¹²⁵⁹.

Pese a que entre los defensores de esta solución individual¹²⁶⁰ existe acuerdo en lo relacionado con estos puntos básicos, sus opiniones difieren en lo atinente a la importancia que posee el acuerdo de voluntades respecto del comienzo de la tentativa; de una parte, RUDOLPHI considera que pese a existir un consenso sobre las acciones delictivas a llevar a cabo, cada partícipe decide por sí solo si finalmente ejecutará o no la acción asignada; por consiguiente el dominio del hecho correspondería exclusivamente a él¹²⁶¹, quien de manera individual decidiría cuándo daría comienzo a la ejecución de su conducta, que solo a partir de entonces podría serle reprochada a título de tentativa¹²⁶². SCHILLING, por su parte, sostiene que el simple acuerdo de voluntades para la comisión de un delito supone que entre los partícipes se dé un mutuo apoyo síquico, que desde el punto de vista ontológico implica la consecución de un resultado por parte de cada coautor, esto es, la objetivación de su intención delictiva¹²⁶³.

Llevadas a un plano práctico estas últimas consideraciones, se tiene que mientras RUDOLPHI se inclina por pensar que en el caso de quien dispara por equivocación contra su compañero de fechorías al confundirlo con un perseguidor solo el autor del disparo debe

es la fórmula empleada por el § 22 del Código Penal alemán al definir la tentativa); cfr. Hans-Joachim RUDOLPHI, *Bockelmann-Festschrift*, ed. cit., pág. 387.

¹²⁵⁹ Cfr. Wilfried KÜPER, *Versuchsbeginn...*, ed. cit., pág. 59.

¹²⁶⁰ También comparte la teoría individual René BLOY, *Contenido de ilícito...*, ed. cit., pág. 382 (también en la nota 55).

¹²⁶¹ Conforme al planteamiento de RUDOLPHI solo domina el hecho quien va más allá de la simple intención delictiva dando comienzo a la ejecución del hecho punible; cfr. Hans-Joachim RUDOLPHI, *Bockelmann-Festschrift*, ed. cit., págs. 386 y 387.

¹²⁶² Cfr. Hans-Joachim RUDOLPHI, *Bockelmann-Festschrift*, ed. cit., págs. 374 y 375.

¹²⁶³ Cfr. Georg SCHILLING, *Der Verbrechensversuch...*, ed. cit., págs. 112 y 113.

responder por tentativa de homicidio¹²⁶⁴, SCHILLING comparte la determinación de la Corte Suprema de Justicia alemana puesto que, a su modo de ver, el estar de acuerdo con efectuar el disparo en caso de necesidad constituye un aporte individual de cada coautor (que tuvo como resultado un determinante apoyo psicológico para sus compañeros), con lo que cada uno de ellos puso en marcha su intención delictiva dando así comienzo a la punible ejecución del delito¹²⁶⁵.

En contra de la denominada solución individual se ha dicho que es una tesis que carece de una sólida fundamentación dogmática¹²⁶⁶, no solo porque critica a los defensores de la solución global con el argumento de que ellos aluden a la supuesta existencia de una "acción colectiva" desarrollada por un "sujeto colectivo" cuando en verdad la doctrina no se refiere a esta clase de figuras¹²⁶⁷, sino porque, además, al construir la responsabilidad del coautor a título de tentativa sobre la consideración individual del comportamiento de cada una de las personas que toma parte en el hecho, se desconoce el principio de la mutua responsabilidad sobre el que se ha venido edificando tradicionalmente el fenómeno de la coautoría¹²⁶⁸.

En efecto, si para establecer la presencia de un delito de tentativa debe prescindirse de la valoración conjunta de las conductas desplegadas por los coautores, lo consecuente sería que para la determinación de la existencia de un delito consumado se hiciera igualmente abstracción del conjunto de actuaciones para, en su lugar, examinar el comportamiento individual de cada una de las personas que han tomado parte en el hecho; con semejante procedimiento se desvirtuaría por completo la figura dogmática de la coautoría, puesto que cada sujeto debería entonces responder penalmente solo por la conducta individualmente desarrollada, y en la medida en que ella fuese penalmente relevante.

¹²⁶⁴ Cfr. Hans-Joachim RUDOLPHI, Bockelmann-Festschrift, ed. cit., pág. 380.

¹²⁶⁵ Cfr. Georg SCHILLING, Der Verbrechensversuch..., ed. cit., págs. 112 y 113.

¹²⁶⁶ Cfr. Theo VOGLER, LK, ed. cit., §22 Rn. 90

¹²⁶⁷ Cfr. Wilfried KÜPER, Versuchsbeginn und Mittäterschaft, R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, Heidelberg-Hamburg, 1978, pág. 53.

¹²⁶⁸ Cfr. Wilfried KÜPER, Versuchsbeginn..., ed. cit., pág. 65; Johannes WESSELS, Lehrbuch, ed. cit., pág. 182.

Al estar soportada sobre bases dogmáticas poco consistentes, resulta explicable que esta solución individual, lejos de conducir a resultados satisfactorios¹²⁶⁹, en algunas oportunidades amplíe en demasía el campo de actuación del derecho penal mediante la injustificada extensión de la punibilidad, y en otras ocasiones restrinja de manera indebida el ámbito de aplicación de las penas¹²⁷⁰. Ejemplo de la primera hipótesis (ampliación desmesurada de la punibilidad) lo constituye la ya mencionada afirmación hecha por SCHILLING¹²⁷¹ (aun cuando no compartida por RUDOLPHI¹²⁷²) en el sentido de que el simple acuerdo de voluntades supone la prestación de una efectiva colaboración en la ejecución del delito y, por consiguiente se traduce en responsabilidad a título de tentativa, situación esta que nunca podría serle reprochada a un autor individual, pues conforme a la doctrina mayoritaria la sola existencia de una intención delictiva no puede bastar para la deducción de una responsabilidad penal¹²⁷³. Téngase en cuenta, además, que una tal solución supone que en el referido caso de quien dispara contra su compañero creyéndolo un perseguidor¹²⁷⁴, deberían ser sancionados como autores de tentativa todos los copartícipes por la mera circunstancia de haber tomado la determinación de actuar así, aun cuando no hubiese aparecido ningún perseguidor (!), pues el comienzo de la tentativa punible estaría marcado por el mero acuerdo de voluntades¹²⁷⁵.

Por esta vía se consigue entonces un injustificado tratamiento diferencial para conductas estructuralmente idénticas, pues mientras la sola voluntad de actuación contraria a derecho no sería suficiente para sancionar como autor de una tentativa al autor individual, el simple acuerdo de voluntades para la comisión de un delito sí sería

¹²⁶⁹ Para VOGLER resulta evidente que este planteamiento conduce a resultados insatisfactorios desde el punto de vista de política criminal; cfr. Theo VOGLER, LK, ed. cit., § 22 Rn. 90.

¹²⁷⁰ Cfr. Johannes WESSELS, Lehrbuch, ed. cit. pág. 182.

¹²⁷¹ Cfr. Georg SCHILLING, Der Verbrechensversuch..., ed. cit., págs. 112 y 113.

¹²⁷² Cfr. Hans-Joachim RUDOLPHI, Bockelmann-Festschrift, ed. cit., págs. 374 y 375.

¹²⁷³ Cfr. Wilfried KÜPER, Versuchsbeginn..., ed. cit., pág. 62; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., § 49/98, pág. 308; Hans-Joachim RUDOLPHI, SK, ed. cit., § 22 Rn. 19a.

¹²⁷⁴ Cfr. BGHSt 11-268.

¹²⁷⁵ Cfr. Claus ROXIN, JuS 1979, ed. cit., pág. 13.

ya considerado como un comienzo de ejecución fundamentador de la responsabilidad a título de tentativa¹²⁷⁶.

Que esta teoría supone en otros eventos una inadecuada restricción al ámbito de aplicación del derecho penal es algo que se evidencia en aquellos casos en los cuales la repartición de labores al interior de una organización criminal supone para uno de los partícipes una tardía entrada en acción (esto es, intervenir cuando sus demás compañeros ya han actuado); si, por ejemplo, los partícipes son descubiertos durante la ejecución del delito y quien tiene a su cargo el desarrollo de la fase final no ha tenido tiempo de actuar, una solución individual le eximiría de responsabilidad penal por no haber desplegado todavía una acción ejecutiva, mientras a sus demás compañeros que ya hubiesen desarrollado las tareas encomendadas les sería deducida una responsabilidad penal a título de tentativa. Con razón puede entonces decirse que la solución individual favorece de manera injustificada a quien, por simple casualidad, no ha tenido tiempo de desarrollar la actividad que dentro del reparto de funciones criminales le ha sido asignada¹²⁷⁷.

Es importante destacar aquí que si se decidiese llevar esta solución individual hasta sus últimas consecuencias, no solo habría necesidad de admitir que cuando el individuo que toma parte en una empresa criminal da comienzo a la ejecución de la parte del hecho punible que le corresponde ingresa al terreno de la tentativa punible, sino que, además, sería necesario reconocer que cuando ese mismo sujeto termina de ejecutar la actividad que le ha sido encomendada, entonces habría consumado el delito¹²⁷⁸, pues así como no sería concebible (conforme a esta tesis) que se dejara en manos de otro el inicio de la tentativa, tampoco debería ser imaginable que la consumación de un delito quedase abandonada a la voluntad de una tercera persona.

¹²⁷⁶ Además, la deducción de responsabilidad por el simple acuerdo de voluntades sería contraria a las normas que (en países como Alemania, España y Colombia) describen la figura de la tentativa exigiendo la objetivación de la voluntad delictiva; cfr. Theo VOGLER, LK, ed. cit., § 22 Rn. 91.

¹²⁷⁷ Cfr. Wilfried KÜPER, *Versuchsbeginn...*, ed. cit., pág. 68.

¹²⁷⁸ Cfr. Wilfried KÜPER, *Versuchsbeginn...*, ed. cit., págs. 65 y 66.

7.1.2. Solución global.-

Independientemente de las diversas tesis que a nivel doctrinal han sido esbozadas con la pretensión de explicar la figura dogmática de la coautoría, lo evidente es que todas ellas parten —de una u otra forma— de considerar que así como en el desarrollo de múltiples actividades de la vida moderna las personas se han visto impelidas a efectuar un armónico reparto del trabajo para conseguir un mayor nivel de rendimiento en las complejas actividades de la vida social, de la misma manera en el mundo del crimen se ha abierto paso la idea de que una conveniente distribución del trabajo posibilita la obtención de mejores resultados, especialmente en la ejecución de proyectos de alguna envergadura que no podrían ser llevados a cabo fácilmente por un solitario autor.

También suele haber acuerdo de opiniones en cuanto a que si bien en actuaciones criminales llevadas a cabo con división de trabajo no todas las personas cumplen de manera individual la actividad contenida en el verbo rector del tipo, cada una de ellas debe responder penalmente por el resultado obtenido, como si la acción desplegada por sus compañeros fuese propia¹²⁷⁹. Así, cuando Pedro, Juan y Diego acuerdan dar muerte a Pablo, para lo cual los dos primeros deben bloquear el paso del vehículo de la víctima mientras el último de ellos le propina los mortales disparos, si bien solo Diego ejecuta la conducta ontológica de matar contenida en el verbo rector del tipo de homicidio, se entiende que sus compañeros de empresa criminal responden por el mismo delito como si la actuación desplegada por su compañero fuese la suya propia¹²⁸⁰. Esta es la razón de ser de un principio que se conoce con el nombre de "imputación recíproca" y que está en la base de muchas de las fundamentaciones dogmáticas del fenómeno de la coautoría¹²⁸¹.

Tanto en la lícita división del trabajo social, como en las actividades delictivas conjuntas, importa que quienes en ellas toman parte lo

¹²⁷⁹ Cfr. Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., §49/100 pág. 308.

¹²⁸⁰ Para KÜPER, cuando varias personas deciden transportar conjuntamente un objeto demasiado pesado del cual se han apropiado indebidamente, falta en cada uno de ellos la intención de una ejecución individual del delito de hurto, pues todos ellos entienden tomar parte en una actuación colectiva; cfr. Wilfried KÜPER, Versuchsbeginn..., ed. cit., pág. 22.

¹²⁸¹ Cfr. Paul BOCKELMANN/Klaus VOLK, Lehrbuch, ed. cit., pág. 219, Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Lehrbuch, ed. cit., §49/100 pág. 308.

hagan de acuerdo con unos parámetros previamente trazados para la obtención de una finalidad común, puesto que si las personas involucradas deciden efectuar su labor conforme a criterios personales diversos de los acordados en la sociedad, entonces no estarán ya participando en una actividad colectiva ni aunarán su esfuerzo laboral al de sus compañeros para la obtención de una meta común. Es justamente ese objetivo único, y esa específica asignación de funciones encaminadas al logro de los ideales comunes lo que identifica la división del trabajo y lo que permite entender que todos quienes en ella colaboran desarrollan actividades que, desde el punto de vista de la finalidad buscada, poseen el mismo nivel de importancia¹²⁸².

A partir de estos parámetros, los partidarios de una solución global consideran que todos los intervinientes en una actividad delictiva deben ser considerados coautores de tentativa desde el momento en el cual uno de ellos —conforme a lo convenido— adelanta una acción que denota el comienzo de ejecución del delito planeado¹²⁸³. Determinante para el surgimiento de la tentativa no es entonces la circunstancia de que cada uno de los integrantes del grupo delictivo realice individualmente conductas consideradas como de ejecución (como sí ocurre con la denominada solución individual), sino que uno (o varios) de ellos lleve(n) a cabo una actuación que, siendo acorde con lo convenido por todos, suponga para la totalidad de los asociados el comienzo de ejecución del delito¹²⁸⁴.

¹²⁸² Cfr. Wilfried KÜPER, *Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Rücktrittsbeteiligten. Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Mittäterschaft*, in *Juristenzeitung (JZ)*, J. C. B Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1979, pág. 787.

¹²⁸³ Cfr. Paul BOCKELMANN/Klaus VOLK, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 219; Günther JAKOBS, *ZStW* 104 [1992], ed. cit., págs. 94 y 95; Hans-Heinrich JESCHECK, *ZStW* 99 [1987], pág. 124. Karl LACKNER, *StGB*, ed. cit., § 22 1, d), bb); Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, *Lehrbuch*, ed. cit., § 49/100 pág. 308; Wilfried KÜPER, *Versuchsbeginn...*, ed. cit., pág. 21; Harro OTTO, *JA* 1980, ed. cit., pág. 646; Harro OTTO, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 281; Claus ROXIN, *JuS* 1979, ed. cit., pág. 13; Hans-Joachim RUDOLPHI, *SK*, ed. cit., §22 Rn. 19a, quien menciona esta tesis no como propia sino como la dominante a nivel doctrinal; Kristian F. STOFFERS, *Mittäterschaft und Versuchsbeginn*, in *Monatschrift für Deutsches Recht (MDR)*, Verlag Dr. Otto Schmidt K. G., Köln-Hamburg, 1989, pág. 212; Otto TRIFFTERER, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 367; Herbert TRÖNDLE, *StGB*, ed. cit., § 22 Rd. 18; Theo VOGLER, *LK*, ed. cit., § 22 Rn. 88; Theo VOGLER, *ZStW* 98 [1986], ed. cit., págs. 341 y 342; Hans WALDER, *SchWZStr* 99 [1982], ed. cit., págs. 229, 272 y 273, Johannes WESSELS, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 182.

¹²⁸⁴ Esta solución es igualmente válida para determinar el comienzo de la tentativa en los casos en que actúa un determinador: cfr. Hans WALDER, *SchZStr* 99 [1982], ed. cit., pág. 229.

Conforme a este criterio, la condición de coautor de una tentativa se adquiere con independencia de si el interviniente ha desplegado ya la actividad que le fue encomendada dentro del plan de ejecución del delito¹²⁸⁵ y sin importar si ella, valorada de manera individual, alcanza la categoría de acción ejecutiva o se queda tan solo en el plano de los actos preparatorios¹²⁸⁶. Debido a ello, cuando algún integrante de una banda de asaltantes es sorprendido violando la cerradura de un almacén que han planeado robar, mientras dos de sus compañeros van a un garaje próximo para traer el vehículo en el que habrán de transportar el producto del hurto, y otro aguarda con un montacargas el momento en que deba conducir la mercancía desde el almacén hasta el camión, tanto quien abre la puerta de ingreso al establecimiento comercial (desarrollando así un acto de ejecución del delito de hurto conforme al plan criminal) como sus compinches son considerados desde ese momento como coautores del delito de tentativa de hurto, sin que en favor de estos últimos pueda alegarse que la conducta de conseguir un vehículo (aisladamente considerada) no pasa de ser un simple acto preparatorio impune, o que su función de manejar el montacargas no se había iniciado cuando el delito fue descubierto por las autoridades.

De acuerdo con esta forma de solución se mostró hace ya mucho tiempo el Tribunal Supremo del Imperio Alemán cuando, en el año de 1943, hubo de ocuparse del siguiente caso: una pareja de esposos acostumbrada a obtener del gobierno alemán billetes de tren gratis para hacer turismo al interior de su país, se enteró de que conforme a una nueva reglamentación ese beneficio sólo podría obtenerse para viajes en un trayecto superior a los 250 kilómetros y siempre que se tratara de efectuar visitas a un soldado herido recluido en un hospital militar. Como el deseo de la pareja era efectuar un viaje al Tirol y otro a Innsbruck que superaban los 250 kilómetros de la reglamentación, convinieron que la señora escribiera dos cartas a soldados que estuviesen recluidos en centros hospitalarios militares de las mencionadas regiones, pidiéndoles que les enviaran una comunicación en la que dijeran ser parientes suyos heridos en combate para de esa forma conseguir los pasajes gratis. Las dos

¹²⁸⁵ Cfr. Wilfried KÜPER, *Versuchsbeginn...*, ed. cit., págs. 69 y 70.

¹²⁸⁶ Cfr. Wilfried KÜPER, *Versuchsbeginn...*, ed. cit., págs. 69 y 70; Karl LACKNER, *StGB*, ed. cit., § 22 1, d), bb); Kristian F. STOFFERS, *MDR* 1989, ed. cit., pág. 212; Hans WALDER, *SchwZStr* 99 [1982], ed. cit., pág. 229.

misivas fueron interceptadas por las autoridades alemanas, y los esposos sometidos a proceso penal por tentativa de estafa, siendo condenada la señora en primera instancia y absuelto su marido con el argumento de que él no había participado en la redacción de las cartas¹²⁸⁷.

Sometido el caso a consideración del Tribunal Supremo del Imperio alemán, se determinó mantener la sentencia respecto de la señora, pero disponiendo adicionalmente la condena de su esposo como coautor de una tentativa de estafa; para sustentar esta decisión se argumentó que la señora había actuado claramente en desarrollo de un plan conjuntamente acordado, de tal forma que su esposo tenía pleno conocimiento de lo que su compañera hacía para obtener la ilícita adjudicación de los pasajes gratuitos para ambos¹²⁸⁸.

Probablemente el énfasis que la mayoría de sus partidarios ha puesto en el acuerdo de voluntades que caracteriza la coautoría, así como las referencias de la jurisprudencia alemana a ese aspecto, han llevado a algunos a afirmar que la teoría de la solución global padece aún de imperfecciones en su fundamentación dogmática¹²⁸⁹, en cuanto hace demasiado énfasis en el aspecto subjetivo de la conducta¹²⁹⁰; se dice, además, que con esta forma de argumentación queda la impresión de que lo determinante para el surgimiento de una tentativa en la coautoría es la existencia de un acuerdo de voluntades; y si ello es así, se concluye, bastaría con que la persona retirase oportunamente su voluntad delictiva para que no pudiese ser sancionado como coautor de una tentativa¹²⁹¹. También se le critica el hecho de que haga alusión a la presencia de una intención colectiva surgida a partir de un acuerdo de voluntades,

¹²⁸⁷ Cfr. RGSt 77 [1944] 172 y 173.

¹²⁸⁸ Cfr. RGSt 77 [1944] 174 y 175.

¹²⁸⁹ Cfr. Hans-Ludwig GÜNTHER, Buchbesprechung, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht* (GA), R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, Heidelberg, 1983, pág. 332, para quien la fundamentación dogmática de la denominada "solución global" es aún muy nebulosa.

¹²⁹⁰ Cfr. Georg SCHILLING, *Der Verbrechenversuch...*, ed. cit., págs. 61 y 63.

¹²⁹¹ Cfr. Georg SCHILLING, *Der Verbrechenversuch...*, ed. cit., pág. 7. En apoyo de este argumento invoca SCHILLING una jurisprudencia del Tribunal Supremo del Imperio alemán (RGSt 54, 177), que sin embargo no se refiere concretamente al problema de la validez del desistimiento en la coautoría. Ahora bien, si SCHILLING se refiere a quien antes de la ejecución del delito decide no tomar parte en él, resulta evidente que no puede responder como coautor de una tentativa.

puesto que ello no pasaría de ser una simple ficción¹²⁹²; y finalmente, en la misma línea argumentativa, se sostiene que es completamente ajeno a la realidad pensar que el coautor que da comienzo a la ejecución del hecho desarrolla un trozo de la actuación de una persona colectiva, como parte de la ejecución de un delito global perpetrado por ella¹²⁹³.

En cuanto al supuesto de quien antes de que la conducta delictiva comience a ejecutarse decide abandonar la empresa criminal, no parece haber inconveniente en reconocer que quien así se comporta queda desvinculado de la acción colectiva que se planea, dado que adopta su decisión en un momento en que aquella es impune¹²⁹⁴; en consecuencia, la posterior ejecución de la misma por parte de sus antiguos camaradas no le vincula desde el punto de vista de la responsabilidad penal. Si, por el contrario, ese retiro de su voluntad delictiva se presentara después de iniciada la ejecución del delito (esto es, cuando el delito de tentativa ya ha surgido a la vida jurídica), entonces su situación jurídica dependería de que respecto de él pudieran predicarse los requisitos del desistimiento, pues en caso de que ellos concurrieran no se le podría deducir responsabilidad penal.

Las censuras más fuertes en contra de la solución global parecen ser entonces las relacionadas con el empleo de figuras imaginarias, porque se sostiene que como no existen ni intenciones ni actuaciones colectivas, la afirmación de que la tentativa empieza para todos los intervinientes en el momento en que uno solo de ellos alcanza los actos ejecutivos, no pasa de ser una ficción carente de sustento real. El reproche es cierto en la medida en que la fundamentación de la punibilidad en la coautoría esté cimentada en consideraciones individuales, como podrían ser la simple coexistencia de voluntades independientes en el mismo sentido, o la aleatoria confluencia de varios factores causales (objetivos) en idéntica dirección.

Sin embargo, examinar las actuaciones desplegadas de consuno por varias personas desde una perspectiva puramente ontológica, vale

¹²⁹² Cfr. Georg SCHILLING, *Der Versuchsbeginn...*, ed. cit., pág. 73.

¹²⁹³ Cfr. Georg SCHILLING, *Der Versuchsbeginn...*, ed. cit., pág. 64.

¹²⁹⁴ Salvo que ya se hubieran realizado actos preparatorios que en si mismos constituyeran un delito.

decir, a partir del análisis de cada uno de sus componentes individuales entendidos de manera aislada como factores causales del resultado, conduce a soluciones insatisfactorias. Así, por ejemplo, la sanción de quienes conjuntamente roban una entidad bancaria dependería de lo que cada uno de ellos hubiera realizado en el plano natural, en tal forma que quien golpeó al guardia de seguridad para facilitar el delito sería responsable de unas lesiones personales, a quien con ayuda de explosivos consiguió abrir la caja fuerte se lo procesaría por daño en bien ajeno y a aquel que tomó con sus manos el dinero que había en su interior se lo haría responder por hurto simple. A través de este procedimiento nadie podría ser condenado como autor de un delito de hurto agravado por la violencia, que es aquel que evidentemente se cometió en el ejemplo propuesto, ya que ninguno de quienes tomaron parte en el mismo desplegó una conducta que individualmente pudiera encajar en esa descripción típica¹²⁹⁵.

La situación cambia si se admite que la razón de ser de la punibilidad de cada coautor (y también de cada partícipe) es su intervención en una acción colectiva constitutiva de un riesgo jurídicamente desaprobado que se realiza en un resultado (entendido como quebrantamiento de la vigencia de la norma). En un ámbito social las conductas no se aprecian por sus componentes ontológicos, sino por su significado; todo comportamiento que trascienda el ámbito individual de quien lo lleva a cabo constituye una forma de comunicación y de esa manera es percibido por sus congéneres; una seña obscena carecería de significado si se la describiera y entendiera solamente por los movimientos físicos que la componen; su impacto exterior no depende de esos detalles puramente mecánicos, sino de lo que con ello sea capaz de transmitir su autor, es decir, de la apreciación externa que de la misma se haga¹²⁹⁶.

Esa valoración social del significado de las actuaciones con independencia de sus componentes aislados, no vale solamente para las conductas realizadas por una sola persona natural, sino también

¹²⁹⁵ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, *Intervención delictiva*, ADPCP, ed. cit., págs. 107 y 108. (Igual en Yesid REYES ALVARADO, *Strafbare Beteiligung*, Jakobs FS, ed. cit., págs. 560 y 561).

¹²⁹⁶ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, *Intervención delictiva*, ADPCP, ed. cit., págs. 102, 103 y 106. (Igual en Yesid REYES ALVARADO, *Strafbare Beteiligung*, Jakobs FS, ed. cit., págs. 557, 558, 560 y 561).

para las que son desarrolladas por una pluralidad de ellas como puede observarse en el ámbito deportivo, donde la gente suele alabar la forma de juego de un equipo de fútbol (como conjunto) al punto que suelen ser fervorosos seguidores de esa institución con absoluta independencia de los jugadores que ocasionalmente conforman su plantilla. Las personas que suelen comprar determinada marca de ordenadores lo hacen porque consideran que la empresa fabricante trabaja con la mejor tecnología, y quienes adquieren vehículos automotores de una marca específica suelen hacerlo porque la compañía es seria y confiable. Pocos de quienes así se comportan saben quién es el diseñador de esos aparatos y mucho menos quiénes son los individuos encargados de fabricar sus componentes o de ensamblarlos; en ambos ejemplos esas actuaciones individuales carecen de trascendencia en la valoración global de una actuación que socialmente se aprecia como colectiva¹²⁹⁷; la fabricación de ordenadores o de automóviles¹²⁹⁸.

Si se entiende la conducta con repercusión social de esta manera¹²⁹⁹, como significación social de voluntad(es) objetivada(s), no debería haber ninguna dificultad para admitir que en un sentido valorativo ella puede ser tanto individual como colectiva. De hecho, el principal aporte de la imputación objetiva a la teoría del delito es el de abandonar el análisis puramente natural del comportamiento humano¹³⁰⁰ como forma de apreciar la tipicidad y

¹²⁹⁷ Para KÜPER las expresiones "acción conjunta" e "intención conjunta" son de carácter normativo y de ninguna manera suponen desconocer la presencia de varios portadores individuales de intenciones ni de varios "activadores de intenciones"; cfr. Wilfried KÜPER, *Versuchsbeginn...*, ed. cit., págs. 53 y 54. Sobre el concepto de acción colectiva y su utilidad en la intervención delictiva pueden verse, por ejemplo, Heiko LESCH, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, Peter Lang Verlag, Frankfurt-Berlin-Bern-New York-Paris-Wien, 1992, págs. 186 y ss.; Heiko LESCH, *Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung*, ZStW 105 [1993], págs. 274 y 275; Günther JAKOBS, *Beteiligung*, en *Festschrift für Ernst-Joachim Lampe*, Duncker & Humblot, Berlin, 2003, pág. 565; Günther JAKOBS, *Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation*, en GA 1996, págs. 264 y siguientes; Urs KINDHÄUSER, *Handlungs- und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft*, en *Festschrift für Alexander Hollerbach*, Duncker & Humblot, Berlin, 2001, pág. 630.

¹²⁹⁸ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, *Intervención delictiva*, ADPCP, ed. cit., págs. 104 y 105. (Igual en Yesid REYES ALVARADO, *Strafbare Beteiligung*, Jakobs FS, ed. cit., págs. 559 y 560).

¹²⁹⁹ La conducta que no trasciende el ámbito interno del individuo no le interesa al derecho penal.

¹³⁰⁰ Que como tal existe en el ámbito de lo natural, responde a leyes causales y está guiado por una voluntad, pero que no interesa al derecho penal por esas solas circunstancias.

antijuridicidad del mismo, para sustituirlo por una valoración normativa edificada sobre el alcance social de la conducta. Desde esta perspectiva, para que el aspecto objetivo del delito (en sentido normativo y no meramente ontológico) esté presente hacen falta dos condiciones: la primera, que una actuación pueda ser apreciada como creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado, en la medida en que haya sido desplegada en contra de la forma como debería haber sido ejecutada en desarrollo de un concreto rol; la segunda, que ese comportamiento pueda ser apreciado como quebrantador de una norma penal, siempre que comunique un desconocimiento de su vigencia y, de esa manera, cuestione la estabilidad del régimen legal erigido para proteger bienes jurídicos frente a determinados ataques que se consideran perjudiciales para el normal desarrollo de la vida social.

Esa estructura de la imputación objetiva pone de presente que lo determinante para saber si un comportamiento puede ser calificado como típico y antijurídico es la trascendencia social del mismo, que se deriva de la forma en que se interpreta lo que a través de él comunica su autor. Lo que puede ser apreciado como una conducta ajustada a un rol social no interesa al derecho penal aun cuando lesione bienes jurídicos, con independencia de si ella es desarrollada por una sola persona (un boxeador que en el transcurso de un combate legítimo da muerte a su oponente) o de manera consensuada por un grupo de ellas (un equipo interdisciplinario encargado de practicar una compleja cirugía de amputación de las dos extremidades inferiores). De la misma manera, una conducta creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado que no llega a quebrantar una norma penal no es constitutiva de delito, bien sea que la misma haya sido desplegada por un individuo en solitario (conducción de vehículos contra las normas de tráfico sin consecuencias para la integridad personal de nadie¹³⁰¹) o de común acuerdo por un conjunto de ellos (quienes participan en carreras ilegales de automóviles dentro de perímetros urbanos¹³⁰², sin producir lesiones o muertes, pero incluso conscientes de la probabilidad de que ellas ocurran).

¹³⁰¹ Siempre que las mismas no constituyan por sí mismas un delito, como ocurre ya en varias legislaciones penales respecto de la conducción en estado de ebriedad, bajo los efectos de sustancias estupefacientes o superando determinados límites de velocidad.

¹³⁰² Siempre que las mismas no constituyan por sí mismas un delito.

Cuando una conducta es llevada a cabo de manera consensuada por un número plural de personas, primero se debe examinar si como acción colectiva es creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado y, en caso de que así sea, se debe verificar si cada uno de quienes en ella tomaron parte practicaron comportamientos que, en ese contexto, pueden ser calificados como contrarios a lo que de ellos se esperaba¹³⁰³. Respecto de la realización del riesgo en el resultado el procedimiento es idéntico, de tal manera que ante todo debe establecerse si la conducta colectiva puede entenderse como quebrantadora de una norma penal para, a continuación, analizar si los aportes de quienes en ella tomaron parte fueron tenidos en cuenta para el desarrollo de la misma (caso en el cual se entenderá realizado en el resultado) o no (hipótesis en la cual ese interviniente no debería responder penalmente por el delito cometido)¹³⁰⁴.

Esa forma de valorar las conductas colectivas indica que la realización del riesgo en el resultado (con la que surgen a la vida jurídica tanto las tentativas como los delitos consumados) depende de que las mismas puedan ser interpretadas como quebrantadoras de una norma penal, para lo cual no hace falta que cada uno de quienes en ella tomen parte realice un comportamiento que individualmente consiga ese objetivo. Cuando uno solo de los atracadores que asaltan una entidad bancaria se apodera del dinero, la conducta de todo el grupo es socialmente valorada como un delito de hurto, con absoluta independencia de la concreta actividad que cada uno de ellos haya llevado a cabo en desarrollo del crimen¹³⁰⁵. Esa valoración externa (social) de las conductas colectivas ocurre permanentemente en el mundo de lo lícito y no tiene por qué ser diversa cuando se torna en delictiva; así, por ejemplo, un equipo de fútbol gana el campeonato mundial cuando uno solo de sus jugadores marca el gol decisivo, pese a que ninguno de sus compañeros de juego lo haya conseguido; en puridad de términos, incluso quienes estaban en el banco de

¹³⁰³ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, Intervención delictiva, ADPCP, ed. cit., págs. 108 y 109. (Igual en Yesid REYES ALVARADO, Strafbare Beteiligung, Jakobs FS, ed. cit., págs. 562 y 563).

¹³⁰⁴ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, Intervención delictiva, ADPCP, ed. cit., págs. 110, 111 y 112. (Igual en Yesid REYES ALVARADO, Strafbare Beteiligung, Jakobs FS, ed. cit., págs. 564 y 565).

¹³⁰⁵ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, Intervención delictiva, ADPCP, ed. cit., págs. 112 y 113. (Igual en Yesid REYES ALVARADO, Strafbare Beteiligung, Jakobs FS, ed. cit., págs. 565 y 566).

suplentes (con ellos contaba el entrenador para el desarrollo del partido) son considerados por la afición como campeones aun cuando ni siquiera saltaron al campo de juego.

Cuando dos personas acuerdan despojar a un tercero de sus joyas mediante el empleo de violencia, y convienen en que mientras uno amenaza a la víctima el otro se apoderará de sus pertenencias, el momento en que se produce el quebrantamiento de la vigencia de la norma y con él el inminente peligro de lesión al bien jurídico protegido por el tipo de hurto agravado (o dicho en otras palabras, el instante en que se da inicio a la ejecución del mencionado delito), es exactamente el mismo que en el evento de que la actuación hubiese sido de un autor único: cuando se ejerce violencia sobre la víctima¹³⁰⁶. Entendido de esta manera el comienzo de ejecución, resulta claro que quienes en desarrollo de un acuerdo colectivo de voluntades deciden cometer un delito, harán su ingreso común al terreno de la tentativa punible cuando ataquen un bien jurídico mediante una conducta que, creando un riesgo jurídicamente desaprobado, implique el quebrantamiento de la vigencia de una norma penal¹³⁰⁷.

Teniendo en mente casos como el ya mencionado del ladrón que confundió a su compañero con un perseguidor y le disparó para tratar de evitar (tal como habían convenido previamente) que fueran capturados o descubiertos¹³⁰⁸, se menciona como un defecto de la solución global el propugnar por la punibilidad de quien solo ha

¹³⁰⁶ Cfr. Wilfried KÜPER, *Versuchsbeginn...*, ed. cit., pág. 21.

¹³⁰⁷ Para MAURACH, el disponerse inmediatamente a ejecutar el hecho de que habla el § 22 del Código Penal alemán al describir la tentativa, se refiere a la típica afectación del bien jurídico, razón por la cual el comienzo de ejecución debe referirse en la coautoría a la acción común ejecutada en contra de dicho bien jurídico; cfr. Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, *Lehrbuch*, ed. cit., § 49/100 pág. 308. KRATZSCH, por su parte, entiende que con la actuación de uno de los coautores se da comienzo a la ejecución del delito en el sentido de la norma, porque la actuación individual no es sino una parte de la conjuntamente planeada; cfr. Dietrich KRATZSCH, *JA* 1983, pág. 587. En la misma línea de argumentación considera OTTO que en la coautoría hay un comienzo de tentativa para todos los coautores, cuando desde el punto de vista del plan delictivo uno de los ellos fundamenta con su conducta un inmediato peligro para el bien jurídico protegido; cfr. Harro OTTO, *JA* 1980, ed. cit., pág. 646.

¹³⁰⁸ Cfr. BGHSt 11, 268.

convenido participar en el delito pero no ha alcanzado a realizar actuación alguna en el momento en que su ejecución fracasa¹³⁰⁹.

Lejos de ser este un inconveniente de la solución global, constituye una de sus principales ventajas, en cuanto evita la deducción de responsabilidad penal sobre consideraciones meramente casuales como la referida al tiempo en que los partícipes deben llevar a cabo su correspondiente actividad¹³¹⁰. Piénsese, por ejemplo, en que dentro de una organización criminal se acuerda que una persona ingresará a un banco para intimidar a los empleados y clientes, mientras otra abrirá la bóveda, una tercera tomará el dinero y finalmente una cuarta les esperará fuera de la entidad bancaria para alejarlos del lugar del delito; no obstante esa detallada planificación, los ladrones son sorprendidos cuando intimidaban a los empleados, sin que alcanzaran siquiera a intentar la apertura de la caja fuerte¹³¹¹. Si la determinación de la responsabilidad penal dependiera en estos casos de que la persona hubiese desarrollado efectivamente la parte de trabajo que le correspondía conforme a la división de trabajo previamente acordada, entonces el único que habría de responder como autor de una tentativa de hurto agravado sería quien intimidó a los empleados y clientes del banco, pues ni quien tenía la función de abrir la bóveda, ni quien debía tomar el dinero, ni quien debía alejarlos del lugar del delito alcanzaron a efectuar sus respectivas actividades.

Una tal solución abandona la responsabilidad penal a la simple casualidad, pues la existencia de una tentativa dependería de la forma en que arbitrariamente se hubieran distribuido las funciones al interior de la organización criminal y del momento en que las autoridades hicieran su ingreso al lugar de los hechos. Esto

¹³⁰⁹ Cfr. Hans-Ludwig GÜNTHER, GA 1983, ed. cit., pág. 333, quien además se pregunta si no debería haber una solución especial para las personas que habiendo consentido en la comisión del delito no hayan desplegado aún ninguna actividad en el momento en que la ejecución fracasa; Georg SCHILLING, Der Verbrechensversuch..., ed. cit., págs. 5 y 6.

¹³¹⁰ Cfr. Wilfried KÜPER, JZ 1979, ed. cit., pág. 787; Theo VOGLER, LK, ed. cit., § 22 Rn. 89.

¹³¹¹ WALDER menciona el ejemplo de quien para penetrar a una propiedad ajena (con intención de cometer un robo) corta la malla que encierra el predio, mientras sus compañeros consiguen un auto para transportar el botín; en este caso, opina WALDER con razón, todos quienes así participan en la comisión del delito deben responder como autores de una tentativa de hurto, en caso de que el plan no llegue a realizarse. Cfr. Hans WALDER, SchZStr 99 [1982], ed. cit., págs. 272 y 273.

conduciría a que al interior de las organizaciones criminales sus diversos integrantes pidieran que se les asignara siempre la última de las labores, porque ello les permitiría casi con seguridad quedar exonerados de responsabilidad en caso de tentativa, al no haber alcanzado a realizar la acción a ellos encomendada. Estas inconsistencias se evitan justamente con la solución global, conforme a la cual la responsabilidad de todos los coautores a título de tentativa no depende de si por casualidad la persona ha desplegado o no su concreta actividad, sino de si uno de ellos — conforme al previo acuerdo de voluntades— ha desarrollado una conducta que pueda ser considerada como el comienzo de ejecución del delito¹³¹².

Por el contrario, si en un plano social se admite la existencia de acciones colectivas, la realización del riesgo en el resultado no requiere que cada uno de quienes en ella tomen parte ejecute una conducta que pueda aisladamente encajar en el tipo penal correspondiente; basta con que el aporte individual (siendo creador de un riesgo jurídicamente desaprobado) haya sido tenido en cuenta por el grupo para la ejecución del delito, aun cuando efectivamente no haya llegado a utilizarse; si, por el contrario, la colaboración de alguien es desechada por sus compañeros antes de dar comienzo a la fase de ejecución criminal debido a que la consideran superflua, entonces su comportamiento no podrá ser considerado como realizado en el resultado obtenido conjuntamente por los demás miembros de la banda¹³¹³.

Importa destacar que la determinación de si la conducta de uno de los coautores (desarrollada conforme al previo acuerdo de voluntades) corresponde o no al inicio de ejecución de una actividad delictiva es algo que debe ser establecido conforme a los parámetros generales ya esbozados en otro lugar y que, por tanto, no ofrece

¹³¹² Cfr. Yesid REYES ALVARADO, *Intervención delictiva*, ADPCP, ed. cit., págs. 113 y 114. (Igual en Yesid REYES ALVARADO, *Strafbare Beteiligung*, Jakobs FS, ed. cit., pág. 566).

¹³¹³ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, *Intervención delictiva*, ADPCP, ed. cit., págs. 112 y 113. (Igual en Yesid REYES ALVARADO, *Strafbare Beteiligung*, Jakobs FS, ed. cit., pág. 565).

ninguna particularidad en las hipótesis de actuaciones colectivas, diversas de las que acaban de ser mencionadas¹³¹⁴.

Un aspecto importante para que pueda apreciarse la existencia de una actuación colectiva es la presencia de una intención conjunta entre quienes la llevan a cabo, puesto que si cada uno de ellos actuara de manera descoordinada y persiguiendo finalidades diversas, difícilmente se podría apreciar externamente su conducta como parte de una actuación global. Aun cuando desde una perspectiva ontológica no pueda hablarse de una intención colectiva, lo cierto es que la suma de varias voluntades individuales orientadas en un mismo sentido sí puede ser tenida en un plano valorativo como una intención colectiva.

Cuando en desarrollo de la solución global se hace referencia a que la conducta del coautor que da inicio a la ejecución del delito debe haber sido desarrollada conforme a lo planeado, no se quiere significar que lo determinante para la existencia de la tentativa sea la previa presencia del aspecto subjetivo (la intención de ejecutar el delito)¹³¹⁵, sino que se pretende destacar que para que esa acción individual del coautor pueda ser entendida como una parte de la actuación conjunta emprendida por quienes participan en la organización criminal, ella debe haber sido ejecutada dentro del marco del acuerdo de voluntades previamente determinado, pues de lo contrario ese comportamiento no podrá ser visto como parte de un trabajo conjunto, sino como la simple manifestación individual de quien la despliega.

En el caso de quien accionó su arma de fuego en contra de uno de sus compinches pensando que era alguien que pretendía detenerles¹³¹⁶, no parece correcta la solución dada por el Tribunal Supremo del Imperio alemán al condenarles a todos (incluso al que resultó herido por el disparo de su amigo) como autores de una tentativa de homicidio. Pero lo cuestionable de la resolución no es la

¹³¹⁴ Con razón señala KÜPER que la existencia de una tentativa depende en estos casos de la estructura de cada acción común y de la función que dentro de ella cumpla el acto individual; cfr. Wilfried KÜPER, *Versuchsbeginn...*, ed. cit., pág. 26.

¹³¹⁵ Aunque, desde luego, tanto en el delito de tentativa como en el consumado el aspecto subjetivo juega un importante papel en la deducción de responsabilidad; cfr. Kristian F. STOFFERS, *MDR 1989*, ed. cit., pág. 208.

¹³¹⁶ Cfr. BGHSt 11, 268.

utilización de la denominada solución global en lugar de recurrir a la individual, sino la forma en que la misma se aplicó al caso concreto; si los tres procesados habían acordado previamente que abrirían fuego contra quien intentara detenerles, esa decisión conjunta era susceptible de afectar la responsabilidad de todos sólo en la medida en que la actuación de uno cualquiera de ellos (o de varios) hubiera sido realizada conforme a ese acuerdo de voluntades; como quiera que quien accionó su arma de fuego no lo hizo en contra de un perseguidor, sino tan solo sobre quien él equivocadamente creyó que lo era, esa errada representación de la realidad que le motivó a disparar sólo lo afecta a él.

Si sus dos compañeros de fechoría no vieron en quien corría detrás de ellos a alguien que pretendiera detenerlos (y con seguridad quien resultó herido no lo apreció así), entonces la actuación de su amigo no puede ser vista como la objetivación de una voluntad común. En otras palabras el comportamiento de quien abrió fuego fue claramente individual y no colectivo, razón por la cual sólo él debió ser hecho responsable de la tentativa de homicidio. Esta solución variaría si el tercero de los intervinientes también hubiera confundido a su colega con un perseguidor y hubiera consentido en que se disparara en su contra, pues en ese caso habría existido una decisión común entre ellos dos que ameritaría responsabilizarlos como coautores de una tentativa de homicidio, pero que jamás incluiría a quien finalmente resultó herido.

Por el contrario, la condena de los esposos que intentaron mediante engaños conseguir pasajes gratuitos para desplazarse por Alemania¹³¹⁷ fue correcta, porque aun cuando sólo la mujer redactó y envió las cartas con las que solicitaba a dos soldados heridos que certificaran falsamente ser parientes de ellos para así poder tener derecho a los billetes, lo hizo en desarrollo de lo que había acordado junto con su marido; en este caso hubo entonces una voluntad común y como su objetivación fue conforme a la misma, se trató de una acción colectiva que alcanzó el grado de ejecución cuando uno de quienes en ella intervinieron (en este caso la esposa) desplegó una conducta que podía ser externamente apreciada como quebrantadora de la norma penal que sanciona el delito de tentativa de estafa.

¹³¹⁷ Cfr. RGSt 77 [1944], 172.

7.2. Tentativa en la autoría mediata.-

Aun cuando hay quien piensa que el surgimiento de la tentativa en casos de autoría mediata no presenta ninguna particularidad especial y, por consiguiente, debe establecerse de la misma forma que para cualquier clase de delito intentado¹³¹⁸, lo cierto es que el asunto presenta algunas complejidades.

Independientemente de las diferencias puntuales en la redacción de las normas que definen la tentativa en cada país, sus elementos esenciales no suelen variar mucho. Algunos códigos dicen que ella surge a la vida jurídica cuando alguien lleva a cabo una conducta que objetivamente debería conducir al resultado¹³¹⁹, otros establecen que sólo cuando se da inicio a la ejecución de la conducta delictiva mediante actos inequívocamente dirigidos a esa finalidad¹³²⁰, y otros exigen que haya una actuación que pueda ser apreciada como el comienzo inmediato de la realización del tipo¹³²¹.

Como la autoría mediata se caracteriza porque el autor utiliza un instrumento (que puede ser un tercero, la propia víctima o una combinación de los dos¹³²²) para perpetrar el delito, surge el problema de determinar a quién se refiere la norma que sanciona la tentativa cuando alude a quien se dispone a ejecutar el hecho; ¿a

¹³¹⁸ Cfr. Harro OTTO, Grundkurs, ed. Cit., pág. 281, agregando que también en los casos de autoría mediata la tentativa comienza cuando desde la perspectiva del autor hay un peligro inminente para el bien jurídico.

¹³¹⁹ Artículo 16 del Código Penal español: “Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”.

¹³²⁰ Artículo 27 del Código Penal colombiano: “El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo señalado para la conducta punible consumada”.

¹³²¹ Parágrafo 22 del Código Penal alemán: “Comete un delito en grado de tentativa el que, de acuerdo con su representación del hecho, da principio inmediatamente a la realización del tipo”.

¹³²² Cfr. Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Strafrecht AT, ed. cit., §48/100, pág. 280. La víctima podría ser utilizada como instrumento cuando bebe de la botella envenenada que preparó el autor; confluyen un tercero y la víctima como instrumentos, cuando ésta abre el paquete explosivo que el autor le ha enviado a través del correo; cfr. ibídem, §48/102, pág. 281.

quien realiza actos que objetivamente deberían producir el resultado a través de un instrumento, o a quien actúa como ejecutor del delito?; en otras palabras, ¿al autor mediato o al instrumento?¹³²³ ¿Es válido referir esas exigencias a aquel aun cuando no es él quien directamente desarrolla la acción orientada a dañar el bien jurídico? ¿O se la debe dirigir al ejecutor pese a que él no puede ser considerado como autor de la conducta punible del hombre de atrás?¹³²⁴

La problemática puede ilustrarse a través de un antiguo caso sometido en su momento a consideración del Tribunal Supremo del Imperio alemán en las primeras décadas del siglo XX:

El acusado, sin intención homicida, preparó una sustancia adecuada para dañar la salud de su nuera enferma, y secretamente la agregó a un té que la madre de la víctima (encargada del cuidado de ésta) tenía ya sobre la estufa. El procesado esperaba que en un corto tiempo la madre de la convaleciente (tercero de buena fe) le llevara la bebida a su nuera y ésta la bebiera; esto jamás llegó a ocurrir¹³²⁵.

La cuestión radica aquí en decidir si el acusado debe responder como autor de una tentativa de lesiones personales por haber agotado todas las actuaciones que desde su punto de vista eran necesarias para consumar el delito, o si su conducta debe ser considerada como un simple acto preparatorio impune porque la madre de su nuera jamás tomó la bebida alterada para llevársela a su hija, que hubiera sido el momento en el que podría entenderse que se dio inicio a los actos ejecutivos.

¹³²³ Cfr. Eduardo DEMETRIO CRESPO, Sobre el comienzo de la autoría mediata, en *Nuevas formulaciones en las ciencias penales – Homenaje al profesor Claus Roxin*, ed. Lerner, Córdoba, 2001, págs. 273 y 278; Bertold KADEL, *Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft – versucht mittelbarer Täterschaft*, en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, R. V. Decker's Verlag, G. Schenck, Heidelberg, 1983, pág. 305; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, *Strafrecht AT*, ed. cit., §48/118, pág. 285.

¹³²⁴ Aun cuando se suele afirmar de manera general que el instrumento no puede ser considerado autor de un delito (cfr. Eduardo DEMETRIO CRESPO, *Sobre el comienzo...*, ed. cit., pág. 278), eso solo es correcto en cuanto se refiera al delito del autor mediato, porque si el instrumento actúa con plena consciencia de estar ejecutando una conducta delictiva, podrá ser considerado autor de la misma con independencia de la responsabilidad que le corresponda al autor mediato; es decir, sí podría ser considerado como autor de un delito.

¹³²⁵ Cfr. RGSt 59-1 [1].

Frente a la disyuntiva que plantean casos como el acabado de citar, algún sector doctrinal cree que la solución depende de si el ejecutor material puede ser calificado como de buena o de mala fe¹³²⁶, advirtiendo que en el primer caso la tentativa comienza cuando el autor mediato actúa sobre él, mientras en la segunda hipótesis se iniciaría cuando el instrumento da comienzo a la ejecución del hecho; esta distinción estaría apoyada en el entendimiento de que el ejecutor de buena fe es equiparable a un instrumento mecánico en las manos del autor mediato¹³²⁷.

Desde el punto de vista de la autoría resulta equivocado equiparar al ejecutor material con un instrumento inanimado (objeto o animal)¹³²⁸, porque supone desnaturalizar la figura de la autoría mediata, caracterizada precisamente por la presencia de dos hombres, es decir, de dos seres humanos dotados de voluntad: el llamado hombre de atrás que concibe y pone en marcha el plan criminal, y el hombre de adelante que, al no actuar en desarrollo de una voluntad criminal acordada con el autor mediato, es utilizado para conseguir la consumación del delito¹³²⁹. Si el ejecutor fuera un mero instrumento inanimado, su aporte al proceso delictivo no sería distinto del que correspondería a un arma de fuego o a una fiera entrenada en manos del autor; en estos últimos ejemplos se está frente a casos de autoría directa¹³³⁰, precisamente porque en la

¹³²⁶ Es posible que la persona utilizada por el autor mediato como ejecutor material de la conducta se percate de las verdaderas intenciones de aquel y, sin ponerse de acuerdo con él, decida ejecutar el delito. En hipótesis como ésta (y también en la variante de los aparatos organizados de poder) es factible hablar de una autoría mediata pese a que el ejecutor material actúa con plena consciencia de estar cometiendo un delito, porque no hubo el acuerdo de voluntades que permite caracterizar la coautoría. Al lado de este, y bajo un concepto estricto de autoría mediata, sigue estando el clásico ejemplo de quien utiliza a un instrumento (tercero de buena fe) como ejecutor material del delito.

¹³²⁷ Así fundamenta la referida solución diferencial BUSCH, LK, ed. cit., §43 Rd. 33.

¹³²⁸ Cfr. Eduardo DEMETRIO CRESPO, Sobre el comienzo..., ed. cit., págs. 287 y 288; Georg SCHILLING, Der Verbrechenversuch..., ed. Cit., pág. 35.

¹³²⁹ Con esta descripción solo se pretende ilustrar en qué consiste la autoría mediata y cuál es su diferencia frente a la directa y a la coautoría, sin que la utilización de las expresiones hombre de atrás y hombre de adelante supongan que se comparte la teoría del dominio del hecho; sin embargo, desde la perspectiva de esta última tesis ROXIN también se opone a una solución diferencial entre los ejecutores de buena y de mala fe con el argumento de que en ambas hipótesis el hombre de atrás pierde el dominio del hecho desde el momento en que actúa sobre el ejecutor; cfr. Claus ROXIN, JuS 1979, ed. Cit., pág. 11.

¹³³⁰ Cuando el ejecutor “**no realiza un comportamiento humano no se halla justificado acudir a la autoría mediata**”, pues la utilización meramente material de una persona, sin que ésta actúe como tal bajo el control de su voluntad, no tiene porqué distinguirse del

ejecución del delito no interviene un ser humano. Cuando alguien lanza a un mastín adiestrado contra su enemigo para lesionarlo, no parece correcto diferir el comienzo de la ejecución delictiva al momento en que el perro agrede a la víctima, y cuando alguien construye un artefacto explosivo con temporizador, no resulta acertado fijar el comienzo de los actos ejecutivos en el instante en que el mecanismo de tiempo se activa.

Si se quisiera edificar esta solución diferencial sobre el peligro que cada uno de estos ejecutores representa para el bien jurídico, tampoco parece válido sostener que la buena o mala fe del instrumento permite establecer una diferencia en cuanto a la valoración de la conducta del autor mediato. Si, por ejemplo, alguien le da a un mensajero un reloj dentro del cual ha colocado un artefacto explosivo y le pide el favor de entregarlo a su vecino, la interpretación de esa actuación no cambia si el ejecutor cumple su encargo sin percatarse de la verdadera naturaleza del objeto o si lo lleva a su destino pese a haberse dado cuenta de que en realidad portaba una bomba¹³³¹. Aún más, en puridad de términos podría decirse que en aquellos casos en los que interviene un ejecutor de mala fe la conducta es más peligrosa por estar conscientemente orientada a lesionar el bien jurídico, pese a lo cual la solución diferencial que aquí se analiza propone que en esa hipótesis la punibilidad de la tentativa se retrase hasta el momento en que el ejecutor actúa, mientras cuando éste se comporta de buena fe (lo que podría suponer un menor peligro para el bien jurídico) se sugiere adelantarla al momento en que recibe la influencia del autor mediato¹³³².

Analizada esta propuesta desde la óptica de la culpabilidad, tampoco resulta admisible afirmar que el autor mediato merece un mayor reproche cuando el ejecutor actúa de mala fe que cuando lo hace de buena fe¹³³³, porque en ambos casos aquel se comporta sobre el supuesto de que se está valiendo de un mero instrumento; el grado de reproche de su conducta no puede depender de factores

empleo de otro instrumento no humano. Conviene considerar a la persona de atrás autor *directo*". Cfr. Santiago MIR PUIG, Derecho Penal, ed. cit., §§14/55 pág. 389.

¹³³¹ Cfr. Albin ESER, Schönke/Schröder, ed. cit., §22 Rd. 54a; Theo VOGLER, LK, ed. Cit., §22 Rn. 97.

¹³³² Cfr. Jürgen MEYER, ZStW 87 [1975], pág. 608.

¹³³³ Cfr. Theo VOGLER, LK, ed. cit., §22 Rn. 97.

exclusivamente predicables del ejecutor, porque si algo caracteriza la culpabilidad es precisamente su carácter individual.

Finalmente, si lo que está en discusión es el momento en que objetivamente se da comienzo a la ejecución de una conducta que a partir de entonces es punible, no resulta claro cómo lo que el ejecutor material sepa sobre el desarrollo de la misma pueda alterar esa frontera objetiva entre los actos preparatorios y los ejecutivos¹³³⁴ afectando directamente la responsabilidad del autor mediato.

Razones como las acabadas de relacionar han llevado a un sector de la doctrina a cuestionar el planteamiento de quienes sostienen que el comienzo de la tentativa en la autoría mediata depende de si el ejecutor material actúa de buena o de mala fe¹³³⁵, de tal forma que actualmente puede ser considerada una opinión minoritaria.

Otro grupo de autores considera que el problema que plantea la autoría mediata en el ámbito de la tentativa no es más que una manifestación especial de la tentativa acabada¹³³⁶. La diferencia entre las tentativas acabada e inacabada radica en la proximidad de la conducta ejecutiva al momento de la consumación, de tal forma que si el autor ha hecho todo lo necesario¹³³⁷ para que ésta surja habrá tentativa acabada, mientras que cuando falte todavía algo por realizar antes de que el delito se consume se habla de tentativa

¹³³⁴ Cfr. Bertold KADEL, GA 1983, ed. cit., pág. 303; Theo VOGLER, LK, ed. cit., §22 Rn. 97.

¹³³⁵ Cfr. Paul BOCKELMANN, JZ, 1954, ed. cit., pág.473; Bertol KADEL, GA 1983, ed. cit., pág. 303; Jürgen MEYER, ZStW 87 [1975], ed. cit., pág. 608; Claus ROXIN, JuS 1979, ed. cit., pág. 11; Georg SCHILLING, Der Verbrechenversuch..., ed. cit., págs. 15 y 35; Theo VOGLER, LK, ed. cit., §22 Rn. 97.

¹³³⁶ Cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, Tentativa y formas..., para quien la tentativa acabada y la tentativa en la autoría mediata poseen una identidad estructural (pág. 207), pese a lo cual sostiene que en la autoría mediata son posibles tanto la tentativa inacabada como la acabada (págs. 201 y 202), con lo cual se arriba a la curiosa conclusión de que habría tentativas inacabadas de tentativas acabadas (en cuanto estas últimas serían estructuralmente idénticas a la tentativa de la autoría mediata); Eduardo DEMETRIO CRESPO, Sobre el comienzo..., ed. cit., pág. 276; Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 25/75, pág. 735; Bertold KADEL, GA 1983, ed. cit., pág. 305; Claus ROXIN, Maurach-FS, ed. cit., pág. 220; Claus ROXIN, Strafrecht AT, Band II, ed. cit., § 29/244, pág. 413; Georg SCHILLING, Der Verbrechenversuch..., ed. cit., pág. 104.

¹³³⁷ Sobre si se han ejecutado o no todos los actos necesarios para la consumación del delito, hay quienes sostienen que se trata de una valoración externa (tesis objetiva) y quienes piensan que ella debe hacerse conforme a la representación del autor (tesis subjetiva).

inacabada¹³³⁸; puede tener importancia en dos ámbitos diversos: en materia de punibilidad, cuando la magnitud de la sanción está condicionada (entre otras cosas¹³³⁹) por la cercanía de la acción ejecutiva al momento de consumación¹³⁴⁰; en cuanto al desistimiento¹³⁴¹, porque mientras en la tentativa inacabada el autor puede impedir la consumación con sólo abstenerse de realizar las conductas que aún faltan para que sobrevenga el resultado (la omisión basta para impedirlo), en la acabada debe desplegar un comportamiento activo para impedir la consumación, puesto que ya hizo todo lo necesario para que esta surgiera (aquí no basta la omisión, sino que hace falta una acción).

Es a partir de esta diferenciación que algunos autores consideran que la tentativa en la autoría mediata es una manifestación especial de la tentativa acabada, con lo cual se quiere decir que surge cuando el autor ha hecho todo lo necesario para conseguir la consumación del delito; de esta manera se pretende describir gráficamente el hecho de que la tentativa sólo comienza cuando el autor mediato deja en manos del ejecutor la consumación del delito.

Si se retoma la distinción entre estas dos modalidades de tentativa, lo primero que se advierte es que cuando el autor no ha desplegado todas las actuaciones necesarias para que el delito se consume, la tentativa no será acabada, pero seguirá siendo tentativa (aunque se la denomine inacabada). Se podría entonces decir que una cosa es trazar el límite entre lo que es un acto preparatorio impune y un acto ejecutivo sancionable para fijar el momento a partir del cual una conducta puede ser apreciada como tentativa, y otra muy diferente establecer una distinción en cuanto a lo que debe hacer el autor de un comportamiento ya considerado como tentativa para conseguir la impunidad a través de la figura del desistimiento, que es el ámbito en

¹³³⁸ En contra de esta forma de distinguir las formas de desistimiento, cfr. Carmen ALASTUEY DOBÓN, *Tentativa inacabada...*, ed. cit., págs. 14 y siguientes.

¹³³⁹ Así, por ejemplo, el artículo 61 del Código Penal colombiano, inciso cuarto: “Además de los fundamentos señalados en el inciso anterior, para efectos de la determinación de la pena, en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda”.

¹³⁴⁰ Sobre la diferencia punitiva entre las tentativas acabada e inacabada, puede verse, por ejemplo, Carmen ALASTUEY DOBÓN, *Tentativa inacabada...*, ed. cit., pág. 15.

¹³⁴¹ Cfr. Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal.*, ed. cit., §13/62 pág. 357.

el que mayor importancia tiene la escisión entre las llamadas tentativas acabada e inacabada. Esto podría dar a entender que asimilar la tentativa en la autoría mediata a la acabada no es una forma de establecer cuándo comienza la punibilidad de esas conductas, porque sólo trazaría una frontera entre dos formas de tentativa punible: la inacabada y la acabada.

Sin embargo, el rechazo a esta equiparación no es tan simple, porque lo que en el fondo está en discusión es si la autoría mediata admite o no la figura de la tentativa inacabada, de tal forma que si la respuesta fuera negativa el parangón no sería desatinado. Esta particular problemática obedece a la dificultad de encajar la conducta del ejecutor en el proceso delictivo. Para quienes acogen una solución en la que la conducta del instrumento es vista como una prolongación causal del comportamiento del autor mediato (equiparable al empleo de un instrumento inanimado), quizás sería posible hablar de una tentativa inacabada en cuanto el autor podría graduar hasta dónde llegaría la actuación del instrumento, en la misma forma como cuando para perpetrar un crimen opera un objeto inanimado o un animal; si, por ejemplo, desde la perspectiva del autor mediato todavía hiciera falta que el ejecutor a su merced desplegara actuaciones adicionales para lograr la sobrevenida del resultado, se podría hablar de una tentativa inacabada.

Si, por el contrario, se admite que el ejecutor no es un simple instrumento mecánico sometido al control del hombre de atrás, el surgimiento de la tentativa siempre ocurriría después de que el autor mediato ha hecho todo lo necesario para que el delito se consuma, pues a partir de ese momento pierde toda influencia sobre el curso causal puesto en marcha; pero como desde esa perspectiva todo lo que éste haga antes de su última actuación sobre el ejecutor es equiparable a simples actos preparatorios, se esfuma la posibilidad de que en la autoría mediata exista una tentativa inacabada.

Desde este último punto de vista (en el que no hay espacio para la tentativa inacabada) parece correcto decir que la tentativa en la autoría mediata no es nada diverso a una manifestación especial de la tentativa acabada y que, por consiguiente, la determinación de su existencia debe obedecer a las mismas reglas de ésta, es decir, surge a la vida jurídica cuando el autor ha hecho todo lo necesario para que el delito se consuma. Sin embargo, como para poder hacer esta

equiparación hace falta admitir que en la autoría mediata no hay espacio para la tentativa inacabada y a esta conclusión solo puede arribarse asumiendo que con la influencia sobre el instrumento el autor material pierde el control del suceso y deja en manos del hombre de adelante el inicio de la ejecución, en el fondo el núcleo del debate es si la tentativa empieza con la incidencia del autor mediato sobre el instrumento o con la actuación de éste último al abandonar los actos preparatorios. Afirmar que se trata de una modalidad de tentativa acabada no aporta nada a la solución del problema del comienzo de ejecución en la autoría mediata, porque esa aseveración sólo puede hacerse después de establecer si la tentativa surge con la actuación del autor mediato o con la del instrumento.

Por eso ha tenido mucha mayor difusión y aceptación la tesis de SCHILLING en el sentido de extender al ámbito de la autoría mediata su propuesta de distinguir entre una solución global y otra individual, que ya había esbozado como mecanismo para resolver los problemas que plantea la tentativa en materia de coautoría¹³⁴². Desde entonces, la discusión sobre el comienzo de ejecución de la tentativa en la autoría mediata ha girado fundamentalmente alrededor de dos posiciones doctrinales diversas, aun cuando al interior de las mismas sea factible encontrar algunos matices; mientras los partidarios de una de ellas ven su inicio en el momento en que el autor mediato actúa efectivamente sobre el ejecutor, los defensores de la otra fijan ese límite en el instante en que este último da inicio a la ejecución del delito¹³⁴³; a la primera de ellas se suele referir la doctrina con la denominación de solución individual, mientras a la segunda se la conoce mayoritariamente con el nombre de solución global¹³⁴⁴.

7.2.1. Solución global.-

Cuando en el ámbito de la autoría mediata se alude a la solución global como mecanismo para fijar el inicio de la tentativa, se quiere

¹³⁴² Cfr. Georg SCHILLING, *Der Verbrechensversuch...*, ed. cit., por ejemplo en páginas 39 y 104.

¹³⁴³ Cfr. Hans-Heinrich JESCHECK, *ZStW* 99 [1987], págs. 130 y 131.

¹³⁴⁴ Cfr. Eduardo DEMETRIO CRESPO, *Sobre el comienzo...*, ed. cit., págs. 276 y 282; Rolf-Dietrich HERZBERG, *JuS* 1985, ed. cit., pág. 2, nota 12; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, *Strafrecht AT*, ed. cit., §48/98, pág. 280.

significar que ella comienza cuando el ejecutor material traspasa la línea de los actos preparatorios.

Esta denominación resulta útil en el ámbito de la coautoría porque al enfrentarla a la llamada solución individual permite distinguir la opinión de quienes piensan que cada coautor incurre en tentativa cuando él mismo da comienzo a los actos ejecutivos (de ahí el nombre de solución individual), de la de aquellos que consideran que la tentativa surge a la vida jurídica para la totalidad de los coautores en el momento en que cualquiera de ellos da inicio a la ejecución del delito (por eso se la llama solución global).

Sin embargo, en la autoría mediata no hay un acuerdo de voluntades criminales entre el hombre de atrás y el de adelante (ni siquiera en las hipótesis en que éste se comporta de mala fe), razón por la cual tampoco puede hablarse de una actuación conjunta¹³⁴⁵. Sobre ese supuesto, una verdadera solución colectiva implicaría que cuando cualquiera de los intervinientes (autor mediato o ejecutor material) abandonara el ámbito de los actos preparatorios, habría una tentativa por la que deberían responder cada uno de ellos, cosa que no sucedería en las hipótesis de instrumentos de buena fe que se caracterizan precisamente por no ser responsables del delito en el que causalmente toman parte sin plena conciencia de la ilicitud de su comportamiento¹³⁴⁶.

En los casos de instrumentos de mala fe la situación varía porque en la medida en que éstos ejecutan la conducta delictiva de manera consciente y voluntaria, deben ser responsabilizados por el resultado de la misma, como cuando el mensajero que ha recibido el encargo de llevar un paquete descubre que el mismo contiene un artefacto explosivo y, pese a ello, decide entregarlo a su destinatario con el propósito de causarle la muerte. Como en caso de que el delito no llegara a consumarse deberían responder por tentativa tanto el autor mediato como el ejecutor, resulta válido plantearse la pregunta de si el comienzo de ejecución es el mismo para los dos, o si respecto de cada uno de ellos la tentativa se inicia en un momento diferente.

¹³⁴⁵ Cfr. Eduardo DEMETRIO CRESPO, *Sobre el comienzo...*, ed. cit., pág. 290; Johannes WESSELS, *Strafrecht AT.*, ed. cit., pág. 183.

¹³⁴⁶ Por eso ALCÁCER GUIRAO prefiere referirse a esta teoría con el nombre de “solución del instrumento”; cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría*, ed. cit., pág. 151.

En estas hipótesis podría resultar válido calificar la primera alternativa como solución global y la segunda como individual, pero entendiendo que con esas denominaciones no se está distinguiendo entre aquellas actuaciones colectivamente desarrolladas de común acuerdo por el autor mediato y el ejecutor material, de las que emprenden de manera separada esos mismos sujetos; lo que con la expresión “global” se querría significar en este grupo de casos es que la actuación autónoma (es decir, no convenida en su ilicitud) del ejecutor material marcaría no solo el comienzo de la tentativa para él, sino también para el autor mediato; lo global de esta solución debe ser entendido en el sentido de que cuando el instrumento da inicio a los actos de ejecución no solamente ingresaría él mismo al campo de la tentativa, sino que con esa misma actuación haría igualmente responsable de una tentativa al autor mediato. Por el contrario, una solución individual en estos casos diría que para el autor mediato existe una tentativa desde el momento en que actúa sobre el instrumento (entregar el paquete al mensajero con el encargo de llevárselo a alguien, en el ejemplo propuesto), al paso que para éste último la tentativa sólo comenzaría cuando desplegara directamente los actos de ejecución (poner el paquete, cuyo contenido explosivo ya conoce, a disposición del destinatario).

La denominación de solución global podría ser también entendida en el sentido de que la conducta desplegada por el ejecutor es la continuación de la desarrollada por el autor mediato, de tal forma que al servirle de complemento se podría apreciar como un acción global, pero solo desde el punto de vista objetivo porque siempre le haría falta la comunidad de voluntades¹³⁴⁷. Si se interpreta de esta manera la solución global, se debe admitir que el autor mediato no controla la actuación del ejecutor como si éste fuera un instrumento inanimado en sus manos, puesto que de ser así la tentativa comenzaría con la actuación del hombre de atrás en la misma forma como cuando acciona un dispositivo que a control remoto

¹³⁴⁷ Para KADEL, las actuaciones del autor mediato y del ejecutor conforman una unidad; cfr. Bertold KADEL, GA 1983, ed. cit., pág. 308; KÜPER considera que el hecho global está conformado por la acción del autor mediato (incidencia en el ejecutor) y el comportamiento imputable del instrumento (verdadera ejecución); a su modo de ver no se trata de una conducta global en sentido causal sino normativo (imputación normativa); cfr. KÜPER Wilfried, Der Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft, in Juristenzeitung (JZ), J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1983, pág. 369.

desencadena una explosión, o como cuando lanza a un animal contra su enemigo con intención de lesionarlo; esta solución dejaría el inicio de la ejecución en manos del autor mediato y por tanto sería contraria al punto de partida de la llamada solución global.

Para evitar esta inconsistencia, se debe asumir que en esta manera de entender la solución global el ejecutor no es equiparable a un mero instrumento mecánico, sino que se lo considera como una persona dotada de voluntad y, por consiguiente, con capacidad para tomar una decisión sobre la acción que ejecuta, aun cuando ella no sea el producto de un acuerdo de voluntades con el autor mediato. El inconveniente de esta postura es que si el ejecutor tiene libertad de actuación, la punibilidad del autor mediato no depende de su propio comportamiento sino de la forma en que el instrumento decida orientar su conducta y de cómo lo haga efectivamente. Bajo una perspectiva puramente terminológica, esta visión de la solución global es incomprensible porque no hace depender la punibilidad del autor mediato de una comunidad de acciones voluntarias, sino de la actuación autónoma (aun cuando no suficientemente consciente) del instrumento; por eso resultaría preferible referirse a esta teoría con el nombre de “solución del instrumento”¹³⁴⁸.

Desde el punto de vista legal esta solución genera dudas sobre si se está cumpliendo con la exigencia normativa de sancionar a quien como autor da inicio a la ejecución de la conducta punible, puesto que en puridad de términos la punibilidad se deriva de actuaciones que despliega alguien que no puede ser considerado como autor de la conducta por la que el hombre de atrás responde¹³⁴⁹. Bajo la óptica más general de la imputación objetiva, esta solución también es discutible en cuanto contradice uno de sus postulados básicos, conforme al cual cada uno debe responder por aquello que pueda ser considerado como su obra y no por acciones que simplemente sean consecuencia causal de una previa actuación suya¹³⁵⁰.

La solución global lleva a resultados aún más sorprendentes en aquellas hipótesis en las que el autor mediato utiliza a la propia

¹³⁴⁸ Cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas...*, ed. cit., pág. 151.

¹³⁴⁹ Cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas...*, ed. cit., pág. 162; Roxin Claus, *JuS* 1979, ed. cit., pág. 10.

¹³⁵⁰ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, ed. cit., págs. 4 y 5.

víctima como instrumento; piénsese en el caso de quien mezcla veneno dentro de la bolsa de café en polvo usualmente utilizada por la víctima, con el propósito de que cuando regrese a su casa prepare su propio café y lo ingiera, lo cual no llega a ocurrir porque al percatarse ésta de un extraño olor en la bebida, se abstiene de tomarla¹³⁵¹. De acuerdo con la solución global, en este supuesto de hecho la tentativa de homicidio comenzaría cuando la víctima ha preparado su café y se dispone a beberlo, pese a que las normas que sancionan la tentativa hacen referencia a su punibilidad cuando el autor (no la víctima) da comienzo a la ejecución de la conducta punible¹³⁵².

Dado que con esta conclusión la punibilidad de la tentativa queda suspendida después de que el autor mediato culmina su actuación, hasta el momento en el que el instrumento lleve a cabo actos de ejecución, desde el punto de vista político criminal la intervención del derecho penal luce excesivamente retrasada; incluso podría ocurrir que el comportamiento del autor mediato quedara en la impunidad porque, al depender su responsabilidad de lo que haga el ejecutor, éste nunca llegue a realizar la conducta esperada¹³⁵³, bien sea por mera casualidad o por voluntad propia al descubrir los planes criminales del autor mediato.

Ejemplo de la primera hipótesis es el siguiente supuesto de hecho, sometido a consideración del Tribunal Supremo del Imperio alemán en las primeras décadas del siglo XX:

El acusado preparó sobre el suelo de una casa un mecanismo incendiario apropiado para encender la paja que lo cubría y prender fuego a todo el recinto, y lo conectó a la instalación eléctrica del inmueble; posteriormente, el 18 de agosto de 1930, se internó en una clínica confiando en que durante su ausencia alguien accionaría el interruptor de la luz de esa casa y provocaría su incendio, lo cual no sucedió¹³⁵⁴.

¹³⁵¹ Sobre este ejemplo, ver Eberhard SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht AT*, ed. cit., §11/53.

¹³⁵² Cfr. ROXIN Claus, *JuS* 1979, ed. cit., pág.10.

¹³⁵³ Cfr. Eduardo DEMETRIO CRESPO, *Sobre el comienzo...*, ed. cit., págs. 288 y 289, quien señala además que estas soluciones sacrifican la función preventiva del derecho penal; ROXIN Claus, *JuS* 1979, ed. cit., pág.10.

¹³⁵⁴ Cfr. *RGSt* 66-47 [141].

Como antes de que el mecanismo fuera descubierto nadie accionó el interruptor de la luz, la conducta del autor mediato que preparó e instaló el dispositivo incendiario quedaría en la impunidad, pese a que de su parte no había ya nada más que pudiera hacer para conseguir la ejecución del delito. Su falta de responsabilidad obedecería a la simple casualidad de que el aparato fue descubierto antes de que alguien alcanzara a accionarlo, solución que no resulta aceptable desde el punto de vista político criminal.

Un ejemplo de la segunda hipótesis es el siguiente caso, analizado por la Corte Suprema de Justicia alemana en 1982:

El acusado, por celos hacia su rival J, decidió matarle; pero como J sabía de las intenciones del acusado, éste temía que al ser descubierto su plan fracasara, razón por la cual decidió servirse de terceras personas para llevarlo a cabo; como no quería que ellos se enteraran de sus intenciones delictivas, llamó su atención con la posibilidad de obtener un gran botín robando a J, pero absteniéndose de decirles que en desarrollo de esa acción habrían de utilizar –sin saberlo- una sustancia letal. El acusado le entregó a G una botella de plástico que aparentemente contenía un somnífero, aun cuando en realidad era una solución de 100 miligramos de ácido clorhídrico al 35%, de los cuales bastaba la ingestión de 20 miligramos (con el estómago vacío) para producir la muerte. Según lo planeado por el acusado, G debería dirigirse inmediatamente junto con C y Ü hacia el lugar donde se encontraba J, sorprenderlo y hacerle beber (incluso por la fuerza) el líquido que les había sido entregado. Ya en camino y por curiosidad, decidieron retirar la tapa de la botella; el fuerte olor del líquido les cortó el aliento de tal forma que fueron conscientes de que no se trataba de un somnífero sino de una sustancia peligrosa, razón por la cual abandonaron el hecho¹³⁵⁵.

Si en este caso se aplicara la solución global, la conducta del acusado quedaría en la impunidad porque pese a haber diseñado todo el plan criminal, preparado la sustancia venenosa, conseguido y persuadido a unos terceros de buena fe para que le administraran el líquido a la víctima, esto jamás llegó a ocurrir porque los instrumentos se abstuvieron de hacerlo al percatarse de que se trataba de una

¹³⁵⁵ Cfr. BGHSt 30-84 [363].

sustancia peligrosa. Como de parte del acusado no quedaba ya nada más por hacer, y la falta de ejecución del delito se debió a una simple casualidad (la curiosidad de los instrumentos) su impunidad no parece admisible desde el punto de vista político criminal¹³⁵⁶.

A favor de la solución global puede decirse que al centrar el comienzo de la tentativa en la conducta desplegada por quien está temporal y espacialmente más cerca de producir la lesión al bien jurídico (ejecutor material), que de quien está alejado de la misma (autor mediato), resulta compatible con la idea generalizada de que una actuación sólo debe ser punible como tentativa cuando representa un peligro inminente para el bien jurídico protegido (independientemente de cómo se entienda ese concepto y de cómo deba ser determinado)¹³⁵⁷.

7.2.2. Solución individual.-

Inicialmente esta denominación sirvió para caracterizar la posición de quienes creen que en la autoría mediata la tentativa comienza cuando el hombre de atrás incide sobre el instrumento para que este ejecute la conducta delictiva, como en el ya mencionado caso de quien persuade a tres personas para cometer un hurto mediante el supuesto empleo de un somnífero que debería ser suministrado a la víctima (¡en realidad se trataba de una sustancia venenosa que le ocasionaría la muerte!)¹³⁵⁸; en hipótesis como ésta la tentativa comenzaría cuando el autor mediato haya incidido de tal forma sobre el ejecutor que éste se disponga a realizar la conducta delictiva¹³⁵⁹.

¹³⁵⁶ WESSELS, por ejemplo, considera correcta la decisión adoptada por la Corte Suprema de Justicia alemana en el sentido de condenar al acusado como autor de una tentativa de homicidio. Cfr. Johannes WESSELS, *Strafrecht AT*, ed. cit., pág. 184.

¹³⁵⁷ KADEL dice que solo esta solución es compatible con una concepción de la tentativa edificada sobre dos elementos: la decisión de realización del tipo por parte del autor, y la objetivación de esa determinación a través de conductas que representan el disponerse inmediatamente a realizar el tipo penal; cfr. Bertold KADEL, *GA* 1983, ed. cit., pág. 307.

¹³⁵⁸ Cfr. BGHSt 30-84 [363].

¹³⁵⁹ Cfr. Paul BOCKELMANN, *JZ* 1954, pág. 473, para quien la influencia del autor mediato sobre el instrumento, normalmente debe ser vista como una tentativa; Ujala JOSHI JUBERT, *La doctrina...*, ed. cit., pág. 370 (“En mi opinión, la tentativa en la autoría mediata no puede esperar para dar comienzo a que el instrumento realice actos ejecutivos...); Gonzalo RODRIGUEZ MOURULLO, “El autor mediato en Derecho Penal español, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Tomo XXII, Madrid, 1969, pág. 465: “...en la autoría mediata el principio de ejecución constitutivo de tentativa comienza con la actuación sobre el instrumento”.

Como ya se vio en páginas anteriores¹³⁶⁰, el nombre de “solución global”, no se refiere a la posibilidad de que autor mediato e instrumento respondan de forma conjunta por la acción delictiva, sino a que la actuación del ejecutor hace responsable al hombre de atrás. El nombre de “solución individual”, que nació como contrapartida de la anterior expresión, no significa que bajo esta óptica y a diferencia de lo que ocurriría en la “solución global”, sólo respondería uno de los que ontológicamente intervienen en la acción delictiva; lo que realmente sostiene esta tesis es que la responsabilidad del autor mediato depende de su propia actuación, y no de la que posteriormente lleve a cabo el instrumento; por esa razón, así como resulta más preciso referirse a una “solución del instrumento” en lugar de a una “solución global”, también parece recomendable hablar de una “solución del autor mediato” en vez de una “solución individual”¹³⁶¹.

El principal inconveniente de esta teoría es que no cobijaría aquellas hipótesis en las que el autor no incide directamente sobre el instrumento¹³⁶², sino que se limita a crear las condiciones para que éste atente contra el bien jurídico¹³⁶³, como en el antiguo caso de quien construyó un mecanismo incendiario y dejó su activación a la eventual intervención de cualquier persona que accionara el interruptor eléctrico, sin influir directamente en el comportamiento de ninguna persona en particular¹³⁶⁴. Para suplir esta importante falencia se ha recurrido a dos opciones diversas: según la primera, la tentativa comenzaría cuando la conducta del autor mediato incidiera directamente en el instrumento (hasta ahí la formulación original) o pudiera hacerlo en el futuro¹³⁶⁵; la segunda propuesta fija el comienzo de ejecución en el momento en que el hombre de atrás

¹³⁶⁰ Cfr. supra 7.2.1.

¹³⁶¹ Cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas...*, ed. cit., pág. 139.

¹³⁶² Cfr. Bertold KADEL, GA 1983, ed. cit., pág.306; Claus ROXIN, JuS 1979, ed. Cit., pág. 11.

¹³⁶³ Cfr. Gereon WOLTERS, *Versuchsbeginn bei Einsatz eines sich selbst schädigenden Tatmittlers*, en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1998 pág. 580.

¹³⁶⁴ Cfr. RGSt 66-47 [141].

¹³⁶⁵ Cfr. Santiago MIR PUIG; *Derecho Penal*, ed. cit., §14/74, pág. 393.

despliega la última de sus actividades encaminadas hacia la producción del resultado¹³⁶⁶.

Al considerar que el comportamiento del ejecutor no aporta nada desde el punto de vista cualitativo a la acción del autor mediato (con la cual se da comienzo a la tentativa), en el fondo se está equiparando a aquel con un mero instrumento mecánico sometido a la voluntad del autor mediato¹³⁶⁷. El gran inconveniente de este parangón es que borra toda diferencia entre la autoría mediata y la directa, pues en uno y otro casos la única conducta digna de valoración es la del autor, dado que los instrumentos inanimados que emplea para cometer el delito no ejecutan conductas y, por consiguiente, no ameritan una valoración independiente¹³⁶⁸; tal sería el caso de quien ataca a su enemigo valiéndose de un artefacto explosivo, de un animal o de un ser humano que es utilizado como un simple proyectil (se empuja a un hombre que desprevenidamente se asoma a un balcón, con el propósito de que caiga sobre un transeúnte y le cause daños en su integridad personal o le genere la muerte).

A favor de esta tesis se sostiene que la punibilidad de la tentativa estaría justificada en estos casos no solo porque la intención delictiva se habría ya objetivado¹³⁶⁹, sino porque la conducta del autor puede ser apreciada como generadora de un peligro para el bien jurídico¹³⁷⁰. Esta postura tiene la ventaja de ser compatible con la idea generalizada de que la punibilidad de la tentativa está siempre relacionada con la existencia de un peligro para el bien jurídico, aun

¹³⁶⁶ Cfr. Georg Schilling, *Der Verbrechenversuch...*, ed. Cit., pág. 117, para quien esta solución obedece a la misma regla general utilizada para fijar el comienzo de todas las tentativas.

¹³⁶⁷ Cfr. Wilfried KÜPER, *JZ* 1983, ed. cit., págs. 368 y 369; Georg Schilling, *Der Verbrechenversuch...*, ed. Cit., págs. 104 y 105.

¹³⁶⁸ Por eso se afirma que al equiparar al ejecutor con un simple instrumento mecánico se desnaturaliza la figura de la autoría mediata; en este sentido, cfr. Bertold KADEL, *GA* 1983, ed. cit., pág. 307; Wilfried KÜPER, *JZ* 1983, ed. cit., pág. 369.

¹³⁶⁹ Con lo cual se deja en claro que la sola intención delictiva del autor mediato no basta para que comience la tentativa; en este sentido, citando una antigua jurisprudencia del Tribunal Supremo del Imperio Alemán (RGSt 59-79), cfr. Georg SCHILLING, *Der Verbrechenversuch...*, ed. cit., pág. 107.

¹³⁷⁰ Cfr. Rolf Dietrich HERZBERG, *Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt*, in *Monatschrift für Deutsches Recht (MDR)* 1973, pág. 93, mediante el empleo de la figura de la elevación del riesgo.

cuando se discuta la forma en que el mismo debe ser determinado. Sin embargo, si se admite que ese riesgo de lesión surge desde el momento en que el autor concibe una idea criminal, se mantiene durante la realización de los actos preparatorios y ejecutivos y finalmente desaparece como tal al instante de producirse la consumación, debe reconocerse que la simple existencia de un peligro no puede fundamentar la punibilidad de la tentativa.

Por esa razón, de manera muy general (y nuevamente con independencia de las teorías que se han formulado para precisar este concepto) se suele afirmar que la conducta comienza a ser sancionable a título de tentativa cuando el peligro para el bien jurídico puede ser calificado de inminente. Sobre este supuesto, no habría inconveniente en admitir la existencia de una tentativa cuando un cazador le dice de manera repentina y apremiante a su compañero que dispare sobre un matorral, pese a saber que detrás del mismo no hay una pieza de caza sino un ser humano¹³⁷¹. Aun cuando en casos como éste la fórmula funciona, lo evidente es que en muchas otras hipótesis no ocurre así; cuando se instala un mecanismo incendiario para que alguien en algún momento lo accione, o cuando se mezcla una bebida con un veneno para que en algún momento alguien se la suministre a la víctima, o cuando alguien envenena un alimento confiando en que su enemigo lo ingerirá en un futuro incierto, no puede hablarse de un peligro inmediato para el bien jurídico¹³⁷², cuya existencia justifique la intervención del derecho penal¹³⁷³.

¹³⁷¹ SCHMIDHÄUSER utilizó este ejemplo para decir que mientras en ese caso hay una tentativa si se puede contar con que el cazador disparará de inmediato, en la hipótesis de quien le dice al instrumento de buena fe cómo debe suministrar a la víctima un supuesto somnífero (que en realidad es una sustancia venenosa) que todavía no le ha entregado, habría solo actos preparatorios (cfr. Eberhard SCHMIDHÄUSER, Lehrbuch, ed. cit., §15/57, pág. 617); también FARRÉ TREPAT recurre a este ejemplo; cfr. Elena FARRÉ TREPAT, Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la *actio libera in causa*. En Estudios penales y criminológicos, tomo XIII, 1990, pág. 66.

¹³⁷² Ya SCHMIDHÄUSER había advertido que si con la influencia del autor mediato sobre el instrumento hay una considerable cercanía a la consumación, existiría tentativa, pero que si se requerían actuaciones posteriores del instrumento, entonces se estaría frente a actos preparatorios (cfr. Eberhard SCHMIDHÄUSER, Lehrbuch, ed. cit., §15/57, pág. 617). En similar sentido, ESER sostiene que si se puede contar con que alguien accionará pronto el interruptor que desatará el incendio en un apartamento (aludiendo al caso del RGSt 66/142) habrá tentativa, pero no si hacen falta más actos preparatorios por parte del instrumento (cfr. Albin ESER, Schönke/Schröder, ed. cit., §22 Rd. 54^a).

¹³⁷³ Si bien se ha intentado corregir esta inconsistencia convirtiendo la actuación del instrumento (esa sí constitutiva de un peligro inminente para el bien jurídico) en una

Desde un punto de vista político criminal esta tesis tiene la ventaja de que al comenzar la tentativa en el momento en que el autor mediato termina su intervención, no se corre el riesgo de que su conducta pueda quedar impune en caso de que el instrumento no dé comienzo a la ejecución del delito a través de su propio comportamiento. Sin embargo, se le suele criticar un excesivo adelantamiento de la punibilidad, en cuanto la conducta del ejecutor estaría todavía muy alejada del momento en que surge un peligro inminente para el bien jurídico¹³⁷⁴, con lo cual se estarían afectando principios como el de mínima intervención y lesividad¹³⁷⁵. Es lo que ocurriría en aquellas hipótesis en las que la ejecución del delito depende todavía de que el instrumento despliegue conductas adicionales que todavía puedan ser consideradas como actos preparatorios¹³⁷⁶, como cuando necesita adquirir algunos insumos para elaborar lo que él cree es una inofensiva infusión (pero que en realidad, después de la mezcla, adquiere propiedades venenosas) para posteriormente –siguiendo las indicaciones del autor mediato– suministrarla a un enfermo.

En apoyo de esta crítica se afirma que el injusto debe estar fundamentado sobre la noción de peligro para el bien jurídico de tal manera que si éste no existe, la conducta no merece reproche penal y, por consiguiente, la función motivadora de la pena carece de sentido¹³⁷⁷. Finalmente se afirma que no es correcto admitir esta solución con fundamento exclusivo en razones político criminales, si

condición objetiva de punibilidad (cfr. Elena FARRÉ TREPAT, *Sobre el comienzo...*, ed. cit., págs. 79 y 80; cfr. Bertold KADEL, GA 1983, ed. cit., pág. 306), lo cierto es que lo que está en discusión es algo mucho más de fondo: el comienzo de ejecución de la tentativa o, dicho de manera aún más precisa, el momento en que una conducta deja de ser irrelevante para el derecho penal.

¹³⁷⁴ Cfr. Wilfried KÜPER, JZ 1983, ed. cit., pág. 368; Rolf Dietrich HERZBERG, JuS 1985, ed. cit., pág. 6, quien advierte que en ese momento no habría un peligro inmediato para el bien jurídico.

¹³⁷⁵ Cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas...*, ed. cit., pág. 146; Eduardo DEMETRIO CRESPO, *Sobre el comienzo...*, ed. cit., págs. 275 y 285.

¹³⁷⁶ Cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas...*, ed. cit., pág. 146; Eduardo DEMETRIO CRESPO, *Sobre el comienzo...*, ed. cit., pág. 286; Wilfried KÜPER, JZ 1983, ed. cit., pág. 369.

¹³⁷⁷ Cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas...*, ed. cit., pág. 147, quien además advierte que el injusto está fundado en el peligro para el bien jurídico y no en la vulneración formal de la norma

ello conduce a la alteración de la estructura sistémica de la teoría del delito¹³⁷⁸.

Para superar este inconveniente, ROXIN ha propuesto que la tentativa no comience con la última actividad del autor mediato, sino cuando con posterioridad a ella se presente por lo menos uno de los siguientes dos requisitos adicionales¹³⁷⁹: que el bien jurídico sea puesto inmediatamente en peligro por la conducta realizada por el autor mediato, o que él abandone el dominio del hecho que debería conducir al resultado¹³⁸⁰. En la medida en que con este planteamiento se busca superar uno de los obstáculos de la llamada solución individual, puede ser considerado como una variante de ésta¹³⁸¹.

Dos alternativas de un caso hipotético expuesto por el propio ROXIN permiten ilustrar su planteamiento: una esposa que quiere matar a su marido le prepara una sopa envenenada y la pone a calentar en el mismo sitio donde todos los días le deja la comida a su cónyuge para que al regresar de su trabajo la encuentre caliente y la consume. Opción uno: al llegar su marido al apartamento, su mujer está presente y observa la forma en que él se comporta. Opción dos: antes de que su esposo llegue al apartamento, la mujer sale; su intención es la de regresar unas horas más tarde, esperando encontrar a su cónyuge ya muerto¹³⁸². En la primera hipótesis habría tentativa por la existencia de un peligro inminente para el bien jurídico, mientras en la segunda surgiría a partir del momento en que el autor

¹³⁷⁸ Cfr. Wilfried KÜPER, JZ 1983, ed. cit., pág. 371.

¹³⁷⁹ Cfr. Claus ROXIN, Maurach-FS, ed. cit., págs. 217 y 218. En un escrito posterior ROXIN precisa que incluso podrían presentarse ambos simultáneamente como cuando alguien prepara un atentado contra un avión que debe explotar en el momento en que es puesto en marcha, y abandona la nave inmediatamente después de instalado el dispositivo; cfr. Claus ROXIN, JuS 1979, ed. cit., pág. 10; sobre la variante del abandono del dominio del hecho, cfr. Claus ROXIN, Strafrecht AT, Band II, ed. cit., § 29/244, pág. 413.

¹³⁸⁰ Cfr. Claus ROXIN, Maurach-FS, ed. cit., págs. 217 y 218; Claus ROXIN, JuS 1979, ed. cit., pág. 10.

¹³⁸¹ Así la analiza, por ejemplo Wilfried KÜPER, JZ 1983, ed. cit., pág. 366. ALCÁCER GUIRAO opina, sin embargo, que dadas sus particularidades, la propuesta de ROXIN merece un tratamiento independiente de la solución global; cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, Tentativa y formas..., ed. cit., pág. 163.

¹³⁸² Cfr. Claus ROXIN, JuS 1979, ed. Cit., pág. 9.

deja el suceso fuera de sus manos, porque pierde el dominio del mismo¹³⁸³.

Su primer mérito consiste en señalar como inicio de la tentativa la conducta del autor (como exige la norma) y no la del instrumento que carece de esa condición (cuando menos en aquellos casos en los que se comporta de buena fe)¹³⁸⁴. Una segunda ventaja de esta solución es que no anticipa excesivamente la intervención del derecho penal en aquellos casos en los que la conducta del autor mediato está aún muy lejos de constituir un peligro inminente para el bien jurídico; pese a que el hombre de atrás haya ejecutado todo lo que de su parte sería necesario para consumar el delito, la tentativa sólo surgiría a partir del momento en que el bien jurídico estuviera en inminente peligro. Su tercera virtud consiste en que tampoco retrasa demasiado la intervención del derecho penal hasta cuando el instrumento despliegue una conducta generadora de ese peligro inminente (lo cual podría no llegar a ocurrir nunca, acarreando la impunidad del autor mediato), puesto que permite el surgimiento de la tentativa a partir del momento en que el hombre de atrás abandona el dominio del hecho que debe conducir a la consumación del delito. Estos aspectos positivos la han convertido en una solución con muchos adeptos¹³⁸⁵, que suelen destacar en ella el componente de la pérdida del dominio del hecho a través de la referencia al comienzo de la tentativa en el momento en que el suceso “sale de las manos del autor”¹³⁸⁶.

¹³⁸³ MIR critica esta solución diferencial argumentando que “la mera *posibilidad* de intervenir en el hecho hasta el último momento, no implica realización efectiva de actos ejecutivos sin solo de su posibilidad”; Santiago MIR PUIG, Derecho Penal, ed. cit., §14/74, pág. 393.

¹³⁸⁴ La norma que sanciona la tentativa hace depender la ilicitud de la conducta de que el autor (no el instrumento) dé comienzo a la ejecución del delito. En este sentido, cfr. Rafael ALCÁ CER GUIRAO, Tentativa y formas..., ed. cit., pág. 172.

¹³⁸⁵ Cfr., por ejemplo, Eduardo DEMETRIO CRESPO, Sobre el comienzo..., ed. cit., págs. 292 y 293, quien la califica como la solución dominante; Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., 21/105, pág. 650, quien ve el comienzo de la tentativa en el hecho con el que se acaba de influir en el autor (estricta solución individual), salvo que haga falta desplegar conductas adicionales o la influencia del autor no se dé sobre el instrumento sino sobre la situación (instalar una barrera en la carretera contra la que habrá de colisionar la víctima), hipótesis en las cuales se inclina por aplicar el correctivo de la pérdida del dominio del hecho. Dietrich KRATSCH, JA 1983, ed. cit., pág. 583, pág. 586.

¹³⁸⁶ Sobre el uso de esta expresión, (“poner el suceso fuera de las manos del autor”) cfr. por ejemplo, Eduardo DEMETRIO CRESPO, Sobre el comienzo..., ed. cit., pág. 283; Rolf Dietrich HERZBERG, JuS 1985, pág. 6; Hans-Heinrich JESCHECK, ZStW 1987, ed. cit.,

En contra de esta tesis se afirma que el dominio del hecho es más una imagen gráfica que un concepto¹³⁸⁷ y se dice que carece de un respaldo legal porque no se trata de una figura normativamente reconocida¹³⁸⁸. La teoría del delito suele edificarse sobre nociones plásticas que no corresponden a creaciones del legislador; así, por ejemplo, la razón de ser de la punibilidad de la tentativa se ha tratado de explicar a través de figuras como el defecto del tipo, la teoría de la impresión o la del quebrantamiento de la vigencia de la norma, que no están expresamente consagradas en la ley; incluso la propia discusión sobre en qué momento comienza la tentativa en la autoría mediata ha girado tradicionalmente alrededor de las llamadas soluciones global e individual, que tampoco están consagradas en norma alguna. Por eso la crítica al dominio del hecho como imagen gráfica sin respaldo legal no tiene más asidero que la que pretendiera desconocer la existencia e importancia de la imputación objetiva en la teoría del delito¹³⁸⁹.

También se le reprocha estar edificada sobre la mutación de una conducta activa en otra omisiva¹³⁹⁰, en cuanto sostiene que la

págs. 130 y 131; Bertold KADEL, GA 1983, ed. cit., pág. 307; Dietrich KRATSCH, JA 1983, ed. cit., pág. 583, pág. 586; Wilfried KÜPER, JZ 1983, ed. cit., pág. 366; Johannes WESSELS, Lehrbuch, ed. cit., pág. 184.

¹³⁸⁷ Cfr. Bertold KADEL, GA 1983, ed. cit., pág. 307; Harro OTTO, JA 1980. Ed. cit., pág. 645.

¹³⁸⁸ Cfr. Bertold KADEL, GA 1983, ed. cit., pág. 307.

¹³⁸⁹ Entre quienes rechazan esta crítica cfr. Enrique GIMBERNAT ORDEIG, Autor y cómplice en derecho penal, Universidad de Madrid, Madrid, 1966, págs. 135 y 136: “Para determinar si una cierta conducta es o no de autoría mediata lo que precisamente se necesita, para entrar en la cuestión, es una imagen, un criterio plástico. Y el <dominio del hecho> ofrece uno excelente; tanto que probablemente es el mejor del que haya dispuesto nunca la dogmática penal; de ahí su impresionante éxito en la ciencia y en la jurisprudencia alemanas”; sin embargo, este autor puntualiza que la objeción de que la teoría del dominio del hecho es “una perífrasis plástica ... es injusta por lo que se refiere al valor del criterio del dominio del hecho respecto de la autoría mediata”, pero “no lo es, sin embargo, por lo que se refiere a su aplicación para distinguir al autor del cómplice”; Rafael ALCÁCER GUIRAO, Tentativa y formas..., ed. cit., pág. 170.

¹³⁹⁰ Cfr. Ingeborg PUPPE, Urkundenechtheit bei Handeln unter fremden Namen und Betrug in mittelbarer Täterschaft – BayObLG, NJW 1988, 1401, en Juristische Schulung (JuS), Verlag C. H. Beck, München-Frankfurt, 1989, pág. 364, quien llama la atención sobre el hecho de que si lo determinante para el comienzo de la tentativa es que el autor mediato pierda la posibilidad de detener al instrumento, entonces responde por una omisión, ya que autores como HERZBERG afirman que su acción (incidir sobre el ejecutor) es irrelevante para la determinación del comienzo de la tentativa; Elena FARRÉ TREPAT,

tentativa surge cuando después de desplegada la conducta del autor mediato (acción), éste abandona el dominio del hecho (omisión). Esta censura sólo resulta efectiva en contra de quienes mantienen una distinción entre la estructura de los delitos de acción y los de omisión; si, por el contrario, se acoge una concepción unitaria de esas dos modalidades, edificada sobre el supuesto de que el derecho penal sanciona los atentados contra bienes jurídicos solo en cuanto ellos se derivan de la ejecución de comportamientos contrarios a los exigibles al ciudadano en desarrollo de su vida de relación social¹³⁹¹, no habría ninguna diferencia entre la acción y la omisión y, en consecuencia, tampoco se presentaría la alegada mutación¹³⁹².

Esta tesis ha sido también cuestionada porque la punibilidad de la tentativa no permanece anclada a la existencia de un peligro inminente para el bien jurídico, sino que a través de la figura del abandono del dominio del hecho (segundo de los requisitos alternativos adicionales planteados por ROXIN) se sancionan conductas que no suponen un peligro inminente para el bien jurídico, tolerando por esa vía una excesiva intervención anticipada del derecho penal¹³⁹³. La crítica es acertada porque en lugar de utilizar el dominio del hecho como una forma de determinar la presencia de un peligro inminente, ROXIN contrapone esas dos nociones, al decir que hay tentativa en la autoría mediata cuando (terminada la actuación del hombre de atrás) surge un peligro inmediato para el bien jurídico o, en su defecto, cuando el autor mediato abandona el dominio del hecho. La exigencia alternativa de estos requisitos indica que es posible sancionar la tentativa en aquellos casos donde

Sobre el comienzo..., ed. cit., pág. 77; Santiago MIR PUIG, Derecho Penal, ed. cit., §14/74, pág. 393.

¹³⁹¹ Sobre la irrelevancia de distinguir entre acciones y omisiones, cfr. por ejemplo, Günther JAKOBS, "El concepto jurídico penal de acción", en Estudios de Derecho Penal, UAM ediciones – Editorial Civitas. Madrid, 1997, traducción de Manuel Cancio Meliá, págs. 114 a 116; Yesid REYES ALVARADO, Imputación objetiva, ed. cit., pág. 72; ibídem, ZStW 1993, pág. 125; ibídem, Relación causal e imputación objetiva..., ed. cit., págs. 145 y siguientes.

¹³⁹² Entre quienes rechazan esta crítica, cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, Tentativa y formas..., ed. cit., págs. 172, 181, 182 y 183, haciendo suyos los argumentos de HERZBERG y ROXIN sobre este punto; Rolf Dietrich HERZBERG, JuS 1985, ed. cit., pág. 6, señalando que el uso del lenguaje permite entender esa omisión como parte de la acción; Claus ROXIN, Maurach-FS, ed. cit., pág. 216, asegurando que en el ámbito del dominio del hecho no existe diferencias entre la acción y la omisión.

¹³⁹³ Cfr. Wilfried KÜPPER, JZ 1983, ed. cit., págs. 367 y 368; Harro OTTO, JA 1980, ed. cit., pág. 645.

no hay peligro inminente para el bien jurídico, siempre que el autor mediato abandone el dominio del hecho.

Otro reproche que se hace a esta propuesta es el de ser contradictoria en cuanto funda la autoría mediata en el dominio del hecho por parte del hombre de atrás, pero explica la punibilidad de la tentativa cuando él pierde el dominio del hecho, con lo cual se renunciaría al componente esencial de la autoría mediata¹³⁹⁴. HERZBERG resta importancia a esta crítica argumentando que el dominio del hecho solo es necesario en el delito consumado, y que en la tentativa basta con que el autor se represente las circunstancias que en caso de llegarse a la ejecución del delito lo harían dominador del hecho¹³⁹⁵; a su juicio, esta crítica está edificada sobre una confusión entre el dominio del hecho por parte del autor mediato (que se concretaría en su incidencia sobre el instrumento carente de libertad) y el control actual del suceso por parte de aquel¹³⁹⁶.

La explicación no resulta del todo convincente, porque quienes ven en el dominio del hecho la razón de ser de la punibilidad de la autoría mediata, asumen que el hombre de atrás responde por el resultado de la actuación que el instrumento despliega, en cuanto aquel tiene el control del suceso delictivo hasta el momento en que quebranta la norma penal mediante la vulneración del bien jurídico. Llevado ese razonamiento al plano de la tentativa, significaría que el autor mediato responde en cuanto tenga el dominio del hecho hasta que se produzca el quebrantamiento de la vigencia de la norma mediante el adelanto de actos ejecutivos. En consecuencia, si el desarrollo del suceso queda en manos del instrumento significa que tiene el control del mismo hasta el punto de que podría decidir el abandono de la conducta.

¹³⁹⁴ Cfr. Bertold KADEL, GA 1983, ed. cit., pág. 307; Georg SCHILLING, Der Verbrechensversuch..., ed. cit., pág. 36.

¹³⁹⁵ Cfr. Rolf Dietrich HERZBERG, JuS 1985, ed. cit., pág. 3, nota 18.

¹³⁹⁶ ALCÁCER GUIRAO comparte la argumentación de HERZBERG, precisando que no se debe confundir el dominio del hecho como requisito de la autoría con el control actual sobre la actividad peligrosa del instrumento; cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, Tentativa y formas..., ed. cit., págs. 170 y 171; en referencia a la tentativa en los delitos impropios de omisión reitera el argumento Rafael ALCÁCER GUIRAO, Comienzo de la tentativa en la comisión por omisión, en Cuaderno de Política Criminal, editorial Edersa, Madrid, 2001, número 73, pág. 24; en similar sentido, cfr. Eduardo DEMETRIO CRESPO, Sobre el comienzo..., ed. cit., pág. 293.

Eso es justamente lo que ocurre en aquellos casos en los que el instrumento se percata del error, porque ese nuevo conocimiento sobre la situación lleva a que el autor mediato pierda el dominio de la misma¹³⁹⁷; y pese a que ello es así, no siempre es admisible dejarlo en la impunidad. Esa necesidad político criminal de imponer una sanción al autor mediato en hipótesis como la acabada de señalar, es lo que explica la propuesta de ROXIN, quien mediante su planteamiento busca justificar la punibilidad de la tentativa en el control que el autor mediato tiene sobre la situación hasta el momento en que incide sobre el instrumento; esto implica que lo que de allí en adelante haga el ejecutor carece de relevancia para la responsabilidad del autor mediato, porque éste ha perdido el control sobre el curso causal; por esta vía se abren paso nuevamente las críticas sobre una exagerada anticipación de la punibilidad, especialmente en supuestos donde el ejecutor tiene todavía que desarrollar actuaciones que pueden ser consideradas como actos preparatorios.

Entender esa expresión como pérdida del dominio de la actuación peligrosa del instrumento (como sugiere ALCÁCER GUIRAO al ahondar en la argumentación de HERZBERG), no permite superar la contradicción del planteamiento, porque significa que la ejecución final de la conducta (que ocurre precisamente a través de esa actuación peligrosa del hombre de adelante) estuvo por fuera del control del autor mediato, y es precisamente ese control sobre el suceso delictivo hasta el quebrantamiento de la vigencia de la norma lo que (en la teoría del dominio del hecho) justifica la punibilidad del autor mediato.

Por su parte, ALCÁCER GUIRAO considera innecesaria la utilización de los dos criterios alternativos propuestos por ROXIN, y sostiene que basta con el de la pérdida del dominio del hecho (que a su modo de ver ofrece resultados satisfactorios desde el punto de vista político criminal), aunque sugiere referirse a él como abandono

¹³⁹⁷ ALCÁCER GUIRAO reconoce que si el instrumento sale de su error, el autor mediato pierde el dominio del hecho; por eso sugiere que en lugar de usar la expresión “pérdida del dominio del hecho”, debería hablarse de “abandono del control del riesgo”; cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas...*, ed. cit., págs. 171 y 177; se muestra de acuerdo con esta propuesta Eduardo DEMETRIO CRESPO, *Sobre el comienzo...*, ed. cit., pág. 293.

voluntario del control sobre el riesgo¹³⁹⁸. Lo original del planteamiento no radica tanto en el cambio de denominación, que (como se señaló en párrafos anteriores) no alcanza a desvirtuar la contradicción que envuelve la tesis; lo novedoso de su propuesta consiste en sostener que cuando el autor mediato pierde el control sobre el foco de riesgo, surge un peligro para el bien jurídico¹³⁹⁹; de esa manera busca compatibilizar el comienzo de ejecución en la autoría mediata con el peligro para el bien jurídico como fundamento de todas las teorías sobre la punibilidad de la tentativa.

La determinación de cuándo se produce ese abandono del dominio sobre la situación de riesgo se daría a través del juicio de un espectador objetivo, quien habría de determinar si hay o no una considerable disminución de las posibilidades de controlar el peligro que representa el ejecutor¹⁴⁰⁰; adicionalmente, esa apreciación objetiva necesitaría ser corregida a través de un aspecto subjetivo que consistiría en la decisión del autor de abandonar el control del riesgo. No bastaría entonces con que la mujer que le prepara la sopa envenenada a su marido abandonara el apartamento antes del regreso de su esposo (valoración objetiva), sino que sería necesario establecer que cuando ella salió del inmueble lo hizo con la pretensión de no regresar antes de que su cónyuge ingiriera la mortal comida (aspecto subjetivo)¹⁴⁰¹.

Sin embargo, a juicio de su expositor, el planteamiento necesita una precisión más porque los actos ejecutivos no surgen por la existencia de cualquier peligro (él aparece ya con la intención criminal), sino de uno que pueda ser calificado como inminente para el bien jurídico; la situación es especialmente compleja cuando entre el momento en que el autor mediato termina su actuación y aquel en el que se debe producir el ataque al bien jurídico por parte del instrumento, hace falta un considerable período de tiempo¹⁴⁰² o la realización de algunas actuaciones intermedias por parte del ejecutor¹⁴⁰³. Para

¹³⁹⁸ Cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas...*, ed. cit., pág. 173.

¹³⁹⁹ Cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas...*, ed. cit., págs. 173 y 174.

¹⁴⁰⁰ Cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas...*, ed. cit., pág. 188.

¹⁴⁰¹ Cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas...*, ed. cit., págs. 185 a 189.

¹⁴⁰² Cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas...*, ed. cit., pág. 174.

¹⁴⁰³ Cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas...*, ed. cit., págs. 175 y 176. Para WESSELS, faltaría el requisito de inmediatez del peligro frente al bien jurídico como

ejemplificar la primera hipótesis, piénsese en el caso de quien instaló un aparato incendiario para que se activara cuando, días o semanas más tarde, alguien accionara el interruptor de la luz¹⁴⁰⁴; como ilustración de la segunda alternativa, recuérdese el ejemplo de quien habiendo persuadido a unos terceros para que le suministraran a la víctima un supuesto somnífero que les permitiría robarle, no pudo conseguir su propósito porque los instrumentos abandonaron la ejecución del delito al percatarse de que la sustancia que les había sido entregada era en realidad un potente veneno con el que el autor mediato pretendía dar muerte a la víctima¹⁴⁰⁵.

En estos supuestos, cuando el simple abandono del control sobre el riesgo existente en la conducta del instrumento no supone el surgimiento de un peligro inmediato para el bien jurídico, ALCÁCER GUIRAO sostiene que lo que falta por ejecutar no constituye un componente esencial de la conducta, sino que equivale a meros eslabones causales que deben ser entendidos como parte de la conducta del autor mediato, en forma de unidad natural de acción¹⁴⁰⁶; a esta conclusión llega partiendo de considerar al ejecutor de buena fe como un instrumento mecánico, advirtiendo que no lo hace desde una perspectiva ontológica sino normativa¹⁴⁰⁷. A su modo de ver, si bien en estas hipótesis no hay un peligro inmediato para el bien jurídico, el mismo sí puede ser considerado lo suficientemente acuciante y serio como para justificar un merecimiento de pena¹⁴⁰⁸. Aun cuando esta precisión brinda un buen soporte político criminal para justificar la sanción de la

requisito de existencia de la tentativa cuando, si bien el autor mediato deja el suceso fuera de sus manos, todavía el intermediario debe hacer cosas esenciales para la realización del delito, como comprar materiales para construir la bomba o instalarla en la vivienda de la víctima (Cfr. Johannes WESSELS, Lehrbuch, ed. cit., págs. 184 y 185).

¹⁴⁰⁴ Cfr. RGSt 66-47 [141].

¹⁴⁰⁵ Cfr. BGHSt 30-84 [363].

¹⁴⁰⁶ Cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas...*, ed. cit., pág. 177. Aun cuando sin recurrir a la diferencia entre las valoraciones ontológica y normativa de la conducta, WESSELS considera que la actuación del instrumento debe ser valorada como del mediato (cfr. Johannes WESSELS, Lehrbuch, ed. cit., pág. 183).

¹⁴⁰⁷ Cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas...*, ed. cit., págs. 176 y 177. Ya KÜPER había propuesto que la mediación característica de esta forma de autoría no debía ser entendida como simple causalidad, sino como una específica imputación normativa: la actuación del instrumento se le imputa como si fuera del mismo autor; cfr. Wilfried KÜPER, JZ 1983, ed. cit., pág. 369.

¹⁴⁰⁸ Cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas...*, ed. cit., pág. 175.

tentativa en estos casos, es evidente que supone un alejamiento de la regla general conforme a la cual la punibilidad de la tentativa comenzaría con el peligro inminente (no solo el acuciante y serio) para el bien jurídico.

La exposición integral de esta propuesta tiene puntos de contacto tanto con la solución individual como con la global, porque si bien se parte de que lo determinante es que una vez terminada la conducta del autor mediato éste abandone el control del riesgo existente en la conducta del instrumento (planteamiento que coincide con el de la solución individual o del autor mediato), se advierte que esa fórmula solo sirve cuando dicho comportamiento genera un peligro inmediato para el bien jurídico. Para los casos en los que la ejecución de la conducta requiera el paso de un tiempo prolongado o la realización de actuaciones intermedias por parte del instrumento, se advierte que el peligro inmediato solo aparecerá cuando así se desprenda de la conducta del ejecutor, cuya actuación forma una unidad de acción con la del autor mediato, solución que es en esencia igual a la propuesta por los partidarios de la solución global o del instrumento.

Las tesis que hasta ahora se han expuesto sobre la forma en que debe determinarse el comienzo de la tentativa en la autoría mediata dejan en claro que la solución depende en buena parte del fundamento que se conceda a la punibilidad tanto del autor mediato como de la tentativa. Si se admite que las conductas no se valoran por sus componentes ontológicos sino por su significación (por lo que ellas comunican externamente), se consiguen importantes efectos sobre la razón de ser de la punibilidad de estas figuras.

El autor mediato es sancionable porque aun cuando ontológicamente no sea quien despliega la actuación que pone en peligro inmediato el bien jurídico, la valoración social de la conducta de quien se sirve de un instrumento para desarrollar determinada actividad permite apreciar el resultado de ésta como algo propio del autor mediato y no del ejecutor¹⁴⁰⁹. Así como nadie le reprocha al mensajero el llevar un aviso de embargo proferido por un juez, tampoco nadie le censura

¹⁴⁰⁹ Es la valoración de la conducta desde una perspectiva de “imputación normativa” (no puramente ontológica) a la que aludía KÜPER (cfr. Wilfried KÜPER, JZ 1983, ed. cit., pág. 369), y que en otro contexto es empleada por ALCÁCER GUIRAO (cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas...*, ed. cit., págs. 176 y 177).

ser el portador de una carta injuriosa o de un sobre explosivo¹⁴¹⁰; desde el punto de vista de la significación de esos comportamientos, se entiende que ellos pertenecen al hombre de atrás, y no a quien fue utilizado como un simple instrumento para desarrollar la voluntad del autor. En consecuencia, si el autor mediato crea con su conducta un riesgo jurídicamente desaprobado que puede ser entendido como realizado en el resultado, a él le será objetivamente imputable el quebrantamiento de la vigencia de la norma; pero su punibilidad no se deriva de la existencia de un dominio del hecho, sino de la forma en que externamente se valora su comportamiento en un contexto social y no desde una perspectiva meramente ontológica.

Por su parte, la tentativa es punible porque alguien crea con su conducta un riesgo jurídicamente desaprobado, que desde el punto de vista comunicativo permite ser valorado como probabilísticamente apto para lesionar un bien jurídico. En eso consiste el peligro inminente que para el bien jurídico debe generar la conducta del autor: en la elevada probabilidad de dañarlo. Pero también debe quedar claro que la existencia de ese peligro se valora desde el punto de vista *ex-ante*, de tal manera que lo que en la tentativa justifica la intervención del aparato punitivo del Estado es necesariamente la valoración de un comportamiento como constitutivo de un peligro inminente para el bien jurídico en el momento en que el mismo tiene lugar, aun cuando a la postre se establezca que el bien jurídico estaba a salvo de esa particular conducta (como ocurre en las llamadas tentativas inidóneas).

Sobre estos supuestos, puede afirmarse que en la autoría mediata la tentativa comienza cuando la conducta del hombre de atrás no solo ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado, sino que además puede ser externamente valorada como probabilísticamente apta para producir el resultado pretendido. En el ejemplo de la esposa que prepara la sopa envenenada para su marido y permanece al lado de ella hasta que su esposo regresa al hogar y se dispone a tomarla, su comportamiento sólo se percibe como un peligro inminente para el cónyuge cuando éste se dispone a ingerir el alimento, ya que antes de

¹⁴¹⁰ Siempre sobre el supuesto de que su conducta sea de buena fe; si su actuación forma parte de un plan criminal concebido con el autor, responderán los dos bien sea a título de coautores o de autor y partícipe respectivamente. Si el instrumento actúa de mala fe sin que existe acuerdo de voluntades con el autor, responderán los dos por el resultado obtenido, pero no a título de coautores.

ese momento existe todavía una alta probabilidad de que la mujer modifique un comportamiento que, hasta ese momento, luce como una simple acción preparatoria. Si, por el contrario, la señora abandona el hogar después de dejar la sopa envenenada en el lugar donde su marido acostumbra a encontrarla para tomarla, esa conducta aumenta las probabilidades de afectación del bien jurídico y por consiguiente puede ser valorada como tentativa pese al tiempo que falte para que el marido regrese al hogar y se disponga a comer¹⁴¹¹.

En el caso de quien instala un aparato incendiario en un inmueble y lo abandona a la espera de que alguien accione el interruptor de la luz que debe desatar la conflagración¹⁴¹², la tentativa comienza cuando se retira del lugar en el que ha confeccionado la trampa, porque esa conducta puede ser valorada no solo como creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado, sino como probabilísticamente apta (*ex-ante*) para conseguir el resultado buscado¹⁴¹³. La solución sería idéntica para el caso de quien utilizó a tres personas para

¹⁴¹¹ Frente a una variante de este caso (propuesta por Eberhard SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht AT*, ed. cit., §11/53, pág. 358, en la que el autor mezcla veneno en la bolsa de café en polvo que la víctima suele utilizar, para que cuando esta regrese de un viaje que ha emprendido y prepare su café, muera al ingerirlo) DEMETRIO CRESPO dice que si se reconoce la existencia de una tentativa aunque la víctima no regrese, se estaría adelantando en exceso la punibilidad (cfr. Eduardo DEMETRIO CRESPO, *Sobre el comienzo...*, ed. cit., pág. 275). Esta apreciación parte del supuesto de una valoración *ex-post* de la conducta porque incorpora el conocimiento ulterior de que la víctima jamás regresó y, de ser aplicada a todas las manifestaciones de la tentativa, llevaría a la impunidad de la inidónea porque también en ella el conocimiento posterior de la ineficacia de la conducta, permitiría dudar de la legitimidad de la sanción. No se trata entonces de sancionar por una simple manifestación hostil al derecho por parte del autor (como lo sugiere la crítica de DEMETRIO CRESPO, *Sobre el comienzo...*, ed. cit., pág. 284), sino de valorar la existencia del peligro desde la misma perspectiva del autor, esto es, en el momento de desplegarse la conducta, porque es en ese instante cuando la comunidad puede apreciar la trascendencia de la misma frente a la puesta en peligro de los bienes jurídicos objeto de protección. Por cierto, en la variante del caso propuesta por SCHMIDHÄUSER, este autor considera que hay tentativa si el regreso de la víctima puede apreciarse como cercano, pero sólo existirán actos preparatorios cuando falte mucho para que ello ocurra (cfr. Eberhard SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht AT*, ed. cit., §11/53, pág. 358), solución que considero correcta siempre que esa valoración se haga *ex-ante*.

¹⁴¹² Cfr. RGSSt 66-47 [141].

¹⁴¹³ ROXIN considera que en este caso la tentativa comienza cuando el autor se va para la clínica (cfr. Claus ROXIN, *JuS* 1979, ed. cit., pág. 11), aunque al criticar la fundamentación que el Tribunal supremo del Imperio alemán da a su solución (fundamentada en la proximidad del peligro para el bien jurídico), advierte que en este caso era posible (pero no probable) que alguien accionara el interruptor de la luz (cfr. Claus ROXIN, *Maurach-FS*, ed. cit., pág. 219).

intentar envenenar a su enemigo mediante el empleo de un potente veneno que él entregó a los ejecutores haciéndoles creer que se trataba de un somnífero que les facilitaría la comisión de un hurto¹⁴¹⁴; en este caso¹⁴¹⁵ la entrega de la sustancia letal a los instrumentos que en ese momento emprendieron el camino hacia el lugar donde se encontraba la víctima, no solo puede ser interpretada como una conducta creadora de un riesgo jurídicamente desaprobado, sino como probabilísticamente apta (desde una perspectiva *ex-ante*) para conseguir el resultado pretendido¹⁴¹⁶.

Este tipo de valoraciones no debe ser visto como algo artificialmente concebido para brindar una solución político criminalmente correcta al tema de la tentativa en la autoría mediata. Por el contrario, corresponde a la forma en que socialmente se suelen valorar las conductas ajenas: por lo que ellas comuniquen. Si se observa a un pequeño de dos años caminando cerca de una piscina, pero a su lado hay una niñera que lo vigila, esa situación no se interpretaría como de peligro inminente para la integridad del pequeño; pero si lo que se percibe es que la mujer abandona al niño, esa conducta pasa a ser valorada como generadora de un peligro inminente para el menor, aun cuando falte mucho para que este caiga a la piscina o no lo haga nunca; en esta segunda alternativa nadie diría que el peligro para el pequeño comienza cuando está al borde de la piscina, sino desde el momento en que se lo abandona sin vigilancia cerca de la misma.

¹⁴¹⁴ Comparte la existencia de una tentativa en este caso Johannes WESSELS, Lehrbuch, ed. cit., pág. 184.

¹⁴¹⁵ Cfr. BGHSt 30-84 [363].

¹⁴¹⁶ El tema de si estos tres instrumentos pueden ser considerados responsables de una tentativa de robo debe ser valorado de manera independiente, porque en un caso se analiza la conducta del autor mediato frente al homicidio pretendido, y en la otra el comportamiento de todos ellos como coautores de un delito de hurto; por eso no es contradictorio sostener que mientras caminaban al encuentro de su víctima para robarle desarrollaban actos meramente preparatorios de un delito de hurto, en tanto que el autor mediato responde por la tentativa de homicidio desde el momento en el que entregó a los ejecutores la botella con el mortal líquido y ellos se encaminaron hacia la víctima (esa fue la solución dada al caso por la Corte Suprema alemana, sobre el supuesto de que, desde el punto de vista del autor mediato, se había colocado en posición de iniciar inmediatamente la realización del tipo penal, de tal forma que desde su perspectiva el bien jurídico estaba frente a un peligro concreto; cfr. BGHSt 30-84 364 y 365).

7.3. Tentativa y participación.-

Habiendo tomado ya partido por la tesis de que la tentativa no es un delito imperfecto y por consiguiente tampoco debe ser entendida como un simple dispositivo amplificador de los tipos penales sino que, por el contrario, se trata de un delito completo desde el punto de vista dogmático, forzoso es admitir que en su condición de delito perfecto en el sentido integral de la expresión, respecto de él pueden ser predicados fenómenos como el de la participación¹⁴¹⁷ y la coautoría. Como el análisis de este último aspecto se hizo en páginas anteriores, en las siguientes se expondrá lo atinente a las relaciones entre tentativa y participación, no solo en cuanto a la forma en que debe determinarse la existencia de la aquella respecto de los cómplices, sino también en lo relacionado con la cuestión de si es posible hablar de una tentativa de instigación y de una tentativa de complicidad, como fenómenos claramente diferenciables tanto de la complicidad en la instigación como de la complicidad en la tentativa.

7.3.1. La participación en la tentativa.-

A diferencia de lo que ocurre respecto de los fenómenos de la coautoría y de la autoría mediata analizados en acápites anteriores, la doctrina admite pacíficamente que solo es posible predicar la presencia de una tentativa respecto del partícipe, en aquellos eventos en los que el autor del hecho principal haya desplegado una acción que sea, cuando menos, reprochable a título de tentativa, con lo cual se excluye la posibilidad de punir a un cómplice por tentativa cuando la conducta desarrollada por el autor sea penalmente irrelevante¹⁴¹⁸.

Por consiguiente, así como el simple hecho de entrar a formar parte de una banda que se está organizando para planear y ejecutar un delito no puede ser considerado como tentativa del hecho punible

¹⁴¹⁷ En realidad toda la doctrina se ha venido ocupando tradicionalmente de las relaciones que existen entre los fenómenos de la tentativa y la participación, con total independencia de si defienden teorías del delito causalistas, finalistas o normativas. Así, por ejemplo, desde mediados del siglo XIX había precisado ZACHARIA que la tentativa debía ser aplicable también en los casos de sujeto activo plural; cfr. Heinrich Albert ZACHARIA, *Die Lehre...*, ed. cit., erster Theil, pág. 55.

¹⁴¹⁸ En este sentido, por ejemplo, cfr., Ludwig von BAR, *Zur Lehre...*, ed. cit., pág. 71; Luis JIMENEZ DE ASUA, *Tratado...*, ed. cit., págs. 570 y 571; Hans WALDER *SchwZStr* 99 [1982], ed. cit., pág. 230.

que en el futuro habrá de ejecutarse¹⁴¹⁹, tampoco puede serle reprochada su conducta a título de cómplice de una tentativa de hurto a quien le facilita a otro los planos de un banco, si esta segunda persona no ha dado comienzo a la ejecución del planeado hurto, pues de lo contrario se llegaría a la insostenible conclusión de que el autor de la conducta debe permanecer en la impunidad debido a que no ha traspasado el umbral de los actos preparativos, mientras el cómplice que ya ha ejecutado su conducta (por ejemplo la de suministrar los planos de la entidad bancaria) debería responder penalmente como colaborador en un delito de hurto que nunca nació a la vida jurídica.

Esta exigencia que debe ser satisfecha para poder reprochar válidamente a un partícipe una conducta a título de tentativa, se desprende de una generalizada concepción dogmática conforme a la cual la participación reviste un carácter accesorio respecto de la autoría. A partir de esta premisa se sostiene entonces, que conforme a las reglas de la accesoriedad una persona sólo puede ser penada como partícipe de una tentativa (bien sea a título de cómplice o de determinador¹⁴²⁰), cuando el autor de la conducta haya llevado a cabo un comportamiento penalmente relevante o, dicho en términos tradicionales, cuando este último haya abandonado el terreno de los actos preparatorios para dar comienzo a la ejecución del delito¹⁴²¹.

Aun cuando las más difundidas teorías sobre la fundamentación de la punibilidad del partícipe están edificadas sobre un principio de accesoriedad que hace depender la responsabilidad del cómplice y del inductor de la del autor, incluso las concepciones unitarias normativas (no la antigua unitaria causalista edificada sobre la teoría de la equivalencia de las condiciones¹⁴²²) defienden la importancia de ese postulado, aun cuando entendido de forma diversa. Si conforme a esta tesis se admite que la responsabilidad penal del partícipe se explica porque con su conducta ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado que se ha realizado en el resultado

¹⁴¹⁹ Ludwig von BAR, Zur Lehre..., ed. cit., págs. 95 y 96.

¹⁴²⁰ Respecto del comienzo de la tentativa para el determinador, cfr. Hans WALDER, SchZStr 99 [1982], ed. cit., pág. 229.

¹⁴²¹ Cfr. Ludwig von BAR, Zur Lehre..., ed. cit., pág. 75; Theo VOGLER, LK, ed. cit., Vor. § 22 Rn. 97.

¹⁴²² Sobre el contenido de esta teoría puede verse, por ejemplo, Santiago MIR PUIG, Derecho Penal, ed. cit., §14/10 y §14/11, págs. 376 y 377.

(comprendido éste como quebrantamiento de la vigencia de una norma penal), entonces la razón de ser de su punibilidad es la misma que para los autores; como desde este punto de vista cualitativo no habría diferencia entre ambas categorías (esa distinción sólo tendría sentido en el plano cuantitativo de la punibilidad)¹⁴²³ se habla de una concepción unitaria normativa.

Bajo esta perspectiva, se entiende que cuando varias personas emprenden de manera conjunta la comisión de un delito, su conducta no debe ser valorada de manera individual como una mera coexistencia de factores causales, sino que debe ser apreciada desde una perspectiva valorativa (en cuanto a lo que ella comunica externamente) como una acción colectiva¹⁴²⁴. En esta concepción unitaria todos quienes intervienen en esa actuación conjunta tienen condicionada su responsabilidad penal a la relevancia de aquella, porque si el comportamiento global es penalmente irrelevante (un grupo de empleados de una factoría produce legalmente munición para armas de fuego) el de cada uno de quienes participaron en el mismo carece de trascendencia penal¹⁴²⁵ como parte de esa acción compleja¹⁴²⁶. Esto significa que el principio de accesoriedad sigue siendo indispensable, pero no se predica sólo de los partícipes (instigadores y cómplices) sino de todos quienes toman parte en la conducta colectiva, y no hace depender la responsabilidad del partícipe de la del autor, sino que la de todos los intervinientes está condicionada a la de la actuación conjunta¹⁴²⁷.

En consecuencia, bien sea que se acojan concepciones mayoritarias para explicar la responsabilidad de autores y partícipes como la del

¹⁴²³ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, *Intervención delictiva*, ADPCP, ed. cit., pág. 114. (Igual en Yesid REYES ALVARADO, *Strafbare Beteiligung*, Jakobs FS, ed. cit., pág. 567).

¹⁴²⁴ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, *Intervención delictiva*, ADPCP, ed. cit., pág. 103. (Igual en Yesid REYES ALVARADO, *Strafbare Beteiligung*, Jakobs FS, ed. cit., pág. 558).

¹⁴²⁵ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, *Intervención delictiva*, ADPCP, ed. cit., pág. 108. (Igual en Yesid REYES ALVARADO, *Strafbare Beteiligung*, Jakobs FS, ed. cit., pág. 562).

¹⁴²⁶ Desde luego que si un integrante del grupo despliega de manera autónoma e individual una conducta contraria a derecho durante el desarrollo de la misma (por ejemplo uno de los empleados modifica por su cuenta y en contra de las normas legales algunas municiones para hacerlas más letales) responde penalmente por ella, pero como autor de una conducta punible individual y no como parte de un delito cometido a través de una acción colectiva.

¹⁴²⁷ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, *Intervención delictiva*, ADPCP, ed. cit., pág. 115. (Igual en Yesid REYES ALVARADO, *Strafbare Beteiligung*, Jakobs FS, ed. cit., págs. 567 y 568).

dominio del hecho, o que se prefiera optar por una teoría unitaria normativa que edificada sobre el concepto de acciones colectivas no distingue cuantitativamente entre autores y partícipes, el principio de accesoriadad que ambas reconocen permite afirmar que una persona sólo puede ser considerada partícipe de una tentativa cuando el autor (en la visión de la teoría del dominio del hecho) haya desplegado una conducta que pueda ya ser entendida como tentativa, o cuando la acción colectiva (bajo la perspectiva unitaria normativa) sea susceptible de ser calificada como tal¹⁴²⁸.

7.3.2. La tentativa de participación.-

Un problema completamente distinto es el de si puede hablarse de una tentativa de participación, esto es, si es legítimo sancionar a alguien porque ha intentado determinar a otro a la comisión de un delito (tentativa de instigación) o porque ha tratado de prestarle una ayuda para la comisión del hecho punible (tentativa de complicidad).

7.3.2.1. La tentativa de complicidad.-

Desde un punto de vista puramente teórico, se hablaría de una tentativa de complicidad cuando alguien ha prestado su colaboración para la comisión de una acción delictiva que no alcanza a llegar a los actos ejecutivos, o cuando el autor no usa en la comisión del delito la ayuda ofrecida por el cómplice¹⁴²⁹. En relación con la primera hipótesis, no parece haber discusión en cuanto a la imposibilidad de sancionar penalmente a quien ofrece o presta una colaboración para un delito que no alcanza a llegar a la fase ejecutiva dado que la responsabilidad del partícipe está determinada por el principio de accesoriadad; conforme a este postulado, si la acción principal (para la cual se brinda la ayuda) no alcanza a tener connotaciones penales (se queda en el estadio de los actos preparatorios), no solo esa

¹⁴²⁸ A partir de este supuesto, RODRIGUEZ MOURULLO considera que castigar la proposición o provocación para delinquir supone el desconocimiento del principio de accesoriadad; cfr. Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, *La punición...*, ed. cit., págs. 294, 295 y 300.

¹⁴²⁹ Sobre estas hipótesis teóricas de tentativa de complicidad, cfr. Hans-Heinrich JESCHECK, *ZStW* 99 [1987], ed. cit., págs. 137 y 138.

conducta carece de relevancia penal sino también la que depende de ella (es decir, la aportación del cómplice)¹⁴³⁰.

La segunda posibilidad teórica es menos simple y plantea a su vez algunas variantes, todas ellas sobre el supuesto de que la conducta principal ha entrado ya en el terreno de los actos ejecutivos y por consiguiente puede ser calificada como una tentativa. En un primer grupo de casos, caracterizado por la ejecución del delito sin utilizar la ayuda prestada por el cómplice, algunos consideran que éste último debe permanecer impune¹⁴³¹, precisamente porque su colaboración no fue empleada en desarrollo de la conducta criminal; es lo que ocurriría cuando, por ejemplo, alguien ha facilitado herramientas para abrir una caja de seguridad durante el planeado asalto a una entidad bancaria, las cuales no son utilizadas por el autor del delito porque antes de perpetrar el hecho consigue la clave que le permite su apertura sin forzarla; dado que los instrumentos no se emplearon para conseguir el botín, algunos afirman que la acción de ponerlos a disposición del autor debe permanecer al margen del derecho penal¹⁴³².

¹⁴³⁰ En contra de una tentativa de complicidad cfr., por ejemplo, Ludwig von BAR, *Zur Lehre...*, ed. cit., pág. 73; Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, ed. cit., págs. 571 y 572, para quien si la tentativa y la participación amplían el tipo penal, necesitan del tipo principal para aplicarse; Theo VOGLER, *LK Kommentar*, ed. cit., vor §22 Rn. 98; Hans WALDER, *SchwZStr* 99 [1982], ed. cit., pág. 230; Heinrich Albert ZACHARIA, *Die Lehre...*, zweiter Band, ed. cit., págs. 62 y 63, para quien si los solos acuerdos sobre complicidad en un hecho criminal constituyeran una tentativa de delito, entonces la actuación del cómplice debería ser en sí misma punible, lo cual va en contra de la noción de complicidad.

¹⁴³¹ Aun cuando algunos consideran que la responsabilidad del partícipe por el delito consumado depende de que su ayuda haya sido efectivamente utilizada por el autor (por ejemplo, Günther JAKOBS, *Lampe-FS*, ed. cit., pág. 565), creo que la responsabilidad del partícipe surge por el solo hecho de que su colaboración haya sido tenida en cuenta por el autor al momento de ejecutar el delito, aun cuando no la haya llegado a utilizar (Yesid REYES ALVARADO, *Jakobs-FS*, ed. cit. pág. 565; Yesid REYES ALVARADO, *Intervención delictiva...*, ed. cit., pág. 112)

¹⁴³² “Otro, para ayudar a un amigo en el robo, le provee de instrumentos idóneos para forzar la caja donde el dinero se contiene; el ladrón, en efecto, se introduce en el lugar designado y roba, pero encuentra accidentalmente abierta la caja y consume el delito sin el auxilio de aquellos instrumentos. ¿Qué complicidad es imputable a quien los suministró? Dirase: hubo perversa intención; se ejecutaron actos exteriores; había en ellos la suficiente potencialidad para alcanzar el fin criminal. Es verdad, más ante la realidad de lo ocurrido, la intención depravada queda reducida a un mero deseo; el acto exterior resulta sin vínculo alguno con el robo efectuado; su potencialidad no ha pasado al estado de eficiencia actual”. Francesco CARRARA, *Teoría...*, ed. cit., págs. 244 y 245 §329.

Esa solución parte de una consideración aislada de los comportamientos desplegados por quienes de común acuerdo intervienen en una acción delictiva; según esta visión, todos ellos son considerados como conductas autónomas que pueden ser conectadas a otras también independientes hasta que en virtud de ese encadenamiento alguna alcanza el grado de ejecución delictiva que se requiere para sancionar la tentativa. Desde esta perspectiva, no solo el comportamiento que no se haya conectado causalmente al que amerita la intervención del derecho penal permanece al margen del mismo, sino que idéntica suerte debería correr el que resulta ineficaz para conseguir el resultado perseguido¹⁴³³. Así, por ejemplo, si en el caso propuesto el autor intentó utilizar las herramientas que recibió de alguien para la apertura de la caja de seguridad, pero al darse cuenta de que resultaban insuficientes para conseguirlo (se rompieron en el intento o fueron demasiado lentas) decide emplear dinamita, la contribución de quien facilitó las herramientas inútiles debería quedar en la impunidad; por el contrario, quien aportó los explosivos no hubiera recibido sanción alguna si las herramientas del otro colaborador hubieran funcionado y su responsabilidad se derivó exclusivamente de que, por la ineficacia de aquellas o por pura impaciencia, el autor recurrió a la voladura del arca.

Pero si en lugar de entender la participación delictiva como una simple adición causal de conductas se la aprecia como un comportamiento colectivo (que es la forma en que socialmente se lo percibe)¹⁴³⁴, de él hacen parte no solamente aquellas contribuciones que son efectivamente utilizadas en desarrollo del propósito común, ni las que resultaron eficaces para alcanzarlo, sino todas aquellas que fueron tenidas en cuenta al momento de comenzar la ejecución del delito, con absoluta independencia de si se las llegó a usar y de si fueron efectivas. En ámbitos ajenos al derecho, por ejemplo, nadie valora el funcionamiento de un equipo de fútbol como la suma de once individualidades, sino como una actuación conjunta; los títulos no los ganan solo los jugadores que anotaron los goles y ni siquiera

¹⁴³³ “Es esencial a la *complicidad*, que el hecho constitutivo de la misma haya tenido *eficiencia* sobre el delito principal, en cuya responsabilidad se quiere comprender al autor de aquella”. Cfr. Franceso CARRARA, *Teoría...*, ed. cit., pág. 242, §329.

¹⁴³⁴ Cfr. Yesid REYES ALVARADO, *Intervención delictiva*, ADPCP, ed. cit., págs. 102, 103 y 106. (Igual en Yesid REYES ALVARADO, *Strafbare Beteiligung*, Jakobs FS, ed. cit., págs. 557, 558, 560 y 561).

aquellos que actuaron en todos los partidos; el triunfo en un campeonato es para toda la plantilla, que comprende a los que jugaron (incluso los que lo hicieron de manera deficiente y por eso no prestaron una colaboración efectiva para lograr el triunfo), a quienes estuvieron en el banco de suplentes y jamás ingresaron al campo de juego (pero estuvieron a disposición del técnico para hacerlo en el caso de que hubiera sido necesario), así como a los preparadores físicos y a los encargados del vestuario.

Cuando el propósito conjunto no es el desarrollo de una actividad lícita sino una al margen de la ley, la valoración externa (social) de la misma no cambia; lo que sus integrantes comunican es la existencia de una conducta colectiva, de la que hacen parte todos quienes actúan alrededor de ese propósito común y han puesto a disposición del mismo un aporte, con independencia de si el mismo es finalmente utilizado y de si en ese caso resulta útil para conseguir la finalidad perseguida; lo que realmente interesa es que su contribución sea tenida en cuenta para la realización de la acción delictiva, aun cuando nunca llegue a emplearse. Sólo quedarían por fuera de la conducta global las intervenciones que, habiendo sido ofrecidas, son descartadas y aquellas que el mismo aportante retira antes de que se de inicio a la ejecución del delito¹⁴³⁵. En consecuencia, la conducta del cómplice permanece al margen del interés del derecho penal hasta que la acción global sobrepase la fase de preparación, momento a partir del cual todos quienes hacen parte de la misma responden por tentativa, siempre que sus aportes hayan sido tenidos en cuenta para la ejecución del delito.

Un segundo grupo de casos se presenta cuando el cómplice no presta la ayuda prometida¹⁴³⁶; esto puede ocurrir porque antes de comenzar la ejecución del delito decide retirarla haciendo cuando menos todo lo que de su parte sea posible para que ella no sea empleada, o porque comete un error durante su comportamiento. En el primer caso su conducta será impune, como cuando decide no entregar la clave de la caja de seguridad que había prometido para facilitar el robo a una entidad bancaria, de tal forma que los demás se ven obligados a cometer el delito prescindiendo de esa colaboración.

¹⁴³⁵ Von BAR advierte que si el cómplice retira su colaboración antes del momento en que el delito se consume por parte del autor, aquel responde por tentativa y este por el delito consumado; cfr. von BAR, *Zur Lehre...*, ed. cit., pág. 73.

¹⁴³⁶ Cfr. Heinrich Albert ZACHARIA, *Die Lehre...*, zweiter Band, ed. cit., pág. 62.

En el segundo ejemplo su actuación será punible, siempre que el aporte ofrecido por él haya sido tenido en cuenta para la ejecución del delito, como cuando ya dentro del banco y cuando se disponen a abrir la bóveda, el cómplice se percata de que a última hora cambió de chaqueta y olvidó en otra el papel que contenía la clave; si debido a ello abren la caja fuerte empleando herramientas y se apoderan del botín, todos responderán como autores de un hurto; y si no lo consiguen pese a haber comenzado su ejecución, entonces todos serán procesados por tentativa de hurto, incluido aquel cuyo aporte no pudo ser utilizado por simple casualidad.

La solución no cambia cuando el cómplice presta su colaboración a un hecho principal, sin saber que el mismo es inidóneo para la consecución del resultado propuesto; piénsese en el caso de que A quiere suministrarle a B una sustancia venenosa para causarle la muerte; de común acuerdo con A, C distrae a B para que aquel pueda mezclar el veneno en la cerveza que la víctima se dispone a tomar, pero en el último momento el autor se equivoca de envase y vierte una sustancia inofensiva en la bebida¹⁴³⁷. Aun cuando frente a hipótesis como ésta algunos consideran que el cómplice debe permanecer impune por ausencia de peligro para el bien jurídico¹⁴³⁸, esa solución solo sería correcta si se admite una valoración *ex-post* del comportamiento, porque solo en ese momento se pone en evidencia que no fue apto para lograr el propósito que se perseguía. Pero, como en otro lugar se señaló¹⁴³⁹, la utilización de esta perspectiva para valorar la peligrosidad de una conducta llevaría a calificar todas las tentativas como inofensivas para el bien jurídico y por tanto impunes, ya que una vez concluida la fase de ejecución es evidente que no consiguieron el resultado propuesto (eso es lo que explica que sean tentativas). Por eso la existencia de un peligro para el bien jurídico debe ser examinada desde una perspectiva *ex-ante*, esto es, en el momento en que la conducta fue desplegada; y si en ese instante la misma lucía apta para afectar el bien jurídico objeto de protección, entonces no solo la actuación principal puede ser calificada como tentativa, sino también la ayuda prestada por el cómplice, aun cuando a la postre no se haya logrado la consumación del delito.

¹⁴³⁷ Sobre este ejemplo, cfr. Harro OTTO, JA 1980, ed. cit., pág. 708.

¹⁴³⁸ Cfr. Harro OTTO, JA 1980, ed., cit., pág. 708.

¹⁴³⁹ Cfr. supra 2.2.3.

Nótese, sin embargo, que las soluciones propuestas solo admiten dos posibilidades: una, la responsabilidad del cómplice porque el hecho principal en el que toma parte puede ser considerado como una tentativa y su colaboración ha sido tenida en cuenta al momento de ejecutar el delito; la otra es su impunidad, bien sea porque la conducta global no sobrepasó el estadio de los actos preparatorios, porque su aporte no fue tomado en cuenta para ejecutar el delito, o porque el cómplice desistió efectivamente de la colaboración ofrecida. Ninguna de estas hipótesis deja espacio para una tentativa de complicidad entendida genéricamente como la actuación de quien intenta prestar ayuda para la comisión de un delito pero no lo consigue¹⁴⁴⁰.

7.3.2.2. La tentativa de instigación.-

Históricamente no hubo mayor discusión sobre la ausencia de responsabilidad penal en quien intentaba persuadir a otro de la comisión de un delito y no lo conseguía; ya en 1839 advertía ZACHARIA que el hecho de que el instigador hubiera hecho todo lo que de su parte era necesario para la realización del delito, no excluía la necesidad de otra actuación humana por parte del autor físico¹⁴⁴¹. Esta premisa fue complementada poco después por von BAR en el año 1859, advirtiendo que desde el punto de vista político criminal resulta indiscutible que la punibilidad del instigador comienza con la primera acción de tentativa del instigado¹⁴⁴², de tal manera que aquel debe permanecer en la impunidad hasta el momento en que éste sea sancionable por tentativa¹⁴⁴³.

La situación cambió cuando en 1874 un ciudadano belga de apellido DUCHESNE contactó al arzobispo de Paris JOSEPH HIPPOLYTE GUIBERT y trató de convencerlo de asesinar al canciller BISMARCK a cambio de sesenta mil (60.000) francos; al ser descubierto el plan,

¹⁴⁴⁰ Desde este punto de vista asiste razón a CARRARA cuando sostiene que “la tentativa de complicidad es un monstruo jurídico”; cfr. Francesco CARRARA, *Teoría...*, ed. cit., pág. 244, §329. También en contra de una tentativa de complicidad, cfr. Ludwig von BAR, *Zur Lehre...*, ed. cit., pág. 72; Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, ed. cit., pág. 571, quien de manera general rechaza la posibilidad de una tentativa de participación.

¹⁴⁴¹ Cfr. Heinrich Albert ZACHARIA, *Die Lehre...*, zweiter Band, ed. cit., pág. 35.

¹⁴⁴² Cfr. Ludwig von BAR, *Zur Lehre...*, ed. cit., pág. 45.

¹⁴⁴³ Cfr. Ludwig von BAR, *Zur Lehre...*, ed. cit., págs. 44 y 45.

no solo se exigió al gobierno belga que sancionara al autor del mismo, sino que se incluyó en el artículo 49 del Código Penal alemán un literal (el “a”) que sancionaba expresamente la tentativa de instigación y que, desde entonces, fue conocido como el “parágrafo DUCHESNE”¹⁴⁴⁴. Con algunos cambios legislativos, la norma se convirtió en el actual parágrafo 30 del Código Penal alemán, que sanciona a quien intente inducir a otro a cometer un delito, así como a quien manifieste su disposición a cometerlo, acepte el ofrecimiento de otro, o se concierte con él para cometer un delito o para inducir a su comisión¹⁴⁴⁵.

Frente a esta disposición legal la doctrina no suele ser crítica¹⁴⁴⁶, sino que se limita a señalar que si bien la regla general es que la tentativa solo es punible a partir del momento en que comience la ejecución del delito, excepcionalmente se consagra una sanción para quien intenta determinar a otro a su comisión¹⁴⁴⁷, es decir, se admite el castigo de todo intento de que se cometa un delito, aun cuando el hecho principal no llegue a ejecutarse¹⁴⁴⁸. También se suele precisar el alcance del aludido parágrafo lo mejor posible, advirtiendo que el mismo sólo es aplicable a delitos graves¹⁴⁴⁹ (no

¹⁴⁴⁴ Cfr. Hans-Heinrich JESCHECK, Lehrbuch, ed. cit., § 65, pág. 634; Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, La punición..., ed. cit., pág. 289, nota 47..

¹⁴⁴⁵ “(1) El que intente determinar a otro a cometer un delito o a inducir a su comisión, será castigado según los preceptos relativos a la tentativa del delito. No obstante, la pena se atenuará conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del §49. El apartado 3 del §23 se aplicará en lo pertinente.

“(2) Del mismo modo, será castigado quien manifieste su disposición, acepte el ofrecimiento de otro o se concierte con él para cometer un delito o para inducir a su comisión”.

¹⁴⁴⁶ JAKOBS se queja de que no se dedique mucho espacio a comentar las sanciones por hechos previos al comienzo de la tentativa, como los contenidos en el §30 del Código Penal alemán; cfr. Günther JAKOBS, ZStW 97 [1985], ed. cit., pág. 752.

¹⁴⁴⁷ En este sentido, por ejemplo, cfr. Hans-Heinrich JESCHECK, ZStW 99 [1987], quien reconoce que en la mayoría de los países es impune; Harro OTTO, JA 1980, ed. cit., pág. 708; Hans WALDER, SchZStr 99 [1982], ed. cit., págs. 229 y 230, con referencia al §24 (2) del Código Penal suizo (quien intente determinar a otro a cometer un delito, será sancionado por tentativa de ese delito).

¹⁴⁴⁸ Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., pág. 767, §27/3.

¹⁴⁴⁹ Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., pág. 768, §27/6; Hans Heinrich JESCHECK, ZStW 99 [1987], ed. cit., pág. 136.

operaría en relación con las faltas¹⁴⁵⁰) y tratando de ceñirlo a las reglas generales sobre el inicio de la tentativa; en este sentido se dice que es punible el intento de instigar a otro cuando inicia la influencia sobre el determinado¹⁴⁵¹, bien sea que este no acepte la idea¹⁴⁵², o que ya estuviera decidido a cometer el delito, o que la escuche pero no la lleve a la práctica¹⁴⁵³.

Quien ha criticado con dureza esta norma que la doctrina mayoritaria se limita a interpretar tímidamente es JAKOBS, en un artículo que suele ser más recordado por sugerir la existencia de un derecho penal del enemigo que por censurar la exagerada criminalización anticipada de conductas, entre las que menciona aquellas comprendidas en el § 30 del Código Penal alemán. A su juicio, sanciones como la que prevé esta norma están edificadas sobre el supuesto de que se trata de conductas que ponen en peligro bienes jurídicos; pero la utilización de este concepto como única razón de ser para la criminalización de conductas supone tratar a la persona como una simple fuente de peligros, lo que posibilitaría incluso la punición de los pensamientos delictivos¹⁴⁵⁴. Decir que el fuero interno del individuo queda a salvo con la prohibición de sancionar la intención delictiva no es suficiente, si paralelamente se asume que toda exteriorización de la misma es punible; por esa vía deberían sancionarse las lesiones que un boxeador causa a su rival durante un combate reglamentario de boxeo. La frontera entre lo que le interesa al derecho penal y lo que debe permanecer al margen de él no es ontológico (externo – interno desde un punto de vista natural) sino que debe ser normativo¹⁴⁵⁵. Al ciudadano le pertenece todo aquello que corresponde a su vida privada, de tal forma que mientras sus actuaciones no invadan ámbitos de libertad ajenos deben permanecer

¹⁴⁵⁰ Según el §12 del Código Penal alemán son delitos (graves) los que tienen señalada una pena mínima de prisión de un año más, y faltas (delitos leves) los que tienen señalada una pena mínima privativa de libertad inferior a esa o una de multa.

¹⁴⁵¹ Cfr. Werner SCHMID, ZStW 74 [1962], ed. cit., pág. 61, advirtiendo que la acción de instigar debe estar seriamente orientada a la comisión de un delito.

¹⁴⁵² Aunque no acepte la idea, se dice que solo habría tentativa punible si al instigado le queda claro lo que él se quiere; cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., págs. 7867 y 777, §27/4.

¹⁴⁵³ Cfr. Hans-Heinrich JESCHECK, ZStW 99 [1987], ed. cit., pág. 136.

¹⁴⁵⁴ Cfr. Günther JAKOBS, ZStW 97 [1985], ed. cit., pág. 753.

¹⁴⁵⁵ Cfr. Günther JAKOBS, ZStW 97 [1985], ed. cit., pág. 754.

al margen del derecho penal¹⁴⁵⁶. Para JAKOBS la sanción de la tentativa de determinación supone una indebida intervención del Estado en la esfera interna del individuo¹⁴⁵⁷, destruyendo así su condición de ciudadano¹⁴⁵⁸; eso es a su modo de ver, lo que caracteriza el que él mismo denomina derecho penal del enemigo¹⁴⁵⁹.

No solo estos argumentos ponen en duda la validez de sancionar la tentativa de instigación¹⁴⁶⁰; también resulta difícil de entender que cuando quien así actúa no consigue persuadir a su destinatario para que cometa el delito, termine sancionado como determinador (en grado de tentativa), es decir, como partícipe (responsabilidad accesoria) de un hecho punible (principal) que jamás fue puesto en ejecución por el autor y que, por consiguiente, para éste no reviste la condición de delito. Como lo que por esta vía se sanciona es la actitud de quien infructuosamente trata de persuadir a otro a delinquir, lo que en el fondo se le reprocha no es una forma de participación porque no hay un hecho principal del cual dependa, sino una conducta punible autónoma (sólo él la desarrolla) y consumada porque en sí misma constituiría la actuación principal.

7.4. Tentativa en los delitos cualificados por el resultado.-

En los delitos cualificados por el resultado el legislador crea un tipo penal en el que se reúnen y sancionan con una pena única dos conductas punibles autónomas; su descripción típica hace referencia a una conducta con la que el autor persigue un resultado (delito base), pero que a la postre lleva a la aparición de uno diverso y de mayor gravedad como fruto del mismo comportamiento

¹⁴⁵⁶ Cfr. Günther JAKOBS, ZStW 97 [1985], ed. cit., pág. 756.

¹⁴⁵⁷ Cfr. Günther JAKOBS, ZStW 97 [1985], ed. cit., pág. 756.

¹⁴⁵⁸ Cfr. Günther JAKOBS, ZStW 97 [1985], ed. cit., pág. 755.

¹⁴⁵⁹ Cfr. Günther JAKOBS, ZStW 97 [1985], ed., cit., pág. 756 y 757, advirtiendo que criminalizaciones de todo aquello que suponga reproche a lo que hace parte de la esfera interna del individuo es derecho penal del enemigo.

¹⁴⁶⁰ Sin embargo, la elevación de actos preparatorios a la categoría de delitos puede permitir la punición de la tentativa de inducción, como ocurriría con la norma que en España sanciona la proposición para delinquir; en este sentido, cfr. Santiago MIR PUIG, Derecho Penal, ed. cit., §13/42, pág. 351 (“La proposición puede cobijar, pues, ante todo la tentativa de inducción. Se evita así una importante laguna legal, pues de otro modo aquella debería quedar impune”).

(consecuencia especial)¹⁴⁶¹. Es lo que ocurriría en caso de que alguien disparara contra otra persona con la intención de lesionarla, pero como producto de esa actuación le ocasionara la muerte.

En algunas legislaciones como la española (antes de la reforma de 1983), su inclusión en el Código Penal generó muchos debates porque en relación con el resultado finalmente acaecido no se especificaba si debía ser atribuible al autor a título de dolo o imprudencia, generando la sensación de que para la responsabilidad penal era suficiente una conexión causal de la actuación del autor con el efecto finalmente provocado. Por esta vía era factible que a un individuo se le atribuyeran penalmente consecuencias fortuitas por el solo hecho de estar causalmente conectadas a una conducta anterior ilícita, lo que en la práctica suponía una forma de aplicar el antiguo y repudiado principio del *versari in re illicita*¹⁴⁶². Como la posibilidad de limitar la responsabilidad a los casos en que el resultado finalmente acaecido fuera producto de una imprudencia no era factible porque esta modalidad delictiva sólo es aplicable cuando esté expresamente consagrada en la ley (y eso no ocurría en estos tipos penales), la única forma de interpretar la estructura de estos delitos era exigiendo dolo también para el resultado finalmente acaecido. Probablemente debido a esos inconvenientes, los delitos cualificados por el resultado fueron retirados de la legislación penal española¹⁴⁶³, que ahora permite juzgar esas conductas a través de la figura del concurso de delitos¹⁴⁶⁴.

En la parte especial del Código Penal alemán existen los delitos cualificados por el resultado, pero cuentan con una importante

¹⁴⁶¹ “En los delitos **cualificados por el resultado** se prevé una combinación de un hecho básico doloso y un resultado del mismo no querido pero que agrava la pena”; Santiago MIR PUIG, Derecho Penal, ed. cit., §9/45, pág. 237.

¹⁴⁶² Cfr. Santiago MIR PUIG, Derecho Penal, ed. cit., §4/69, págs. 125 y 126.

¹⁴⁶³ “Es discutible que ello se haya conseguido plenamente. Piénsese en preceptos como el art. 418, que sigue hablando de <si resultara grave daño para la causa pública o para tercero> como motivo de agravación de la pena. Habrá que optar, en casos como este, entre exigir el dolo también para el resultado (dado que la imprudencia sólo es punible si se tipifica expresamente: art. 12 CP) o considerar suficiente la imprudencia en base al principio proclamado por el art. 5, según el cual <no hay pena sin dolo o imprudencia>”. Santiago MIR PUIG, Derecho Penal, ed. cit., §11/77, pág. 310.

¹⁴⁶⁴ Solución que de tiempo atrás había sido propuesta por MIR PUIG, y que posteriormente ha sido aceptada no solo por la jurisprudencia española, sino por otros autores; Cfr. Santiago MIR PUIG, Derecho Penal, ed. cit., §11/73, pág. 309.

limitación consagrada en su parte general: el §18 precisa que cuando la ley vincule una pena más grave a una consecuencia especial del hecho, esa sanción sólo podrá aplicarse al autor o partícipe si él es responsable de ese resultado, por lo menos a título de imprudencia. Con esta precisión se excluye la posibilidad de una responsabilidad objetiva en relación con el efecto finalmente producido, que debe poder ser atribuido al autor a título de imprudencia o de dolo¹⁴⁶⁵.

Hay otras legislaciones como la colombiana que describen en la parte general la figura de la preterintención¹⁴⁶⁶ e incluyen en la parte especial descripciones típicas con la estructura del delito cualificado por el resultado¹⁴⁶⁷; en cuanto la preterintención supone una conducta orientada dolosamente a la producción de un resultado, pero que a la postre ocasiona imprudentemente uno diverso, limita legalmente el delito cualificado por el resultado a la combinación de dolo e imprudencia, a diferencia de lo que ocurre en el Código Penal alemán.

Cuando se trata de delitos cualificados por el resultado en los que el dolo del autor no solo comprende el delito base sino que abarca incluso el surgimiento de la condición especial, no hay dificultad alguna para reconocer la posibilidad de una tentativa¹⁴⁶⁸; la doctrina alemana suele referirse a esta hipótesis con la denominación de “tentativa de resultado cualificado”¹⁴⁶⁹, teniendo en cuenta que aquello que se busca no es solamente la consumación del delito base, sino también la producción de la consecuencia especial. Esa sería la

¹⁴⁶⁵ Cfr. Harro OTTO, *Der Versuch des erfolgsqualifizierten Delikts*, en *Juristische Ausbildung (Jura)*, ed. Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1985, pág. 671.

¹⁴⁶⁶ “Art. 24. La conducta es preterintencional cuando su resultado, siendo previsible, excede la intención del agente”.

¹⁴⁶⁷ “Art. 105.- **Homicidio preterintencional.** El que preterintencionalmente matare a otro, incurrirá en la pena imponible de acuerdo con los dos artículos anteriores disminuida de una tercera parte a la mitad”.

“Art. 118.- **Parto o aborto preterintencional.** Si a causa de la lesión inferida a una mujer, sobreviniere parto prematuro que tenga consecuencias nocivas para la salud de la agredida o de la criatura, o sobreviniere el aborto, las penas imponibles según los artículos precedentes, se aumentarán de una tercera parte a la mitad”.

¹⁴⁶⁸ Cfr. Helmut FRISTER, *Strafrecht AT*, ed. cit., §23/6, pág. 289; Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., §25/26, pág. 716; Claus ROXIN, *Strafrecht AT*, Tomo II, ed. cit., §29/319, pág. 437.

¹⁴⁶⁹ Cfr. Helmut FRISTER, *Strafrecht AT*, ed. cit., §23/6, pág. 289; Claus ROXIN, *Strafrecht AT*, Tomo II, ed. Cit., §29/319, pág. 437.

solución correcta en la hipótesis de quien con ánimo de ocasionarle una lesión leve a su enemigo y con dolo eventual respecto de la pérdida de esa extremidad, dispara contra su pierna¹⁴⁷⁰ pero no consigue impactarla; quien así se comportara respondería como autor de una tentativa de delito calificado por el resultado, según lo previsto en el §226 (2) del Código Penal alemán.

Para los supuestos en los que el delito calificado está conformado por una combinación de dolo (en relación con el delito base) e imprudencia (respecto de la consecuencia especial), la tentativa solo sería viable en consideración al componente doloso del mismo, porque desde el punto de vista legislativo no se admite la opción de una tentativa imprudente¹⁴⁷¹. Por consiguiente, si no hay consumación de la consecuencia especial a título de imprudencia, no es posible hablar de una tentativa de delito calificado por el resultado, con absoluta independencia de si el delito base llegó a consumarse o no¹⁴⁷². En estos casos la posibilidad de aplicar una sanción depende también de que el delito base admita la modalidad de tentativa¹⁴⁷³, pues si ella no es posible tampoco sería admisible hablar de una tentativa respecto del delito calificado por el resultado¹⁴⁷⁴.

Si el delito base permite la tentativa y la consecuencia imprudente ocurre (se consuma) pero aquel no logra sobrepasar los actos preparatorios, sería factible hablar de lo que la doctrina alemana conoce con el nombre de “tentativa calificada por el resultado”¹⁴⁷⁵, para distinguirla de aquella en la que lo intentado es tanto el delito base como la consecuencia especial (“tentativa de resultado calificado”). En esta hipótesis la punibilidad de la tentativa depende de si el surgimiento de la condición especial se fundamenta en la

¹⁴⁷⁰ Conducta que por sí sola quedaría subsumida en el §223 del Código Penal alemán.

¹⁴⁷¹ Cfr. Helmut FRISTER, *Strafrecht AT*, ed. cit., §23/6, pág. 289.

¹⁴⁷² Cfr. Helmut FRISTER, *Strafrecht AT*, ed. cit., §23/6, pág. 289; Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. Cit., §25/25, págs. 715 y 716.

¹⁴⁷³ En Alemania, por ejemplo, los delitos leves no admiten la modalidad de tentativa (Según la primera parte del §23, la tentativa siempre es punible en los crímenes o delitos graves, y en los delitos leves sólo cuando la ley expresamente lo consagre).

¹⁴⁷⁴ Cfr. Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., §25/27, pág. 716; Claus ROXIN, *Strafrecht AT*, tomo II, ed. cit., §29/323, pág. 439. En contra, Harro OTTO, *Jura*1985, ed. cit., pág. 671.

¹⁴⁷⁵ Cfr. Helmut FRISTER, *Strafrecht AT*, ed. cit., §23/6, pág. 289.

peligrosidad derivada del resultado del delito base o en la peligrosidad de la conducta inicial.

Si la consecuencia especial depende de la sobrevención del resultado del delito base, no es admisible la tentativa, porque entonces el surgimiento de aquella no puede entenderse como la realización del peligro contenido en la acción inicial. En Alemania, por ejemplo, es sancionable como delito cualificado por el resultado el incendio con resultado de muerte (§306c); esta modalidad delictiva se explica porque las personas que se encuentren dentro de una edificación que se incendia, pueden ser alcanzadas por las llamas y fallecer a consecuencia de las mismas; pero si no hay incendio, sus vidas no están en riesgo; por consiguiente, si el delito base no llegó a consumarse, es decir, no hubo un incendio, la tentativa no es concebible porque las actuaciones encaminadas a prender fuego a una edificación no suponen por sí mismas un peligro de sobrevención del resultado muerte.

Un caso como este fue juzgado por el Tribunal Supremo alemán; el procesado se proponía incendiar un pequeño negocio que tenía en un inmueble, con el fin de cobrar el seguro y poder mejorar sus inventarios; en desarrollo de ese plan vertió una gran cantidad de gasolina en el local, de tal forma que cuando intentó encenderla ocasionó una explosión que derribó todo el edificio, antes de que alguna parte del mismo se incendiara; dentro de los escombros del inmueble fueron encontradas varias personas heridas¹⁴⁷⁶. En este caso el Tribunal Supremo alemán negó la existencia de una tentativa del delito calificado por el resultado consagrado en el §306c del Código penal (en esa época era la conducta estaba recogida por el §307)¹⁴⁷⁷.

Idéntica debe ser la solución en los supuestos de lesiones seguidas de muerte (contempladas como delito cualificado por el resultado en el §227 del Código Penal alemán); la agravante que prevé esta norma se explica porque las lesiones pueden llevar a la muerte de la víctima. Sin embargo, el intento de causarlas difícilmente y sólo bajo extraordinarias condiciones podría conducir al fallecimiento de la

¹⁴⁷⁶ Cfr. BGHSt 20, 230.

¹⁴⁷⁷ De acuerdo con esta solución se muestra Claus ROXIN, *Strafrecht AT*, Tomo II, ed. cit., §29/337, pág. 443; Harro OTTO, *Jura* 1985, ed. cit., pág. 671.

víctima (por ejemplo, que fuera atropellado por un vehículo cuando intentara escapar del ataque¹⁴⁷⁸). Cuando alguien lanza un golpe contra otro para intentar lesionarlo, pero la víctima lo esquivo hábilmente, no puede decirse que su vida (no su integridad personal) estuvo en peligro inminente y, por lo tanto, no es aceptable una tentativa de delito cualificado por el resultado¹⁴⁷⁹. En legislaciones donde las lesiones seguidas de muerte son castigadas como delito preterintencional (como ocurre en Colombia), la tentativa tampoco es posible porque las fallidas acciones orientadas a afectar la integridad personal de la víctima no pueden explicar (salvo condiciones extraordinarias que no permitirían la imputación objetiva del resultado al autor) la puesta en peligro de la vida de la víctima.

Lo mismo debe decirse en relación con el numeral 4° del §239 del Código Penal alemán, que sanciona como delito cualificado por el resultado la muerte de quien es objeto de un secuestro; si el secuestro no logra consumarse, pero las actuaciones desplegadas por el autor para conseguirlo llevan a la muerte de la víctima, no habría una tentativa de delito cualificado por el resultado, en cuanto la actuación inicial no representa en sí misma un peligro para el bien jurídico vida¹⁴⁸⁰, y solo de manera excepcional podría llegara afectarlo.

Algo diferente ocurre con la violencia sexual seguida de la muerte de la víctima (consagrada como delito cualificado por el resultado en el §178 del Código Penal alemán); la existencia de esta norma se explica porque la violencia ejercida para conseguir el acceso carnal puede desembocar en el fallecimiento de la víctima; la agravante punitiva no está atada al resultado del delito base porque el simple acceso carnal no es lo que ordinariamente podría producir la muerte de la afectada, sino la acción violenta con la que se busca vencer la resistencia para consumir el acceso carnal¹⁴⁸¹. Aquí sí es admisible

¹⁴⁷⁸ Cfr. Claus ROXIN, *Strafrecht AT.*, tomo II, ed. cit., §29/329, págs. 440 y 441.

¹⁴⁷⁹ Cfr. Claus ROXIN, *Strafrecht AT.*, tomo II, ed. Cit., §29/329, págs. 440 y 441. Harro OTTO, *Jura* 1985, ed. cit., pág. 671, en cuanto vincula la posibilidad de una responsabilidad a título de tentativa, a que la punibilidad del delito cualificado por el resultado dependa del especial peligro de la acción del delito base.

¹⁴⁸⁰ Cfr. Klaus LAUBENTHAL, *Der Versuch des qualifizierten Delikts einschließlich des Versuchs im besonders schweren Fall bei Regelbeispielen*, en *Juristische Zeitung (JZ)*, ed. J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1987, pág. 1067.

¹⁴⁸¹ El planteamiento general puede verse en Klaus LAUBENTHAL, *JZ* 1987, pág. 1068.

la tentativa del delito cualificado por el resultado, dado que la violencia ejercida sobre la víctima (aun cuando no se consiga consumir el acceso carnal) es susceptible de poner en peligro su vida¹⁴⁸².

También en este sentido deben ser resueltos los casos de robo seguido de muerte (consagrado como delito cualificado por el resultado en el §251 del Código Penal alemán); la razón de ser de esta norma es el peligro que para la vida de las personas representa la violencia ejercida por el autor el delito base para conseguir apropiarse de cosas muebles ajenas; ese tratamiento punitivo más severo no está atado al simple despojo de un bien, porque esa conducta por sí sola no es potencialmente peligrosa para el bien jurídico de la vida. La tentativa es posible en estas hipótesis, porque la violencia ejercida sobre la víctima para arrebatarse un objeto de su propiedad es susceptible de poner en peligro su vida, aun cuando el autor no logre apoderarse del bien¹⁴⁸³.

Las anteriores consideraciones ponen de presente que la tentativa es teóricamente posible en algunas manifestaciones de los delitos cualificados por el resultado; en cuanto al momento en que ella surgiría a la vida jurídica, esto es, en lo atinente al comienzo de los actos de ejecución que hacen viable su punibilidad, son aplicables las reglas generales señaladas en otro acápite de este trabajo.

7.5. Tentativa en las omisiones.-

La doctrina mayoritaria mantiene una distinción entre los delitos de acción y los de omisión, asignando a cada una de estas categorías sus propias reglas de imputación, sobre el supuesto de que en los primeros se valoran conductas (sometidas entre otras cosas a leyes causales edificadas sobre la noción de certeza), mientras en los segundos el reproche se fundamenta en la no ejecución oportuna de un deber de actuación (y se trabaja con una causalidad hipotética que solo exige una probabilidad rayana en la certeza)¹⁴⁸⁴.

¹⁴⁸² Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., §25/26, pág. 716; Claus ROXIN, Strafrecht AT, tomo II, ed. cit., §29/332, págs. 441 y 442.

¹⁴⁸³ Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., §25/26, pág. 716; Claus ROXIN, Strafrecht AT, tomo II, ed. cit., §29/333, pág. 442.

¹⁴⁸⁴ Cfr. Yesid REYES, Relación causal e imputación objetiva..., ed. cit., págs. 119 y siguientes.

La mencionada diferenciación supone una separación entre el mundo de lo natural (ser) y el de lo valorativo (deber ser), que lleva a tratar el delito de acción como un fenómeno natural y el de omisión como uno social. Esta separación es artificiosa porque las valoraciones propias del derecho penal recaen sobre conductas que ocurren en el plano óntico, de tal manera que las personas siempre son juzgadas por lo que realmente hacen (plano ontológico) pero solo en cuanto sus actuaciones difieren de aquellas que estaban obligadas a realizar (plano valorativo)¹⁴⁸⁵.

En los llamados delitos de acción lo reprochable no es el simple desarrollo de cualquier conducta, sino de una que el ciudadano estaba obligado a no ejecutar; dar muerte a alguien no es necesariamente una conducta censurable en cuanto causante de la extinción de una vida humana, como lo demuestran las actividades de los verdugos en los países donde existe la pena capital, o las de los boxeadores en aquellos donde el pugilato es una actividad deportiva tolerada; el derecho penal interviene cuando esa muerte es producida por alguien que se comporta de una forma diversa a como de él se esperaba. Dicho de manera más simple, el homicidio no consiste en quitar la vida a un ser humano, sino en hacerlo en contra de los deberes de conducta de quien así se comporta.

En los delitos de omisión, si bien es claro que a la persona se le reprocha el no haber cumplido con la ejecución de un determinado comportamiento, no puede negarse que en el plano ontológico no permaneció en total inactividad; el salvavidas que deja de rescatar a un bañista en peligro por estar jugando un partido de fútbol actúa, pero lo hace de una forma distinta a como de él se esperaba¹⁴⁸⁶; una vez más, el reproche penal no se deriva de la actuación ontológica (jugar fútbol) sino de no haberse comportado de la manera como le era exigible (rescatar al bañista en peligro).

Entender el delito como una forma indebida (contraria a los deberes de conducta) de ataque a un bien jurídico, posibilita el tratamiento

¹⁴⁸⁵ Sobre la importancia de la realidad físico-natural en un derecho penal de contenido valorativo, cfr. Juan Ignacio PIÑA ROCHEFORT, *Rol social...*, ed. cit., pág. 31.

¹⁴⁸⁶ Tal como advierte WALDER, el que omite no suele estar pasivo; hace algo distinto de lo que debería y en eso se manifiesta la exteriorización de su voluntad; cfr. Hans WALDER, *SchwZStr* 99 [1982], pág. 256.

unitario de los delitos de acción y de omisión, que deben responder a una misma estructura. En ambos casos hay una actuación en el plano ontológico (que por sí misma es irrelevante), un incumplimiento al deber de conducta exigible (que es lo que dota de trascendencia a la conducta efectivamente desarrollada) y un resultado entendido como quebrantamiento de la vigencia de la norma penal. Esto significa que en el ámbito jurídico no existe una diferencia entre los delitos de acción y de omisión¹⁴⁸⁷.

Quienes defienden la distinción entre los delitos de acción y de omisión se ven obligados a darle también un manejo diferencial al tema de la tentativa en cada uno de ellos. Mientras respecto de los primeros se dice que la punibilidad comienza cuando el autor se dispone inmediatamente a ejecutar el tipo penal, en los segundos se vacila para aplicar este postulado porque se asume que quien omite una conducta no puede estar comenzando a ejecutar nada. Una vez más se aprecia un curioso cambio de perspectiva, pues mientras en la tentativa de los delitos de acción se presta mucha atención a lo que el autor hace en el plano ontológico, en los delitos de omisión se intenta encontrar el comienzo de la tentativa a partir de lo que no se hizo. Tal como ocurre en el delito consumado, lo que debe importar en la tentativa es si la conducta efectivamente desplegada por el autor (pero en contra de su deber de conducta), puede ser externamente interpretada, desde una perspectiva *ex-ante*, como probabilísticamente apta para dañar el bien jurídico objeto de protección; si la respuesta es afirmativa la conducta será punible a título de tentativa; en caso contrario debe permanecer en la impunidad.

Aun cuando creo que en materia de tentativa (como también ocurre cuando se presenta la consumación) los llamados delitos de acción y de omisión deben tener un tratamiento idéntico¹⁴⁸⁸, lo cierto es que la doctrina ampliamente mayoritaria sigue brindando soluciones diversas para cada uno de ellos; por esa razón, en las siguientes

¹⁴⁸⁷ Cfr. Günther JAKOBS, El concepto..., ed. cit., págs. 114 a 116; Yesid REYES, Imputación objetiva, ed. cit., págs. 84 y 85.

¹⁴⁸⁸ En este sentido, cfr. Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Strafrecht AT, ed. cit., §40/97, págs. 32 y 33, para quienes la tentativa es posible en los delitos de omisión y no requiere construcciones auxiliares; Karl-Heinz VEHLING, Die Abgrenzung..., ed. cit., pág. 158, en cuanto considera que no hay diferencia entre tentativas de acción y de omisión, siendo lo determinante la competencia para los controles conforme al cuidado de las condiciones necesarias para la realización del tipo.

páginas se abordará de manera diferencial el estudio de la tentativa tanto en los delitos de omisión propia como impropia¹⁴⁸⁹, exponiendo los planteamientos que se suelen hacer respecto de cada una de ellas antes de asumir una postura frente al tema.

7.5.1. Tentativa en las omisiones propias.-

Sobre el supuesto de que en los delitos de omisión propia se sanciona la mera infracción a un deber de conducta¹⁴⁹⁰, un sector doctrinal rechaza la posibilidad de que exista en ellos una tentativa, pues las únicas opciones de valoración de la conducta indicarían que ese deber fue acatado o desobedecido, sin dejar lugar para una posición intermedia¹⁴⁹¹; a partir de esas premisas, algunos incluso afirman que la tentativa de un delito de omisión propia es conceptualmente imposible¹⁴⁹².

¹⁴⁸⁹ Aun cuando la doctrina suele desarrollar de manera separada el tema de la tentativa respecto de los delitos propios e impropios de omisión, JAKOBS considera que en los delitos de omisión propia valen para la tentativa y desistimiento las mismas reglas que para los delitos impropios de omisión, en lo pertinente; cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., §30/5, pág. 860; en similar sentido se pronuncian TRIFFTERER para quien en todos los delitos dolosos de omisión (propia e impropia) es imaginable una tentativa (cfr. Otto TRIFFTERER, Strafrecht AT., ed. cit., pág. 378) y Hans WELZEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 206 quien cree que la problemática es igual para los delitos propios e impropios de omisión.

¹⁴⁹⁰ La norma no exige la evitación del resultado, sino tan solo el cumplimiento de un deber, aun cuando este tenga como propósito que no se produzca un determinado resultado; por eso algún sector doctrinal identifica los delitos propios de omisión con los delitos comisivos de peligro abstracto: “Ello quiere decir que el sujeto que pasa de largo ante una supuesta víctima a la que puede socorrer o ante un hecho delictivo que puede impedir, consume su delito de omisión correspondiente, en cuanto ya no le es posible dar marcha atrás para realizar a tiempo la acción indicada *ex-ante*. (...) Ahora bien, un delito omisivo, en el que el juicio de consumación se produce desde la perspectiva *ex-ante*, efectivamente ha de constituir la correspondencia de los delitos comisivos de peligro abstracto”. Jesús María Silva Sánchez, El delito de omisión. Concepto y sistema, ed. B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2ª edición, 2003, págs. 417 y 418.

¹⁴⁹¹ Cfr. Eberhard SCHMIDHÄUSER, Strafrecht AT, ed. cit. §17/25, pág. 714; Herbert TRÖNDLE, Strafgesetzbuch, ed. cit., §22 Rd. 22, para quien en los delitos propios de omisión es prácticamente imaginable la tentativa, salvo que se trate de aquellos que exigen la evitación de un resultado; Hans WALDER, SchwZStr 99 [1982], ed. cit., pág. 273. Otros, por su parte, se limitan a señalar que en la legislación alemana normalmente la tentativa de los delitos propios de omisión no es sancionada (dada la condición de “delitos leves” que se les suele otorgar); así, por ejemplo, Paul BOCKELMANN/Klaus VOLK, Strafrecht AT, ed. cit., pág. 218.

¹⁴⁹² Cfr. Miguel CÓRDOBA ANGULO, La tentativa, ed. cit., pág. 98; BACIGALUPO considera incompatible la concepción finalista de la teoría del delito con la tentativa en los delitos de omisión; cfr. Enrique BACIGALUPO, Delitos impropios de omisión, editorial Temis, Bogotá, 1983, págs. 188 y 192.

El tema no es tan simple como parece; piénsese en el empleado de una estación ferroviaria que observa a una persona ebria acostada sobre las vías de un tren cuyo arribo se espera para dentro de media hora y, en lugar de acudir prontamente a socorrerla, continúa disfrutando de su cena; en ese momento un tercero que se percata de la situación acude en auxilio de la persona desvalida y la retira de la zona de peligro¹⁴⁹³. Si se llegase a demostrar que el operario se abstuvo de socorrer al necesitado porque al reconocerle como un antiguo enemigo suyo tomó la determinación de dejarle sobre las vías para que allí fuera arrollado y muerto por el próximo tren, ¿podría afirmarse válidamente que su comportamiento es ajeno al interés del derecho penal?

Si en términos generales se admite que conductas como la descrita no son necesariamente indiferentes para el derecho penal ¿podría afirmarse que el operario incumplió su deber de conducta pese a que aún disponía de media hora para socorrer a quien necesitaba ayuda? Si se lo sanciona como autor del delito consumado de omisión de socorro desde el primer momento en el que podía prestar su ayuda ¿la posterior puesta a salvo del necesitado (por ejemplo veinticinco minutos antes del arribo del tren) por parte del mismo empleado no puede ser entendida como cumplimiento del deber de socorro? Si, por el contrario, se acepta que dada la existencia de esa disponibilidad temporal no debería serle reprochada al operario la desobediencia de un mandato que todavía podía cumplir, ¿merece idéntico tratamiento quien permanece inmóvil cuando el riesgo está muy lejos de materializarse, que quien se mantiene en la misma situación cuando la afectación al bien jurídico parece inminente?

En ambos casos es factible hablar de un peligro para el bien jurídico que, como ocurre en todas las tentativas¹⁴⁹⁴, comienza con el

¹⁴⁹³ Un ejemplo similar puede verse en Johannes WESSELS, *Strafrecht AT*, ed. cit., §16, VI, 1, pág. 235. Por su parte, GRÜNWARDL menciona el caso del guardavía que con el propósito de hacer descarrilar un tren omite hasta el último momento posible el cambio de vía, y el del médico militar que se niega a ayudar a un prisionero enfermo hasta cuando para él mismo era factible hacerlo; en ambos casos los resultados queridos habrían sido evitados por la oportuna intervención de un tercero; cfr. Gerald GRÜNWARDL, *JZ* 1959, ed. cit., pág. 48.

¹⁴⁹⁴ SCHMIDHÄUSER considera que en las tentativas se sanciona realmente un “desvalor de peligro”, que es justamente lo que hay en los delitos de omisión, respecto de los cuales no se podría hablar propiamente de un “desvalor de finalidad” en el sentido de que el delito

surgimiento de una intención delictiva; solo que la intervención del derecho penal no se justifica con la existencia de cualquier peligro para el bien jurídico, sino a partir del momento en que él se convierte en una inminente amenaza para su integridad. Si bien la pasividad del guardavía cuando dispone de media hora para socorrer al desmayado no significa necesariamente que no le ayudará, y el hecho de permanecer en ese estado hasta que el tren finalmente arrolla a la víctima evidencia el incumplimiento de su deber de conducta (consumación de la omisión propia), el derecho penal no puede permanecer indiferente ante el comportamiento del empleado que se mantiene inmóvil cuando el tren hace ya su entrada a la estación pero deja todavía un corto espacio de tiempo para emprender una acción de salvamento; en ese momento, aun cuando todavía podría cumplir con su deber, el peligro que su conducta representa es de tal magnitud que su autor merece una sanción a título de tentativa¹⁴⁹⁵, como actualmente sostiene la doctrina mayoritaria¹⁴⁹⁶.

La razón de ser de la punibilidad de la tentativa en ejemplos como estos es la misma que ya se mencionó en relación con los delitos de acción; si conforme a un juicio objetivo (externo) y desde una perspectiva *ex-ante* la conducta del autor puede ser entendida (porque es lo que comunica socialmente) como probabilísticamente cercana a la pretendida afectación del bien jurídico objeto de protección, entonces habrá una tentativa.

es realización de la voluntad a través del plan del autor; cfr. Eberhard SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht AT*, ed. cit., §17/28, págs. 716 y 717.

¹⁴⁹⁵ Ya ZACHARIA y FRANK admitían la posibilidad de reconocer la tentativa en los delitos de omisión, cuando la inactividad del autor haría, desde su punto de vista, inevitable el resultado; cfr. Heinrich Albert ZACHARIA, *Die Lehre...*, erster Theil, ed. cit., págs. 66 y 67; en realidad, ya desde el momento en el que define el concepto de tentativa, este autor se refiere tanto a las acciones como a las omisiones (cfr. *Ibidem*, pág. 27) con lo que parecía admitir su viabilidad; Reinhart FRANK, *Das Strafgesetzbuch...*, ed. cit., pág. 92.

¹⁴⁹⁶ Sobre la postura mayoritaria de la doctrina en cuanto a la posibilidad de admitir la tentativa en los delitos de omisión, cfr. Jürgen BAUMANN, *Strafrecht AT*, ed. cit., pág. 483; Albin ESER/Björn BURKHARDT, *Strafrecht II*, ed. cit., pág. 92; Albin ESSER en SCHÖNKE/SCHRÖDER *StGB*, ed. cit., Vor §22 Rd. 27; Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 576; Karl LACKNER, *StGB*, ed. cit. §22, 3. Por el contrario, RITTNER, refiriéndose a la doctrina austríaca, dice que la opinión mayoritaria en su época (mediados del siglo XX) se inclina por negar la tentativa en los delitos propios de omisión, aun cuando él la cree factible de manera excepcional, bien sea porque el obligado hace dolosamente imposible el cumplimiento de su obligación antes del momento crítico o porque el tipo exige la evitación de un resultado; cfr. Theodor RITTNER, *Lehrbuch*, ed. cit., págs. 268 y 269.

Hay algunos delitos en los que el deber de actuar se encuentra tan precisamente delimitado en la ley, que su cumplimiento sólo puede ser exigido en un momento concreto; así ocurriría, por ejemplo, en los casos en que se sanciona penalmente el hecho de que dentro de un plazo legalmente determinado no se presente una declaración fiscal¹⁴⁹⁷ o se deje de hacer la transferencia de dineros recaudados por concepto de impuestos en un plazo legalmente determinado. Como en estas hipótesis el límite fijado en la ley para cumplir con esos deberes es único, su incumplimiento sólo surge en el instante en que estos se hacen exigibles y, por consiguiente, las posibilidades de configurar una tentativa parecen muy remotas, lo que no necesariamente excluye su existencia¹⁴⁹⁸; en la práctica su surgimiento dependería de que el autor se comportara de tal forma que antes del vencimiento del plazo fuera evidente que dispone de reducidas probabilidades para atender su obligación, la que en último momento resulta satisfecha por un tercero. Si, por ejemplo, el particular encargado de recaudar el Impuesto al Valor Agregado (IVA) abandona el país un día antes del plazo que tiene para ingresar esos dineros a las cuentas del Estado, utilizando un billete de avión sin regreso programado y previa cancelación de todas sus cuentas bancarias, sería factible hablar de una tentativa de omisión de agente retenedor, siempre y cuando al momento de cumplirse el plazo y mientras el obligado se encuentra en un lejano país alguien, por su propia iniciativa y sin el conocimiento ni la autorización de aquel, consigna en las cuentas oficiales lo recaudado.

¹⁴⁹⁷ ESSER dice que si no existe un plazo legal para actuar (como sí ocurre por ejemplo en las obligaciones relacionadas con declaraciones fiscales), el deber se incumple cuando el bien jurídico peligre; cfr. Albin ESSER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER StGB, ed. cit., Vor §22 Rd. 50.

¹⁴⁹⁸ Para ZACHARIA, en estos casos la tentativa es imposible porque o el plazo ha transcurrido, en cuyo caso hay un delito consumado, o aún no ha llegado y por tanto todavía puede ser cumplido el deber; para ejemplificar la situación dice que si hay un plazo para formular una denuncia, antes de que el mismo expire no puede hablarse de tentativa (a lo sumo de una decisión de no cumplir con la obligación) y cuando el término vence ya hay un delito consumado de omisión; cfr. Heinrich Albert ZACHARIA, Die Lehre..., erster Theil, ed. cit., págs. 67, 68 y 69. En el mismo sentido advierte BAUMANN que en la omisión de denuncia del §138 del Código Penal alemán, si el deber puede todavía ser cumplido no hay tentativa, y si se incumple ya hay consumación; a su modo de ver, frente a delitos como este la única posibilidad de que exista una tentativa es en aquellos casos en los que el autor asume equivocadamente la existencia de un deber de actuar; cfr. Jürgen BAUMANN, Strafrecht AT, ed. cit., pág. 483.

Sin embargo, lo que con mayor frecuencia suele ocurrir es que exista una franja de tiempo (por corta que ella sea) dentro de la cual la persona no sólo está obligada a actuar de determinada manera, sino que además materialmente puede cumplir con ese deber a lo largo de ella; esa ventana temporal no solo hace factible la existencia de una tentativa en los delitos de omisión propia¹⁴⁹⁹, sino que además delimita las dos posturas teóricas más difundidas sobre el momento en que la misma comienza: la de quienes piensan que la tentativa surge desde el primer instante en que el obligado puede cumplir con su deber, y la de aquellos para los que el inicio de ejecución coincide con el último momento en el que es factible acatar el mandato¹⁵⁰⁰.

Para quienes consideran que el obligado debe cumplir con su deber desde el momento en que él surja, son posibles tanto la tentativa inacabada como la acabada¹⁵⁰¹. Si desde la perspectiva del autor que no ha actuado como debe hacerlo, aún tiene tiempo de corregir su comportamiento y adecuarlo al mandado, entonces no ha hecho todo lo necesario para que el delito se consume y se estaría en frente de una tentativa inacabada; si, por el contrario, a juicio del autor lo prolongado de su inactividad le imposibilita desplegar la acción debida antes de que expire el término del que dispone para ello, entonces se estaría delante de una tentativa acabada. En cambio, para aquellos que consideran que el deber de actuación sólo se desconoce en el último momento en que es factible para el autor cumplir con su obligación, sólo es posible concebir tentativas en la modalidad de acabadas, puesto que antes de que el plazo para actuar venza, la

¹⁴⁹⁹ Cfr. Werner MAIHOFER, GA 1958, ed. cit., pág. 294. ALCÁCR GUIRAO considera que en las omisiones propias la fijación de ese espacio temporal que posibilitaría la tentativa presenta mayores dificultades que en las impropias; Rafael ALCÁCER GUIRAO, Comienzo de la tentativa..., ed. cit., pág. 9.

¹⁵⁰⁰ Respecto de estas dos concepciones teóricas sobre el comienzo de ejecución de la tentativa en los delitos de omisión propia, cfr. Albin ESSER/Björn BURKHARDT, Strafrecht II, ed. cit., pág. 92; Gerald GRÜNWALD, JZ 1959, ed. cit., pág. 48; Hans WELZEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 221.

¹⁵⁰¹ Cfr. Hans-Heinrich JESCHECK, Lehrbuch, ed. cit., págs. 577 y 578, aun cuando considera que la tentativa surge en el momento en que el retraso de la acción debida pone en peligro el bien jurídico protegido o aumenta el peligro que ya existía; Werner MAIHOFER, GA 1958, ed. cit., págs. 294, 295 y 298, pese a que no vincula el comienzo de la tentativa a la primera opción de cumplir el deber de conducta; WESSELS admite que en las omisiones es factible tanto la tentativa acabada como la inacabada; cfr. Johannes WESSELS, Strafrecht AT., ed. cit., §16, VI 1 y 2, págs. 235 y 236.

inactividad del autor sería impune¹⁵⁰² y después de expirado habría ya una consumación¹⁵⁰³.

Sin embargo, la exclusión de la tentativa inacabada en los delitos de omisión no es exclusiva de quienes fijan el comienzo de ejecución en el último instante en que es posible la intervención para evitar el resultado. Si se acoge la tesis conforme a la cual la distinción entre las tentativas acabada e inacabada tiene como principal objetivo el diferenciar la forma en que el autor debe comportarse para desistir de la consumación del delito, asiste razón a quienes de manera general consideran que en los delitos de omisión sólo es factible la figura de la tentativa acabada. En efecto, si se asume que en las tentativas inacabadas el desistimiento se consigue con la mera inactividad (si se suspende la ejecución no es posible alcanzar la consumación) mientras en las acabadas hace falta desplegar una acción que impida el daño al bien jurídico (el denominado arrepentimiento activo), entonces parece evidente que si en los delitos de omisión la única forma de evitar que el delito se consume es cumpliendo con el deber de conducta, respecto de ellos sólo es factible concebir una tentativa acabada porque desde el momento en que se cruza la línea que divide los actos preparatorios de los ejecutivos (y comienza la tentativa punible), el autor sólo puede evitar el castigo a través de una acción positiva que es justamente lo que caracteriza la tentativa acabada¹⁵⁰⁴.

En la medida en que el deber de actuación no suele estar circunscrito a un instante, sino que deja al autor un cierto período de tiempo para

¹⁵⁰² Cfr. Hans WELZEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 221.

¹⁵⁰³ Cfr. Robert von HIPPEL, Deutsches Strafrecht, ed. cit., pág. 409; Reinhart MAURACH/Karl Heinz GÖSSEL, Strafrecht AT, Tomo II, ed. cit., §40/99, pág. 33, aunque admite que, dependiendo de la estructura del tipo, podría ser admisible también la tentativa inacabada, como en el caso de la omisión de denunciar un delito (aunque en Alemania la tentativa de ese delito es impune); en este caso la tentativa estaría situada entre el “inmediato” y el “oportuno” cumplimiento del deber (cfr. *Ibidem*, §40/100, pág. 33); Theo VOGLER, LK, ed. cit., Vor §22 Rn. 63 y 64, aun cuando expresamente no dice que la posibilidad de que exista sólo tentativa acabada depende de que el deber de actuación surge sólo con la última oportunidad de ejercerlo; Hans WELZEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 221. Por su parte TRIFFTERER piensa que el desconocimiento del deber se produce en el último instante en que es posible cumplirlo, en ese momento hay consumación; por eso a su modo de ver, salvo un lógico segundo anterior a la consumación, no existe (en estos casos) una verdadera tentativa, que a su juicio sería viable en otras hipótesis; cfr. Otto TRIFFTERER, Strafrecht AT, ed. cit., pág. 379.

¹⁵⁰⁴ Ver en este sentido, por ejemplo, Claus ROXIN, JuS 1979, ed. cit., pág. 12.

cumplir con él, no es correcto sostener su inobservancia desde el primero momento en que puede acatar el mandato. En el ya mencionado ejemplo del guardavía que, consciente de que el próximo tren tardará media hora en llegar a la estación, decide terminar su cena antes de acudir en ayuda del transeúnte que yace ebrio sobre la vía ferroviaria, no parece admisible sancionarlo como autor de una tentativa de omisión propia si quince minutos después de percatarse de la situación y cuando todavía faltan otros quince para el arribo del tren, presta ayuda al desvalido¹⁵⁰⁵; aun cuando formalmente pudiera decirse que durante los minutos en que estuvo ocupado en otros menesteres dejó de ayudar a quien lo necesitaba, lo cierto es que materialmente cumplió con su deber de socorrerlo mientras tenía la posibilidad de hacerlo. Lo que se pretende proteger con delitos como el de la omisión de socorro es el detrimento de la vida o integridad personal del necesitado, de tal forma que cuando la ayuda prestada sea oportuna para prevenir ese daño no existe una afectación material al bien jurídico y la conducta debe permanecer en la impunidad¹⁵⁰⁶. En términos prácticos esto significa que el delito de omisión propia se consuma cuando en el último momento en que es posible su intervención, el autor incumple con su deber de conducta.

¿Pero qué ocurre si quien estando obligado a actuar se mantiene inactivo hasta poco antes de tener la última oportunidad de hacerlo, momento en el cual un tercero suple efectivamente su conducta? ¿El haber querido consumar el delito a través del incumplimiento de su obligación, sin haberlo conseguido debido a una circunstancia ajena a su voluntad, no le hace penalmente responsable? Si se admite que los delitos de acción no solo se sancionan en la modalidad de consumados, sino también a título de tentativa cuando la conducta

¹⁵⁰⁵ Cfr. Albin ESSER en SCHÖNKE/SCHRÖDER StGB, ed. cit., Vor §22 Rd. 27, quien considera que si el peligro se espera para un momento posterior y una intervención no inmediata tiene las mismas probabilidades de éxito en relación con la protección del bien jurídico, no hay tentativa punible desde el primer momento en el que el deber de actuación existe.

¹⁵⁰⁶ Alguna parte de la doctrina considera que sancionar la tentativa desde el primer momento en el que se deja de desplegar la acción debida es anticipar excesivamente la punibilidad, creando un derecho penal “de opinión” o de determinado “modo de pensar”; cfr. Bernd-Rüdiger SONNEN/Thomas HANSEN-SIEDLER, JA 1988, ed. cit., pág. 22; en similar sentido se pronuncia GRÜNWALD, para quien entre más cerca se esté del resultado resulta más acuciosa la necesidad de actuar y se necesita más energía para oponerse, razones por las que prefiere fijar el comienzo de la tentativa en la última oportunidad de cumplir el deber; cfr. Gerald GRÜNWALD, JZ 1959, ed. cit., pág. 48.

desplegada por el autor representa un peligro inminente para el bien jurídico, la misma posibilidad debe ser aceptada respecto de los delitos propios de omisión; la razón es idéntica en ambos casos: el peligro que se cierne sobre el bien jurídico desde el mismo momento en que surge en el autor la intención delictiva, alcanza en la fase de ejecución unos niveles tan altos que justifican la intervención del derecho penal aun cuando el delito no haya llegado a consumarse¹⁵⁰⁷.

Dicho de la misma manera como se expuso en relación con los delitos de acción, la tentativa comienza cuando la conducta del autor puede ser valorada objetivamente y desde una perspectiva *ex-ante*, como probabilísticamente cercana a la pretendida afectación del bien jurídico tutelado. La puesta en marcha del derecho penal cuando todavía se dispone de opciones eficaces para evitar el resultado (desde el punto de vista de una valoración objetiva y *ex-ante* de las probabilidades de salvación del mismo), no es correcta porque significaría imponer sanciones por actitudes que no constituyen una clara objetivación de la voluntad delictiva, con capacidad para afectar el bien jurídico. Pero esperar hasta que se agote la última oportunidad de intervención tampoco resulta adecuado, porque en la práctica eliminaría las posibilidades de desistimiento para el autor¹⁵⁰⁸, ya que después de agotada esa última opción solo habría espacio para la consumación.

Algunos piensan que como la omisión no es la causación de un resultado, sino la no evitación del mismo, la omisión no se puede realizar (en el sentido de ejecutar) y por consiguiente tampoco puede haber un comienzo de realización (ejecución), lo cual conduce a la imposibilidad de aplicar en el ámbito de las omisiones el concepto de “comienzo de ejecución” que caracteriza a la tentativa, u otro similar a él¹⁵⁰⁹. No obstante lo anterior, si en términos generales se acepta que el comienzo de ejecución de la tentativa se presenta con la

¹⁵⁰⁷ Cfr. Albin ESER/Björn BURKHARDT, *Strafrecht II*, ed. cit., pág. 92, para quien en los delitos de omisión el límite entre los actos preparatorios y los consumativos está dado por el momento en el que la inactividad pone en peligro el bien jurídico (sin precisar la magnitud que ese peligro debe alcanzar) o incrementa el ya existente; en el mismo sentido, cfr. Albin ESSER en SCHÖNKE/SCHRÖDER *StGB*, ed. cit., Vor §22 Rd. 27 y Rd. 50.

¹⁵⁰⁸ Cfr. Claus ROXIN, *Maurach FS*, ed. cit., pág. 225; Theo VOGLER, *LK*, ed. cit., §22 Rn 111.

¹⁵⁰⁹ Cfr. Gerald GRÜNWARD, *JZ* 1959, ed. cit., pág. 46.

inminencia de la afectación al bien jurídico, ella resulta admisible en los delitos de omisión propia, porque dentro de la franja de tiempo que una persona tiene para cumplir con su deber de actuación hay un momento en el que su desobediencia aparece como inminente. Es exactamente lo mismo que ocurre en los denominados delitos de acción: cuando parece inminente que el bien jurídico se afectará con la conducta indebida del autor, surge la tentativa; en ambos casos lo que el autor hace en el mundo natural no coincide con lo que de él se esperaba que hiciera y es esa desobediencia la que (desde una perspectiva *ex-ante*) pone en peligro inminente el bien jurídico y justifica la intervención del derecho penal a través de la figura de la tentativa¹⁵¹⁰.

En Alemania algunos autores se inclinan por la idea de que la expresión “disponerse inmediatamente a realizar la acción típica” de que habla el § 22 de su Código Penal (en lugar de la genérica “inminencia del peligro para el bien jurídico” que emplean otras legislaciones) como indicativa del inicio de la tentativa punible, no encaja en los delitos de omisión y por ello necesita ser sustituida o modificada¹⁵¹¹. Otros por el contrario, estiman que como esa norma no se refiere al comienzo de la “acción” típica sino al inicio de la realización del tipo, esa disposición legal puede ser aplicada sin problemas tanto a los llamados delitos de acción como a los de omisión¹⁵¹².

En consonancia con este último planteamiento, considero que esa expresión debe entenderse de manera más general como aquel momento en el que la conducta del autor (contraria a su deber) dará lugar a la realización del tipo penal. Esta última no depende de su

¹⁵¹⁰ El artículo 27 del Código Penal colombiano alude a la existencia de la tentativa con la expresión “iniciar la ejecución de una conducta punible”, al paso que el artículo 25 de la misma normatividad señala que la conducta punible puede ser por acción o por omisión; si se entiende la “ejecución” en términos puramente ontológicos como propios de una acción, la tentativa en los delitos de omisión resulta inadmisibile. Si, por el contrario, se comprende la “ejecución” en el sentido de realización del tipo penal, es claro que ella puede presentarse tanto por acción como por omisión, según el texto del ya citado artículo 25 del Código Penal colombiano.

¹⁵¹¹ Cfr. Hans-Heinrich JESCHECK, Lehrbuch, ed. cit., págs. 469, 577 y 578.

¹⁵¹² Cfr. Albin ESER/Björn BURKHARDT, Strafrecht II, ed. cit., pág. 92, para quien en la tentativa de omisión lo determinante es el momento en el que la inactividad supone una violación a deber de actuación; eso es lo que constituiría el aspecto objetivo de la tentativa, equiparable al “disponerse a” de la tentativa respecto del delito de acción; Dietrich KRATZSCH, Verhaltenssteuerung..., ed. cit., pág. 126.

actuación ontológicamente considerada, sino de que al valorarla aparece como contraria a un deber de actuación, tanto en los llamados delitos de acción como en los denominados de omisión. Lo que se le reprocha penalmente a una persona como lesiones personales no es la causación física de una herida a otro ser humano (eso también lo hacen válidamente los cirujanos y los boxeadores), sino el hacerlo en contra de sus deberes de actuación. Por eso la expresión “disponerse inmediatamente a realizar la acción típica” no debe entenderse como referida a una actuación puramente natural (avalorada), sino a un comportamiento desviado en el sentido de diverso al que del autor se esperaba en la situación concreta. Si esa conducta divergente de la debida puede ser apreciada como el disponerse a realizar el tipo (a llenar sus elementos constitutivos), entonces su autor habrá ingresado al ámbito de la tentativa, con absoluta independencia de si su actuación es calificada como una acción o como una omisión (desde el punto de vista de quienes mantienen la necesidad de conservar esa diferenciación en el ámbito del derecho penal).

Por eso la doctrina mayoritaria se inclina por considerar que en estos delitos la tentativa comienza cuando el tiempo del que dispone el autor para ejecutar la acción mandada se agota de tal manera que se hace inminente el incumplimiento de su deber, o cuando disponiendo aún de tiempo suficiente para comportarse correctamente, el autor lo hace de forma tal que aleja las probabilidades de que ello ocurra¹⁵¹³. Es lo que sucedería (en el primer caso), cuando faltando pocos minutos para que el tren haga su arribo a la estación, el guardavía continúa cenando calmadamente sin atender a quien yace sobre las vías, o (en la segunda hipótesis) cuando pese a contar todavía con veinte minutos para auxiliar al ebrio antes de que el tren llegue al sitio donde se encuentra, decide marcharse a casa aprovechando que su jornada laboral ha terminado. En ambos casos el comportamiento del guardavía (comparado con el que le era exigible) hace inminente su desobediencia y el peligro para la integridad del bien jurídico; si éste no resulta afectado porque un

¹⁵¹³ Cfr. Klaus TIEDEMANN, JR 1973, ed. cit., pág. 414, refiriéndose de manera puntual a la hipótesis de quien se aleja del sitio en el que puede cumplir oportunamente con su deber de actuación; Johannes WESSELS, Strafrecht AT, ed. cit., §16, VI, 1, págs. 235 y 236. OTTO, por el contrario, piensa que el hecho de alejarse del sitio en el que es factible el oportuno cumplimiento del deber no modifica el momento en el que surge a la vida jurídica la tentativa de omisión: cuando vence la última posibilidad de cumplir con el mandato; cfr. Harro OTTO, Grundkurs, ed. cit., págs. 230 y 231.

tercero salva a quien se encuentra en peligro, se estará en frente de una tentativa de un delito de omisión propia.

A los mismos resultados se llega si se asume que el comienzo de la tentativa se fija desde una perspectiva *ex-ante*, y de acuerdo con lo que la actuación del autor comunique exteriormente; como en otro lugar se indicó¹⁵¹⁴, esto significa que si externamente esa conducta diversa de la que le era exigible al autor en una situación concreta puede ser interpretada en el sentido de que con mucha probabilidad éste se abstendrá de reorientar su comportamiento para cumplir oportunamente con su obligación de evitar el resultado, entonces podrá ser entendida como una tentativa, siempre que una circunstancia ajena a su voluntad impida la consumación del delito¹⁵¹⁵. Cuando el guardavía permanece entretenido entre su cena y la lectura del periódico pese a que el tren se aproxima al lugar donde se encuentra acostada e inerte la persona ebria, lo que está comunicando externamente es que con mucha probabilidad no va a cumplir con su deber de actuación y el resultado sobrevendrá. De la misma manera, si faltando aún mucho tiempo para el arribo del tren que llegará por la misma vía en la que se encuentra tendido el borracho, el guardavía toma un tren que se desplaza por otra vía y que no tiene previstas paradas en las siguientes dos horas, comunica externamente que con mucha probabilidad se abstendrá de cumplir con su deber de socorrer a la persona que yace sobre las vías en estado de ebriedad. En ambos casos la valoración *ex-ante* y objetiva (externa) de su conducta indica que la persona ha ingresado al ámbito penal de la tentativa.

Es importante tener en cuenta que el plazo dentro del cual se puede cumplir el deber de actuación depende de las circunstancias

¹⁵¹⁴ Cfr. supra 4.2.2.2.6.

¹⁵¹⁵ MAIHOFER dice que la tentativa surge cuando de acuerdo con la experiencia general de la vida no es dable esperar (con una probabilidad rayana en la certeza) que dentro del plazo en que debe realizarse la acción el autor cambie de opinión sobre su incumplimiento; en esos casos habría una objetivación de la decisión de no actuar y, por lo tanto, una tentativa; cfr. Werner MAIHOFER, GA 1985, ed. cit., pág. 295. Según TIEDEMANN, hay que mirar si de acuerdo con la experiencia general de la vida es posible contar con que (con una probabilidad rayana en la certeza) el autor tome distancia de su inactividad; la existencia de la tentativa dependerá entonces de que el autor haya objetivado su decisión de no retorno; cfr. Klaus TIEDEMANN, JR 1983, ed. cit., pág. 414; Johannes WESSELS, Strafrecht AT, ed. cit., pág. 235, para quien la tentativa en los delitos de omisión surge cuando la decisión de no actuar es manifestada de modo suficientemente reconocible a través de actuaciones exteriores.

concretas de cada caso. En el ya mencionado ejemplo de quien afectado por el excesivo consumo de alcohol duerme sobre la vía férrea, la ayuda exigible busca evitar que sufra daños en su integridad personal en caso de que un tren lo impacte; por consiguiente, el deber de actuar surge desde el momento en que el guardavía se percata de la situación y se extiende hasta el último momento en que la víctima puede ser salvada por aquel¹⁵¹⁶. Pero si quien requiere auxilio es una persona que presenta graves heridas abiertas por las que sangra profusamente, el deber de actuación es inmediato porque cada momento que se pierda supone una afectación para la integridad física del lesionado¹⁵¹⁷; en consecuencia, quien permanece inactivo mientras la víctima se desangra y sólo interviene en el último instante para salvarle la vida, ya consumó el delito de omisión de socorro¹⁵¹⁸.

Algún sector doctrinal considera que en los delitos de omisión propia solo son imaginables las tentativas inidóneas¹⁵¹⁹, puesto que si una

¹⁵¹⁶ En contra Eberhard SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht AT*, ed. cit., §17/25, págs. 714 y 715, para quien no hay tentativa cuando todavía es posible ayudar a quien yace sobre las vías y cuando el tren está muy cerca o el guardavía se ha alejado tanto que ya no puede prestarle ayuda oportunamente, el delito de omisión estaría consumado.

¹⁵¹⁷ Un ejemplo tomado de la jurisprudencia alemana: El 23 de julio de 1983 a la 1:20 de la madrugada, el acusado abandonó al herido en la carretera después de un accidente con los coches de ambos, en el que la culpa fue exclusivamente de la víctima. Después del choque no se detuvo, luego regresó y vio al herido sangrando; se volvió a marchar y luego regresó a su casa pasando por donde el herido una vez más. El lesionado murió desangrado y con la ayuda de un médico podría haber sobrevivido (sin embargo, en este caso la discusión no giró en torno a la posibilidad de la tentativa en las omisiones, sino que se centró en si el acusado tenía o no posición de garante frente al herido); cfr. Hans-Joachim RUDOLPHI, *Anmerkung zu BGH 34-82*, en *Juristische Rundschau (JR)*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1987, pág. 161.

¹⁵¹⁸ Sobre este ejemplo concreto, cfr. Eberhard SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht AT*, ed. cit., §17/25, págs. 714 y 715; Theo VOGLER, *LK*, ed. cit., Vor §22 Rn. 63 y 64. Para ESER, existe tentativa en los delitos propios de omisión cuando se pierden o retrasan las posibilidades de supervivencia, como cuando un niño cae al agua; en casos como éste, sostiene ESER, se debe intervenir de manera inmediata para salvaguardar el bien jurídico de la integridad personal del menor, aun cuando sea posible recurrir a otros métodos de salvación con posterioridad; cfr. Albin ESER, en *SCHÖNKE/SCHRÖDER StGB*, ed. cit., Vor §22 Rd. 51.

¹⁵¹⁹ Cfr. Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 577, aunque a renglón seguido admite que en delitos como la omisión de denuncia es igualmente imaginable una tentativa idónea porque el deber comienza con la primera posibilidad denunciar y termina con la última; Reinhart MAURACH/Karl Heinz GÖSSEL, *Strafrecht AT*, Tomo II, ed. cit., §40/90, pág. 33; Eberhard SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht AT*, ed. cit., §17/27, pág. 716; Otto TRIFFTERER, *Strafrecht AT*, ed. cit., págs. 378 y 379, para quien en los delitos propios de omisión es imaginable la tentativa pero sólo en la modalidad de relativamente

circunstancia ajena a la voluntad del autor inactivo pone a salvo el bien jurídico cuya protección se busca, la omisión se muestra como inadecuada para consumar el delito. En realidad esa falta de aptitud para consumar el delito no es algo exclusivo de las omisiones propias, sino que es el aspecto esencial de la tentativa, que se caracteriza precisamente porque la acción que el autor despliega en contra de su deber de conducta no logra la consumación del delito. En puridad de términos, si se utiliza una perspectiva *ex-post* es innegable que todas las tentativas son inidóneas, en cuanto jamás llegan a producir la pretendida lesión al bien jurídico; si, por el contrario, la conducta se valora desde un punto de vista *ex-ante*, todas las tentativas son idóneas en cuanto su punibilidad depende justamente de que la conducta del autor (distinta de la que le era exigible) luce en el momento de su ejecución como apta para consumar el delito¹⁵²⁰.

Frente a los delitos de omisión propia cabe la posibilidad de que alguien asuma equivocadamente que tiene el deber de actuar, lo que plantea la discusión sobre si su inactividad debe ser punible a título de tentativa, o debe permanecer en la impunidad como una manifestación del llamado delito putativo. Un ejemplo sería el caso de quien escucha en la orilla de un río fuertes gritos de un niño que él identifica erróneamente con su hijo que se encuentra en peligro de ahogarse, y pese a ello permanece inactivo; otra hipótesis es la de una madre que permanece inmóvil pese a creer equivocadamente que dispone de un medio para intentar salvar a su hijo que acaba de ser mordido por una serpiente¹⁵²¹. Aun cuando algunos autores¹⁵²² se inclinan por considerar que en estos supuestos nunca debe sancionarse al autor porque en realidad no incumplió con ninguna

inidónea; Theo VOGLER, LK, ed. cit., Vor §22 Rn 63 y 64; Hans WELZEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 206.

¹⁵²⁰ Cfr. Supra 4.2.2.2.1.

¹⁵²¹ Cfr. Eberhard SCHMIDHÄUSER, Strafrecht AT, ed. cit., §17/18, pág. 717.

¹⁵²² Cfr. Rolf-Dietrich HERZBERG, MDR 1973, ed. cit., págs. 89 y 90, quien considera que si un padre se abstiene de ayudar al hijo que equivocadamente cree en peligro (piensa que se está ahogando cuando ni siquiera está en el agua), no exterioriza su mala intención; Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., §30/5, pág. 860, quien considera que en los delitos propios de omisión un deber especial en virtud de competencia institucional no surge con la equivocada asunción de las condiciones por parte del autor (delito putativo); Eberhard SCHMIDHÄUSER, Strafrecht AT, ed. cit., §17/27, pág. 716, para quien la figura de la tentativa inidónea no puede ser llevada del delito de acción al de omisión; a su juicio, si el autor solo erróneamente supone una situación de peligro o una posibilidad de salvación, se estarían sancionando solo malos pensamientos.

obligación¹⁵²³, la solución debe ser matizada en la forma como ya se indicó al momento de plantear la distinción entre los casos de tentativa inidónea (punible) y delito putativo (impune)¹⁵²⁴. Si una valoración *ex-ante* y objetiva (externa) de la situación (incluidos los conocimientos especiales del autor) permite inferir la existencia de un deber de actuación, su incumplimiento es sancionable a título de tentativa aun cuando posteriormente se establezca que esa obligación de actuar nunca surgió a la vida jurídica¹⁵²⁵.

La razón es la misma que permite fundamentar la punibilidad de las tentativas en aquellos casos en los que el bien jurídico contra el que al autor atenta no existe, como cuando dispara contra una cama vacía pensando que en ella yace la víctima (que incluso pudo haber ya fallecido), o como cuando al abrir la caja de seguridad del banco que pretende asaltar se percató de que está vacía. Desde una perspectiva *ex-ante* el peligro para el bien jurídico existe, y la suya es una actuación voluntariamente encaminada a la afectación de éste, lo que resulta sancionable a título de tentativa independientemente de que a la postre (visión *ex-post*) se establezca que el bien jurídico no existía, o que el deber de actuación fue erradamente admitido. En ambos ejemplos se sanciona la exteriorización de conductas orientadas a quebrantar la vigencia de una norma erigida como mecanismo de protección de un bien jurídico frente a determinada clase de ataques.

¹⁵²³ JAKOBS propone una solución diferencial: La suposición errónea de una posición de garante en virtud de responsabilidad institucional no es tentativa, sino delito putativo. Pero se da tentativa cuando el que omite supone erróneamente los presupuestos de una posición de garante en virtud de responsabilidad por organización o, dada la responsabilidad institucional, supone erróneamente que existe una situación de peligro (el padre confunde al niño que se encuentra en peligro, con el propio); cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., §29/115, págs. 852 y 853.

¹⁵²⁴ Cfr. supra 4.2.2.3.1.

¹⁵²⁵ En similar sentido, cfr. Jürgen BAUMANN, Strafrecht AT, ed. cit., pág. 483, quien frente al delito de omisión de denuncia (§138 StGB) considera que hay una tentativa punible cuando el autor cree equivocadamente que hay un delito que debe ser denunciado y se abstiene de hacerlo; Hans-Heinrich JESCHECK, Lehrbuch, ed. cit., pág. 77 en cuanto considera que hay una tentativa (inidónea) de prevaricato cuando el juez omite designar un defensor público, pese a admitir (equivocadamente) que la investigación lleva más de tres meses; Otto TRIFFTERER, Strafrecht AT, ed. cit., págs. 378 y 379, quien considera que cuando alguien cree erradamente que causó una lesión personal por la que debe prestar ayuda a la víctima, puede ser sancionado por omisión (abandono de persona herida), siempre que su conducta se valore desde una perspectiva *ex-ante*.

Es claro que desde un punto de vista *ex-post* la conducta de quien intenta matar a quien ya falleció no pone en peligro el bien jurídico vida, y quien omite un deber inexistente de socorro tampoco tiene la potencialidad de afectar la integridad personal de quien realmente no se encuentra en peligro. Pero eso es justamente lo que ocurre en todas las tentativas cuando la conducta se valora desde esa perspectiva: *ex-post* todos los comportamientos que jurídicamente se califican como tentativas, fueron desarrollados de tal manera que no tenían la capacidad de afectar los bienes jurídicos que se pretendía lesionar. Si esa fuera la manera correcta de evaluarlos, todas las tentativas deberían ser impunes. Cuando, por el contrario, se admite que la valoración de una conducta como peligrosa para los bienes jurídicos debe hacerse desde una perspectiva *ex-ante*, entonces todas aquellas que puedan ser externamente interpretadas como indebidas formas de ataque al bien jurídico, con una alta probabilidad de producir el resultado que la norma penal pretende evitar, deben ser sancionadas a título de tentativa, con absoluta independencia de cuál es la circunstancia ajena al autor que impidió la consumación del delito¹⁵²⁶.

7.5.2. Tentativa en las omisiones impropias.-

Si se revisan los argumentos utilizados para debatir sobre la posibilidad de que en los delitos de omisión sea admisible la figura de la tentativa, se puede observar que giran alrededor de los mismos tópicos con absoluta independencia de si se trata de omisiones propias o impropias. En uno y otro casos se discute si con el surgimiento del deber de actuación el delito se consuma, o si admite una fase previa en la que, habiéndose superado el estadio de los actos preparatorios, se da comienzo a la ejecución del delito; los partidarios de reconocer la posibilidad de una tentativa debaten si ella solo puede ser acabada e inidónea, o si por el contrario admitiría también las modalidades de inacabada e idónea; y por supuesto polemizan sobre el momento en que se debe entender que el garante ha dado comienzo a la ejecución de la tentativa.

Aun cuando estas coincidencias en relación con los aspectos polémicos de la tentativa en la omisión permitirían suponer que debería brindarse el mismo tratamiento al tema tanto en las propias

¹⁵²⁶ Cfr. supra 4.2.2.3.1.

como en las impropias (como de hecho lo muestran las soluciones que respecto de unas y otras esboza la doctrina), llama la atención que mientras frente a aquellas sigue habiendo una cierta resistencia en cuanto a la admisión de la tentativa, el tema parece definitivamente zanjado en relación con las impropias, donde pocos rechazan esa posibilidad. El tema fue discutible en la antigua legislación penal alemana debido a que la norma que entonces regulaba el tema de la tentativa (§ 43) parecía impedir su aplicación a las omisiones, en cuanto aquella figura era definida como la realización de la intención de cometer un delito o un crimen, a través de acciones que representaran un comienzo de ejecución del mismo. La circunstancia de que el legislador hubiera especificado que la exteriorización de la voluntad contraria a derecho debería ocurrir mediante “acciones”, llevó a alguna parte de la doctrina¹⁵²⁷ a sostener que estaba legalmente excluida la opción de que existiera tentativa en las omisiones¹⁵²⁸. Pero desde que esa norma fue reemplazada por la que actualmente define la tentativa (§ 22) aludiendo genéricamente a la realización típica (sin especificar que la misma deba ser emprendida a través de “acciones”), es prácticamente unánime¹⁵²⁹ la opinión en torno a la posibilidad de aceptar que las omisiones impropias admiten la modalidad tentada¹⁵³⁰.

Pese a este cambio normativo, hay quienes consideran que en las omisiones no puede hablarse de un disponerse inmediatamente a

¹⁵²⁷ Cfr. Rolf-Dietrich HERZBERG, MDR 1973, ed. cit., págs. 89 y 90, quien además considera acertada la restricción que esa norma hacía de la tentativa a los delitos de acción, porque a su modo de ver protegía frente a un derecho penal de opinión.

¹⁵²⁸ Por el contrario, autores como RUDOLPHI opinaban que incluso con la redacción del antigua § 43 era posible hablar de tentativa en los delitos impropios de omisión; cfr. Hans-Joachim RUDOLPHI, Die Strafbarkeit des versuchten unechten Unterlassungsdelikt, en *Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR)*, *Monatsschrift für Deutsches Recht Verlagsgesellschaft*, Hamburg, 1967, pág. 34.

¹⁵²⁹ En contra puede verse la opinión de BACIGALUPO, para quien el finalismo no es compatible con la tentativa de omisión, porque lo esencial en esa teoría del delito es el desenvolvimiento activo de una voluntad de realización de una acción; por consiguiente, concluye, en la omisión no es posible hablar de etapas de realización; cfr. Enrique Bacigalupo, *Delitos...*, ed. cit., págs. 188 y 192.

¹⁵³⁰ HERZBERG reconoce que con el cambio de normatividad ya no hay un impedimento legal en Alemania para aplicar la figura de la tentativa a las omisiones; cfr. Rolf-Dietrich HERZBERG, MDR 1973, ed. cit., pág. 90; en el mismo sentido, cfr. Claus ROXIN; *Strafrecht AT*, Band II, ed. cit., § 29/266, pág. 420.

realizar el tipo penal¹⁵³¹ (conforme lo exige la legislación alemana en el mencionado §22), bien sea argumentando que en esta clase de delitos la decisión de actuar que caracteriza a los delitos de acción es reemplazada por la ausencia de la decisión de no actuar¹⁵³², o aduciendo que a través de un “no hacer” es imposible “realizar” algo. Pero si se admite que tanto en las acciones como en las omisiones el reproche obedece a que el autor despliega intencionalmente una conducta diversa de aquella que le era exigible, es innegable que en él concurre tanto la voluntad de hacer algo contrario a su deber (decisión de actuar), como la de no comportarse como le correspondería (decisión de no actuar). Y por lo que respecta a la realización del tipo, lo que con esta expresión debe entenderse es que la conducta ejecutada por el autor encaja en una descripción típica, y eso ocurre cada vez que alguien desarrolla un comportamiento (acción) distinto de aquel que debería haber desplegado (omisión); en estricto sentido, un tipo penal se realiza cuando el autor se abstiene de ejecutar la conducta que le era mandada en determinado contexto¹⁵³³, llevando a cabo en su lugar una diversa¹⁵³⁴.

Aceptado por la opinión dominante que los delitos de omisión impropia admiten la modalidad de tentativa¹⁵³⁵, la discusión se ha

¹⁵³¹ Cfr. Otto TRIFFTERER, *Strafrecht AT*, ed. cit., pág. 378.

¹⁵³² Cfr. Eberhard SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht AT*, ed. cit., §17/23, pág. 714.

¹⁵³³ Para JIMÉNEZ DE ASÚA en las tentativas de omisión también hay un comienzo de ejecución, en cuanto el garante que omite su deber de conducta comienza la consecución del resultado pretendido; cfr. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, Tomo VII, ed. cit., pág. 886.

¹⁵³⁴ A juicio de JAKOBS, la fórmula del § 22 debe modificarse en consonancia con el § 13.1, en el sentido de que en vez de “comienzo de realización del tipo” se debe hablar de “comienzo de omisión típica”, considerando ésta como “realización del tipo” en sentido amplio; cfr. Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., § 29/113, pág. 852.

¹⁵³⁵ Cfr. por ejemplo, Philipp ALLFELD, *Der Rücktritt vom Versuch*, in *Festgabe für Reinhard von Frank*, Scientia Verlag, Aalen, 1969, Tomo II, Neudruck der Ausgabe Tübingen 1930, pág. 83; Jürgen BAUMANN, *Strafrecht AT*, ed. cit., pág. 842; Paul BOCKELMANN/Klaus VOLK, *Strafrecht AT*, ed. cit., pág. 218; Miguel CÓRDOBA ANGULO, ed. cit., pág. 98; Reinhard FRANK, *Strafgesetzbuch...*, ed. cit., pág. 92, quien desde el siglo XIX sostenía ya que la posibilidad de una tentativa en los delitos de omisión impropia está fuera de toda duda; Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., § 29/113, pág. 852; Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado...*, Tomo VII, ed. cit., pág. 886; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, *Strafrecht AT*, Tomo II, ed. cit., § 40/101, pág. 33; Claus ROXIN, *Strafrecht AT*, Band II, ed. cit., § 29/266, pág. 420; Otto TRIFFTERER, *Strafrecht AT*, ed. cit., pág. 378; Johannes WESSELS, *Strafrecht AT*, ed. cit., pág. 235, en

centrado en torno al momento en el que se abandona el ámbito de la preparación y se da comienzo a los actos ejecutivos¹⁵³⁶; por el contrario, no parece haber controversia en cuanto a que la omisión del autor es punible sólo en la medida en que ella lo sitúe en una situación de proximidad a la consumación del suceso¹⁵³⁷, que de manera general es lo que permite hablar de la existencia de un peligro inminente para el bien jurídico objeto de protección. Desde una perspectiva muy amplia se podría decir que en estos delitos la tentativa comienza (como en los de acción) cuando el autor se dispone inmediatamente a consumar el delito; aun cuando esa aseveración es correcta no resuelve el interrogante sobre el instante en que el garante abandona el terreno de los actos preparatorios impunes, porque quedaría aún por determinar la forma en que debe establecerse el momento en que se dispone a ejecutar el delito¹⁵³⁸.

Sobre el supuesto de que en los delitos de omisión el autor se abstiene de ejecutar una conducta a la que está obligado dentro de un determinado período de tiempo¹⁵³⁹, algunos sostienen que la tentativa comienza desde el mismo momento en que nace el deber de actuación para el garante, porque es en ese mismo instante en el que está obligado a actuar¹⁵⁴⁰; en el caso de la madre que priva de alimentación a su hijo con el propósito de causarle la muerte, la tentativa comenzaría con la primera acción orientada a producir ese

cuanto sostiene que los criterios desarrollados para el comienzo de la tentativa en los delitos de acción, son análogamente trasladables a los delitos de omisión impropia.

¹⁵³⁶ WALDER resume las dos posturas principales sobre el particular, indicando que mientras algunos autores son de la opinión de que hay tentativa con la omisión de la primera medida razonable, posible y apta para evitar el resultado, otros dicen que ella solo empieza con la no utilización de la última oportunidad de salvación del bien jurídico; cfr. Hans WALDER, SchwZStr 1982, ed. cit., págs. 274 y 275. Una breve e instructiva presentación general de estas y otras posturas doctrinales sobre el tema también puede encontrarse en Harro OTTO, Grundkurs..., ed. cit., págs. 228 y 229.

¹⁵³⁷ Cfr. Eberhard SCHMIDHÄUSER, Strafrecht AT, ed. cit., §17/24, pág. 714.

¹⁵³⁸ VOGLER, por ejemplo, sostiene que la tentativa comienza cuando el autor se dispone a ejecutar el delito, y a renglón seguido dice que ello puede ocurrir cuando de las varias opciones de salvación del bien jurídico el autor no opta por la que arroja mayores probabilidades de éxito (§22 Rn 115), o cuando disponiendo aún de mucho tiempo para actuar espera a que el resultado esté muy cerca (§22 Rn 115), o cuando aparece una situación crítica de peligro para el niño al que sus padres abandonan en el bosque con la intención de que fallezca por inanición (§22 Rn 115); cfr. Theo VOGLER, LK, ed. cit., §22 Rn 115, 116, 119 y 121.

¹⁵³⁹ Cfr. Werner MAIHOFER, GA 1958, ed. cit., págs. 292 y 293.

¹⁵⁴⁰ En este sentido, por ejemplo, cfr. Werner MAIHOFER, GA 1958, ed. cit., pág. 297.

resultado; en el de la niñera que después de que el niño a su cuidado ha caído al agua le abandona con la intención de que se ahogue, esa actuación sería ya punible¹⁵⁴¹. En contra de esta postura puede decirse que su enunciación general no resuelve el problema, porque aun cuando sea cierto que la tentativa comienza cuando surge el deber de actuación, todavía quedaría por resolver cuándo ocurre esto último¹⁵⁴². También se la critica porque supone una muy temprana intervención del derecho penal, que sería palpable en casos como el de la mujer que haciendo la limpieza en casa descubre que cerca del café en polvo que suele utilizar su marido para prepararse el desayuno hay un recipiente con una sustancia venenosa; si se admite que en ese momento surge el deber de actuación, ella cometería un delito de omisión si en ese preciso instante no retira la sustancia tóxica (asumiendo el dolo de matar) aun cuando su esposo esté de viaje y sólo se espere su regreso para dentro de un par de semanas¹⁵⁴³.

Otro grupo de autores se inclina por fijar ese punto cuando surge para el autor la primera posibilidad de impedir la sobrevenida del resultado mediante el desarrollo de la conducta a la que está obligado¹⁵⁴⁴, siempre que en ese momento sea posible la intervención salvadora¹⁵⁴⁵. En contra de esta tesis se ha dicho que anticipa excesivamente la intervención del derecho penal¹⁵⁴⁶, hasta

¹⁵⁴¹ Cfr. Werner MAIHOFER, GA 1985, ed. cit., págs. 297 y 298.

¹⁵⁴² Cfr. Gerald GRÜNWARD, JZ 1959, ed., cit., pág. 46, nota 5a.

¹⁵⁴³ En contra de esta propuesta de MAIHOFER, con argumentos como los acabados de exponer, cfr. Rolf-Dietrich HERZBERG, MDR 1973, ed. cit., pág. 91.

¹⁵⁴⁴ Cfr. Jürgen BAUMANN, Strafrecht AT, ed. cit., pág. 482; Rolf-Dietrich HERZBERG, MDR 1973, ed. cit., págs. 95 y 96, al señalar que en los delitos de omisión impropia existe tentativa cuando el autor, de acuerdo con su representación, omite la primera actuación posible, razonable e idónea para evitar el resultado; Horst SCHRÖDER, Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch, en Juristische Schulung, (JuS), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, 1962, pág. 86.

¹⁵⁴⁵ Por ejemplo: si el hijo secuestrado se da cuenta de que su padre (también retenido ilegalmente) está en peligro de morir asfixiado por la mordaza y decide que si logra liberarse no lo ayudará, no comete tentativa hasta el momento en que efectivamente logre estar en posibilidad de prestarle ayuda a su progenitor; cfr. Rolf-Dietrich HERZBERG, MDR 1973, ed. cit., pág. 94.

¹⁵⁴⁶ Para BOCKELMANN y VOLK este criterio no es correcto, por lo menos en aquellos casos en los que la omisión no empeora la situación del bien jurídico amenazado; cfr. Paul BOCKELMANN/Klaus VOLK, Strafrecht AT, ed. cit., pág. 218; Theo VOGLER, LK, ed. Cit., § 22 Rn 110. Entre quienes comparten la crítica de la excesiva anticipación de la intervención del derecho penal, cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, Comienzo de la

el punto de dejar la sensación de que se están sancionando los malos pensamientos¹⁵⁴⁷; para ejemplificar esta crítica, invoca ROXIN el caso de un guardavía que a las dos de la tarde (14:00) decide provocar la colisión de dos trenes que circularán por una misma vía a las seis de la tarde (18:00), para lo cual planea no cambiar oportunamente las agujas. Si se admite que la tentativa comienza a las dos y un minuto (14:01) porque esa es la primera posibilidad que tiene el guardavía de colocar correctamente las aguas para evitar la colisión, en el fondo se está aplicando una pena a quien ha tenido una idea delictiva, sin que se haya comportado de forma tal que pueda predicarse de él un comienzo de realización típica; si el guardavía coloca las agujas en su posición correcta a las cinco y cuarenta y cinco (17:45) ha cumplido con su deber de conducta sin afectar las probabilidades de salvación del bien jurídico, razón por la cual debería quedar en la impunidad. Desde la perspectiva de la teoría de la impresión, bien puede decirse que quien omite un comportamiento que puede posteriormente ejecutar sin afectar el bien jurídico, no genera en la comunidad social ese impacto negativo que justifica la intervención del derecho penal¹⁵⁴⁸.

Otro sector doctrinal se inclina por fijar el comienzo de la fase ejecutiva en el momento en que el autor deja pasar la última posibilidad de desplegar la acción a la que está obligado. En contra de este criterio se ha dicho que un deber de conducta se omite desde el primer momento en el que no se lo acata¹⁵⁴⁹, que no es político criminalmente correcta¹⁵⁵⁰ si se asume una función preventiva del derecho penal¹⁵⁵¹, que ese retraso en la puesta en marcha del

tentativa..., ed. cit., pág. 14. Rafael ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y desistimiento en la comisión por omisión*, en *La Ley*, Madrid, 2002, pág. 1459; Claus ROXIN, *Strafrecht AT*, Band II, ed. cit., § 29/281, pág. 425.

¹⁵⁴⁷ Cfr. Claus ROXIN, *JuS* 1979, ed. cit., pág. 12; Theo VOGLER, *LK*, ed. Cit., §22 Rn 110 y 119.

¹⁵⁴⁸ Cfr. Claus ROXIN, *JuS* 1979, ed. cit., pág. 12.

¹⁵⁴⁹ Cfr. Werner MAIHOFER, *GA* 1958, ed. cit., págs. 297 y 298.

¹⁵⁵⁰ Cfr. Claus ROXIN, *Strafrecht AT*, Band II, ed. cit., § 29/284 y 285, pág. 426.

¹⁵⁵¹ “Desde un derecho penal con vocación preventiva, no puede esperarse para actuar al momento en que el peligro para el interés protegido ya se ha incrementado hasta tal punto y, por ello, han disminuido las posibilidades de intervención a tiempo de evitar el resultado. Ya antes de ese último momento el bien jurídico ha entrado en una situación crítica, y no creo que político-criminalmente sea de recibo esperar aún más, hasta el momento en que el mismo autor considere que es su última oportunidad”; Rafael ALCÁCER GUIRAO,

derecho penal sólo permite sancionar como tentativas las conductas cuando están en su último y más peligroso instante¹⁵⁵², y que cualquier comportamiento posterior del autor para evitar el daño al bien jurídico lleva a la impunidad, pero no porque haya permanecido en el terreno de los actos preparatorios, sino en virtud de un desistimiento¹⁵⁵³. También se lo censura con el argumento de que la punibilidad dependería en estos casos de que el autor tuviera la intención de dejar pasar esa última oportunidad, lo cual no suele ocurrir porque difícilmente es consciente de ese momento¹⁵⁵⁴. En referencia a los delitos de acción se ha dicho críticamente que así como en ellos la tentativa existe antes de que el autor haya desplegado la última conducta que llevaría a la afectación del bien jurídico, también en la omisión impropia la tentativa comienza antes de que se haya dejado pasar la última oportunidad de intervención salvadora¹⁵⁵⁵. Por último se dice que si antes de ese instante solo hay actos preparatorios punibles y a partir de él surge la tentativa punible, no quedaría espacio para el desistimiento ya que la última opción para salvar el bien jurídico habría expirado¹⁵⁵⁶.

Algunos, sobre el supuesto de que en los delitos impropios de omisión son punibles tanto la tentativa acabada como la inacabada¹⁵⁵⁷, consideran que desaprovechar la última posibilidad de intervención no marca el comienzo de la tentativa, sino solo el fin de la inacabada y el surgimiento de la acabada; en este sentido se

Comienzo de la tentativa..., ed. cit., págs. 15 y 16; Rafael ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y desistimiento...*, ed. cit., pág. 1459.

¹⁵⁵² Cfr. Horst SCHRÖDER, *JuS* 1962, ed. cit., pág. 86; en sentido similar, cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, *Comienzo de la tentativa...*, ed. cit., pág. 14.

¹⁵⁵³ Cfr. Werner MAIHOFER, *GA* 1958, ed. cit., págs. 297 y 298.

¹⁵⁵⁴ Cfr. Claus ROXIN, *Maurach FS*, ed. cit., pág. 225.

¹⁵⁵⁵ Cfr. Hans-Joachim RUDOLPHI, *MDR* 1967, ed. cit., pág. 4, nota 34.

¹⁵⁵⁶ Cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, *Comienzo de la tentativa...*, ed. cit., pág. 16; Claus ROXIN, *Maurach FS*, ed. cit., pág. 225; Theo VOGLER, *LK*, ed. cit., § 22 Rn 111.

¹⁵⁵⁷ Entre quienes admiten las tentativas acabada e inacabada en los delitos impropios de omisión, cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y desistimiento...*, ed. cit., pág. 1453; Reinhard FRANK, *Strafgesetzbuch...*, ed. cit., pág. 92; Gerald GRÜNWARD, *JZ* 1959, ed. cit., pág. 49; Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., § 29/116, pág. 853; Werner MAIHOFER, *GA* 1958, ed. cit., pág. 298; MAURACH y GÖSSEL afirman que en los delitos impropios de omisión “normalmente” la tentativa es acabada porque la inacabada, en general, constituye un delito de omisión propia consumado; cfr. MAURACH Reinhart/GÖSSEL Karl-Heinz, *Strafrecht AT*, tomo II, ed. cit., § 40/99 pág. 33; sin embargo, un poco más adelante admiten expresamente la posibilidad de la tentativa inacabada en los delitos de omisión impropia: cfr. *Ibídem*, §40/106, pág. 34.

afirma que habría una tentativa inacabada desde que se deja pasar la primera opción de una intervención salvadora, mientras que el no actuar cuando se tiene la última opción de cumplir con el deber en realidad da lugar al surgimiento de una tentativa acabada¹⁵⁵⁸. Esta distinción¹⁵⁵⁹ no es afortunada porque en los delitos de omisión impropia el autor a quien le reprochan una tentativa inacabada sólo podría evitar la sobrevenida del resultado mediante la ejecución de la conducta debida, lo cual es propio de las tentativas acabadas¹⁵⁶⁰; recuérdese, en efecto, que la doctrina y jurisprudencia alemanas señalan como una característica distintiva de la inacabada la circunstancia de que al autor le basta la simple inactividad para impedir la consumación, a diferencia de lo que ocurre con las acabadas en las que se exige un arrepentimiento activo. Precisamente lo inacabado de la tentativa radica en que como aún no se ha hecho todo lo posible para que el resultado perseguido sobrevenga, el simple dejar de hacer es suficiente para evitar que se produzca el resultado; en la acabada, por el contrario, como ya se ha hecho todo lo necesario para obtener la consumación, sólo hay una forma de impedirlo: actuando¹⁵⁶¹.

¹⁵⁵⁸ Cfr. Werner MAIHOFER, GA 1958, ed. cit., pág. 298, criticando de esta forma la postura de WELZEL en favor de fijar el comienzo de la tentativa en los delitos impropios de omisión en el momento en que se deja transcurrir la última oportunidad de desplegar la conducta debida. GRÜNWARD, por su parte, considera que hay tentativa inacabada cuando se deja transcurrir el tiempo en que sería posible una acción que hubiera requerido un pequeño sacrificio e parte del autor, mientras la tentativa acabada surgiría cuando se deja pasar la última oportunidad de intervenir o no hace uso del chance más grande de evitación del resultado; cfr. Gerald GRÜNWARD, JZ 1959, ed. cit., pág. 49.

¹⁵⁵⁹ JAKOBS plantea la distinción de una forma diversa; a su modo de ver, habría tentativa inacabada cuando no se modifica en su clase y medida el riesgo de fracaso de salvación existente (el encargado de cuidar a un niño no llama al médico para que lo atienda), y surgiría una tentativa acabada cuando se modifica la clase y medida del riesgo de fracaso de salvación existente (ya la llamada al médico no salvaría al niño, pero sí una intervención quirúrgica en el hospital); cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., § 29/116, pág. 853.

¹⁵⁶⁰ Sin embargo, BOCKELMANN y VOLK consideran que en las omisiones impropias el desistimiento de la tentativa inacabada se produce cuando el autor retoma la acción debida, mientras en la tentativa acabada el autor está obligado a más; cfr. Paul BOCKELMANN/Klaus VOLK, Strafrecht AT, ed. cit., pág. 218. En el mismo sentido se pronuncia WESSELS señalando que si la madre puede salvar al niño alimentándolo habría tentativa inacabada, pero que si ya requiere la intervención médica habría una tentativa acabada; cfr. Johannes WESSELS, Strafrecht AT, ed. cit., pág. 236.

¹⁵⁶¹ Entre quienes sostiene que en los delitos de omisión sólo son posibles las tentativas acabadas, cfr., por ejemplo, Rafael ALCÁ CER GUIRAO, Comienzo de la tentativa..., ed. cit., pág. 5 "...todo parece indicar que los supuestos de omisión poseen la misma estructura que la tentativa acabada..."); Rolf-Dietrich HERZBERG, MDR 1973, ed. cit., pág. 93; Luis

Un tercer grupo de autores recurre al concepto de peligro para el bien jurídico como herramienta para determinar el comienzo de la tentativa en los delitos impropios de omisión. En términos similares a como desde una perspectiva objetiva se suele fundamentar la punibilidad de la tentativa¹⁵⁶², se afirma que la impunidad debe mantenerse en esta clase de delitos mientras el peligro para el bien jurídico es lejano¹⁵⁶³, y que la intervención del derecho penal se justifica a partir del momento en que la inactividad supone un riesgo concreto para el bien jurídico¹⁵⁶⁴, cuando ese peligro se torna agudo¹⁵⁶⁵, da comienzo a una situación crítica¹⁵⁶⁶ o representa un incremento del riesgo que ya existía¹⁵⁶⁷.

A partir del momento en que surja un peligro inminente para el bien jurídico, esta postura doctrinal permite sancionar como autor de tentativa al garante que deja pasar la primera oportunidad de salvar a un niño que cae al agua y amenaza con ahogarse (por ejemplo tomándolo de los brazos), aun cuando posteriormente pueda

JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado..., Tomo VII, ed. cit., pág. 886; Claus ROXIN, JuS 1979, ed. cit., pág. 12. ALLFELD sostiene que incluso cuando la tentativa no es acabada la impunidad solo puede conseguirse a través de la eliminación del peligro, porque el simple no hacer haría sobrevenir el resultado; cfr. Philip ALLFELD, Frank-FG, ed. cit., pág.83.

¹⁵⁶² MAURACH y GÖSSEL, por su parte, utilizan la noción de peligro para el bien jurídico pero desde la perspectiva de la teoría de la impresión, para sostener que la tentativa comienza cuando la acción omitida pone en peligro inmediato el bien jurídico o cuando esa omisión luce como conectada con la afectación al bien jurídico sin más actos posteriores; cfr. Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Strafrecht AT, Tomo II, ed. cit., § 40/106, pág. 34.

¹⁵⁶³ Cfr. Eberhard SCHMIDHÄUSER, Strafrecht AT, ed. cit., § 17/26, pág. 715; Theo VOGLER, LK, ed. cit., §22 Rn 116 y 119 al relacionar el comienzo de la tentativa con la cercanía del resultado; Hans WALDER, SchwZStr 1982, ed. cit., págs. 274 y 275.

¹⁵⁶⁴ Cfr. Hans-Joachim RUDOLPHI, MDR 1867, ed. cit., pág. 4, (incluido el comentario de la nota 34), en cuanto sostiene que la tentativa en los delitos impropios de omisión surge cuando, bajo una consideración normativa, la inactividad del autor genera un peligro concreto para el bien jurídico; a su juicio, en el caso de la madre que deja de alimentar a su hijo con la intención de que fallezca por inanición, la tentativa comenzaría en el momento en que a causa de la falta de alimentación, el niño comienza a sufrir considerablemente.

¹⁵⁶⁵ Cfr. Eberhard SCHMIDHÄUSER, Strafrecht AT, ed. cit., § 17/26, pág. 715; Hans WALDER, SchwZStr 1982, ed. cit., págs. 274 y 275.

¹⁵⁶⁶ Cfr. Paul BOCKELMANN/Klaus VOLK, Strafrecht AT, ed. cit., pág. 218; Otto TRIFFTERER, Strafrecht AT, ed. cit., pág. 378; Theo VOGLER, LK, ed. cit., § 22 Rn 121.

¹⁵⁶⁷ Cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, Comienzo de la tentativa..., ed. Cit., pág. 7, aun cuando (como se verá más adelante) matiza su postura en una forma similar a como lo hace ROXIN; Karl LACKNER, StGB, ed. cit., §22, 3; Otto TRIFFTERER, Strafrecht AT, ed. cit., pág. 378.

rescatarlo (lanzándole un salvavidas)¹⁵⁶⁸. Pero también se consigue castigar como tentativa los casos en los que la omisión del garante perdura hasta el momento en que el bien jurídico entra en un estado agudo de peligro (el tren se acerca al lugar donde un niño yace sobre la vía), aun cuando se haya dejado pasar la primera opción de salvarlo¹⁵⁶⁹. Igualmente es factible que la tentativa surja cuando el autor deja fuera de sus manos el curso causal, como cuando el garante, pese a faltar varias horas para que el próximo tren haga su aparición abandona, sin intención de regresar, el sitio de las vías donde el menor está inconsciente¹⁵⁷⁰. Aun cuando estas soluciones parecen combinar de manera indiscriminada la que sanciona a quien deja vencer la primera posibilidad de rescate, la que pune al garante que desaprovecha la última opción de salvación y a quien pierde el dominio del hecho, lo cierto es que a todas ellas se llega a partir de la determinación del momento en que la omisión dolosa del garante genera para el bien jurídico protegido un peligro inminente¹⁵⁷¹.

ROXIN opta por fijar el comienzo de la tentativa en los delitos impropios de omisión con base en dos criterios alternativos: uno que se edifica sobre el concepto de peligro para el bien jurídico¹⁵⁷², y otro que está desarrollado a partir de la pérdida del dominio del hecho por parte del autor¹⁵⁷³. Por lo que respecta al primero de ellos, la noción de peligro para el bien jurídico ameritaría la intervención del derecho penal debido a la creciente reducción de las

¹⁵⁶⁸ Cfr. Johannes WESSELS, *Strafrecht AT*, ed. cit., pág. 235.

¹⁵⁶⁹ Cfr. Johannes WESSELS, *Strafrecht AT*, ed. cit., págs. 235 y 236.

¹⁵⁷⁰ Cfr. Johannes WESSELS, *Strafrecht AT*, ed. cit., págs. 235 y 236.

¹⁵⁷¹ Según WESSELS, en todos estos casos hay tentativa porque el autor, a partir de su decisión, se dispone inmediatamente a realizar el tipo; ese es, a su modo de ver, el comienzo de la lesión al deber dentro de la concreta situación de peligro; cfr. Johannes WESSELS, *Strafrecht AT*, ed. cit., pág. 235.

¹⁵⁷² Para ALCÁCER GUIRAO la postura de ROXIN es una variante de la teoría del peligro; cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, *Comienzo de la tentativa...*, ed. cit., pág. 22.

¹⁵⁷³ Cfr. Claus ROXIN, *Maurach FS*, ed. cit., pág. 223; Claus ROXIN, *Strafrecht AT*, Band II, ed. cit., §29/272, pág. 423; en similar sentido puede verse Hans WALDER, *SchwZStr* 1982, ed. cit., pág. 275, quien inicialmente propone que el comienzo de la tentativa se fije en estos casos en el instante en que hay un peligro agudo para el bien jurídico, como cuando la madre decide dejar a su hijo sin alimentación en el bosque para que muera, pero permanece junto a él, caso en el cual la tentativa comenzaría cuando el pequeño entrara en peligro agudo; sin embargo, posteriormente admite que la tentativa también surge cuando el autor deja la causalidad fuera de sus manos, como en el mismo caso de la madre que abandona a su hijo en el bosque, pero en lugar de permanecer a su lado se marcha a casa con la intención de que él fallezca por inanición.

posibilidades de intervención para salvar el bien jurídico objeto de protección¹⁵⁷⁴. Expresado de manera diversa, habría actos preparatorios mientras el garante tiene la opción de cumplir con su deber con las mismas posibilidades de salvaguardia frente al bien jurídico¹⁵⁷⁵. Según este criterio, no habría tentativa de homicidio desde el instante en que la madre deja de suministrarle la primera comida a su pequeño hijo, sino a partir del momento en el que esa omisión representa un daño para la salud del menor¹⁵⁷⁶; si con posterioridad la madre puede todavía salvar a su hijo mediante su remisión a un centro de salud, su impunidad no se derivaría de que su conducta pueda ser valorada como un simple acto preparatorio, sino de que se habrá comportado conforme a los parámetros de la figura del desistimiento¹⁵⁷⁷.

A juicio de ROXIN, la situación es comparable a la de quien busca envenenar a su enemigo mediante el suministro de una sustancia tóxica en varias dosis¹⁵⁷⁸; la tentativa no comenzaría con la administración de la primera de ellas, sino en el instante en que la cantidad suministrada representa ya un peligro para la salud de la víctima¹⁵⁷⁹. Por el contrario, no habría tentativa cuando seis horas antes de que se produzca la pretendida colisión de trenes, el guardavía coloca correctamente las agujas, o cuando varias horas antes de que se aproxime el siguiente tren retira al menor de edad que yace sobre las vías, porque en ambos casos las posibilidades de

¹⁵⁷⁴ Cfr. Claus ROXIN, Maurach FS, ed. cit., pág. 223; cfr. Claus ROXIN, JuS 1979, ed. cit., pág. 12.

¹⁵⁷⁵ Cfr. Claus ROXIN, Maurach FS, ed. cit., págs. 221, 222 y 231. En contra HERZBERG, para quien hay tentativa desde que existe la primera opción de intervención salvadora, aun cuando posteriormente se pueda intentar la ayuda con las mismas probabilidades de éxito; cfr. Rolf-Dietrich HERZBERG, MDR 1973, ed. cit., pág. 93.

¹⁵⁷⁶ Cfr. Claus ROXIN, Maurach FS, ed. cit., pág. 232; en similar sentido, cfr. Hans WALDER, SchwZStr 99 [1982], ed. cit., págs. 273 y 274.

¹⁵⁷⁷ Por eso asegura ROXIN que su postura no es idéntica a la de quienes sostienen que hay tentativa cuando se deja pasar la última oportunidad para salvar el bien jurídico; si el guardavía corrige su conducta cuando el tren ruge en la última curva (cambia las agujas o retira al menor que yace sobre las vías), no hay actos preparatorios sino un desistimiento; cfr. Claus ROXIN, Maurach FS, ed. cit., pág. 231.

¹⁵⁷⁸ ROXIN piensa que, en términos generales, la problemática de la tentativa en los delitos impropios de omisión es muy parecida a la de la tentativa acabada, en cuanto en ambos casos se espera una intervención activa del autor; a su modo de ver, entre estas dos figuras hay una correspondencia estructural en cuanto son dos casos de no evitación oportuna evitación del resultado; cfr. Claus ROXIN, Maurach FS, ed. cit., págs. 221 y 222.

¹⁵⁷⁹ Cfr. Claus ROXIN, Maurach FS, ed. cit., pág. 232.

salvación del bien jurídico permanecen inalteradas¹⁵⁸⁰. Las dificultades de esta propuesta se harían evidentes en hipótesis en las que el comportamiento del autor no parece representar un peligro inmediato para el bien jurídico, como habría ocurrido en un antiguo caso de la jurisprudencia alemana en el que se juzgó a unos padres que abandonaron en el bosque a su hijo recién nacido, con la pretensión de que falleciera¹⁵⁸¹.

Para sucesos como éste, el del guardavía que abandona su puesto de trabajo varias horas antes del momento en que todavía podría colocar correctamente las agujas para impedir la colisión de los trenes, o el de la madre que abandona su hogar con la intención de no retornar a él para que su hijo fallezca por inanición, ROXIN propone como segundo criterio alternativo la fijación del comienzo de la tentativa en el momento en que el autor deja fuera de sus manos el control del suceso¹⁵⁸², abandonando el bien jurídico a su propia suerte¹⁵⁸³, pese a que, a su modo de ver, se trata de casos en los que no hay un peligro inminente para el bien jurídico¹⁵⁸⁴. Si en cualquiera de esas hipótesis el autor regresa oportunamente para impedir el resultado,

¹⁵⁸⁰ Cfr. Claus ROXIN, Maurach FS, ed. cit., pág. 231. En casos como el del conductor que por haber causado un accidente de tráfico adquiere posición de garantía sobre el herido (según la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia alemana: cfr. Hans-Joachim RUDOLPHI, JR 1987, ed. cit., pág. 164), si no le brinda oportunamente la atención médica requerida (dolosamente) y por ello su vida corre peligro, responde por tentativa aun cuando permanezca al lado del herido; cfr. Claus ROXIN, JuS 1979, ed. cit., pág. 12.

¹⁵⁸¹ Cfr. RGSt 66,71.

¹⁵⁸² ALCÁCER GUIRAO considera preferible hablar de un abandono del control sobre el foco de riesgo, que a su modo bastaría como criterio para determinar el comienzo de la tentativa en los delitos de comisión por omisión; cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, Comienzo de la tentativa..., ed. cit., págs. 23 y siguientes; a juicio de ALCÁCER GUIRAO, la tentativa comenzará cuando se pierda la posibilidad de controlar el peligro, o cuando se abandone voluntariamente el control del riesgo (lo que, a su modo de ver, implicaría perder la posibilidad de controlar el peligro); cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, Tentativa y desistimiento..., ed. cit., págs. 1459 y 1460.

¹⁵⁸³ En cuanto al resultado (existencia de una tentativa en estas hipótesis), WALDER se muestra de acuerdo; cfr. Hans WALDER, SchwZStr 99 [1982], ed. cit., pág. 273.

¹⁵⁸⁴ ROXIN advierte que puede haber casos en los que no haya un peligro inminente para el bien jurídico y el autor no haya dejado el suceso fuera de sus manos; a su juicio, cuando no se dan ninguno de estos dos requisitos se cae en “una zona de dudas”, lo que hace suponer que no sería descartable el reconocimiento de una tentativa; cfr. Claus ROXIN, Maurach FS, ed. cit., pág. 223. Sin embargo, ALCÁCER GUIRAO opina que el criterio del abandono del control implica un aumento del peligro para el bien jurídico, aun cuando seguidamente reconoce que este criterio podría dar lugar a casos de tentativa sin peligro directo para el bien jurídico; cfr. Rafael ALCÁCER GUIRADO, Comienzo de la tentativa..., ed. cit., pág. 24.

bien sea colocando las agujas correctamente, retirando al pequeño de las vías del tren o alimentando a su hijo, ya su impunidad no se explicaría por haber permanecido en el terreno de los actos preparatorios, sino por haber desistido¹⁵⁸⁵.

En contra de este segundo criterio de la propuesta de ROXIN, se ha dicho que no es claro el momento en que puede hablarse de la pérdida del dominio del suceso, porque cada escalón que se avanza en esa dirección es determinante; por ejemplo, ¿bastaría con que la persona se aleje de la fuente de peligro (el café en polvo mezclado con el veneno, dejado en la cocina para que el marido lo prepare y lo beba) pero permaneciendo en la misma casa? ¿Es suficiente que mientras llega el esposo la mujer decida ir a la casa de la vecina, o tiene que alejarse aún más? ¿Qué ocurre cuando quiere regresar para impedir el resultado pero no lo consigue por circunstancias ajenas a su voluntad? ¿Por qué debe ser distinta la situación de quien deja a su enemigo sobre las vías del tren y abandona el lugar para no ver el instante en que horas después será atropellado (tentativa por pérdida del dominio del hecho), a la del que permanece al lado de la víctima para cerciorarse de que morirá, y cinco minutos antes de que llegue el tren lo pone a salvo (impunidad porque al mantener el dominio del hecho no habría abandonado los actos preparatorios)? Según HERZBERG, todas estas observaciones hacen que la propuesta de ROXIN sólo sea de utilidad en situaciones extremas¹⁵⁸⁶.

JAKOBS también recurre al empleo de varios criterios para determinar el comienzo de la tentativa en los delitos impropios de omisión. En primer lugar opina que si el garante deja pasar algunas opciones de salvación para el bien jurídico, pero posteriormente tiene a su disposición otras con el mismo nivel de eficacia, no habrá tentativa punible¹⁵⁸⁷, lo cual parece tener su explicación en la circunstancia de que con esa conducta omisiva el bien jurídico no habría estado en inminente peligro o el riesgo para su integridad no

¹⁵⁸⁵ Cfr. Claus ROXIN, Maurach FS, ed. cit., pág. 232; cfr. Claus ROXIN, JuS 1979, ed. cit., pág. 12.

¹⁵⁸⁶ Cfr. Rolf-Dietrich HERZBERG, MDR 1973, ed. cit., págs. 92 y 93.

¹⁵⁸⁷ Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., §29/116, pág. 853, §21/117, pág. 854 y §21/118, pág. 854.

se habría incrementado¹⁵⁸⁸. Pero al lado de esta formulación general enumera otra serie de circunstancias que a su juicio sirven para determinar la existencia de la tentativa, como la proximidad temporal de la producción del resultado¹⁵⁸⁹, o la generación de resultados intermedios a causa de la inactividad del autor¹⁵⁹⁰, o el hecho de que éste último deje que el curso causal salga de sus manos¹⁵⁹¹ o tolere la entrada de un curso causal en el ámbito de organización de la víctima¹⁵⁹² y, finalmente, que su omisión no se aparte de lo que en la situación concreta podría esperarse de alguien en su lugar¹⁵⁹³.

El comienzo de la tentativa debe ser el mismo en todas las manifestaciones delictivas, porque la razón de ser de la intervención del derecho penal es una sola: la existencia de una indebida forma de ataque al bien jurídico. Ello ocurre en la tentativa cuando una valoración externa del comportamiento indebido del autor, desde una perspectiva *ex-ante* indica que tiene altas probabilidades¹⁵⁹⁴ de generar un daño al bien jurídico protegido¹⁵⁹⁵. Como las actuaciones que permanecen dentro del riesgo permitido no pueden

¹⁵⁸⁸ Lo cual hace que el punto de partida de JAKOBS esté muy cerca de las posturas que utilizan el criterio del peligro para el bien jurídico como mecanismo para determinar el comienzo de la tentativa en los delitos impropios de omisión.

¹⁵⁸⁹ Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., §29/118, pág. 855; también este criterio parece una derivación del construido a partir de la peligrosidad de la conducta para el bien jurídico.

¹⁵⁹⁰ Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., §29/118, pág. 855.

¹⁵⁹¹ Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., §29/118, pág. 855.

¹⁵⁹² Como cuando el garante permite que se entreguen alimentos en mal estado a sus clientes; cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., §29/118, pág. 855.

¹⁵⁹³ Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., §29/118, pág. 554, en cuanto considera que quien se marcha sin intención de volver y dejar morir a sus hijos no comete tentativa mientras el alejamiento sea el normal de unos padres cuidadosos.

¹⁵⁹⁴ Desde la perspectiva de un abandono del foco de riesgo, ALCÁCER GUIRAO dice que hay tentativa cuando la omisión del autor disminuye las “posibilidades” de salvación del bien jurídico, de acuerdo con la apreciación *ex-ante* de un espectador objetivo; cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, Comienzo de la tentativa..., ed. cit., pág. 32.

¹⁵⁹⁵ Un criterio parecido es el utilizado por ZACZYK, para quien hay actos preparatorios cuando no se tiene la “impresión” (lo que supone una valoración externa, aunque aquí claramente unida a la teoría de la impresión como razón de ser de la punibilidad de la tentativa) de un creciente peligro para el bien jurídico en la situación concreta; a su vez, considera que hay tentativa cuando la actitud (omisiva) del autor multiplica las posibilidades de impedir el resultado; cfr. Rainer ZACZYK, Das Unrecht..., ed. cit., pág. 319.

dar lugar a responsabilidad penal, la conducta objeto de valoración debe ser una que contraríe el deber de actuación del autor¹⁵⁹⁶, lo cual ocurre tanto en los delitos de acción como en los de omisión; en ambos casos lo que es objeto de reproche no es la acción como fenómeno ontológico, sino la circunstancia de que ella no coincida con la que del autor se esperaba en la situación concreta.

La valoración debe hacerse desde una perspectiva *ex-ante*, porque siendo el peligro una amenaza a futuro su existencia sólo puede ser determinada en el momento en que el mismo se origina; si el peligro se materializa en el daño a un bien jurídico, el reproche contra el autor no puede ya ser edificado sobre la peligrosidad de la conducta (su materialización en un daño hace desaparecer el peligro), sino sobre el efectivo daño al bien jurídico; si el peligro desaparece (un paseante descubre y salva a un niño que había sido abandonado por su madre en el bosque con la intención de que falleciera de inanición), una apreciación *ex-post* de la conducta del autor impediría que su conducta le fuera reprochable porque desde esa perspectiva el bien jurídico no se lesionó, pero tampoco está ya en peligro; es verdad que el hecho de no resultar afectado con la conducta indebida del autor no significa que jamás hubiera estado en riesgo, pero también lo es que esa situación solo puede ser determinada desde una perspectiva *ex-ante*.

La valoración debe ser externa en el sentido de que el autor de la misma debe haber objetivado de tal forma su intención delictiva¹⁵⁹⁷, que su comportamiento pueda ser socialmente¹⁵⁹⁸ apreciado como una indebida forma de ataque al bien jurídico¹⁵⁹⁹,

¹⁵⁹⁶ En similar sentido, cfr. Karl-Heinz VEHLING, *Die Abgrenzung...*, ed. cit., pág. 163, en cuanto sostiene que la tentativa en los delitos de omisión impropia comienza cuando el comportamiento del autor ya no está en consonancia con las medidas que se esperan de él en su posición social frente a la situación concreta, orientadas a la evitación de la realización del tipo.

¹⁵⁹⁷ Como en todas las tentativas, las referidas a los delitos de omisión impropia requieren la existencia de un dolo referido al tipo; cfr. Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., §29/114, pág. 852).

¹⁵⁹⁸ Aun cuando desde la perspectiva del abandono del foco de riesgo, ALCÁCER GUIRAO sostiene que la valoración de la peligrosidad de la conducta debe hacerse desde un punto de vista objetivo y no desde la perspectiva de autor (lo cual no excluye, a su modo de ver, que se deba tener en cuenta el plan del autor); cfr. Rafael ALCÁCER GUIRAO, *Comienzo de la tentativa...*, ed. cit., págs. 29 a 32.

¹⁵⁹⁹ Aun cuando para la valoración del comienzo de la tentativa suele utilizarse como parámetro la representación del autor (especialmente en la literatura alemana, cuya

en cuanto al estar dotado de una alta probabilidad de afectación al bien jurídico¹⁶⁰⁰ permite su estimación como un quebrantamiento de la vigencia de la norma; la manera en que actúa el autor debe tener la capacidad de comunicar que ha puesto en marcha su intención delictiva; en esa valoración objetiva se deben tener en cuenta, como ya se indicó en otro lugar, los conocimientos especiales de los que dispone el autor en el momento de desplegar su conducta.

En el caso del guardavía que a las dos de la tarde (14:00) decide provocar la colisión de dos trenes a las seis de la tarde (18:00), para lo cual se propone no cambiar oportunamente las agujas, habrá tentativa cuando el tiempo que falte para el arribo de los trenes sea tan poco que la inactividad del garante pueda ser externamente apreciada como apta para producir, con un alto grado de probabilidad, la colisión entre ellos¹⁶⁰¹. Si en el mismo ejemplo el guardavía abandona su puesto de trabajo a las tres de la tarde (15:00) con la intención de no retornar y permitir así que el choque se produzca, habrá tentativa en cuanto esa actitud represente objetivamente una alta probabilidad de sobrevención del resultado¹⁶⁰². La solución sería similar en el caso de los padres que abandonan a su hijo recién nacido en el bosque con el propósito de que fallezca de inanición; si su partida puede ser interpretada como

legislación hace referencia a ese elemento), también se admite la necesidad de recurrir a parámetros objetivos como única posibilidad de reconocer la existencia de una tentativa en aquellos casos en los que la situación crítica para el bien jurídico comienza antes de lo esperado por el autor; cfr. Theo VOGLER, LK, ed. cit., §22 Rn 120. Por su parte, MAIHOFER sostiene que el comienzo de ejecución no debe determinarse de acuerdo con el plan del autor, sino desde una perspectiva social que coloca al autor en una determinada situación de deber de conducta (cfr. Werner MAIHOFER, GA 1958, ed. cit., pág. 293).

¹⁶⁰⁰ Como se expuso anteriormente (cfr. supra 2.1.1.2), ese juicio de probabilidad corresponde a una forma de relación causal; en contra de admitir una relación causal en los delitos de omisión, cfr., por ejemplo, Rafael ALCÁCER GUIRAO, Comienzo de la tentativa..., ed. cit., pág. 6.

¹⁶⁰¹ Cfr. Rainer ZACZYK, Das Unrecht..., ed. cit., pág. 319.

¹⁶⁰² En contra VEHLING, para quien hay tentativa si se espera que el guardavía ayude a quien se encuentra tendido sobre las vías, aun cuando falte mucho tiempo para que el próximo tren pase por el lugar (cfr. Karl-Heinz VEHLING, Die Abgrenzung..., ed. cit., pág. 164). Lo que no queda claro es por qué cuando falta aún mucho tiempo para el arribo del tren y por consiguiente el garante dispone todavía de la posibilidad de intervenir con las mismas probabilidades de salvación para el bien jurídico, se pueda afirmar que externamente se espera de él una acción inmediata.

una forma de conducta que muy probablemente genere la muerte del menor, habrá tentativa de homicidio¹⁶⁰³.

Si la madre permanece junto a su hijo con la intención de privarle de toda alimentación hasta que fallezca, la tentativa surgirá en el momento en que esa actitud pueda ser entendida como idónea para producir (con un elevado grado de probabilidad) la muerte del menor¹⁶⁰⁴. El hecho de que la falta de alimentación haya producido en el niño alguna afectación a su salud, no significa necesariamente que la conducta del autor deba ser reprochable a título de tentativa de homicidio; en ese instante su conducta será ya punible de manera autónoma como un delito consumado de lesiones personales, y sólo merecerá sanción como homicidio tentado si en ese momento su comportamiento puede ser externamente apreciado como apto para ocasionar (con un alto grado de probabilidad) la muerte del infante.

Para responder a los cuestionamientos de HERZBERG en contra de la propuesta de ROXIN (que en principio parecerían aplicables a la que se acaba de esbozar), conviene hacer las siguientes precisiones: si quien abandona el sitio donde debe desarrollar su acción salvadora lo hace con tiempo suficiente para poder regresar a tiempo para desplegarla (como es su intención inicial), pero circunstancias ajenas a su voluntad se lo impiden (por ejemplo, sufre un accidente de tráfico) de tal forma que se produce la afectación del bien jurídico (su hijo muere por inanición), en principio no se le podría atribuir ese resultado a título de dolo (salvo que se dieran las condiciones de uno eventual); si la consumación no se produce porque un tercero la evita (el vecino se percata de la situación del menor y le alimenta oportunamente) tampoco se le podrá reprochar una tentativa de homicidio por ausencia de dolo (salvo que se dieran las condiciones de uno eventual). Distinta sería la situación de quien se ha marchado con el propósito de dejar morir al niño de inanición, pero posteriormente se arrepiente, decide retornar para salvarle y no puede hacerlo por circunstancias ajenas a su voluntad (la densidad del tráfico le impide llegar oportunamente); si su partida del hogar puede ser apreciada externamente como apta para producir (con un elevado grado de probabilidad) la muerte del pequeño, esa actitud le habrá situado ya en el ámbito de la tentativa, de tal forma que el

¹⁶⁰³ Cfr. Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., pág. 319.

¹⁶⁰⁴ Cfr. Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., pág. 319.

fracasado intento de salvarle debe ser valorado de acuerdo con las reglas generales del desistimiento.

7.6. Tentativa en los delitos de mera actividad.-

En cuanto a la posibilidad de que los delitos de mera actividad admitan la tentativa, no parece haber discusión doctrinal¹⁶⁰⁵; las divergencias pueden verse en los matices, pues mientras algunos se limitan a aceptar esa opción sin mayores explicaciones¹⁶⁰⁶, otros puntualizan que ella sólo es viable en aquellos casos en los que el despliegue de la actividad no suponga la inmediata consumación del delito¹⁶⁰⁷. Sobre este supuesto, una injuria verbal no admitiría tentativa porque en cuando la palabra insultante se pronunciara, ya existiría una consumación¹⁶⁰⁸; y tampoco habría perjurio cuando el testigo sólo tiene la opción de contestar “sí” o “no” a la pregunta sobre la veracidad de sus afirmaciones¹⁶⁰⁹, dado que al momento de manifestarse en uno u otro sentido el delito estaría consumado. Por el contrario, esta postura doctrinal admitiría la tentativa en injurias de hecho como cuando alguien acecha a alguien para propinarle un bastonazo¹⁶¹⁰, así como en el perjurio cuando la fórmula del

¹⁶⁰⁵ Cfr., por ejemplo, Miguel CÓRDOBA ANGULO, *La tentativa*, ed. cit., pág. 92; Eelena FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, ed. cit., pág. 204; Robert von HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, ed. cit., pág.495; Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., §25/71 pág. 889; Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 472; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, *Strafrecht AT* tomo II, ed. cit., §40/80, pág. 30; Otto TRIFFTERER, *Strafrecht AT.*, ed. cit., págs. 377 y 378; Heinrich Albert ZACHARIA, *Die Lehre...*, zweiter Theil, ed. cit., págs. 34 y 35.

¹⁶⁰⁶ Cfr. Elene FARRÉ TREPAT, *La tentativa...*, ed. cit., pág. 204, quien comparte la tesis del Tribunal Supremo español en el sentido de admitir la tentativa en los delitos de mera actividad.

¹⁶⁰⁷ Cfr. Miguel CÓRDOBA ANGULO, *La tentativa*, ed. cit., pág. 92, para quien la tentativa es admisible “siempre y cuando resulta posible diferenciar distintos momentos o medie cierto espacio de tiempo en la realización típica”; Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 472, aun cuando también admite la tentativa en casos de inidoneidad (cfr. *ibídem*, pág. 472); Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, *Strafrecht AT*, tomo II, ed. cit., §40/84-85, pág. 30, aun cuando también admite la tentativa en casos de inidoneidad (Cfr. *ibídem* §40/86 pág. 31).

¹⁶⁰⁸ Cfr. Heinrich Albert ZACHARIA, *Die Lehre...*, zweiter Theil, ed. cit., pág. 75.

¹⁶⁰⁹ Cfr. Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, *Strafrecht AT*, tomo II, ed. cit., §40/84-85, pág. 30.

¹⁶¹⁰ Cfr. Heinrich Albert ZACHARIA, *Die Lehre...*, zweiter Theil, ed. cit., pág. 76.

juramento que debe pronunciar el declarante contiene varias palabras de tal forma que puede ser interrumpida antes de agotarla¹⁶¹¹.

Alguna parte de la literatura especializada se inclina por relacionar la tentativa en los delitos de mera actividad con hipótesis de inidoneidad, de tal manera que la misma existiría si alguien tiene relaciones sexuales con una mujer adulta pensando equivocadamente que se trata de una menor de edad¹⁶¹², o con quien cree que es su pariente sin que en realidad lo sea¹⁶¹³, así como en el caso del testigo que falta a la verdad cuando (sin que él se percatara de la situación) el juez ha ordenado un receso en la audiencia¹⁶¹⁴. En situaciones como las referidas, el autor del comportamiento lo habría desarrollado con el propósito de consumar un delito pero no lo habría conseguido por errores en la ejecución de la conducta, que es justamente lo que caracteriza la figura de la tentativa inidónea; por consiguiente, en estas hipótesis el autor debería ser declarado penalmente responsable de una tentativa (inidónea) de un delito de mera actividad¹⁶¹⁵.

La pregunta sobre la posibilidad de que exista tentativa en los delitos de mera actividad surge porque suele hacerse una distinción entre ellos y los denominados de resultado; esa diferenciación está edificada sobre el supuesto de que en algunas conductas punibles bastaría la simple ejecución de una actividad para que surja a la vida jurídica, mientras en otras haría falta que adicionalmente¹⁶¹⁶ a la realización de esa conducta se produzca un resultado ontológico que forma parte de la descripción típica¹⁶¹⁷. Para quienes entienden que

¹⁶¹¹ Cfr. Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, *Strafrecht AT*, tomo II, ed. cit., §40/84-85, pág. 30.

¹⁶¹² Cfr. Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 472.

¹⁶¹³ Cfr. RGSt 47, 189.

¹⁶¹⁴ Cfr. Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., §25/71, pág. 889.

¹⁶¹⁵ La solución sería inaceptable para quienes consideran que la tentativa inidónea es impune; sobre esta discusión, cfr. supra 4.2.2.2.

¹⁶¹⁶ Para hacer más clara esta distinción, algunos autores puntualizan que en los delitos de mera actividad lo que falta no es cualquier resultado (como modificación del mundo exterior), sino uno “*separable*” espacio-temporalmente de la conducta; cfr. por ejemplo, Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal*, ed. cit., §9/18, págs. 231 y 232.

¹⁶¹⁷ En estricto sentido toda actividad desplegada por un ser humano genera un resultado entendido como modificación del mundo exterior; por eso la clasificación de la que aquí se habla no está construida a partir de esa noción de resultado (que en esta acepción estaría

la tentativa es un delito imperfecto¹⁶¹⁸ que se diferencia del consumado precisamente porque le hace falta la sobrevención del resultado, resulta imperioso preguntarse si en los delitos de mera actividad (en los que el resultado no está presente) puede hablarse de una tentativa, que se caracterizaría justamente por la ausencia del resultado. Expresado de forma muy concreta: ¿cómo puede un delito al que le falta el resultado ser cometido a través de una figura que se define por la ausencia de ese mismo elemento?

La confusión surge de un entendimiento equivocado de la tentativa como delito imperfecto, al que le faltaría el resultado como elemento de su faceta objetiva; tal como en otro lugar se indicó¹⁶¹⁹, la tentativa es un delito perfecto en cuanto incurre en él quien de manera indebida (creando un riesgo jurídicamente desaprobado) ataca un bien jurídico objeto de protección; si esa conducta lleva a la infracción de una norma penal (realización del riesgo en el resultado) que de manera expresa censura esa clase de atentados (como ocurre con las normas que punen la tentativa) surge a la vida jurídica un delito tan perfecto como los consumados, en cuanto en ambos están presentes los mismos elementos estructurales de la imputación objetiva. Tentativa y consumación son dos formas indebidas de ataque al bien jurídico sancionables por expresa disposición del legislador, luego ambas suponen el quebrantamiento de la vigencia de una norma penal (resultado en sentido normativo).

La diferencia entre la consumación y la tentativa radica simplemente en que mientras en aquella se sanciona la efectiva lesión del bien jurídico objeto de tutela, en esta se reprime la puesta en peligro del mismo. Los llamados delitos de mera actividad no se caracterizan por su falta de lesión al bien jurídico, sino porque esta se produciría sin que haga falta la aparición de un resultado incorporado expresamente como elemento del tipo. En el falso testimonio basta la afirmación contraria a la verdad por parte de quien declara bajo juramento, porque esa sola conducta afecta el bien jurídico de la administración de justicia; la injuria se consuma en el momento en que alguien lanza expresiones ofensivas en contra de otro, porque

presente en ambas categorías), sino de una un poco más restringida que alude a las modificaciones del mundo exterior que hacen parte de la descripción típica. Sobre las varias formas de entender el concepto de resultado, ver supra 4.2.1.

¹⁶¹⁸ Sobre esta discusión ver supra 3.

¹⁶¹⁹ Cfr. supra 3.

con esa sola actitud se lesiona el bien jurídico de su integridad moral; el allanamiento de morada se consuma con la sola penetración indebida al domicilio ajeno, porque en ese instante se vulnera el bien jurídico objeto de tutela.

En cuanto el rasgo distintivo de los delitos de mera actividad no es la ausencia de daño al bien jurídico sino la falta de un resultado ontológico que el tipo penal exija autónomamente como elemento del mismo, parece claro que si son sancionados como consumados cuando efectivamente lesionan el interés jurídico objeto de protección, también es viable respecto de ellos la tentativa entendida como la indebida puesta en peligro de ese bien jurídico. Como en estricto sentido la consumación supone que una conducta ha encajado integralmente en la descripción típica de un delito que exige la lesión al bien jurídico, existirá una tentativa cuando el comportamiento del autor no ha conseguido esa vulneración del interés jurídico, pese a haber dado comienzo a unos actos de ejecución orientados en esa dirección.

Esa falta de vulneración al bien jurídico se produce porque la conducta desplegada no abarcó alguno de los elementos de la descripción típica del delito consumado, sin importar cuál de ellos resulta ausente¹⁶²⁰; por eso hay tentativa de allanamiento de morada cuando alguien intenta penetrar indebidamente a un domicilio ajeno o cuando el testigo no ha terminado de pronunciar la larga fórmula sacramental con la que garantiza no faltar a la verdad¹⁶²¹, pero también cuando alguien mantiene relaciones sexuales con quien equivocadamente toma por una menor de edad¹⁶²² o por su pariente¹⁶²³, cuando el testigo dice la verdad pensando de manera equivocada que miente¹⁶²⁴, o cuando el testigo falta a la verdad en un momento en el que (inadvertidamente para él) se ha producido un receso del tribunal en el que está prestando

¹⁶²⁰ Cfr. Otto TRIFFTERER, *Strafrecht AT*, ed. cit., págs. 377 y 378.

¹⁶²¹ Cfr. Reinhart MAURACH/Karl-HeinzGÖSSEL, *Strafrecht AT* tomo II, ed. cit., §40/84-85, pág. 30.

¹⁶²² Cfr. Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 472.

¹⁶²³ Cfr. RGSt 47,189.

¹⁶²⁴ Cfr. Reinhart MAURACH/Karl-HeinzGÖSSEL, *Strafrecht AT* tomo II, ed. cit., §40/86, pág. 31.

testimonio¹⁶²⁵. En todos estos ejemplos hay ausencia de una efectiva lesión al bien jurídico (eso explica que no haya delito consumado), pero en la medida en que el autor ha desplegado una conducta que externamente puede ser valorada como una forma indebida de ataque al bien jurídico objeto de protección, ella es reprochable a título de tentativa.

7.7. Tentativa en la *actio libera in causa*.-

La determinación de cuándo comienza la tentativa en los casos de *actio libera in causa* está estrechamente relacionada con la postura que se tenga en relación con el fundamento de la punibilidad en esta última figura. El tema es complejo porque si se admite (como lo hace la doctrina ampliamente mayoritaria) la necesidad de sancionar a quien se coloca en condiciones de inimputabilidad¹⁶²⁶ para cometer un delito, no queda claro si la circunstancia de que el autor lleve a cabo los actos ejecutivos en situación de inculpabilidad implica el reconocimiento de una responsabilidad objetiva. En este concreto aspecto el debate ha girado fundamentalmente alrededor de dos enfoques: uno conocido con el nombre de “modelo de excepción”, conforme al cual la persona responde pese a que su condición de inimputabilidad le impide actuar con culpabilidad, y otro denominado “modelo del injusto típico”, que propugna por aplicar las reglas generales de imputación pero entendiendo que la acción que cumple con los requisitos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad es la precedente, es decir, aquella realizada por el autor para colocarse en situación de inimputabilidad¹⁶²⁷.

La adscripción a una de estas posturas lleva consigo una toma de posición frente al comienzo de la tentativa en esas hipótesis, pues si se considera que en la *actio libera in causa* se sanciona la acción precedente, entonces el comienzo de la tentativa debería estar atado a

¹⁶²⁵ Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., §25/71, pág. 889.

¹⁶²⁶ Mientras un sector de la doctrina incluye también dentro de la *actio libera in causa* aquellas hipótesis en las que el autor se coloca en incapacidad de actuar, otros consideran que la distinción no hace falta porque el tratamiento de ambas hipótesis seguiría los mismos parámetros; sobre la discusión, cfr. Ujala JOSHI JUBERT, La doctrina..., ed. cit., págs. 61 y siguientes.

¹⁶²⁷ Sobre estos dos modelos de solución, cfr. Eduardo Demetrio Crespo, Acerca de la *actio libera in causa*, <http://www.cienciaspenales.net>, págs. 8 y siguientes; Ujala JOSHI JUBERT, La doctrina..., ed. cit., págs. 121 y siguientes;

ella, mientras si se piensa que la punibilidad de la *actio libera in causa* depende de la acción posterior (la desplegada en estado de inimputabilidad), el comienzo de la tentativa deberá buscarse en esta última.

No obstante la existencia de estas dos posturas teóricas claramente diferenciables, la complejidad del tema ha llevado a algunos a sostener que no es factible la construcción de una fórmula infalible para la determinar el inicio de la tentativa en los casos de *actio libera in causa*; se propone entonces la aplicación alternativa de cada una de ellas, dependiendo de si el análisis de cada caso concreto permite ver un comienzo de ejecución ya desde la acción precedente, o si el mismo debe ser referido al comienzo de ejecución por parte del incapaz¹⁶²⁸. Otros asimilan la problemática a la que surge frente a la figura de la autoría mediata y, sobre ese supuesto, proponen que se trasladen las mismas soluciones que allí son aplicables¹⁶²⁹.

7.7.1. La acción precedente.-

Un importante sector doctrinal se inclina por considerar que en la *actio libera in causa* la tentativa comienza cuando el autor se coloca en situación de inimputabilidad (o en incapacidad de actuar), porque ese es el momento en que se le puede reprochar una conducta culpable; en ese instante ha hecho ya todo lo que como persona responsable necesita para ejecutar el delito, utilizándose a sí mismo como instrumento¹⁶³⁰. A partir de ese momento sus actuaciones no le pueden ser reprochadas a título de culpabilidad¹⁶³¹ y por consiguiente la norma de prohibición no tiene respecto de él ninguna capacidad de persuasión¹⁶³². Aun cuando esta es la formulación

¹⁶²⁸ Cfr. Eberhard SCHMIDHÄUSER, Strafrecht AT, ed. Cit., págs. 617 y 618.

¹⁶²⁹ Cfr., por ejemplo, Claus ROXIN, Maurach-Festschrift, ed. cit., págs. 220 y 221, quien recurre a la figura de la tentativa acabada para explicar el comienzo de ejecución tanto en la autoría mediata como en la *actio libera in causa*. JOSHI JUBERT opina que la *actio libera in causa* no es un caso de autoría mediata pero considera que son figuras que guardan muchas similitudes entre ellas, y cree que tener presente esa circunstancia ayuda a identificar y resolver sus problemas comunes (Ujala JOSHI JUBERT, La doctrina..., ed. cit., pág. 370).

¹⁶³⁰ Cfr. Claus ROXIN, Maurach-Festschrift, ed. cit., pág. 220; Hans-Joachim RUDOLPHI, SK, ed. cit., §22 Rn 21.

¹⁶³¹ Cfr. Hans-Joachim RUDOLPHI, SK, ed. cit., §22 Rn 21.

¹⁶³² Cfr. Elena FARRÉ TREPAT, Sobre el comienzo..., ed., cit., pág. 83; Ujala JOSHI JUBERT, La doctrina..., ed. cit., pág. 379.

general de la teoría, entre sus partidarios tampoco hay unanimidad en cuanto a las razones por las que esa acción precedente fundamenta la punibilidad de la tentativa.

En una de las primeras soluciones esbozadas al interior de una concepción del delito de orientación causalista, se recurrió a la teoría de la equivalencia de las condiciones para afirmar que quien se colocaba en una situación de inimputabilidad que a su vez conducía a la comisión de un delito debía responder por este último, en cuanto podía ser considerado como causa de lo causado¹⁶³³. Dado que la estricta aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones en derecho penal llevaría a ampliar de forma desmesurada su ámbito de aplicación¹⁶³⁴ (incluso en hipótesis de *actio libera in causa*¹⁶³⁵), esta postura fue luego corregida en el sentido de afirmar que para que alguien pudiera responder como autor de una tentativa no bastaba con haber causado su situación de inimputabilidad (o incapacidad de acción), sino que además debería haber creado con su conducta un peligro para el bien jurídico objeto de protección.

Esta primera limitación tampoco resulta suficiente para reducir el espacio de aplicación del derecho penal, porque aun cuando es cierto que el colocarse en situación de inimputabilidad (o incapacidad de acción) para cometer un delito puede ser visto como un comportamiento peligroso para el bien jurídico, también lo es que en estricto sentido esa situación de riesgo surge desde el momento en que alguien concibe la idea de delinquir¹⁶³⁶. En procura de solucionar este inconveniente, algunos defensores de la teoría del actuar precedente sostienen que el nivel de peligro requerido para

¹⁶³³ LISZT, por ejemplo, consideraba que “Si la relación causal y la culpabilidad se dan en relación con el resultado, en el caso concreto, la apreciación jurídica no ofrece ninguna dificultad. En el momento decisivo (y este no es la ejecución del resultado, sino el impulso dado para que la cadena causal se desarrolle) existía la imputabilidad”. Franz von LISZT, Tratado de derecho penal, instituto editorial Reus S. A., Madrid, traducido de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa, Tomo segundo, tercera edición, pág. 400

¹⁶³⁴ Sobre los inconvenientes de fundar un juicio de imputación penal sobre la teoría de la equivalencia de las condiciones, cfr. Yesid REYES ALVARADO, Imputación..., ed. cit., págs. 12 y siguientes.

¹⁶³⁵ Ujala JOSHI dice que si para fijar el comienzo de la tentativa se invoca la cadena causal, nada impediría que en lugar de hacer un alto en la acción de emborracharse (por mencionar un ejemplo) se retroceda aún más hasta el momento en que se adquiere la botella de licor; cfr. Ujala JOSHI JUBERT, La doctrina..., ed., cit., pág. 363.

¹⁶³⁶ Cfr. Ujala JOSHI JUBERT, La doctrina..., ed. cit., pág. 366.

sancionar la tentativa surge desde el momento en que el autor desarrolla una conducta que lo coloca en la situación de inimputabilidad (o incapacidad de actuar) que le permite cometer el delito¹⁶³⁷.

Esta genérica referencia a la acción precedente como razón de ser para la intervención del derecho penal no es, sin embargo, un límite muy claro para distinguir entre actos preparatorios y ejecutivos, porque conduciría a sancionar, por ese solo hecho, a todo aquel que bebe porque quiere embriagarse para poder cometer un delito¹⁶³⁸; por eso surgió la necesidad de buscar mecanismos que permitieran determinar con mayor precisión en qué casos esa acción precedente corresponde a un verdadero comienzo de ejecución punible y cuándo debe seguir siendo considerada como un simple acto preparatorio impune¹⁶³⁹.

Una primera forma de solución podría ser la de entender que en la *actio libera in causa* hay un comienzo de ejecución cuando la actuación precedente puede ser vista como creadora de un peligro inmediato para el bien jurídico¹⁶⁴⁰; aun cuando teóricamente parece un parámetro útil, en la práctica plantea muchos interrogantes porque es discutible la existencia de un peligro inminente¹⁶⁴¹ cuando alguien bebe en su casa hasta embriagarse (acción precedente) con la finalidad de desplazarse posteriormente hasta una población situada a varios kilómetros de distancia, para allí cometer un delito. Igualmente discutible sería la existencia de un peligro inminente en la acción de quien para facilitar la posterior comisión de un delito consume somníferos que habrán de dejarle en situación de

¹⁶³⁷ Cfr. Ujala JOSHI JUBERT, *La doctrina...*, ed. cit., pág. 367.

¹⁶³⁸ Cfr. Elena FARRÉ TREPAT, *Sobre el comienzo...*, ed. cit., pág. 84; Theo VOGLER, *StGB LK*, ed. cit., §22 Rn 107, para quien “la embriaguez (aun con el propósito doloso de cometer luego un delito) no es específica para la realización del injusto delictivo, tal como surge de la consideración normativa del sentido de la prohibición del respectivo tipo”.

¹⁶³⁹ “Así pues, un mismo acto de beber podrá constituir a veces un comienzo de ejecución del delito planeado y otras será un mero acto preparatorio impune”; Ujala JOSHI JUBERT, *La doctrina...*, ed. cit., pág. 367.

¹⁶⁴⁰ Cfr. Albin ESER/Björn BURKHARDT, *Strafrecht AT*, tomo II, ed. cit., pág. 92; Albin ESER, *Schönke/Schröder StGB*, ed. cit., §11 Rd. 56.

¹⁶⁴¹ JESCHECK considera que la simple realización de la acción de incapacidad de culpabilidad no constituye un peligro inmediato para el bien jurídico; cfr. Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch*, ed. cit., págs. 473 y 474.

incapacidad varias horas después de su ingestión¹⁶⁴², o en la hipótesis de quien después de embriagarse con esa misma finalidad se queda dormido en su casa como consecuencia del exceso de alcohol, de tal manera que ni siquiera alcanza a dirigirse hacia el lugar donde tenía planeado delinquir¹⁶⁴³.

Una segunda alternativa de solución frecuentemente empleada por la doctrina es la aplicación de la teoría del dominio del hecho; quienes recurren a ella afirman que la acción precedente marca el comienzo de la tentativa en la *actio libera in causa*, porque cuando el sujeto se coloca en estado de inimputabilidad pierde la posibilidad de controlar sus actuaciones posteriores, esto es, pierde el dominio del hecho subsiguiente¹⁶⁴⁴. Frente a esta postura valen las críticas hechas a su utilización en el ámbito de la autoría mediata¹⁶⁴⁵, en el sentido de que resulta contradictorio afirmar de manera general que la condición de autor surge cuando se tiene el dominio del hecho, pero que tratándose de hipótesis de *actio libera in causa* ella aparece justamente cuando quien desarrolla la conducta pierde el dominio del hecho.

Fundamentar el inicio de la tentativa en la acción precedente (para los casos de *actio libera in causa*) plantea adicionalmente el problema de distinguir entre los actos ejecutivos y consumativos, porque si se afirma que antes de que la persona caiga en estado de inimputabilidad no hay tentativa, en el fondo se está admitiendo que hasta ese momento la actuación de quien así se comporta no ha abandonado el estadio de los actos preparatorios impunes. Sin embargo, si después de que se alcanza el estado de inimputabilidad el sujeto ya no puede ser considerado responsable de sus actuaciones posteriores (por falta de culpabilidad), entonces en el instante mismo en que surge la inimputabilidad no solo se está frente a los actos ejecutivos que posibilitan la punición a título de tentativa, sino que además en ese mismo momento el delito debería considerarse consumado. Si se intenta superar este inconveniente afirmando que en la *actio libera in causa* solo hay consumación cuando sobreviene el

¹⁶⁴² Cfr. Ujala JOSHI JUBERT, La doctrina..., ed. cit., pág. 364.

¹⁶⁴³ Cfr. Theo VOGLER, StGB LK, ed. cit., §22 Rn 108.

¹⁶⁴⁴ Cfr. Claus ROXIN, Maurach-Festschrift, ed. cit., pág. 230.

¹⁶⁴⁵ Cfr. supra 7.2.

resultado buscado por el autor¹⁶⁴⁶, entonces se está dando relevancia la conducta desplegada por él después de colocarse en situación de inimputabilidad, lo cual contradice el punto de partida de quienes defienden el modelo de la acción precedente.

La dificultad de trazar un límite entre la tentativa y la consumación plantea a su vez un nuevo inconveniente relacionado con la posibilidad de que quien así se comporta pueda desistir. El problema no es tan complejo frente al aspecto subjetivo, porque entre los requisitos del desistimiento no suele mencionarse la capacidad del autor, sino tan solo la voluntariedad de su decisión; esto posibilita que una persona en estado de inimputabilidad¹⁶⁴⁷ pueda desistir válidamente, en cuanto se admite que su actuación es voluntaria. Pero desde un punto de vista objetivo el desistimiento requiere de la existencia de un espacio entre los actos ejecutivos y la consumación, para que el autor pueda, después de iniciados aquellos, impedir la afectación del bien jurídico. Si temporalmente coinciden los actos ejecutivos y la consumación porque la acción precedente no solo fundamenta la punibilidad de la tentativa sino también la del delito consumado (en cuanto las actuaciones posteriores a ella no pueden serle reprochadas al autor por ausencia de culpabilidad), entonces objetivamente no hay un margen para el desistimiento. Si para conseguirlo se afirma que la consumación en la *actio libera in causa* se alcanza cuando surge el resultado buscado por el autor (lo cual haría factible desistir) entonces se estaría dando importancia a las actuaciones que, siendo desplegadas por el autor después de alcanzar su buscada inimputabilidad, no le pueden ser reprochadas a título de culpabilidad; y eso, como se anotó en precedencia, implica contradecir el punto de partida de la teoría de la acción precedente como fundamento de la punibilidad de la tentativa en los casos de *actio libera in causa*.

Para tratar de eludir estos inconvenientes, se ha propuesto entender que la acción precedente marca el inicio de la tentativa en la *actio libera in causa*, siempre que ella pueda ser considerada como una

¹⁶⁴⁶ “La pena del delito consumado sólo será procedente si acontece el resultado tal y como se había imaginado el sujeto”; Ujala JOSHI JUBERT, *La doctrina...*, ed. cit., pág. 380.

¹⁶⁴⁷ Por el contrario, el desistimiento no sería viable en hipótesis de *actio libera in causa* que conducen a la ausencia de acción, porque faltando ella no puede siquiera plantearse el tema de su voluntariedad.

provocación relevante¹⁶⁴⁸, lo cual ocurriría cuando cree un peligro para el bien jurídico (aunque sea mediato) que no solo le resulte difícil de controlar al autor (con una probabilidad rayana en la seguridad), sino que además se realice en un resultado entendido como infracción a la norma¹⁶⁴⁹. Aun cuando a primera vista este planteamiento sigue el esquema de la imputación objetiva al distinguir entre la creación de un peligro para el bien jurídico y su posterior realización en el resultado, la diferencia entre estos dos elementos desaparece cuando se sostiene que la infracción de la norma (resultado en sentido normativo) se produce con la acción precedente¹⁶⁵⁰; si a esta afirmación se agrega otra conforme a la cual “el delito de tentativa comienza y acaba en la acción de provocación relevante”¹⁶⁵¹, entonces la distinción entre la creación del riesgo y su realización en el resultado desaparece¹⁶⁵², lo cual a su vez lleva a la ya mencionada imposibilidad de desistimiento para el autor, ante la falta de un espacio temporal entre los actos de ejecución que caracterizan el surgimiento de la tentativa y la efectiva lesión al bien jurídico que identifica la consumación.

Si se busca eludir esta objeción a través de una distinción entre lo que es la acción precedente y el comienzo de ejecución, entonces se estaría admitiendo que lo que marca el comienzo de la tentativa no es la acción precedente (que sería neutra) sino el posterior comienzo de ejecución, lo cual es propio del denominado modelo de excepción¹⁶⁵³. Y si adicionalmente se pretende trazar un límite entre la tentativa y la consumación exigiendo que para esta última

¹⁶⁴⁸ “De este modo, la tentativa, esto es, el comienzo de la ejecución, deberá situarse en el momento de la acción de **provocación relevante**”. Ujala JOSHI JUBERT, *La doctrina...*, ed. cit., págs. 377 y 378.

¹⁶⁴⁹ Cfr. Ujala JOSHI JUBERT, *La doctrina...*, ed. cit., págs. 377 y 378, nota 875.

¹⁶⁵⁰ Cfr. Ujala JOSHI JUBERT, *La doctrina...*, ed. cit., pág. 379.

¹⁶⁵¹ Ujala JOSHI JUBERT, *La doctrina...*, ed. cit., pág. 379.

¹⁶⁵² La superposición de estos conceptos parece contradecir el punto de partida de Ujala JOSHI en el sentido de que la tentativa no es una mera fase ejecutiva de un delito, sino un delito autónomo (Cfr. Ujala JOSHI JUBERT, *La doctrina...*, ed. cit., pág. 378), porque antes de que surja la fase ejecutiva (que según ella aparece con la acción precedente) solo habría actos preparatorios, y con su surgimiento habría simultáneamente una infracción de la norma que sanciona la tentativa.

¹⁶⁵³ Una crítica similar puede verse en Eduardo Demetrio Crespo, *Acerca de la actio libera in causa*, ed. cit., págs. 24 y 25.

sobrevenga el resultado perseguido por el autor¹⁶⁵⁴, entonces se le está dando relevancia a las conductas desplegadas por una persona después de colocarse en situación de inimputabilidad.

Pero aun admitiendo en gracia de discusión que los partidarios de esta concepción no incurren en una contradicción por el hecho de establecer una separación entre la acción precedente entendida como “provocación relevante” (que sin embargo no fundamentaría la punibilidad de la tentativa) y la “infracción de la norma” entendida en el sentido de a “comenzar a” ejecutar el delito¹⁶⁵⁵, quedaría todavía por definir cuál es el criterio que permite establecer ese inicio de ejecución que finalmente es lo que permite distinguir los actos preparatorios impunes de la tentativa punible. En el planteamiento analizado ese factor determinante no parece ser el del peligro inminente, porque JOSHI JUBERT admite la posibilidad de que la acción precedente pueda ser considerada como una “provocación relevante” aun cuando solo genere un peligro mediano para el bien jurídico¹⁶⁵⁶; si lo decisivo es que con la conducta generadora de ese peligro el autor se coloque “en un estado en el que posteriormente, de no intervenir ningún otro factor le será imposible, o casi imposible (con una probabilidad rayana en la seguridad) controlar la situación de peligro por él creada”¹⁶⁵⁷, entonces finalmente se está respaldando la tesis de ROXIN sobre la pérdida del dominio del hecho como factor decisivo para determinar el comienzo de la tentativa en los casos de *actio libera in causa* y, en consecuencia, le son aplicables las mismas observaciones críticas que a ella.

Pese a los varios intentos que se han hecho para fortalecer la tesis de la acción precedente como fundamento de la punibilidad de la tentativa en la *actio libera in causa*, se le sigue criticando por permitir una excesiva intervención anticipada del derecho penal, que conduciría a sancionar como tentativa conductas tan equívocas

¹⁶⁵⁴ En este sentido, cfr. Ujala JOSHI JUBERT, La doctrina..., ed. cit., pág. 380.

¹⁶⁵⁵ “Ese resultado, en la *alic* (en grado de tentativa), viene determinado por el <comenzar a> contemplado *ex-post* (.....) el sujeto que se emborracha con el fin de darse ánimos para matar a su enemigo, pero finalmente no llega a salir de casa, no se le puede castigar, puesto que falta el <comenzar a> (examinado *ex-post*)”; Cfr. Ujala JOSHI JUBERT, La doctrina..., ed. cit., pág. 380.

¹⁶⁵⁶ Cfr. Ujala JOSHI JUBERT, La doctrina..., ed. cit., págs. 377 y 378 nota 875.

¹⁶⁵⁷ Cfr. Ujala JOSHI JUBERT, La doctrina..., ed. cit., págs. 377 y 378, nota 875.

como beber en exceso. En respaldo de esta censura se dice que la figura de la *actio libera in causa* permite negar la falta de culpabilidad de quien se coloca en situación de inimputabilidad (o imposibilidad de actuar) para cometer un delito, pero en modo alguno constituye una autorización para anticipar la punibilidad¹⁶⁵⁸.

7.7.2. El comienzo de ejecución del incapaz.-

Otra vertiente doctrinal se inclina por considerar que en la *actio libera in causa* la tentativa sólo comienza cuando quien se ha colocado en situación de inimputabilidad despliega conductas que pueden ser apreciadas como un comienzo de ejecución del delito¹⁶⁵⁹. Para sus defensores, solo la actuación posterior al surgimiento de la incapacidad puede ser correctamente apreciada como el “disponerse a realizar el delito”¹⁶⁶⁰ o, si se prefiere la expresión, como un comportamiento inequívocamente dirigido a la lesión del bien jurídico objeto de protección; para quienes identifican el comienzo de ejecución de la tentativa con el momento en el que ya no son admisibles sucesos adicionales (teoría del acto parcial¹⁶⁶¹), ese mismo parámetro debe ser aplicado en los casos de *actio libera in causa*¹⁶⁶².

En contra de este planteamiento se afirma que quien se pone en situación de inimputabilidad pierde a partir de ese momento la capacidad de comprender la ilicitud de su conducta o de autodeterminarse de acuerdo con esa comprensión; en consecuencia, las actuaciones que despliegue de ese momento en adelante no le pueden ser penalmente reprochadas por falta de culpabilidad.

¹⁶⁵⁸ Cfr. Theo VOGLER, StGB LK, ed. cit., §22 Rn 107.

¹⁶⁵⁹ Cfr. Theo VOGLER, StGB LK, ed. cit., §22 Rn 107, quien considera que “La construcción final de la *actio libera in causa* no cambia nada en cuanto a que la verdadera acción de ejecución del tipo solo ocurre después de la sobrevenida de la incapacidad de culpabilidad.

¹⁶⁶⁰ Cfr. Hans-Heinrich JESCHECK, Lehrbuch, ed. cit., pág. 469, para quien “Tampoco puede en la *actio libera in causa* ser determinante el momento de disponerse a provocar la incapacidad de culpabilidad (por ejemplo a través del auto emborrachamiento), sino solo el disponerse a la realización del tipo”; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Strafrecht AT, Tomo 2, ed. cit., §40/111, pág. 35.

¹⁶⁶¹ Cfr. supra 5.3.2 (la teoría del acto parcial como una de las manifestaciones de las teorías objetivo-materiales para diferenciar entre los actos preparatorios y los ejecutivos).

¹⁶⁶² Cfr. Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Strafrecht AT, Tomo 2, ed. cit., §40/111, pág. 35.

Quienes recurren a la “prueba de fuego de la situación crítica”¹⁶⁶³ como herramienta para diferenciar los actos preparatorios de los ejecutivos, sostienen que quien se coloca en estado de incapacidad responde por tentativa porque ha cruzado esa frontera¹⁶⁶⁴.

A partir de una noción puramente naturalística de conducta, puede ser válida la afirmación conforme a la cual en la *actio libera in causa* el sujeto sólo es capaz de controlarse hasta el momento en que cae en estado de incapacidad; según este mismo parámetro, todo lo que ocurra a partir de entonces no le puede ser atribuido a él como una actuación sometida a su control. Desde una perspectiva valorativa (o normativa, si se prefiere la expresión), JAKOBS se aparta de aquella concepción ontológica al caracterizar como “comportamiento típico” solo la primera de las referidas actuaciones (colocarse en situación de incapacidad), y calificar el suceso posterior como pura “naturaleza”¹⁶⁶⁵.

Si esta distinción se emplea para hacer énfasis en que lo único que tiene relevancia penal es la conducta que conduce a la incapacidad mientras lo demás debe ser descartado como un simple suceso natural, entonces se sigue argumentando al interior de la teoría de la acción precedente. Pero si se entiende que una acción sólo adquiere relevancia social a través de su significado y que por consiguiente es una forma de comunicación, no es correcto escindir la figura de la *actio libera in causa* para afirmar que está compuesta de dos actuaciones distintas: una que termina cuando el autor se torna incapaz y otra que comenzaría en ese momento y culminaría con la lesión al bien jurídico objeto de protección (en el delito consumado) o con su puesta en peligro (en las tentativa). Desde el punto de vista de su trascendencia social, esas dos facetas son valoradas como una sola acción (compleja, si se quiere utilizar la expresión) que comienza con los actos a través de los cuales busca incapacitarse y termina con la puesta en peligro o efectiva vulneración del bien jurídico.

¹⁶⁶³ Cfr. supra 5.4 (la teoría de la prueba de fuego de la situación crítica como una de las manifestaciones de las teorías subjetivas para diferenciar entre los actos preparatorios y los ejecutivos).

¹⁶⁶⁴ Cfr. Hans-Joachim RUDOLPHI, SK, ed. cit., §22 Rn 21; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, Strafrecht AT, Tomo 2, ed. cit., §40/111, pág. 35.

¹⁶⁶⁵ Cfr. Günther JAKOBS, Die sogenannte actio libera in causa, en Festschrift für Haruo Nishihara zum 70.Geburstag, Baden-Baden, Nomos, 1998, págs. 106 y 107.

Al entender la acción como un proceso de comunicación que adquiere relevancia social a partir de su significado, puede afirmarse que en la *actio libera in causa* el comienzo de la tentativa se fija de la misma manera como se hace en todas las manifestaciones delictivas: hay actos ejecutivos y por consiguiente tentativa punible cuando desde un punto de vista externo (social) y bajo una perspectiva *ex-ante* esa conducta (compleja, si se prefiere el calificativo) puede ser interpretada como probabilísticamente apta para producir el resultado pretendido. Eso puede ocurrir en el momento en que el autor se sitúa en estado de incapacidad, como cuando una madre se propina un fuerte golpe en la cabeza para caer inconsciente sobre su pequeño hijo y asfixiarlo, pero también puede suceder después de ese instante, como cuando luego de colocarse en situación de inimputabilidad mediante la ingestión de drogas, la persona se desplaza varios kilómetros hasta llegar al sitio en el que ha planeado dar muerte a su enemigo. Tratándose de una sola acción (desde el punto de vista de su significación social) poco importa si transmite una alta probabilidad de lesionar el bien jurídico desde el momento en que el autor se incapacita o con posterioridad; en ambos casos la actuación es valorada en su conjunto como propia del autor y desde esa perspectiva se determina si es o no probabilísticamente apta para lesionar el bien jurídico.

De esta manera se mantiene una clara separación entre el delito consumado que se caracterizaría por la real afectación al bien jurídico protegido, y la tentativa que surgiría en un momento previo, cuando la conducta del autor puede ser valorada desde un punto de vista externo (significación social) y bajo una perspectiva *ex-ante* como probabilísticamente apta para causar un daño al bien jurídico. La diferenciación entre estos dos lapsos deja abierta la posibilidad de un desistimiento, porque el autor dispone de un espacio temporal para evitar que la amenaza que ha creado contra el bien jurídico llegue a afectarlo de manera efectiva.

Es cierto que cuando la persona se ha puesto en incapacidad de actuar (por ejemplo toma medicamentos que le inducen el sueño) para de esa manera asfixiar al pequeño con el que suele dormir, le resulta imposible desistir después de perder el conocimiento; pero esa no es una particularidad de la *actio libera in causa*, puesto que quien emprende la comisión de un delito siempre puede optar por

actuar de tal manera que se le dificulte o haga imposible un desistimiento. Ese sería el caso de quien vierte veneno en la sopa que su esposo tomará al llegar a casa, y posteriormente ingiere un poderoso somnífero para no tener la tentación de salvar a su cónyuge. No se trata entonces de que la figura misma de la *actio libera in causa* elimine la posibilidad de desistimiento (como sí ocurre con la tesis del actuar precedente), sino que en todas las manifestaciones delictivas el autor puede optar por dificultar o eliminar las probabilidades reales (no teóricas) de un desistimiento.

Algunos plantean un tratamiento diferencial para los casos de *omissio libera in causa*, porque entienden que en ellos la tentativa surge claramente desde el instante en que el garante pierde la capacidad de actuar responsablemente, como ocurriría con el guardavía que se embriaga para evitar cambiar oportunamente las agujas que, correctamente colocadas, evitarían la colisión de dos trenes¹⁶⁶⁶. Sin embargo, como ya se indicó en otro lugar¹⁶⁶⁷, creo que la solución correcta consiste en la utilización del mismo criterio general: habrá tentativa punible cuando una persona despliega una conducta que, siendo diversa de aquella que de él se esperaba en una situación concreta, puede ser interpretada externamente, y desde una perspectiva *ex-post*, en el sentido de que con mucha probabilidad producirá la lesión del bien jurídico protegido; en el caso de la omisión, eso ocurrirá cuando la valoración social de la conducta indique que hay una alta probabilidad de que el autor no reorientará su proceder en el sentido de cumplir oportunamente con su obligación de evitar el resultado.

7.8. Tentativa en los delitos a distancia o con posibilidad de revocación.-

A comienzos del siglo XIX ZACHARÍA recurrió a la enunciación de algunos ejemplos para tratar de arrojar claridad sobre la diferencia entre los actos preparatorios impunes y los ejecutivos dignos de pena; entre otras hipótesis expresamente mencionadas por él, dijo

¹⁶⁶⁶ Cfr. Albin ESER, Schönke/Schröder StGB, ed. cit., §22 Rd 57, quien para los casos de *actio libera in causa* aplica la tesis contraria (el comienzo de ejecución por parte del incapaz); cfr. ibídem §22 Rd 56; Hans-Heinrich JESCHECK, Lehrbuch, ed. cit., págs. 473 y 474, quien frente a la *actio libera in causa* también utiliza la tesis contraria, esto es, la del comienzo de ejecución por parte del incapaz.

¹⁶⁶⁷ Cfr. supra 7.5.

que en todo caso debía ser considerada como perteneciente a la fase de ejecución del delito, la conducta de quien mezcla veneno en la comida de la víctima¹⁶⁶⁸. VON BAR matizó esa afirmación al advertir que no habría tentativa cuando el autor tiene planeado suministrar la comida a su víctima después de un tiempo prolongado, pero que sí la habría cuando el autor mezcla el veneno en una comida que su víctima consumirá inmediatamente¹⁶⁶⁹. Años después, ROXIN analizó otra interesante bifurcación de estos ejemplos al plantear junto a la acción de quien envenena el café que habrá de servirle a su marido cuando regrese a casa, la de la esposa que deja lista la mezcla de café en polvo y veneno para que su cónyuge se la prepare él mismo al llegar a su domicilio común¹⁶⁷⁰.

Al tratarse de ejemplos en los que la actuación del autor (incorporar veneno a un alimento) está temporalmente alejada de la pretendida sobrevención del resultado (ingestión de la comida por parte de la víctima), se discute si ese espacio en el que el autor tiene la posibilidad de modificar su conducta hace parte de los actos preparatorios impunes o si, por el contrario, debe considerarse como incorporado a la fase ejecutiva de la tentativa punible¹⁶⁷¹. Esa separación entre la acción del autor y la buscada afectación del bien jurídico llevó a GÖSSEL a calificar estos casos como “delitos a distancia”¹⁶⁷², mientras otros como JAKOBS enfatizan la posibilidad que tiene el autor de modificar su conducta para referirse a ellos como “delitos con posibilidad de revocación”¹⁶⁷³.

Las primeras inquietudes sobre este tipo de supuestos nacieron en Alemania frente a la definición que introdujo el § 22 sobre la tentativa, en la que se la describe como el “comenzar a realizar

¹⁶⁶⁸ Cfr. Heinrich Albert ZACHARIA, *Die Lehre...*, erster Theil, ed. cit., pág. 202.

¹⁶⁶⁹ Cfr. Ludwig von BAR, *Zur Lehre...*, ed. cit., pág. 32.

¹⁶⁷⁰ Cfr. Claus ROXIN, MAURACH *Festschrift*, ed. cit., págs. 215 y 216.

¹⁶⁷¹ ZACZYK advierte sobre la problemática de los delitos en los que entre la acción del autor y la sobrevención del resultado planeado existe una gran distancia temporal, citando ejemplos como el del autor que envía una carta extorsiva a un hombre de negocios que vive en Hong Kong pero que, por estar en un prolongado viaje de negocios, solo recibe la carta varias semanas después de que la misma llegó a su oficina, y el de la mujer que mezcla veneno en el café en polvo de su esposo, quien sólo días después regresará a casa; cfr. Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., pág. 320.

¹⁶⁷² Karl-Heinz GÖSSEL, JR 1976, ed. cit., pág. 250.

¹⁶⁷³ Cfr. Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., §25/71, pág. 733.

inmediatamente el tipo, de acuerdo con la representación del autor”. Según esta fórmula, si el autor considera que ha hecho todo lo que de su parte era necesario para consumar el delito, se diría que está incurso en una tentativa acabada, mientras si a su modo de ver aún no ha desplegado toda la actividad necesaria para afectar el bien jurídico, entonces sólo responderá como autor de una tentativa inacabada.

De seguirse estrictamente esta forma de distinguir entre las tentativas acabada e inacabada, la mujer que mezcla veneno en la comida de su marido con la intención de servírsela en la noche cuando éste llegue de su trabajo a casa, no habrá realizado todavía la totalidad de los actos necesarios para conseguir su plan (envenenar a su pareja), de tal manera que su conducta debería ser considerada como una tentativa inacabada; por el contrario, si la mujer mezcla veneno en el café en polvo con el que su marido suele prepararse el desayuno y después abandona la casa para que sea su propio cónyuge el que, a la mañana siguiente, se prepare la bebida envenenada, entonces habrá hecho todo lo que desde su punto de vista era necesario para consumar el delito y, por consiguiente, se estaría en frente de una tentativa acabada.

Sin embargo, esa visión estrictamente subjetiva de las tentativas acabada e inacabada podría expandir excesivamente la esfera de acción del derecho penal, por ejemplo haciendo responsable a quien reza para que su enemigo fallezca, con el íntimo convencimiento de que esa acción suya basta para la producción del resultado pretendido. Por eso es indispensable introducir un correctivo objetivo que permita limitar el ámbito de aplicación de la tentativa, que algunos ven en la teoría objetivo material¹⁶⁷⁴, conforme a la cual la actuación del autor (que según su representación ha comenzado a realizar el tipo) sólo es punible a título de tentativa si ha puesto en peligro inmediato el bien jurídico objeto de protección¹⁶⁷⁵.

¹⁶⁷⁴ Sobre el contenido de la teoría objetivo material como razón de ser de la punibilidad de la tentativa, cfr. supra 2.1.1.2.

¹⁶⁷⁵ Sobre esta forma de interpretar el §22 del Código Penal alemán, para evitar lo que a su juicio sería un abierto desconocimiento a la pretensión legislativa de limitar el ámbito de aplicación de la tentativa punible, cfr. Claus ROXIN, Maurach-Festschrift, ed. cit., pág. 214.

Con esta corrección, sería impune la conducta de la mujer que mezcla veneno en la comida de su marido y espera pacientemente en su casa hasta que él retorne (varias horas después) para servírsela de cena; esa actuación sería entonces un acto preparatorio, que sólo cruzaría la frontera de los actos ejecutivos cuando, al regresar su cónyuge, la mujer se disponga a brindarle la cena envenenada. La estricta aplicación de este criterio conduciría a sancionar por tentativa a la mujer, no en el momento de preparar la cena envenenada, sino cuando al regresar su marido (horas más tarde) se la sirve, solución que no suele encontrar reparos en la doctrina.

El problema surge porque con el parámetro del peligro objetivo inminente la conclusión debería ser idéntica en el caso de que la mujer abandonara la casa después de preparar la comida envenenada, para que fuera su propio esposo quien al llegar al domicilio común varias horas más tarde se la sirviera; en este caso también debería decirse que sólo hay peligro inmediato cuando el cónyuge se dispone a ingerir la comida¹⁶⁷⁶, lo cual presenta dos importantes inconvenientes: el primero, que en estricto sentido la tentativa no comenzaría con una acción del autor (como exigen las normas que la sancionan), sino con una actuación de la propia víctima; el segundo, que el comportamiento de la esposa sería impune si cuando el marido regresa a su casa nota un desagradable olor a almendras amargas en la cocina y a causa de ello decide tirar la comida, o cuando antes de su arribo un gato ha tirado el plato que contiene el alimento envenenado y por eso la víctima no puede comer lo que su esposa le tenía preparado¹⁶⁷⁷.

Para solucionar este inconveniente, RUDOLPHI insiste en la necesidad de recurrir al plan del autor como criterio para determinar el comienzo de ejecución de la tentativa que, a su modo de ver, es precisamente el mecanismo que contiene el § 22 del Código Penal alemán al señalar que el inicio de la tentativa está atado a la representación del autor¹⁶⁷⁸; aplicada esta fórmula a las hipótesis

¹⁶⁷⁶ Cfr. Claus ROXIN, *Maurach-Festschrift*, ed. cit., págs. 215 y 216.

¹⁶⁷⁷ En este punto, la problemática corresponde integralmente a la ya planteada al analizar el tema de la tentativa en la autoría mediata, en especial cuando el autor mediato utiliza a la propia víctima como instrumento; para una visión más completa de las posiciones teóricas enfrentadas, cfr. *supra* 7.2.

¹⁶⁷⁸ A juicio de RUDOLPHI, “también esto lo ha dejado expresamente aclarado el legislador a través de su formulación en el §22 ‘quien *según su representación* se dispone

aquí analizadas, se tendría que si el plan de la mujer es aguardar la llegada de su esposo para servirle personalmente la comida que horas antes le preparó y envenenó, entonces la tentativa sólo comenzaría en el instante en que su pareja llegara a casa, porque así fue concebido el plan de la mujer. Por el contrario, y siguiendo el mismo parámetro, si la esposa tenía planeado abandonar el domicilio común después de mezclar veneno en la comida de su esposo, para que fuera este último quien al regresar se la sirviera, la tentativa comenzaría cuando ella sale de su hogar dejando la cena envenenada lista para que su esposo la tome en cuanto llegue a casa. Si se quisiera reducir a una corta frase el planteamiento de RUDOLPHI en este aspecto, tendría que decirse que el comienzo de la tentativa en estos ejemplos depende de si la víctima se sirve por sí misma el café o la cena envenenadas (caso en el que la tentativa comenzaría en el momento en que la mujer abandona la casa) o si la esposa que envenenó la comida se la habrá de servir personalmente a su esposo (hipótesis en la cual la tentativa comenzaría en el momento en que la comida es puesta a disposición de la víctima)¹⁶⁷⁹.

Hacer depende el comienzo de la tentativa de si en los ejemplos propuestos es la propia víctima quien se sirve la comida envenenada o se lo hace su esposa no parece la solución correcta, porque el peligro inminente para el bien jurídico sólo iniciaría cuando el alimento está a punto de ser consumido por la víctima, sin importar si a ese instante se llegó porque fue ella misma quien se lo sirvió o fue su esposa quien lo hizo¹⁶⁸⁰; el plan del autor no tiene la capacidad de variar el momento en que el bien jurídico queda en inminente peligro desde el punto de vista objetivo.

Con el propósito de evitar esta inconsistencia, ROXIN propone utilizar la figura del dominio del hecho¹⁶⁸¹ para afirmar que

inmediatamente a realizar el tipo"; cfr. Hans-Joachim RUDOLPHI, JuS 1973, ed. cit., pág. 23.

¹⁶⁷⁹ Cfr. Hans-Joachim RUDOLPHI, JuS 1973, ed. cit., pág. 23.

¹⁶⁸⁰ Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., §25/72, pág. 734; Claus ROXIN, Maurach-Festschrift, ed. cit., págs. 215 y 216; Claus ROXIN, JuS 1979, ed. cit., pág. 9.

¹⁶⁸¹ ZACZYK comparte la propuesta de ROXIN en el sentido de recurrir al empleo de la teoría del dominio del hecho, pero propone complementarla en el sentido de que el autor debe haber creado, con su conducta, circunstancias que en cierta medida amplía la esfera de acción autónoma de la víctima; eso ocurriría, a su juicio, en el caso de la mujer que abandona la casa después de haber envenenado el café, en la medida en que con esa

mientras la persona tenga en sus manos el control del suceso que ha puesto en marcha su conducta será impune como acto preparatorio, y que sólo podrá considerarse que ha ingresado al ámbito de la tentativa punible en cuanto pierda el control de los acontecimientos, si es que el bien jurídico no se encuentra ya en una situación de peligro inmediato¹⁶⁸². En los ejemplos analizados, esto significaría que es punible la conducta de la mujer que abandona el hogar común después de haber envenenado la comida de su esposo, pero sería impune si después de hacerlo espera pacientemente en casa las horas que hacen falta para el arribo de éste, momento en el cual planea brindarle el mortal alimento¹⁶⁸³. En la primera variante la punibilidad se justificaría porque la señora no tendría ya el control de los acontecimientos posteriores, lo que dejaría la sobrevención del resultado fuera de sus manos, mientras en la segunda hipótesis la impunidad de la mujer se explicaría porque aún no ha perdido el dominio del hecho, pues antes de la llegada de su marido todavía puede tirar la comida y evitar la lesión al bien jurídico¹⁶⁸⁴.

El tema de la impunidad en esta segunda alternativa no queda muy claro, porque en la tentativa inacabada también puede afirmarse válidamente que como el autor todavía no ha hecho todo lo necesario para consumar el delito y puede reflexionar sobre su ejecución, conserva el control sobre la situación. En efecto, si se admite que la tentativa comienza cuando la mujer añade veneno al café en polvo, independientemente de cuándo la bebida sea puesta a disposición de la víctima, se diría que hay ya una tentativa inacabada punible; sin embargo, nadie discutiría que en ese momento la mujer sigue teniendo la posibilidad de evitar la sobrevención del resultado tirando el café a la basura, para citar solo una opción; incluso si para el surgimiento de la tentativa se exige que después de envenenar el café la mujer abandone la casa podría ser discutible que haya perdido el dominio del hecho porque siempre podría llamar por teléfono a su

actuación el autor abandona el control de “su parte”; cfr. Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., pág. 321.

¹⁶⁸² Sobre la aplicación alternativa de los criterios del peligro inmediato y la pérdida del dominio del hecho en los delitos a distancia o con posibilidad de revocación, cfr. Claus ROXIN, *Maurach-Festschrift*, ed. cit., págs. 215, 217 y 218.

¹⁶⁸³ Cfr. Claus ROXIN, *Maurach-Festschrift*, ed. cit., pág. 215.

¹⁶⁸⁴ Cfr. Claus ROXIN, *Maurach-Festschrift*, ed. cit., pág. 214; Claus ROXIN, *JuS 1973*, ed. cit., págs. 329 y 330 (en este artículo no cita ya ROXIN el caso de la mujer que vierte veneno en el café en polvo, sino que alude a la esposa que mezcla veneno en la botella de Whisky de su marido, mientras este se encuentra de viaje).

marido para advertirle del peligro y así evitar que beba el café envenenado¹⁶⁸⁵. Siendo ello así, la utilización del dominio del hecho no permitiría distinguir con claridad si la conducta de la mujer que envenena la comida de su esposo y aguarda su regreso a casa para servírsela es un caso de tentativa inacabada punible o una hipótesis de actos preparatorios impunes.

Con la idea de superar este inconveniente mediante una clara delimitación de lo que ya no serían meros actos preparatorios impunes, sino el comienzo de la tentativa (inacabada, que abre la posibilidad del desistimiento), ROXIN acude al criterio de la “prueba de fuego de la situación crítica” desarrollado por BOCKELMANN¹⁶⁸⁶, para afirmar que en los casos de tentativa inacabada el autor ya ha superado esa prueba porque al haber tomado la decisión de ejecutar el delito su conducta es punible, a diferencia de lo que ocurre en el ejemplo de la mujer que envenena la comida de su cónyuge, en la medida en que ella siga cavilando sobre si se la servirá o no a su esposo cuando regrese a casa¹⁶⁸⁷. La invocación del criterio de la “prueba de fuego de la situación crítica” como forma de distinguir cuándo mantener el dominio del hecho es punible como tentativa inacabada y cuándo es impune como acto preparatorio, equivale a decir que esa es la tesis correcta para establecer el momento en el que comienza la tentativa punible; expresado en palabras diversas, esto indicaría que los llamados delitos a distancia o con posibilidad de revocación no requieren de un tratamiento especial, sino que responden a las reglas generales que se fijen para delimitar los actos preparatorios impunes de los ejecutivos punibles. Esta conclusión se ve reforzada en un artículo posterior del mismo ROXIN, en el que en lugar de invocar la “prueba de fuego de la situación crítica”, acude a la teoría de la

¹⁶⁸⁵ Así lo admite el propio Claus ROXIN, JuS 1979, ed. cit., págs. 9 y 10; Claus ROXIN, Maurach-Festschrift, ed. cit., pág. 214; sin embargo, ROXIN precisa que actuaciones como esta (llamar a casa para advertir al marido del veneno en sus alimentos) “requiere de un movimiento declinante interno y externo, que debe juzgarse como un desistimiento de la tentativa de homicidio y no como la justificada asunción de que lo hasta allí hecho es solo un acto preparatorio”; cfr. ibidem, págs. 9 y 10.

¹⁶⁸⁶ Sobre el contenido de esta teoría, cfr. supra 5.4.

¹⁶⁸⁷ Cfr. Claus ROXIN, Maurach-Festschrift, ed. cit., pág. 215; Claus ROXIN, JuS 1973, ed. cit., págs. 329 y 330 (en este artículo varía un poco el ejemplo del café envenenado, para referirse a la mujer que mezcla veneno en la botella de Whisky de su marido, quien está de viaje).

impresión para distinguir los casos en que mantener el dominio del hecho es punible, de aquellos en que debe ser penalizado¹⁶⁸⁸.

En síntesis, la propuesta de ROXIN abarca dos escenarios: en el primero, que se refiere a aquellos casos como el de la señora que envenena la comida de su esposo y le espera pacientemente hasta que llegue a casa para brindársela, serían aplicables las reglas de la tentativa inidónea, es decir, sólo habría tentativa si la mujer ha superado “la prueba de fuego de la situación crítica” o con su conducta ha generado una impresión negativa en la comunidad¹⁶⁸⁹. En el segundo, que abarcaría hipótesis como la de la señora que después de envenenar la comida de su cónyuge abandona el hogar común para que sea su marido el que al regresar de su trabajo se sirva la comida, no serían aplicables las reglas de la tentativa inacabada ni sería posible hablar de la existencia de un peligro inminente para el bien jurídico, por lo que debería recurrirse al criterio de la pérdida de dominio del suceso¹⁶⁹⁰.

Por lo que respecta a las hipótesis en las que ROXIN aprecia una tentativa inacabada y sugiere fijar el comienzo de la tentativa de acuerdo con los parámetros generales (que para él son la “prueba de fuego de la situación crítica” y la “teoría de la impresión”), creo que el planteamiento es correcto porque permite mantener un solo criterio en cuanto a la forma de trazar un límite entre actos preparatorios y ejecutivos, en lugar de recurrir a varios de ellos dependiendo de la forma en que la conducta se desarrolla (con proximidad temporal entre ella y el resultado pretendido, o mediando entre ellos una considerable distancia); mi única discrepancia en este punto radica en que no comparto los parámetros utilizados por ROXIN para fijar el comienzo de la tentativa, sino que prefiero recurrir a una teoría normativa como la que en páginas anteriores se

¹⁶⁸⁸ “Imaginemos que alguien coloca una bomba bajo el atril del orador, donde unos segundos después de su ingreso debe explotar y después se marcha. La bomba es descubierta y desactivada poco antes de la llegada del orador; el autor es aprehendido. Es inadmisibles que eso no se entienda como una tentativa de homicidio o que en nuestro otro ejemplo haya impunidad en el caso de que la policía aprehenda la carta extorsiva antes de que llegue a su destinatario. Porque la impresión que sacude al derecho, que ilustra la razón de ser de la punibilidad de la tentativa, existe en una medida tan fuerte, que prescindir de la sanción luce como inaceptable”; cfr. Claus ROXIN, JuS 1979, ed. cit., pág. 10.

¹⁶⁸⁹ Cfr. Claus ROXIN, JuS 1979, ed. cit., pág. 9

¹⁶⁹⁰ Cfr. Claus ROXIN, JuS 1979, ed. cit., págs. 9 y 10.

expuso¹⁶⁹¹. En cuanto a la aplicación de la tesis del dominio del hecho, no queda claro porqué para que alguien sea autor de un delito consumado debe dominar el suceso, pero para que se lo pueda responsabilizar por una tentativa (en los delitos a distancia o con posibilidad de revocación) debe perder ese control; tampoco hay claridad sobre la forma en que debe establecerse la pérdida del dominio por parte del autor, de tal manera que en los casos aquí analizados surgen dudas sobre si ello ocurriría cuando la persona se aleje de la fuente de peligro (la mujer sale de la cocina donde ha dejado la mezcla de veneno y café en polvo, pero se mantiene dentro de la casa), o si es necesario que abandone el domicilio común, hipótesis en la que todavía cabría preguntarse si basta con que permanezca en la casa de al lado o si es menester que se aleje mucho más (¿cuán lejos debe marcharse?)¹⁶⁹². Igualmente incierta es la forma como debería distinguirse la evitación del resultado que haría parte de un acto preparatorio impune (la mujer que habiendo permanecido todo el tiempo al lado de la comida envenenada decide tirarla en cuanto su marido entre a casa), de aquella que constituiría ya un desistimiento (la mujer que habiendo abandonado el hogar después de envenenar la comida, regresa horas más tarde, pero poco antes de que su marido lo haga, y la tira).

Para JAKOBS, los problemas que este tipo de delitos plantea se deben a que presentan una mezcla de acción y omisión que parece incompatible con la redacción formal del parágrafo que en Alemania sanciona como tentativa a quien “según su representación dé comienzo inmediatamente a la ejecución del tipo”; a su modo de ver, la correcta interpretación de esa norma obliga a valorar la conducta teniendo en cuenta no solo la acción, sino también la omisión¹⁶⁹³. La solución que JAKOBS brinda a este problema no consiste en la formulación de un único parámetro específico, sino que lo desarrolla como una manifestación de la tentativa acabada y propone la aplicación de las mismas directrices positivas y negativas que operarían en las hipótesis de tentativa de omisión.

Según esos criterios negativos vinculantes, siempre habría tentativa cuando el autor debe realizar especiales esfuerzos para impedir el

¹⁶⁹¹ Cfr. supra 2.2.3.

¹⁶⁹² Cfr. Rolf-Dietrich HERZBERG, MDR 1973, ed. cit., págs. 92 y 93.

¹⁶⁹³ Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., §25/72, pág. 734.

resultado, pero nunca cuando la conducta del autor corresponde a un comportamiento socialmente normal¹⁶⁹⁴, como cuando fabrica un artefacto explosivo en su propia casa¹⁶⁹⁵; como parámetros positivos meramente indicativos, funcionarían la proximidad temporal de la producción del resultado, la unidad del comportamiento de intervención (como cuando el autor no ayuda a la víctima que intenta salir del lago a donde la ha lanzado con el ánimo de ahogarla), y la irrupción en la esfera de protección de la persona a quien se pretende afectar, como cuando el tendero le suministra un frasco de leche envenenada (no así cuando lo tiene preparado para el momento en que su enemigo vaya un día a comprar leche, como acostumbra a hacerlo)¹⁶⁹⁶.

No me parece que para fijar el comienzo de la tentativa en los delitos a distancia o con posibilidad de revocación deba recurrirse a la creación de criterios distintos de aquellos que en términos generales se requieran para conseguir el mismo propósito en las demás manifestaciones delictivas. Si se asume que la existencia de un peligro para el bien jurídico debe valorarse desde una perspectiva *ex-ante*, y bajo reglas objetivas (la significación social del comportamiento que, en todo caso, incorpora los conocimientos del autor)¹⁶⁹⁷, entonces la tentativa existirá siempre que una determinada conducta pueda ser apreciada como probabilísticamente apta para producir el resultado buscado por el autor. Es importante

¹⁶⁹⁴ VEHLING lleva al extremo este parámetro propuesto por JAKOBS, al punto de utilizarlo como el único criterio apto para establecer cuándo existe tentativa en los delitos a distancia o con posibilidad de revocación. A su modo de ver, si el autor desarrolla una conducta acorde con lo que de ella se espera, su comportamiento carece de relevancia penal (Cfr. Karl-Heinz VEHLING, *Die Abgrenzung...*, ed. cit., pág. 168); al ejemplificar la situación, dice que el ama de casa que tiene entre sus funciones preparar el café para su jefe despliega una conducta irrelevante cuando lo prepara adicionándole veneno (Cfr. Karl-Heinz VEHLING, *Die Abgrenzung...*, ed. cit., pág. 168), y que la esposa que siempre cocina para su marido se mantiene dentro de los actos preparatorios cuando mezcla veneno con la comida que prepara para él, porque eso hace parte de su rol de esposa (Cfr. Karl-Heinz VEHLING, *Die Abgrenzung...*, ed. cit., págs. 169 y 170); según VEHLING, las conductas del ama de llaves y de la esposa en los ejemplos citados solo serían punibles cuando sirven el café o la comida a la víctima, porque de ellas en sus respectivos roles se espera que solo pongan a disposición del jefe o esposo alimentos y bebidas que no sean peligrosas para la salud (Cfr. Karl-Heinz VEHLING, *Die Abgrenzung...*, ed. cit., págs. 168, 169 y 170).

¹⁶⁹⁵ Cfr. Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., §25/73, págs. 734 y 735.

¹⁶⁹⁶ Cfr. Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., §25/74, pág. 735.

¹⁶⁹⁷ Sobre el contenido de la teoría normativa que aquí se emplea para fijar el comienzo de la tentativa, cfr. *supra* 2.2.3.

tener en cuenta, una vez más, que la actuación objeto de valoración es compleja porque solo de esa forma se la aprecia socialmente; lo que se analiza no es el acto aislado de verter veneno en la bolsa de café en polvo, en la botella de whisky o en la cena que se prepara, ni el hecho aislado de que la víctima cruce el umbral de su casa, ni el hecho de que la mujer salga de la misma después de envenenar la comida de su cónyuge; lo que debe ser objeto de estimación es la totalidad de la conducta desplegada por el autor, a partir del momento en que decide emprender una acción delictiva. Cuando en ese proceso de valoración global la conducta puede ya ser interpretada externamente como probabilísticamente apta para producir el resultado buscado, entonces surgirá la tentativa punible.

En el caso de la mujer que espera a su marido para servirle personalmente la cena envenenada, habrá tentativa cuando ponga los alimentos a disposición de la víctima, porque solo en ese momento el comportamiento puede ser interpretado como probabilísticamente apto para producir la muerte del marido; verter veneno en una comida y observarla durante horas no puede ser externamente apreciado como una conducta capaz de generar (con alto grado de probabilidad) la muerte de una persona. Por el contrario, mezclar veneno en el café que su esposo acostumbra a beber cada vez que regresa a casa, y abandonar inmediatamente el domicilio común en forma tal que las probabilidades de revocación de esa conducta así emprendida disminuyan de manera sensible, permite valorar ese comportamiento como tentativa en la medida en que luce como probabilísticamente apto para producir el resultado perseguido por el autor; que después de ese momento pueda aún impedir la sobrevención del resultado (llamando al marido para alertarlo del peligro o regresando apresuradamente a casa antes que él para tirar la comida) no altera la existencia de la tentativa y solo tiene importancia desde el punto de vista del desistimiento.

Tienen razón JAKOBS y VEHLING al señalar que las conductas que socialmente puedan ser valoradas como normales¹⁶⁹⁸ o ajustadas al respectivo rol¹⁶⁹⁹ no constituyen una tentativa punible.

¹⁶⁹⁸ Cfr. Günther JAKOBS, Lehrbuch, ed. cit., §25/73, págs. 734 y 735.

¹⁶⁹⁹ Cfr. Karl-Heinz VEHLING, Die Abgrenzung..., ed. cit., pág. 168.

Solo que esa valoración no debe hacerse de manera aislada¹⁷⁰⁰, sino como parte de una acción compleja que desde el punto de vista ontológico tiene otros componentes como el marcharse de casa o el arribo del marido unas horas más tarde. También creo que acierta JAKOBS al señalar que la tentativa surge cuando la revocación requiere un mayor esfuerzo por parte del autor¹⁷⁰¹, precisamente porque eso demuestra que la conducta hasta ese momento desplegada puede ser externamente valorada como probabilísticamente apta para generar el resultado perseguido, lo que hace necesario un esfuerzo adicional del autor para revertir esa tendencia. Lo mismo puede decirse de la necesidad (igualmente planteada por JAKOBS) de que el comportamiento del autor invada la esfera privada de la víctima¹⁷⁰²; sólo que esa indebida intromisión en la esfera de autor surgiría cuando la valoración objetiva y *ex-ante* de la conducta global la muestre como probabilísticamente apta para afectar el bien jurídico de la víctima. Sólo que todos estos criterios que JAKOBS plantea de manera aislada, quedan abarcados por una teoría normativa como la que aquí se defiende como mecanismo para fijar el comienzo de la tentativa en todas sus manifestaciones, incluidas las hipótesis de delitos a distancia o con posibilidad de revocación.

7.9. Tentativa de actos preparatorios punibles.-

A partir del *iter criminis*¹⁷⁰³ como forma didáctica de representar la estructura de la tentativa, se suele tener como una afirmación generalmente válida la de que los actos preparatorios son impunes¹⁷⁰⁴; sin embargo, no es infrecuente que por razones de política criminal el legislador decida describir como delito autónomo una conducta que en caso contrario sería valorada como un simple acto preparatorio¹⁷⁰⁵, con lo cual busca una más efectiva protección de determinados bienes jurídicos frente a actuaciones especialmente

¹⁷⁰⁰ No es que la acción aislada de “verter veneno en el café” sea lo que se espera de toda ama de casa o esposa diligente, como se desprende de la postura de VEHLING (cfr. Karl-Heinz VEHLING, *Die Abgrenzung...*, ed. cit., pág. 168).

¹⁷⁰¹ Cfr. Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., §25/73, pág. 734.

¹⁷⁰² Cfr. Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., §25/74, pág. 735.

¹⁷⁰³ Para algunas consideraciones sobre el *iter criminis*, cfr. *supra* 3.1.

¹⁷⁰⁴ Cfr. *supra* 5.1.

¹⁷⁰⁵ Cfr. Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER, *Strafrecht AT*, ed. cit., pág. 481.

peligrosas para ellos¹⁷⁰⁶. Cuando esto ocurre, surge la inquietud sobre si respecto de esos actos preparatorios elevados a la categoría de delitos en la parte especial del Código Penal es factible predicar, a su vez, la existencia de una tentativa¹⁷⁰⁷. Aun cuando parecería una pregunta muy sencilla de responder en sentido negativo, sobre el supuesto de que si los actos preparatorios son impunes con mayor razón debería serlo la tentativa de ellos, la cuestión es un poco más compleja.

La aparente validez de una respuesta negativa¹⁷⁰⁸ está edificada a partir de la existencia de un concepto material y prejurídico de consumación, respecto del cual se predicarían las categorías de ejecución y preparación¹⁷⁰⁹, que se opondría al de consumación meramente formal como el que existiría en los casos en que se tipifica como consumado un acto preparativo¹⁷¹⁰. Ocurre, sin embargo, que la consumación es una noción valorativa que se aplica a conductas cuya realización está descrita en la parte especial de los Códigos Penales; un delito es consumado cuando el autor despliega completamente la conducta descrita en un tipo de la parte especial, y es una tentativa cuando alguien comienza a ejecutar esa misma conducta pero sin conseguir desarrollarla de manera integral, debido a circunstancias ajenas a su voluntad. La existencia de un determinado resultado naturalístico no es un requisito indispensable para la configuración del delito consumado, ni tampoco la lesión del bien jurídico protegido, como lo demuestra la presencia de delitos de mera conducta (consumados), de peligro (consumados) e incluso de emprendimiento (consumados) en las codificaciones penales.

¹⁷⁰⁶ Sobre la pretendida eficacia de esta anticipación de la punibilidad frente a la protección del bien jurídico, cfr. Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER, *Strafrecht AT*, ed. cit., pág. 481.

¹⁷⁰⁷ Cfr. Bernd-Rüdiger SONNEN/Thomas HANSEN-SIEDLER, *JA* 1988, ed. cit., pág. 18; Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., págs. 323 y 324.

¹⁷⁰⁸ A favor de una negación de la tentativa en los casos de actos preparatorios tipificados como delitos consumados, cfr. Bernd-Rüdiger SONNEN/Thomas HANSEN-SIEDLER, *JA* 1988, ed. cit., pág. 18.

¹⁷⁰⁹ BAUMANN y WEBER consideran que aplicar una pena en estos casos equivale a sancionar la tentativa de una tentativa de tentativa; cfr. Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER, *Strafrecht AT*, ed. cit., pág. 481.

¹⁷¹⁰ Sobre el concepto de consumación formal en estos casos, cfr. Albin ESER, *Schönke/Schröder StGB*, ed. cit., vor §22 Rd. 28; Theo VOGLER, *StGB LK*, ed. cit., Vor §22 Rn. 11.

Un delito es consumado cuando el legislador decide sancionar la realización integral de una conducta que describe en la parte especial del Código Penal¹⁷¹¹, independientemente de si ella requiere o no de un resultado naturalístico, o de si ella supone o no la efectiva lesión de un bien jurídico objeto de protección. Una vez que el legislador crea un delito consumado, respecto de él se deben predicar las fases de ejecución y preparación, que no existen en abstracto. Por eso no puede decirse de manera general que si los actos preparatorios son impunes con mayor razón deben serlo las tentativas de actos preparatorios cuando éstos son elevados a la categoría de delito autónomo; la incorrección de esta afirmación radica en que cuando el legislador prevé en la parte especial del Código Penal la sanción de quien despliega integralmente la conducta descrita en un determinado tipo, ya no se está en frente de un acto preparatorio, sino de una consumación¹⁷¹² que no debería ser calificada como meramente formal, en cuanto no hay una de naturaleza material (independiente y previa a la voluntad del legislador) a la que pueda ser enfrentada.

Por eso cuando el legislador decide elevar a la categoría de delito consumado un comportamiento que de otra manera sólo podría ser apreciado como un acto preparatorio, debe asegurarse de que se trata de una decisión viable desde el punto de vista de política criminal; es decir, debe tener claro que la conducta descrita constituye una forma de ataque al bien jurídico que merece un reproche desde el punto de vista del derecho penal¹⁷¹³. Una vez admitida la viabilidad de erigir en delito autónomo una actuación que de otra forma no pasaría de ser un acto preparatorio, la decisión sobre posibilidad de que respecto de ese delito así creado pueda predicarse la tentativa, dependerá de si los requisitos que la doctrina ha desarrollado en torno a su estructura se cumplen a cabalidad o no; en términos generales puede decirse que la respuesta será afirmativa si el comportamiento del autor puede ser valorado desde un punto de vista objetivo y bajo una perspectiva *ex-ante*, como probabilísticamente apto para lograr lo que el autor se propone

¹⁷¹¹ Cfr. Elena FARRÉ, La tentativa, ed. cit., págs. 497 y 498.

¹⁷¹² Cfr. Heiner ALWART, Strafwürdiges..., ed. cit., págs. 118 y 119; Elena FARRÉ, La tentativa, ed. cit., págs. 497 y 498; Karl LACKNER, StGB Beck'sche Verlagsbuchhandlung, ed. cit., Vor §22, 3.

¹⁷¹³ Sobre la inconveniencia de sancionar actos preparatorios como delitos consumados, cfr. supra 5.1.

(realizar integralmente la conducta descrita en el tipo penal consumado), para lo cual se hace necesario examinar cada comportamiento frente al respectivo tipo penal¹⁷¹⁴.

Es preciso aclarar, ante todo, que los códigos penales alemán¹⁷¹⁵, español y colombiano (para citar solo unos ejemplos) no incluyen dentro de su parte general una norma que, de forma similar a la que desarrolla la tentativa, sancione los actos preparatorios. Por eso la pregunta planteada no puede ser contestada acudiendo a un inexistente dispositivo amplificador del tipo, sino que debe responderse con base en el análisis de los tipos que en la parte especial de las codificaciones penales consagran como delitos consumados algunas modalidades de preparación¹⁷¹⁶.

Desde el punto de vista de técnica legislativa, la tipificación de los actos preparatorios como delitos consumados puede hacerse señalando de manera puntual la conducta que el legislador pretende sancionar como peligrosa para el bien jurídico, o a través de una descripción general de la preparación de un delito sin referencia a ningún comportamiento en particular. Mientras en esta segunda variante se podría decir que el legislador ha decidido sancionar la preparación en sí misma, en la primera alternativa lo que se busca reprochar es una determinada conducta por reputársela especialmente peligrosa para el bien jurídico que se pretende proteger¹⁷¹⁷.

¹⁷¹⁴ FARRÉ se muestra escéptica frente a la posibilidad de sancionar la tentativa en los casos de actos preparatorios elevados por el legislador a la categoría de delitos consumados, porque a su modo de ver puede parecer innecesario un nuevo adelantamiento de la punición; sin embargo, sugiere tomar una decisión “atendiendo a las características de cada tipo”; cfr. Elena FARRÉ, *La tentativa*, ed. cit., pág. 499.

¹⁷¹⁵ Cfr. Heiner ALWART, *Strafwürdiges...*, ed. cit., pág. 117.

¹⁷¹⁶ Refiriéndose expresamente a los delitos de conspiración, proposición y provocación consagrados en la legislación penal española, MIR PUIG afirma que por tratarse de delitos “no autónomos”, respecto de ellos no es viable “la punición de formas de *imperfecta realización*”; cfr. Santiago MIR PUIG, *Derecho Penal*, ed. cit., §13/32, pág. 349.

¹⁷¹⁷ Sobre estas dos formas de tipificar como delitos consumados los actos preparatorios, cfr. Heiner ALWART, *Strafwürdiges...*, ed. cit., págs. 117 y 118, quien incluso menciona otras posibilidades teóricas de tipificación de actos preparatorios; Karl LACKNER, *StGB Beck'she Verlagsbuhhandlung*, ed. cit., Vor §22, 3; Hans-Joachim RUDOLPHI, *SK StGB*, ed. cit., Vor §22 Rn 2, 3; Reiner ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., págs. 323 y 324.

Un ejemplo de la primera categoría es el delito de estafa de seguros descrito en el párrafo 265 del Código Penal alemán, conforme al cual se sanciona (entre otras) la conducta de quien dañe o destruya un bien asegurado contra destrucción o afectaciones a su integridad con el propósito de conseguir (para él o para un tercero) beneficios derivados del seguro. Para ejemplificar la situación puede pensarse en que alguien que ha asegurado su vehículo contra incendios, lo quema intencionalmente para cobrar el seguro. Lo que se está sancionando en ese tipo penal no es la acción de cobrar indebidamente la póliza engañando a la compañía aseguradora sobre la real existencia del siniestro, porque esa conducta encajaría ya en la descripción típica del delito de estafa (párrafo 263 del Código Penal alemán). Lo que el legislador reprocha es una actuación previa al indebido reclamo a la compañía aseguradora; censura la destrucción del bien con el propósito de cobrar la póliza, aun cuando el dueño del mismo todavía no haya presentado una reclamación ante la empresa aseguradora; si ya lo hubiera hecho (sin conseguir aún el pago pretendido), esa conducta podría ser reprochable como una tentativa de estafa. Lo que con este tipo penal ha hecho el legislador alemán es ir un poco más atrás de la consumación (cobrar indebidamente el seguro) y de la tentativa (exigir indebidamente el pago de la póliza), para sancionar a quien hasta ahora ha destruido su vehículo con la idea de proceder luego a hacer la correspondiente reclamación ante la compañía aseguradora. Se trata, sin ninguna duda, de la punición de un acto preparatorio a través de su descripción legal como delito consumado.

Si frente a ese tipo penal se varía un poco el ejemplo, de tal forma que la persona que pretende cobrar el seguro de su automóvil le prende fuego sin percatarse de que en realidad la póliza había vencido unos días antes, no cabe duda de que la acción de incendiar el vehículo puede ser valorada objetivamente y desde una perspectiva *ex-ante* como probabilísticamente apta para conseguir el propósito típico perseguido por el autor (destruir la cosa asegurada)¹⁷¹⁸. Lo mismo puede decirse de quien con la pretensión de destruir una valiosa colección de relojes que previamente ha asegurado, prende fuego al mueble donde la guarda, el cual resulta

¹⁷¹⁸ En cuanto a la solución del caso concreto (no en lo atinente a la forma como se determina el comienzo de ejecución) cfr. Theo VOGLER, StGB LK, ed. cit., Vor §22 Rn. 89.

indemne debido a la oportuna intervención de los bomberos¹⁷¹⁹. En ambos casos la conducta del autor debe ser reprochada a título de tentativa de estafa de seguros (parágrafo 265 del Código Penal alemán), sin que sea válido sostener que hay una exagerada ampliación del campo de acción del derecho penal, puesto que si se admite que es político criminalmente correcto sancionar a quien con el propósito de cobrar un seguro destruye la cosa asegurada (en cuanto constituye una indebida forma de ataque al bien jurídico) también debe admitirse que es punible el disponerse inmediatamente a atacar de esa forma el bien jurídico.

En la legislación penal colombiana es punible como un delito contra los mecanismos de participación democrática, la conducta de quien haga desaparecer o retenga un documento necesario para el ejercicio del sufragio¹⁷²⁰. Como no se sanciona el acto mismo de impedir la votación (el cual podría ser punible de manera autónoma como una modalidad de perturbación de certamen democrático¹⁷²¹), ni la acción consistente en tratar de impedir ejercer el derecho al sufragio (que admitiría sanción como tentativa de perturbación de certamen democrático), sino tan solo el ocultamiento, posesión o retención del documento de identidad necesario para que su titular pueda ejercer el derecho al voto, bien puede afirmarse que se trata de un caso en el que el legislador ha optado por castigar una conducta que en sí misma es tan solo un acto preparatorio del delito de perturbación de certamen democrático.

Si el autor de esta conducta penetra subrepticamente a las oficinas de la Registraduría donde están listas para entregar varias decenas de documentos de identidad, con el fin de apoderarse de ellos para

¹⁷¹⁹ Un ejemplo similar a este puede verse en Theo VOGLER, StGB LK, ed. cit., Vor §22 Rn. 89.

¹⁷²⁰ “**Artículo 395.** *Ocultamiento, retención y posesión ilícita de cédula.* El que haga desaparecer, posea o retenga cédula de ciudadanía ajena o cualquier otro documento necesario para el ejercicio del derecho de sufragio, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años, salvo que la conducta constituya delito sancionado con pena mayor”.

¹⁷²¹ “**Artículo 386.** *Perturbación de certamen democrático.* El que por medio de maniobra engañosa perturbe o impida votación pública relacionada con los mecanismos de participación democrática, o el escrutinio de la misma, o la realización de un cabildo abierto, incurrirá en prisión de cuatro (4) a nueve (9) años.

“La pena será de seis (6) a doce (12) años cuando la conducta se realice por medio de violencia.

“La pena se aumentará de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea realizada por un servidor público”.

impedir que sus titulares puedan reclamarlos y utilizarlos para votar, pero es sorprendido en el momento mismo en que los tiene al alcance de su mano, no cabe duda de que su comportamiento puede ser valorado desde un punto de vista objetivo y desde una perspectiva *ex-ante*, como probabilísticamente apto para completar la acción típica perseguida por el autor (apoderarse de documentos de identidad de quienes los necesitaban para ejercer su derecho al voto). Por consiguiente, su conducta deberá ser sancionada como tentativa de ocultamiento, retención y posesión ilícita de cédula.

En ninguno de los ejemplos propuestos se puede censurar la punibilidad a título de tentativa con el argumento de que tratándose de actuaciones tan alejadas de la consumación no se muestran como inequívocamente orientadas a ella, por dos razones: La primera, porque la consumación que se pretende es la del acto preparatorio que ha sido elevado por el legislador a la categoría de delito autónomo y no la del que comprende una ulterior consumación (la estafa de seguro en el primer ejemplo y la perturbación del certamen democrático en el segundo), con lo cual no puede afirmarse válidamente que hay un excesivo espacio entre la conducta sancionada y la consumación¹⁷²². La segunda, porque en los supuestos que se han utilizado aquí, los comportamientos no pueden ser catalogados de equívocos frente al fin perseguido por el autor; pero desde luego que si en algún caso concreto la conducta desplegada no pudiera ser apreciada objetivamente y desde una perspectiva *ex-ante* como probabilísticamente apta para completar la conducta típica buscada por el autor, entonces no podría ser catalogada como verdadero acto ejecutivo ni, por consiguiente, debería ser sancionada como tentativa.

Un ejemplo de la segunda categoría de actos preparatorios (la que de manera genérica eleva a la condición de delito consumado su preparación) es el de preparación de ataque bélico que en Alemania permite sancionar a quien prepare un ataque bélico, y con ello cree un peligro de guerra para la Republica Federal Alemana (§80 del Código Penal alemán). Esta norma no sanciona una conducta

¹⁷²² ZACZYK cree que el cuestionamiento relacionado con el espacio existente entre acto preparatorio punible (sancionado como delito consumado) y la consumación (recogida en otro tipo penal, no la consumación del tipo que sanciona autónomamente el acto preparatorio) puede ser superado en los casos en que las acciones preparatorias pueden ser sólidamente valoradas como injusto; cfr. Reiner ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., pág. 324.

específica, sino que en general reprime a quien “prepare” un ataque bélico sin poner ninguna limitación a los actos que podrían ser clasificados como tales. Frente a estas descripciones típicas, una acción previa no es fácil de valorar objetivamente y desde una perspectiva *ex-ante* como probabilísticamente apta para completar la acción típica perseguida por el autor (en este caso, preparar un ataque bélico). Si, por ejemplo, un subversivo le escribe a su amada exigiéndole que le responda en papel perfumado para de esa forma fortalecer su espíritu rebelde, esa acción no puede ser entendida objetivamente y desde una perspectiva *ex-ante* como probabilísticamente apta para preparar un ataque bélico y, por consiguiente, no debería ser sancionada como una tentativa¹⁷²³.

Similares consideraciones pueden hacerse respecto de las normas que en Alemania sancionan a quien conviene con otro la comisión de un delito (§ 30 II del Código Penal alemán) y en Colombia castiga a los que se concierten para cometer delitos¹⁷²⁴. Como esos artículos no especifican cuáles conductas preparatorias son puntualmente entendidas como punibles¹⁷²⁵, sino que de manera genérica sancionan el acuerdo para delinquir, no resulta fácil que una conducta previa a la descrita en el tipo pueda ser valorada objetivamente y desde una perspectiva *ex-ante* como probabilísticamente apta para conseguir la finalidad típica buscada por el autor (concertarse con otro u otros para delinquir). Así, por ejemplo, si alguien cita a varios amigos a su casa con la pretensión de proponerles la comisión de un número plural de delitos y cuando después de unas conversaciones preliminares es sorprendido por la policía en el momento en que se dispone a abordar con sus contertulios el tema que los había concitado, no puede decirse que lo hasta ese momento realizado admite ser interpretado objetivamente y desde una perspectiva *ex-ante*, como probabilísticamente apto para conseguir la finalidad típica perseguida por el autor (concertarse con otros para cometer delitos).

¹⁷²³ En cuanto a la solución (no en lo atinente a la fórmula empleada para determinar el comienzo de ejecución), cfr. Reiner ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., págs. 324 y 325.

¹⁷²⁴ “**Artículo 340.** *Concierto para delinquir.* Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de tres (3) a seis (6) años”.

¹⁷²⁵ Algunos piensan, incluso, que lo que el §30 II del Código Penal alemán sanciona es la simple exteriorización de la voluntad delictiva; cfr. Hans-Joachim RUDOLPHI, *SK StGB*, ed. cit., Vor §22 Rn 2, 3.

La distinción entre los tipos penales que sancionan la preparación en sí misma sin especificar las conductas que se censuran, y aquellos otros en los que la tipificación se refiere de manera puntual a determinados comportamientos, permite responder de manera diferenciada¹⁷²⁶ a la pregunta sobre si es concebible y punible la tentativa de los actos preparatorios elevados a la categoría de delitos autónomos consumados. Esa posibilidad existe cuando lo que el legislador sanciona es un determinado comportamiento constitutivo de una preparación delictiva¹⁷²⁷, siempre que la conducta desplegada por el autor pueda ser interpretada objetivamente y desde una perspectiva *ex-ante*, como probabilísticamente apta para conseguir la finalidad típica perseguida por el autor. Si, por el contrario, lo que se eleva a la categoría de delito autónomo consumado es la preparación de un delito en sí misma, entonces la tentativa debe rechazarse¹⁷²⁸ porque una norma así concebida abarca ya, como consumación¹⁷²⁹, la punibilidad de todo lo que ocurra en el ámbito previo a ella¹⁷³⁰. Sin embargo, si respecto de uno de los delitos de esta última clase y frente a un caso concreto fuera posible valorar una conducta objetivamente y desde una perspectiva *ex-ante* como probabilísticamente apta para conseguir

¹⁷²⁶ De acuerdo con una solución diferenciada, cfr. Hainer ALWART, *Strafwürdiges...*, ed. cit., pág. 122; Albin ESER, *Schönke/Schröder StGB*, ed. cit., Vor §22 Rd. 28 y 29; Karl LACKNER, *StGB Beck'sche Verlagsbuhhandung*, ed. cit., Vor §22, 3; Hans-Joachim RUDOLPHI, *SK StGB*, ed. cit., Vor §22 Rn 2, 3; Theo VOGLER, *StGB LK*, ed. cit., Vor §22 Rn. 89 y 90; Reiner ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., págs. 323, 324 y 325.

¹⁷²⁷ Cfr. Albin ESER, *Schönke/Schröder StGB*, ed. cit., Vor §22 Rd. 28; Hans-Joachim RUDOLPHI, *SK StGB*, ed. cit., Vor §22 Rn 2, 3; Otto TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht AT*, ed. cit., pág. 359; Herbert TRÖNDLE, *StGB Beck'sche Kurz-Kommentare*, ed. cit., §22 Rd. 3, aun cuando menciona como punible la tentativa de preparación de un ataque bélico (§80 del Código Penal alemán), pese a que la norma que crea el delito no se refiere a ninguna conducta específica, sino a la preparación en general; Theo VOGLER, *StGB LK*, ed. cit., Vor §22 Rn. 89; Reiner ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., págs. 324 y 325.

¹⁷²⁸ Cfr. Albin ESER, *Schönke/Schröder StGB*, ed. cit., Vor §22 Rd. 29; Hans-Joachim RUDOLPHI, *SK StGB*, ed. cit., Vor §22 Rn 2, 3; Theo VOGLER, *StGB LK*, ed. cit., Vor §22 Rn. 90; Reiner ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., págs. 324 y 325.

¹⁷²⁹ Cfr. Reiner ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., págs. 323 y 324.

¹⁷³⁰ Cfr. Theo VOGLER, *StGB LK*, ed. cit., Vor §22 Rn. 90, para quien en estos casos cualquier tentativa imaginable está comprendida en la expresión "preparar" utilizada por el legislador.

la finalidad típica buscada por el autor, entonces de manera excepcional sería admisible la tentativa¹⁷³¹.

7.10. Tentativa en los delitos de emprendimiento.-

En la legislación penal alemana existen los llamados delitos de emprendimiento, cuya característica distintiva es la de sancionar como delito consumado la acción por medio de la cual alguien emprende la comisión de un delito, sin que sea elemento del tipo penal la consecución de un determinado resultado (distinto de la infracción misma de la norma). El numeral 6° del primer apartado del parágrafo 11 del Código Penal alemán¹⁷³² precisa que, para efectos de ese cuerpo normativo, se entiende por “emprendimiento” de un hecho su tentativa y su consumación¹⁷³³, con lo cual deja en claro que en esos casos puntuales y en cuanto a la sanción aplicable a ellos, se equiparan la tentativa (en todas sus manifestaciones punibles¹⁷³⁴) y la consumación¹⁷³⁵.

En puridad de términos no se trata de una categoría intermedia entre la tentativa y la consumación, porque según la definición que del emprendimiento hace el legislador alemán ella corresponde a la suma de esas dos manifestaciones delictivas. Pero en la medida en

¹⁷³¹ Esa parece ser la opinión de ZACZYK cuando señala la posibilidad de sancionar una tentativa de preparación de ataque bélico si la conducta efectivamente desplegada se refiere a operaciones militares, porque mostraría una inmediata relación con el ataque bélico; cfr. Reiner ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., pág. 324.

¹⁷³² Introducido en la legislación penal alemana a través de la reforma del 25 de junio de 1968 (cfr. Richard BUSCH, *StGB LK*, ed. cit., §43 Rd. 62)

¹⁷³³ Cfr. Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER, *Strafrecht AT*, ed. cit., pág. 480.

¹⁷³⁴ Cfr. Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, *Strafrecht AT*, tomo 2, ed. cit., §40/80-81, págs. 29 y 30.

¹⁷³⁵ Cfr. Nicolaos BIETZIELIKS, *ZStW* 1987, ed. cit., pág. 728; Paul BOCKELMANN/Klaus VOLK, *Strafrecht AT*, ed. cit., págs. 215 y 216; Björn BURKHARDT, *Das Unternehmendelikt und seine Grenzen*, en *Juristen Zeitung* (JZ), J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1971, pág. 354; Richard BUSCH, *StGB LK*, ed. cit., §43 Rd. 62; Miguel CÓRDOBA ANGULO, *La tentativa*, ed. cit., pág. 101; Albin ESER, *Schönke/Schröder StGB*, ed. cit., Vor §22 Rd. 15-16; Albin ESER/Björn BURKHARDT, *Strafrecht II*, ed. cit., págs. 86 y 87; Reinhard FRANK, *Das Strafgesetzbuch*, ed. cit., pág. 88; Robert von HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, ed. cit., págs. 407 y 408; Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., §25/5, págs. 706 y 707; Hans-Heinrich JESCHECK, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 474; Hans-Heinrich JESCHECK, *Welzel-Festschrift*, ed. cit., pág. 686; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, *Strafrecht AT*, tomo 2, ed. cit., §40/80-81, págs. 29 y 30; Harro OTTO, *Grundkurs*, ed. cit., pág. 224; Theo VOGLER, *StGB LK*, ed. cit., Vor §22 Rn. 19.

que por expresa disposición legal se entiende que el emprendimiento de ciertas actividades equivale para efectos punitivos a la consumación formal¹⁷³⁶ del delito (ya que no se exige la lesión del bien jurídico protegido, sino tan solo el “disponerse inmediatamente” a conseguirla), bien puede decirse que estamos frente a una modalidad específica de delito consumado¹⁷³⁷ en la que legalmente se considera que el solo hecho de emprender una acción es sancionable como una consumación.

Esta última interpretación parece encontrar respaldo en la definición legal del delito de emprendimiento, pues al señalar la norma que éste comprende la tentativa y la consumación, bien puede asumirse que el concepto más amplio (que es sin duda el de delito consumado) abarca al de menor extensión (que es el estadio previo de la tentativa). Es cierto que el delito de emprendimiento comparte con el consumado su ubicación en la parte especial de las codificaciones penales, lo que le permite su aplicación autónoma sin necesidad de recurrir a una figura de la parte general.

Pero también es verdad que el delito de emprendimiento comparte con la tentativa tres cosas: la primera, que su descripción típica no

¹⁷³⁶ Sobre el carácter formal de esta consumación, cfr. Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., §25/7, pág. 707; Hans-Heinrich JESCHECK, *Welzel-Festschrift*, ed. cit., pág. 686; Harro OTTO, *Grundkurs*, ed. cit., pág. 224. No queda claro, sin embargo, lo que con esta expresión se quiere significar; utilizarla en contraposición a lo que sería una “consumación material”, supondría asumir que esta existe en el mundo natural como sobrevenición de un resultado ontológico derivado de la conducta desplegada por el autor; sin embargo, lo cierto es que la consumación no está necesariamente atada a la producción de un determinado resultado ontológico, como lo demuestra la existencia de delitos consumados de peligro y de mera conducta, así como la de los delitos de emprendimiento y de los actos preparatorios autónomamente punibles (cfr. supra 7.9). No habiendo una diferencia estructural entre los delitos consumados y las tentativas (cfr. supra 3.2), lo único que permite distinguirlos es que aquellos están incorporados en la parte especial de los Códigos Penales y estas se derivan de una norma de la parte general que, referida a todos o algunos de los tipos penales especiales, sanciona el dar comienzo a la ejecución de la conducta descrita en estos.

¹⁷³⁷ Cfr. Heiner ALWART, *Strafwürdiges...*, ed. cit., pág. 102, para quien el delito de emprendimiento es una modalidad de consumación porque su existencia no depende de que se cumplan las reglas que en la parte general definen la tentativa, sino de que la conducta satisfaga la totalidad de los elementos que configuran el respectivo tipo penal de la parte especial. Expresado en palabras del propio ALWART, en el delito de emprendimiento el autor es sancionado porque cometió un delito consumado y no porque hubiera podido cometerlo; cfr. *Ibidem*, pág. 103; en similar sentido, cfr. Björn BURKHARDT, *JZ* 1971, ed. cit., pág. 354; Richard BUSCH, *StGB LK*, ed. cit., §43 Rd. 62; Theo VOGLER, *StGB LK*, ed. cit., Vor §22.Rn. 19, para quien en estos delitos cada acto ejecutivo es ya consumación.

sanciona el desarrollo de una específica conducta¹⁷³⁸, sino de manera general cualquier comportamiento que pueda ser interpretado como un comienzo de ejecución (requisito mínimo para la intervención del derecho penal); la segunda, que la conducta en él descrita es desarrollada por el autor con el propósito de realizar integralmente la descripción típica contenida en otra norma de mayor amplitud; la tercera, que la conducta es sancionada como infracción completa de la norma que la prohíbe, cuando el autor no ha alcanzado el propósito perseguido¹⁷³⁹. Estas similitudes permiten afirmar que el delito de emprendimiento corresponde estructuralmente a una tentativa que el legislador ha decidido sancionar (por razones de política criminal) como si se tratara de un delito consumado¹⁷⁴⁰.

Lo que no parecería admitir discusión es que el delito de emprendimiento no sanciona los simples actos preparatorios¹⁷⁴¹, como sin dificultad puede inferirse de la advertencia legal (contenida en la normatividad alemana) en el sentido de que esta figura abarca las nociones de tentativa y consumación¹⁷⁴². Esto significa que para

¹⁷³⁸ Esto permite diferenciar el delito de emprendimiento de aquellos tipos penales en los que el legislador ha descrito como delito consumado una determinada conducta que, de otra manera, sería apreciada como una tentativa; al respecto, cfr., infra 7.11.

¹⁷³⁹ No menciono aquí el requisito de que esa no consumación se deba a circunstancias ajenas al autor (lo que en principio serviría para diferenciar esta “tentativa” del “desistimiento”, porque ésta última no resulta aplicable a los delitos de emprendimiento, como en seguida se explicará; la razón radica en que el legislador sanciona como consumado el delito de emprendimiento, sobre el supuesto de que el resultado perseguido por el autor no sobreviene (de lo contrario la conducta se adecuaría a ese otro tipo penal), con absoluta independencia de la razón por la cual ello no ocurra. Cualquier actuación del autor, posterior a la consumación del delito de emprendimiento, debería ser sancionada a través de una norma especial que regulara la situación, o mediante el recurso a las disposiciones que en la parte general del Código regulan la dosificación de la pena.

¹⁷⁴⁰ En efecto, algunos otros autores consideran que el delito de emprendimiento es, en realidad, una manifestación especial de la tentativa; cfr. Otto TRIFFTERER, *Strafrecht AT*, ed. cit., pág. 359.

¹⁷⁴¹ Cfr. Paul BOCKELMANN/Klaus VOLK, *Strafrecht AT*, ed. cit., págs. 215 y 216; Richard BUSCH, *StGB LK*, ed. cit., §43 Rd. 62; Reinhard FRANK, *Das Strafgesetzbuch*, ed. cit., pág. 88; Robert von HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, ed. cit., págs. 407 y 408, apoyándose en antigua jurisprudencia del Tribunal Superior del Imperio alemán; Theo VOGLER, *StGB LK*, ed. cit., Vor §22 Rn. 94, para quien la punición de los actos preparatorios en los delitos de emprendimiento significaría una excesiva anticipación de la punibilidad.

¹⁷⁴² Sin embargo, WALDER considera que el delito de emprendimiento debería hacer posible la comprensión de actos preparatorios peligrosos; cfr. Hans WALDER, *SchwZStr* 1982, ed. cit., pág. 230.

poder sancionar a alguien como autor de un delito de emprendimiento es indispensable que él haya superado la fase de preparación, dando comienzo a la ejecución del hecho punible; en estricto sentido, la expresión “emprender” debe ser entendida como “dar comienzo a la ejecución” de un delito¹⁷⁴³, es decir, se sanciona la tentativa pero con la pena del delito consumado. En síntesis, la equiparación que para efectos punitivos hace la ley penal alemana en los delitos de emprendimiento es entre las fases de tentativa y consumación y no entre las de preparación y tentativa o preparación y ejecución.

De acuerdo con la forma en que se hallan incorporados en el Código Penal alemán, se los puede clasificar en delitos de emprendimiento propios e impropios. En los delitos de emprendimiento propios¹⁷⁴⁴ el legislador emplea siempre como verbo rector el “emprender”¹⁷⁴⁵, referido a determinado tipo de acciones, como ocurre en la alta traición¹⁷⁴⁶, la alta traición contra un Estado¹⁷⁴⁷, la difusión de escritos pornográficos¹⁷⁴⁸, el causar una explosión con energía nuclear¹⁷⁴⁹, el abuso de rayos ionizantes¹⁷⁵⁰, el ataque al tráfico

¹⁷⁴³ Ya para FRANK, la expresión “quien emprenda”, significaba quien consume o intente; cfr. Reinhard FRANK, *Das Strafgesetzbuch*, ed. cit., pág. 88.

¹⁷⁴⁴ En Alemania estos delitos suelen estar referidos a conductas que atentan contra el Estado; cfr. Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER, *Strafrecht AT*, ed. cit., pág. 480; Albin ESER, *Schönke/Schröder StGB*, ed. cit., Vor §22 Rd. 15-16; Hans WALDER, *SchwZStr* 1982, ed. cit., pág. 230.

¹⁷⁴⁵ Cfr. Hans WALDER, *SchwZStr* 1982, ed. cit., pág. 230, quien al referirse de manera general a los delitos de emprendimiento (esto es, sin distinguir entre propios e impropios) señala que se caracterizan por el empleo de la expresión “emprender una acción orientada a...” o alguna similar.

¹⁷⁴⁶ El §81 del Código Penal alemán sanciona a “quien emprenda con violencia o amenazas de violencia” afectar la estabilidad de la República Federal Alemana o modificar el orden constitucional establecido en la Carta Política.

¹⁷⁴⁷ El §82 del Código Penal alemán sanciona a “quien emprenda con violencia o amenazas de violencia” incorporar la totalidad o parte de un Estado a otro o separarlo, así como modificar el orden constitucional de uno de los Estados alemanes.

¹⁷⁴⁸ Los numerales 4, 8 y 9 del primer apartado del §184 del Código Penal alemán sancionan a quien emprenda acciones relacionadas con la difusión de material pornográfico.

¹⁷⁴⁹ El §307 del Código Penal alemán sanciona a quien emprenda la generación de una explosión con energía nuclear.

¹⁷⁵⁰ El §309 del Código Penal alemán sanciona a quien emprenda la exposición de otro a los efectos de rayos ionizantes que puedan afectar su salud.

aéreo o naval¹⁷⁵¹, y la inducción a un subordinado para cometer un delito¹⁷⁵². Los impropios se caracterizan porque el legislador no usa la expresión “emprendimiento”¹⁷⁵³, pero describen la conducta típica con verbos que denotan una cierta finalidad en el autor¹⁷⁵⁴ (en el sentido de que orienta su comportamiento a la realización integral de un tipo diverso de mayor amplitud), como ocurre en la perturbación del orden público¹⁷⁵⁵, o en el favorecimiento¹⁷⁵⁶; sin embargo también en estos últimos la descripción típica se refiere de manera general a cualquier conducta del autor que pueda ser interpretada como un comienzo de ejecución, y no al desarrollo de un específico comportamiento.

En la parte general del Código Penal colombiano no existe una norma que defina el delito de emprendimiento como la reunión (para efectos punitivos) de las fases de tentativa y consumación, ni en su parte especial hay descripciones típicas que utilicen como verbo rector el de “emprender”, por lo que bien puede afirmarse que el legislador colombiano no previó la creación de delitos de emprendimiento propios. Sin embargo, de la redacción que se le confiere a algunos tipos penales en los que la conducta punible está contenida en verbos que denotan una cierta finalidad, bien puede hablarse de la existencia de delitos de emprendimiento impropios, como ocurre con el constreñimiento al sufragante¹⁷⁵⁷, la

¹⁷⁵¹ El numeral 2 del §316c del Código Penal alemán sanciona a quien con el propósito de destruir o dañar una aeronave, un barco o la carga que en ellos se encuentre use armas de fuego o emprenda la producción de un incendio o una explosión.

¹⁷⁵² El §357 del Código Penal alemán sanciona a quien incite o emprenda la incitación de un subordinado para cometer un delito.

¹⁷⁵³ Cfr. Heiner ALWART, *Strafwürdiges...*, ed. cit., pág. 110.

¹⁷⁵⁴ Cfr. Richard BUSCH, *StGB LK*, ed. cit., §46a Rd. 6; Albin ESER, *Schönke/Schröder StGB*, ed. cit., Vor §22 Rd. 15-16; Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., §25/7, pág. 707; Theo VOGLER, *StGB LK*, ed. cit., Vor §22 Rn. 19.

¹⁷⁵⁵ En una de sus modalidades, el §125 del Código Penal alemán sanciona a quien “influya” sobre otro para ejercer violencia contra las personas o las cosas o amenazar con violencia a las personas.

¹⁷⁵⁶ El §257 del Código Penal alemán sanciona a quien preste ayuda a otro con la intención de asegurar el delito.

¹⁷⁵⁷ El inciso segundo del artículo 387 del Código Penal colombiano sanciona a quien mediante el uso de las armas o amenazas “pretenda obtener un plebiscito, referendo, consulta popular o revocatoria del mandato, apoyo votación en determinado sentido, o impida el libre ejercicio del derecho al sufragio”.

perturbación de actos oficiales¹⁷⁵⁸, la rebelión¹⁷⁵⁹ y la sedición¹⁷⁶⁰.

Dado que la tentativa corresponde a lo que podría llamarse el límite mínimo necesario para la intervención del derecho penal, hay consenso doctrinal, jurisprudencial y legislativo en cuanto a que la misma comienza en el instante en que el autor despliega actos ejecutivos, con lo cual queda claro que ni la simple intención delictiva ni los actos preparatorios son punibles, salvo que estos últimos hayan sido excepcionalmente elevados a la categoría de delitos autónomos por el propio legislador (en cuyo caso se penalizan como delitos consumados y no como tentativas)¹⁷⁶¹. Esto significa que todo lo que hay antes del comienzo de ejecución de un delito (intención delictiva y actos preparatorios) es impune, ya que se considera que no tiene la entidad suficiente para ser considerado externamente y desde una perspectiva *ex-ante*, como probabilísticamente apto para producir la pretendida afectación al bien jurídico.

Con base en estas consideraciones, debe admitirse que si a través de los delitos de emprendimiento el legislador ha equiparado punitivamente la tentativa con la consumación, no es viable que ellos admitan a su vez la modalidad de tentativa porque eso supondría que se autorizaría la punición de conductas que, al no representar un comienzo de ejecución del delito, están por debajo del umbral mínimo de intervención del derecho penal. Como la norma que describe la tentativa señala que ella solo es punible a partir del momento en que el autor despliega actos de ejecución, resulta inviable referirla a los delitos de emprendimiento (propio impropios)

¹⁷⁵⁸ El artículo 430 del Código Penal colombiano sanciona a quien “simulando autoridad o invocando falsa orden de la misma, o valiéndose de cualquier otra maniobra engañosa, trate de impedir o perturbar la reunión o el ejercicio de las funciones de las corporaciones o autoridades legislativas, jurisdiccionales o administrativas, o de cualquier otra autoridad pública, o pretenda influir en sus decisiones o deliberaciones”.

¹⁷⁵⁹ El artículo 467 del Código Penal colombiano sanciona a quienes “mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente”.

¹⁷⁶⁰ El artículo 468 del Código Penal colombiano sanciona a quienes “mediante el empleo de las armas pretendan impedir transitoriamente el libre funcionamiento del régimen constitucional o legal vigentes”.

¹⁷⁶¹ Sobre la posibilidad de sancionar la tentativa en los casos en que el legislador ha elevado actos preparatorios a la categoría de delito consumado, cfr. supra 7.9.

donde al ser considerados los actos ejecutivos como un delito consumado (formalmente), no cabe la posibilidad de sancionar “el comienzo de ejecución” del “comienzo de ejecución”, porque antes de éste solo existen los actos preparatorios (y más atrás la intención delictiva) cuya punición no está comprendida en las normas que definen la tentativa. Expresado de manera sintética, en los delitos de emprendimiento no es posible sancionar la tentativa¹⁷⁶², que en términos conceptuales equivaldría a castigar por una figura que legalmente¹⁷⁶³ es inadmisibles: la tentativa de la tentativa¹⁷⁶⁴.

Puesto que la reunión de la tentativa y la consumación en los delitos de emprendimiento no deja un espacio entre estas etapas del *iter criminis*¹⁷⁶⁵, desaparece también la posibilidad de reconocer al autor la exoneración punitiva propia del desistimiento¹⁷⁶⁶, salvo

¹⁷⁶² Cfr. Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER, *Strafrecht AT*, ed. cit., pág. 480; Paul BOCKELMANN/Klaus VOLK, *Strafrecht AT*, ed. cit., págs. 215 y 216; Björn BURKHARDT, *JZ* 1971, ed. cit., pág. 354; Richard BUSCH, *StGB LK*, ed. cit., §46a Rd. 5; Miguel CÓRDOBA ANGULO, *La tentativa*, ed. cit., pág. 101; Albin ESER, Schönke/Schröder *StGB*, ed. Cit., Vor §22 Rd. 29; Elena FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, ed. cit., pág.498; Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., §25/5, págs. 706 y 707; Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, *Strafrecht AT*, tomo 2, ed. cit., §40/80-81, pág. 30; Theodor RITTLER, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 268; Theo VOGLER, *ZStW* 1986, ed. cit., págs. 331 y 332 para quien en estos delitos resulta inviable aplicar la reducción punitiva consagrada para la tentativa en la parte general del Código Penal; Theo VOGLER, *StGB LK*, ed. cit., Vor §22 Rn. 19; Hans WALDER, *SchwZStr* 1982, ed. cit., pág. 230.

¹⁷⁶³ Si bien ALWART afirma que coloquialmente podría hablarse de una “tentativa de tentativa” (como cuando un equipo intenta ganar un partido para intentar ser el campeón de la liga alemana de fútbol), precisa que esa figura estaría referida dos acciones diversas, con dos finalidades distintas y dos resultados diferentes, pues de lo contrario (si se refiriera a una sola acción, a la misma finalidad y a idéntico resultado) se estaría ante una figura monstruosa en la que la tentativa de ganar un partido sería una tentativa de la tentativa de ganar el partido; cfr. Heiner ALWART, *Strafwürdiges...*, ed. cit., págs. 112 y 113.

¹⁷⁶⁴ Cfr. Heiner ALWART, *Strafwürdiges...*, ed. cit., págs. 113 y 114, quien considera que en el contexto del derecho penal la tentativa de tentativa sólo sería posible refiriéndola a dos tentativas diversas, razón por la cual en los delitos de emprendimiento no puede haber una tentativa de tentativa; Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER, *Strafrecht AT*, ed. cit., pág. 480; Björn BURKHARDT, *JZ* 1971, ed. cit., pág. 357; Richard BUSCH, *StGB LK*, ed. cit., §46a Rd. 5; Robert von HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, ed. cit., págs. 407 y 408; Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., §25/6, pág. 707, para quien el encadenamiento que produciría una tentativa de tentativa conduciría a la punición del último acto preparatorio.

¹⁷⁶⁵ Cfr. Albin ESER/Björn BURKHARDT, *Strafrecht II*, ed. cit., págs. 86 y 87.

¹⁷⁶⁶ Cfr. Jürgen BAUMANN/Ulrich WEBER, *Strafrecht AT*, ed. cit., pág. 480; Paul BOCKELMANN/Klaus VOLK, *Strafrecht AT*, ed. cit., págs. 215 y 216; Björn BURKHARDT, *JZ* 1971, ed. cit., pág. 354; Richard BUSCH, *StGB LK*, ed. cit., §46a Rd. 5; Albin ESER/Björn BURKHARDT, *Strafrecht II*, ed. cit., págs. 86 y 87; Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. cit., §25/5, págs. 706 y 707; Theo VOGLER, *StGB LK*, ed. cit., Vor §22 Rn. 19.

que el legislador recurra a la creación expresa de una norma que faculte al juez para prescindir de la pena en casos puntuales de delitos de emprendimiento¹⁷⁶⁷, como hizo el legislador alemán en relación con los delitos de provocación de una explosión con energía nuclear (§307) y el abuso de rayos ionizantes (§309)¹⁷⁶⁸. Si normas semejantes a estas no existen, la única opción de imponer penas menos severas a quien hace lo posible por impedir la consumación de un delito de emprendimiento, es la de recurrir a los parámetros generales de dosificación punitiva previstos por el legislador, para aplicar al infractor una pena más cercana al límite mínimo que al máximo¹⁷⁶⁹.

7.11. Tentativa en las tentativas punibles como delitos consumados.-

A diferencia de lo que ocurre en los llamados delitos de emprendimiento¹⁷⁷⁰, hay ocasiones en las que el legislador no pune de manera general conductas que puedan ser interpretadas como una forma de emprender (dar comienzo a la ejecución) de un delito, sino que sanciona de manera autónoma el desarrollo de una específica conducta¹⁷⁷¹; en cuanto a su nominación no hay mayores pronunciamiento doctrinales, aun cuando algunos los llaman delitos *sui generis*¹⁷⁷² y otros prefieren calificarlos de “especiales”¹⁷⁷³. Por ejemplo, el numeral primero del antiguo párrafo 229 del Código Penal alemán castigaba con pena de uno a diez años de prisión a quien, con el objetivo de afectar su integridad personal, suministrara a otro veneno o cualquier otra sustancia apta para estropear su salud; con esta disposición legal no se reprimía cualquier forma de emprender la comisión de un delito, sino de

¹⁷⁶⁷ Cfr. Reinhart MAURACH/Karl-Heinz GÖSSEL, *Starfrecht AT*, tomo 2, ed. cit., §40/82, pág. 30.

¹⁷⁶⁸ El §314a del Código Penal alemán faculta al juez para prescindir de la pena en esos delitos, cuando se den los requisitos propios del arrepentimiento activo.

¹⁷⁶⁹ Cfr. Richard BUSCH, *StGB LK*, ed. cit., §46a Rd. 5.

¹⁷⁷⁰ Cfr. *supra* 7.10.

¹⁷⁷¹ Sobre esta distinción entre los llamados delitos de emprendimiento y estos, cfr. Heiner ALWART, *Strafwürdiges...*, ed. cit., pág. 114.

¹⁷⁷² Así los denomina Elena FARRÉ, *La tentativa...*, ed. cit., págs. 497 y 498.

¹⁷⁷³ TRIFFTERER los considera leyes especiales frente a las reglas generales de la tentativa; cfr. Otto TRIFFTERER, *Österreichische Strafrecht AT*, ed. cit., pág. 359.

manera autónoma el acto de suministrar a otro una sustancia venenosa, con el propósito de dañar su salud, con absoluta independencia de si el resultado buscado se conseguía o no¹⁷⁷⁴.

Desde el punto de vista de su estructura, estos delitos admiten la tentativa¹⁷⁷⁵, porque en ellos el legislador no sanciona genéricamente el comenzar a ejecutar un delito, sino de manera concreta una determinada conducta. En el ejemplo examinado, es perfectamente posible imaginar una tentativa de suministrar veneno a alguien con el propósito de afectar su integridad corporal; piénsese, por ejemplo, en quien con la intención de envenenar a su enemigo compra arsénico y la guarda en el mismo sitio donde suele almacenar las especias; si llegado el momento de servir a la víctima la comida envenenada el autor confunde el recipiente de la sal con el del arsénico y lo vierte en la sopa de su enemigo, no puede negarse que formalmente ha dado comienzo a la ejecución del delito de envenenamiento.

Sin embargo, si el análisis se limitara a determinar si estructuralmente la tentativa es admisible en estos delitos, podría llegar a ampliarse de manera exagerada el ámbito de acción del derecho penal, por lo que no parece correcto optar por aplicar sanciones penales en todos los casos en los que formalmente es factible una tentativa del delito de tentativa elevado por el legislador a la categoría de consumado¹⁷⁷⁶; si, por ejemplo, el legislador sancionara como delito autónomo la compra de sustancias venenosas con la intención de afectar la integridad corporal de un ser humano (lo cual sería ya reprochable desde el punto de vista de política criminal), una revisión puramente formal del tema permitiría ver como factible la tentativa de ese delito, si se demuestra que alguien con ese propósito intentó adquirir dicha sustancia y no pudo conseguirlo porque, por ejemplo, el establecimiento rechazó su tarjeta de crédito.

¹⁷⁷⁴ De hecho, el numeral segundo del antiguo §229 del Código Penal alemán amenazaba con penas mayores la conducta, si como consecuencia de la misma se producían graves daños a la salud de la víctima o su propia muerte.

¹⁷⁷⁵ Cfr. Elena FARRÉ, *La tentativa...*, ed. cit., págs. 497 y 498; en contra, cfr. Otto TRIFFTERER, *Österreichisches Strafrecht AT.*, ed. Cit., pág. 359.

¹⁷⁷⁶ Cfr. Elena FARRÉ, *La tentativa...*, ed. cit., págs. 497 y 498, para quien el solo hecho de que frente a estos delitos sea posible la tentativa “no determina sin más que deba considerarse punible”.

Creo que en estos casos, en los que es estructuralmente concebible una tentativa (a diferencia de lo que ocurre en los delitos de emprendimiento), su punibilidad debe depender del parámetro general que se emplee para determinar los actos ejecutivos. De acuerdo con la tesis aquí defendida, la tentativa de un delito de tentativa que el legislador sanciona como consumado, sería punible si la conducta del autor puede ser interpretada externamente y desde una perspectiva *ex-ante*, como probabilísticamente apta para afectar el bien jurídico objeto de protección. Ese sería el supuesto de quien equivocadamente vierte sal en lugar de arsénico en la sopa que se dispone a servir a su enemigo, pero no en la hipótesis de quien intenta comprar un veneno que posteriormente pretende usar en contra de su enemigo (sobre el supuesto de que esa compra fuera punible como delito consumado). En ejemplos como este último, la equivocidad de la conducta en un plano objetivo no permite valorarla *ex-ante* como probabilísticamente apta para afectar el bien jurídico de la integridad personal y, por consiguiente, no debería ser punible a título de tentativa¹⁷⁷⁷.

Aun cuando la caza furtiva¹⁷⁷⁸ sancionada en la legislación alemana suele ser vista como un delito de emprendimiento¹⁷⁷⁹, creo que al punirse de manera específica la conducta de acechar (o perseguir) la presa, se trata más bien de un ejemplo de tentativa elevada por el legislador a la categoría de delito consumado. A partir de ese supuesto debe admitirse que desde el punto de vista estructural es viable la tentativa; JAKOBS menciona el ejemplo del cazador que acecha un perro porque lo confunde con un zorro, hipótesis en la cual habría intentado cometer el delito del parágrafo 292, a diferencia de si efectivamente hubiera perseguido un zorro y con ello habría consumado el referido delito¹⁷⁸⁰. En cuanto a sí esa conducta puede ser valorada como una forma de comenzar a ejecutar el delito de caza furtiva en detrimento de derechos ajenos, me inclino

¹⁷⁷⁷ FARRÉ considera que la decisión sobre la viabilidad de la tentativa en esta clase de delitos “deberá tomarse atendiendo a las características de cada tipo”; cfr. Elena FARRÉ, *La tentativa...*, ed. cit., pág. 499.

¹⁷⁷⁸ El §292 del Código Penal alemán sanciona a quien con violación de los derechos de caza ajenos “aceche” (o persiga) la presa de caza.

¹⁷⁷⁹ Cfr. Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. Cit., §25/7 pág. 707.

¹⁷⁸⁰ Cfr. Günther JAKOBS, *Lehrbuch*, ed. Cit., §25/7 pág. 707.

por una respuesta afirmativa, siempre que desde una perspectiva objetiva (no basta la creencia del autor) y desde un punto de vista *ex-ante* esa conducta puede verse como probabilísticamente apta para lesionar el derecho que otra persona tiene a cazar en determinado territorio.

7.12. Tentativa en los delitos de peligro.-

La polémica sobre la posibilidad de que los delitos de peligro admitan la modalidad de tentativa está estrechamente vinculada con el concepto que se tenga de dichas figuras. En una presentación muy básica de ellas, parece evidente que giran alrededor de la noción de peligro; en efecto, de manera muy general puede afirmarse que en la tentativa el autor no alcanza la pretendida lesión al bien jurídico, pero se lo sanciona en cuanto su conducta representa un peligro para el mismo; a su vez y también con cierta amplitud, podría decirse que los delitos de peligro se sancionan porque aun cuando el comportamiento prohibido no alcanza a lesionar el bien jurídico objeto de protección, sí lo pone en peligro.

A partir de concepciones tan amplias podría pensarse que si ambas sancionan al autor por el hecho de poner en peligro un bien jurídico, son estructuralmente idénticas y por lo tanto no pueden ser consideradas como formas progresivas de ataque al bien jurídico; según esta visión, la única diferencia entre las mismas sería que mientras la tentativa se incorpora en la parte general de los códigos como un dispositivo amplificador del tipo, los delitos de peligro se erigen como modalidad autónoma de conducta punible en la parte especial de las codificaciones penales. A su vez este razonamiento indicaría que al ser figuras que responden al mismo esquema, no puede haber una tentativa de delito de peligro, porque eso equivaldría a hablar de una tentativa de tentativa¹⁷⁸¹.

En contra de este argumento se puede afirmar que la tentativa no puede ser definida simplemente como peligro para el bien jurídico, porque en puridad de términos el peligro para el mismo surge desde el momento en que el autor concibe una idea delictiva y se mantiene

¹⁷⁸¹ Sobre la similitud entre una “tentativa de delito de peligro” y una “tentativa de tentativa” cfr. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado de derecho penal, editorial Losada, Buenos Aires, Tomo III, 4ª edición, 1963, pág. 478, pero advirtiendo que el delito de peligro “no es un delito imperfecto”.

(incrementado) cuando se despliegan actos preparatorios y posteriormente ejecutivos. La amplitud del concepto de peligro es justamente la mayor limitación que presentan las teorías objetivas que pretenden fundamentar la punibilidad de la tentativa¹⁷⁸², y lo que ha llevado a la doctrina a buscar correctivos para las mismas, como el recurso a la fórmula del “disponerse a ejecutar el delito”¹⁷⁸³, la superación de “la prueba de fuego de la situación crítica”, o la ponderación *ex-ante* y objetiva de las probabilidades que una conducta tiene de conseguir el resultado pretendido por el autor. Lo que estos y otros mecanismos limitadores de la punibilidad de la tentativa indican, es que el concepto de peligro no es estático sino progresivo, con lo cual no es necesariamente cierto que un delito de peligro sea estructuralmente igual a una tentativa solo porque ambas modalidades pueden ser entendidas de manera muy genérica como formas de poner en peligro un bien jurídico.

A partir de esta premisa puede afirmarse que normalmente la tentativa se diferencia de los delitos de peligro en la magnitud del riesgo que suponen para el bien jurídico objeto de protección, salvo que el legislador eleve a la categoría de delito consumado de peligro una conducta que en sí misma pueda ser considerada un comienzo de ejecución, como ocurre con los denominados delitos de emprendimiento¹⁷⁸⁴. Pero mientras ello no ocurra, la tentativa como figura de la parte general de los Códigos Penales y los delitos de peligro consumados como tipos insertados en la parte especial de las codificaciones penales, son simplemente formas diversas de afectación a un bien jurídico, como también lo son los llamados delitos de lesión frente a las tentativas. Por consiguiente, si la descripción que el legislador hace de un delito de peligro no fija la conducta reprochable en el momento mismo en que ella abandona los actos preparatorios, sino en una etapa posterior al comienzo de ejecución, entonces sigue quedando un espacio para la tentativa

¹⁷⁸² Cfr. supra 2.1.1.2.

¹⁷⁸³ TIEDEMANN y OTTO sostienen que la fórmula del “disponerse inmediatamente a” ejecutar el delito es perfectamente aplicable en los delitos de peligro; cfr. Klaus TIEDEMANN, JR 1973, ed. cit., pág. 412; comparte expresamente esta opinión Harro OTTO, Grundkurs..., ed. cit., pág. 229.

¹⁷⁸⁴ Cfr. supra 7.10.

independientemente de si se trata de delitos de peligro abstracto o concreto¹⁷⁸⁵.

Ese espacio entre las fases de ejecución y consumación, que posibilita la existencia de una tentativa, puede verse en ambas modalidades de delitos de peligro, como se desprende del análisis del delito de incendio en la legislación comparada (para citar solo un ejemplo); en la normatividad penal colombiana se sanciona como autor de un delito de peligro concreto a quien “con peligro común” prenda fuego a bienes muebles o inmuebles¹⁷⁸⁶, mientras el párrafo 306 del Código Penal alemán describe la misma conducta de incendio como un delito de peligro abstracto. Desde luego que ni la simple decisión de prender fuego a un bien mueble o inmueble, ni la adquisición del combustible y los medios de ignición necesarios para llevar a cabo el plan admiten punibilidad, porque no superarían la frontera de los actos preparatorios. ¿Pero qué ocurre si la policía sorprende a esa misma persona cuando ha encendido la mecha o ha puesto en marcha el temporizador que inmediatamente desencadenará la conflagración, y procede a evitarla? No puede decirse que ese sujeto responde como autor de un delito de incendio (ni en la formulación alemana ni en la colombiana), porque su comportamiento no encaja en la descripción típica del mismo, ya que no prendió fuego a un bien mueble o inmueble; pero tampoco puede afirmarse que su conducta fue un simple acto de preparación, porque desde un punto de vista objetivo y bajo una perspectiva *ex-ante* luce

¹⁷⁸⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA se muestra muy cauto en lo atinente a la posibilidad de que exista tentativa en los delitos de peligro, al decir que “es muy difícil, si no imposible, admitirla en los delitos de peligro abstracto”, y al agregar posteriormente que no ha “negado totalmente la posibilidad en los de peligro concreto”; cfr. Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado..., ed. cit., tomo VII, pág. 880, nota 21; una exposición un poco más detallada, pero en idéntico sentido, puede verse en Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, Tratado..., ed. cit., tomo III, págs. 478 y 479, donde advierte que “la tentativa en los delitos de peligro ofrece ingentes dificultades para configurarse”.

¹⁷⁸⁶ “**Artículo 350. Incendio.** El que con peligro común prenda fuego en cosa mueble, incurrirá en prisión de uno (1) a ocho (8) años y multa de diez (10) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“Si la conducta se realizare en inmueble o en objeto de interés científico, histórico, cultural, artístico o en bien de uso público o de utilidad social, la prisión será de dos (2) a diez (10) años y multa de cien (100) a quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

“La pena señalada en el inciso anterior se aumentará hasta en la mitad si la conducta se cometiere en edificio habitado o destinado a habitación o en inmueble público destinado a este uso, o en establecimiento comercial, industrial o agrícola, o en terminal de transporte, o en depósito de mercancías, alimentos, o en materias o sustancias explosivas, corrosivas, inflamables, asfixiantes, tóxicas, infecciosas o similares, o en bosque, recurso florístico o en área de especial importancia ecológica”.

como probabilísticamente apta para “prender fuego” a un bien¹⁷⁸⁷. Con ésta fórmula, o con la del “disponerse a ejecutar” parece claro que quien así se comporta supera la barrera de los actos preparatorios impunes e ingresa a la fase de ejecución punible propia de la tentativa, lo que permite concluir que esta figura es aplicable a los delitos de peligro¹⁷⁸⁸.

Distinta es la situación cuando en la descripción de un tipo penal el legislador sanciona como autor de un delito consumado a quien apenas supera la barrera de la preparación delictiva, porque en esas hipótesis equipara la ejecución del delito a su consumación y no deja espacio para la tentativa¹⁷⁸⁹. Pero cuando eso ocurre no se está enfrente de un delito de peligro, sino delante de lo que la que suele conocerse como un delito de emprendimiento en el que claramente está excluida toda posibilidad de sancionar la tentativa¹⁷⁹⁰.

En contra de esta solución no puede decirse que ella vulnera los principios de necesidad y merecimiento de la pena¹⁷⁹¹, porque está

¹⁷⁸⁷ ZACZYK considera que en el delito de incendio (§306 del Código Penal alemán) es admisible la tentativa, que en todo caso requeriría que la conducta del autor pueda ser apreciada como una forma de “disponerse a prender fuego”, lo que a su vez requiere que, cuando menos, tenga lugar una ignición; cfr. Rainer ZACZYK, *Das Unrecht...*, ed. cit., pág. 323.

¹⁷⁸⁸ A favor de reconocer la posibilidad de una tentativa en los delitos de peligro, cfr. Karl BINDING, *Die Normen...*, Tomo I, págs. 374 y 375, para quien los delitos de peligro no solo admiten, sino que incluso reclaman la posibilidad de una tentativa; Harro OTTO, *Grundkurs...*, ed. cit., pág. 229; Günther SPENDEL, *Stock-Festschrift*, ed. cit., pág. 101, nota 42; Klaus TIEDEMANN, *JR 1973*, ed. cit., pág. 412.

¹⁷⁸⁹ Ya BINDING excluía a comienzos del siglo XX la posibilidad de una tentativa en delitos de peligro, cuando la descripción típica no dejara espacio entre preparación y consumación; cfr. Karl BINDING, *Die Normen...*, ed. cit., Tomo I, págs. 374 y 375; en igual sentido, cfr. Günther SPENDEL, *Stock-Festschrift*, ed. cit., pág. 101, nota 42.

¹⁷⁹⁰ Cfr. supra 7.10.

¹⁷⁹¹ CORCOY BIDASOLO considera que “la tentativa en los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales supondría la lesión de la seguridad y la confianza de los ciudadanos en que no se lesiona la seguridad y confianza de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de distintos ámbitos de actividad, lo que implica un adelantamiento de las barreras de protección inadmisibles, de acuerdo con los principios de necesidad y merecimiento de pena, en los que están comprendidos los de subsidiariedad y *última ratio*”; Mirentxu CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 273. Curiosamente esta misma autora sostiene que aun cuando la tentativa no es viable en los delitos de peligro, sí lo es el desistimiento (“...no existe ninguna razón para que el desistimiento no tenga eficacia en los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales, en los que concurriendo el injusto típico, el autor lleve a efecto actuaciones tendentes a evitar la lesividad de esa

edificada sobre las mismas bases que justifican la punibilidad de la tentativa en general. Cualquiera que sea el parámetro utilizado para trazar la frontera entre los actos preparatorios y los ejecutivos¹⁷⁹², el mismo debe ser aplicado a los delitos de peligro para poder establecer si ellos admiten o no la tentativa; si así se procede en ejemplos como el del incendio ya mencionado, no cabe duda de que la acción de encender una mecha que inmediatamente desencadenará una conflagración no constituye un simple acto preparatorio impune, sino una acción ejecutiva digna de sanción. Por consiguiente, si se admite que la punición de la tentativa no vulnera los principios de necesidad y merecimiento de pena, debe aceptarse igualmente que cuando frente a un delito de peligro se dan sus requisitos, su sanción es válida no solo porque la norma que en la parte general prevé su sanción no excluye esa opción¹⁷⁹³, sino porque además respeta los aludidos principios.

Es cierto que los delitos de peligro abstracto¹⁷⁹⁴ no deberían entenderse de una forma tan abierta que permita la sanción de todo aquel que despliegue una conducta que, en abstracto y según la perspectiva del legislador” genera una situación de peligro común; en este sentido comparto la opinión de quienes consideran preferible limitar su campo de acción mediante la exigencia de demostrar en cada caso que la acción del autor (valorada objetivamente y desde una perspectiva *ex-ante*) representó un peligro para el bien jurídico

comportamiento”; *ibidem*, págs. 278 y 279), aun cuando posteriormente matiza esta afirmación en el sentido de que lo pertinente no sería propiamente un desistimiento, sino “actuaciones análogas al desistimiento que excluyeran la sancionabilidad” (cfr. *ibidem*, págs. 280 y 281)

¹⁷⁹² Sobre las distintas concepciones teorías que hay en lo atinente al comienzo de realización del delito, cfr. *supra* 5.

¹⁷⁹³ Para CORCOY BIDASOLO la tentativa en los delitos de peligro sería punible de *lege lata* porque la norma que consagra la figura en la parte general no hace distinción alguna, pero implicaría violación a los principios de necesidad y merecimiento de pena (Cfr. Mirentxu CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, ed. cit., págs. 274 a 276)

¹⁷⁹⁴ HENKEL plasmó muy claramente la idea básica detrás de la distinción entre delitos de peligro abstracto y concreto, al afirmar que el legislador puede optar por prohibir la efectiva producción de un peligro mediante su incorporación como elemento del tipo (delitos de peligro concreto), o prohibir determinadas actuaciones que, en su criterio, suelen producir lesiones a bienes jurídicos (cfr. Hans HENKEL, *Der Gefahrbegriff im Strafrecht, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 270*, Breslau, 1930, pág. 60). Sobre las formas en que tradicionalmente se ha distinguido entre delitos de peligro abstracto y concreto, cfr. Blanca MENDOZA BUERGO, *Límites dogmáticos y político criminales de los delitos de peligro abstracto*, ed. Comares, 2001, págs. 21 y 22.

objeto de protección¹⁷⁹⁵. Sin embargo, eso no excluye la posibilidad de que exista la tentativa, como puede verse en el siguiente ejemplo de delitos contra la salud pública¹⁷⁹⁶: Si alguien vierte en una represa un barril de agua que previamente ha “rezado” para dotarla de propiedades contaminantes, no responde como autor de una tentativa porque una valoración objetiva y *ex-ante* de su comportamiento lo muestra como probabilísticamente inadecuado para la producción del resultado pretendido (tentativa irreal o supersticiosa¹⁷⁹⁷).

La situación es distinta si esa misma persona ha adquirido un barril de arsénico para envenenar el agua potable del pueblo donde habita, lo ha mimetizado entre otros recipientes exteriormente idénticos pero contentivos de agua pura y, en el momento en que decide llevar a cabo su plan criminal, confunde los barriles y vierte en la represa uno de agua pura. En este caso no puede decirse que la conducta es irrelevante desde el punto de vista del derecho penal, porque al valorarla desde un punto de vista objetivo y bajo una perspectiva *ex-ante* luce como probabilísticamente apta para producir el resultado perseguido¹⁷⁹⁸.

La circunstancia de que frente a algunos tipos penales como la conducción de vehículos automotores bajo la influencia de bebidas

¹⁷⁹⁵ “...en los delitos de peligro abstracto no se exige tal *resultado* de proximidad de una lesión de un concreto bien jurídico, sino que basta la peligrosidad de la *conducta*, peligrosidad que se supone inherente a la acción salvo que se pruebe que en el caso concreto quedó excluida de antemano. Pero tanto los delitos de peligro concreto como los de peligro abstracto son verdaderos delitos de peligro porque exigen que no se excluya previamente todo peligro”. Santiago MIR PUIG, Derecho Penal, ed. cit., §9/64, pág. 241. Como otra forma de delimitar el alcance de los delitos de omisión propia señala MENDOZA BUERGO que “sólo en la medida en que la propia acción tipificada pueda considerarse *en todo caso peligrosa para los bienes jurídicos*, cabrá aceptar la mera comprobación de la realización de la acción peligrosa, porque aquí consta fehacientemente su carácter altamente peligroso, sin más averiguaciones”; cfr. Blanca MENDOZA BUERGO, Límites..., ed. cit., pág. 478.

¹⁷⁹⁶ El artículo 365 del Código Penal español establece lo siguiente: “Será castigado con la pena de prisión de dos a seis años el que envenenare o adulterare con sustancias infecciosas u otras que puedan ser gravemente nocivas para la salud, las aguas potables o las sustancias alimenticias destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas”.

¹⁷⁹⁷ Sobre la impunidad de la tentativa supersticiosa cfr. supra 4.2.2.3.

¹⁷⁹⁸ Dado que este ejemplo corresponde a lo que parte de la doctrina califica como tentativa inidónea, la solución que aquí se propone no será compartida por quienes son partidarios de la impunidad de esa forma de tentativa. En cuanto a la punibilidad de la denominada tentativa inidónea, cfr. supra 4.2.2.2.

alcohólicas resulte un poco más difícil imaginar un ejemplo de tentativa¹⁷⁹⁹, no elimina la posibilidad de su existencia. Es cierto que si a la salida de una discoteca se le hace un control de alcoholemia a quien todavía tiene que caminar varios centenares de metros hasta el sitio en donde dejó su vehículo automotor, y como consecuencia del mismo se establece que supera el límite permitido y que era su deseo conducir en ese estado, no puede hablarse de una tentativa¹⁸⁰⁰; el solo hecho de estar bebido y manifestar la intención de conducir un vehículo automotor, o incluso aproximarse al automotor en esas condiciones y con ese propósito, constituyen actuaciones que objetivamente y desde un punto de vista *ex-ante* no pueden ser interpretadas como actos ejecutivos porque no son probabilísticamente aptas para producir el resultado perseguido por el autor (conducir un vehículo en estado de ebriedad).

Sin embargo, puede imaginarse un escenario distinto: esa misma persona abandona la discoteca en estado de ebriedad, y cuando aborda su automóvil con el propósito de guiarlo hasta su lugar de residencia, se percata de que un policía se dirige hacia el sitio donde él se encuentra; con el ánimo de evadir un posible control de alcoholemia, el sujeto acelera el vehículo con tal fuerza que se rompen los ejes de tracción y el vehículo permanece inmóvil hasta que el policía puede abordar al conductor y verificar su estado de alicoramiento. En esta variante el autor no se ha limitado a prepararse para conducir el vehículo en estado de ebriedad, sino que efectivamente ha dado comienzo a la ejecución de esa conducta por lo que debe responder como autor de una tentativa del delito de conducción de vehículo automotor bajo la influencia de bebidas alcohólicas¹⁸⁰¹.

¹⁷⁹⁹ CORCOY BIDASOLO dice que la mayoría de los delitos de peligro contra la administración pública, de justicia, de falsedades y de tráfico de drogas “están tipificados de tal forma que se hace difícil imaginar supuestos intermedios, entre lo que serían actos preparatorios y la consumación”; Mirentxu CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, ed. cit., pág. 274.

¹⁸⁰⁰ Cfr. Mirentxu CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro...*, ed. cit., pág. 275.

¹⁸⁰¹ El artículo 379 del Código Penal español establece lo siguiente: “1. El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de seis a doce meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, con la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

Las soluciones que se han planteado respecto de los ejemplos anteriores sirven para evidenciar que si bien respecto de los delitos de peligro la tentativa es estructuralmente factible (en el sentido de dar inicio a la ejecución de la conducta descrita en el tipo penal), sólo debe ser punible si el comportamiento desplegado por el autor puede ser interpretado como un comienzo de ejecución y no como un mero acto preparatorio, es decir, si bajo una perspectiva objetiva y desde un punto de vista *ex-ante* puede ser interpretada como probabilísticamente apta para afectar el bien jurídico objeto de protección.

7.13. Tentativa en las justificantes sin conciencia.-

Conviene aclarar, ante todo, que el tema a desarrollar bajo esta denominación no se refiere a aquellos casos en los que el autor lleva a cabo una conducta que encaja perfectamente dentro de los requisitos propios de una causa de justificación, pero lo hace en la equivocada creencia de que su conducta es antijurídica; la problemática así descrita fue ya tratada en el capítulo correspondiente al delito putativo¹⁸⁰².

De lo que se trata aquí es de determinar si debe responder penalmente quien no siendo consciente de ello actúa cobijado por los presupuestos objetivos de una causa de justificación y, en caso afirmativo, a título de qué. Piénsese en el caso del guardabosques que acecha al cazador furtivo para darle muerte y, cuando a lo lejos le ve sentado detrás de un árbol, dispara contra él causándole la muerte; si posteriormente se establece que en el preciso momento en que el autor disparó contra su víctima ésta se disponía a su vez a hacer lo mismo en su contra, no cabe duda de que desde un punto de vista objetivo actuó en legítima defensa porque la muerte que causó le permitió salvar su propia vida, injustamente amenazada por quien resultó muerto¹⁸⁰³. Sin embargo, el hecho de que quien así actuó no

“2. Con las mismas penas será castigado el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire aspirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro”.

¹⁸⁰² Cfr. supra 4.2.2.4.2.

¹⁸⁰³ El ejemplo es tomado de Harro OTTO, Grundkurs..., ed. cit., pág. 233.

haya sido consciente de que con su disparo salvaba su propia vida, esto es, la circunstancia de que su disparo mortal no tuviera como finalidad defenderse de una injusta agresión sino dar muerte a su enemigo, plantea el interrogante de si debe responder penalmente y, en caso afirmativo, a título de qué. El problema tiene que ver entonces de manera puntual con otro que en su momento generó mucha polémica y es el atinente a si es indispensable o no que las causas de justificación tengan (además de sus elementos objetivos) un presupuesto subjetivo¹⁸⁰⁴.

Al respecto cabe recordar que la necesidad de incorporar un elemento subjetivo a las causas de justificación no ha sido siempre un tema pacífico; por el contrario, aproximadamente hasta la primera mitad del siglo XX existía una fuerte corriente doctrinal que propugnaba por el reconocimiento de las causales de justificación ante la sola presencia de sus requisitos objetivos, y consideraba innecesaria la exigencia de aspectos subjetivos¹⁸⁰⁵ como, por ejemplo, el ánimo de defenderse en el marco de la legítima defensa¹⁸⁰⁶. Esta postura se explicaba en buena parte por la forma en que sus partidarios solían distinguir entre los componentes objetivo y subjetivo del delito dependiendo de lo que ocurriera dentro o fuera de la mente del autor; sobre este supuesto, mientras la imputabilidad y la culpabilidad (desarrollada en torno al concepto de relación causal psicológica) eran comprendidas como aspectos subjetivos de la teoría del delito, la tipicidad y la antijuridicidad (cuyo eje era la relación causal) eran vistos como elementos objetivos de la teoría del delito que, por consiguiente, no debían incluir atributos relacionados con la faceta interna del individuo.

Desde el punto de vista de esa concepción teórica¹⁸⁰⁷, el médico que realiza un aborto porque la mujer embarazada le paga para proceder de esa manera (no porque haya verificado previamente si se daban las condiciones legales para practicarlo), sin saber que en

¹⁸⁰⁴ Cfr. Reinhart MAURACH, NJW 1962, ed. cit., pág. 771.

¹⁸⁰⁵ Cfr. Friedrich NOWAKOWSKI, ZStW 1951, ed. cit., pág. 319.

¹⁸⁰⁶ Sobre el estado de la discusión a comienzos de la segunda mitad del siglo XX, cfr. Günter SPENDEL, Gegen den "Verteidigungswillen" als Notwehrerfordernis, in Festschrift für Paul Bockelmann, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1979, pág. 249.

¹⁸⁰⁷ Sobre la irrelevancia que desde esta postura doctrinal representa el ingrediente subjetivo de las justificantes en los casos aquí analizados, cfr. Elena FARRÉ, La tentativa, ed. cit., pág. 446.

realidad la paciente sufría una enfermedad que hubiera cumplido con los requisitos que legalmente justificarían un aborto¹⁸⁰⁸, no merece reproche penal alguno porque al cumplir su conducta con los presupuestos objetivos de una causa de justificación, desaparece la antijuridicidad de la misma¹⁸⁰⁹. Idéntica sería la solución en el ya mencionado ejemplo de quien con el propósito de quitar la vida a su enemigo le propina un disparo mortal, sin saber que en ese mismo momento la víctima se disponía a accionar un arma en su contra; también en este caso dirían los partidarios de esta tesis que el autor de la muerte actuó amparado por una legítima defensa, dado que los elementos objetivos de esta justificante se cumplen a cabalidad¹⁸¹⁰.

No obstante lo anterior, desde la segunda mitad del siglo XX se ha venido consolidando la idea de que las causas de justificación requieren de un elemento subjetivo para su configuración¹⁸¹¹, de tal manera que si en una legítima defensa (para citar solo un ejemplo) no existe ánimo de defensa por parte de quien objetivamente reacciona de manera proporcionada ante una agresión actual e injusta dando muerte a quien a su vez se disponía a atentar contra su vida, no se le deberá reconocer la justificante. Esto deja abierto el interrogante de si quien así se comporta debe ser penalizado como autor de un delito consumado o como responsable de una tentativa.

Para quienes defiendan una teoría del delito en tres niveles (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad), en la que la tipicidad es apreciada como un simple indicio de la antijuridicidad de la

¹⁸⁰⁸ El ejemplo es tomado de Reinhart MAURACH, NJW 1962, ed. cit., pág. 772, nota 69.

¹⁸⁰⁹ Cfr. MAURACH, NJW 1962, ed. cit., pág. 771; Harro OTTO, Grundkurs..., ed. cit., págs. 231 y 232.

¹⁸¹⁰ La misma solución aplica SPENDEL (cfr. Günter SPENDEL, Bockelmann-Festschrift, ed. cit., pág. 259) en el siguiente ejemplo: Dos cazadores han matado un reno y mientras uno de ellos (A) lo lleva a un claro, el otro (B) monta guardia armada, decidido (como habían acordado previamente) a dar muerte a quien intente capturarlos; pese a las medidas de precaución, el guardabosques (F) sorprende a B, quien rápidamente toma su fusil y lo dirige hacia F para dispararle; el cazador A, a su vez, al percatarse de la situación, apunta su fusil hacia F y en una fracción de segundo le dispara, pero debido a su nerviosismo falla e impacta mortalmente a su compañero A (Cfr. Günter SPENDEL, Bockelmann-Festschrift, ed. cit., pág. 259); a su modo de ver, el disparo mortal de A sobre B es justificado porque éste estaba atacando objetivamente a F; en el mismo sentido y sobre el mismo ejemplo, cfr. Günter SPENDEL, Notwehr und <Verteidigungswille>, objektiver Zweck und subjektive Absicht, in Festschrift für Dietrich Oheler, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1985, págs. 201 y 202.

¹⁸¹¹ Cfr. Reinhart MAURACH, NJW 1962, ed. cit., pág. 771.

conducta, aquel que sin saberlo actúa en consonancia con los presupuestos objetivos de una justificante desarrolla una conducta que no solo es típica (encaja en la descripción de un determinado tipo penal), sino que también es antijurídica porque al faltar el aspecto subjetivo no estarían dados todos los elementos indispensables para reconocer la existencia de una causa de justificación. Conforme a esta visión de la teoría del delito, quien da muerte a su enemigo sin percatarse de que éste se disponía en ese mismo instante a disparar en su contra, deberá responder como autor de un delito consumado de homicidio¹⁸¹².

Para aquellos que acogen una visión de la teoría del delito en dos niveles (injusto y culpabilidad), la configuración del injusto requiere no solo de la tipicidad sino adicionalmente de la lesión al deber de evitación; una conducta llenará el tipo de injusto cuando cumpla con los presupuestos objetivos y subjetivos no solo del tipo sino de la lesión al deber de evitación. En ejemplos como los propuestos, si bien el comportamiento del autor cumple con los requisitos que permiten acomodar su conducta a un tipo penal, respecto de él no puede decirse que actuó indebidamente porque si bien subjetivamente fue así (disparó contra su enemigo con la intención de causarle la muerte), objetivamente no (en realidad con ese disparo salvó su vida de la inminente agresión que provendría de aquel a quien dio muerte). En puridad de términos, se afirma que en hipótesis como esta no puede hablarse de un verdadero desvalor de resultado (su conducta sería objetivamente bien valorada), sino tan solo de un completo desvalor de acción (su conducta estuvo orientada a dar muerte a un ser humano). Como el autor habría dado comienzo a la ejecución de una conducta delictiva (desvalor de acción) sin que haya logrado producir un resultado fundado en la contrariedad al deber de evitación (lo que excluiría el desvalor de resultado), su comportamiento debería ser valorado como una tentativa¹⁸¹³.

Esquemáticamente hablando, la actuación del autor fue completa desde el punto de vista subjetivo (desvalor de acción), pero no desde la perspectiva objetiva (desvalor de resultado), razón por la cual no

¹⁸¹² Sobre las consecuencias a las que en el tema de justificantes sin conciencia conduce esta visión de la teoría del delito, cfr. Harro OTTO, Grundkurs..., ed. cit., págs. 231 y 232.

¹⁸¹³ Sobre las consecuencias a las que en el tema de justificantes sin conciencia conduce esta visión de la teoría del delito, cfr. Harro OTTO, Grundkurs..., ed. cit., págs. 231 y 232.

debería responder como autor de un delito consumado. Como bajo esta concepción de la teoría del delito se suele asumir que la tentativa se caracteriza por ser un delito completo en su aspecto subjetivo pero incompleto en su faceta objetiva¹⁸¹⁴, es fácil apreciar la coincidencia estructural entre la tentativa y los casos en que se actúa sin ser consciente de estar amparado por una causa de justificación. Es precisamente esa similitud la que permitiría concluir que, bajo este esquema de la teoría del delito, quien objetivamente actúa amparado por una causa de justificación pero no tiene conciencia de ello, debe responder como autor de una tentativa¹⁸¹⁵ que al no haber conseguido el resultado propuesto por el autor (desde la perspectiva de la lesión del deber de evitación), sería inidónea¹⁸¹⁶.

No obstante lo anterior, reputados defensores de una tal concepción de la teoría del delito como WELZEL¹⁸¹⁷, MAURACH¹⁸¹⁸ y ZIELINSKI¹⁸¹⁹ se oponen a esta solución¹⁸²⁰ y recomiendan que quien despliegue una conducta que solo objetivamente esté amparada por una causa de justificación, responda como autor de un

¹⁸¹⁴ Sobre la consideración de la tentativa como un delito completo desde el punto de vista subjetivo, pero incompleto en su faceta objetiva, con referencia a algunos de los autores que defienden esta postura, cfr. supra 3.1.

¹⁸¹⁵ Cfr. Peter ALBRECHT, *Der untaugliche...*, ed. cit., pág. 100, para quien la lesión efectivamente producida al bien jurídico es asumida por la justificante; Albin ESER, *StGB Schönke/Schröder*, ed. cit., §22 Rd. 8; Karl LACKNER, *StGB C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung*, ed. cit., §22, 2, d); Hans-Joachim RUDOLPHI, *StGB SK*, ed. cit., §22 Rn. 29; Theo VOGLER, *StGB LK*, ed. cit., §22 Rn. 140.

¹⁸¹⁶ Cfr. Richard BUSCH, *StGB LK*, ed. cit., §43 Rd. 52; Hans-Joachim RUDOLPHI, *StGB SK*, ed. cit., §22 Rn. 29; Theo VOGLER, *StGB LK*, ed. cit., §22 Rn. 140.

¹⁸¹⁷ Cfr. Hans WELZEL, *Lehrbuch*, ed. cit., pág. 97, en cuanto afirma que el conocimiento del consentimiento del sujeto pasivo, así como el ánimo defensivo en la legítima defensa, constituyen presupuestos objetivos de las justificantes cuya ausencia en un caso concreto debe llevar a una responsabilidad "en toda su extensión", con lo cual excluye la posibilidad de que ella se "menor" en el sentido de la tentativa.

¹⁸¹⁸ Cfr. Reinhart MAURACH/Heinz GÖSSEL, *Strafrecht AT*, tomo 2, ed. cit., § 40/10, pág. 15.

¹⁸¹⁹ Cfr. Diethart ZIELINSKI, *Handungs-...*, ed. cit., págs. 263 a 266-

¹⁸²⁰ RUDOLPHI considera que la postura de estos autores es contradictoria, porque aun cuando en términos generales asumen que cuando hay desvalor de acción y falta el desvalor de resultado se sanciona por tentativa, en el caso de las justificantes sin conciencia (donde a su modo de ver falta el desvalor de resultado) proponen responsabilizar al autor por un delito consumado; cfr. Hans-Joachim RUDOLPHI, *Maurach-Festschrift*, ed. cit., pág. 53.

delito consumado¹⁸²¹. Mientras WELZEL¹⁸²² hace énfasis en que para la configuración del injusto éste debe ser apreciado como una unidad, y resalta que esa misma unidad es exigible al momento de excluir el injusto a través de una justificante¹⁸²³, MAURACH sostiene que la hipótesis de la tentativa debe descartarse porque el error no se extiende al tipo y la antijuridicidad de la conducta subsiste mientras la congruencia de los elementos objetivos y subjetivos de una justificante no desvirtúen el indicio derivado del tipo¹⁸²⁴. A su modo de ver, si alguien con dolo homicida da muerte a su enemigo sin saber que objetivamente se daban en su favor circunstancias objetivas que justificarían su conducta, no se lo puede responsabilizar como autor de una tentativa porque la persona a quien quería eliminar está efectivamente muerta como consecuencia de su conducta; la responsabilidad en estos casos debe ser a título de delito consumado¹⁸²⁵. Para ZIELINSKI es evidente que no se puede hablar de la ausencia del aspecto objetivo del tipo cuando se está en frente del cadáver¹⁸²⁶, pero agrega que lo que importa en el injusto no es el desvalor de resultado sino el de acción, por lo que entre las categorías de tentativa y consumación no hay ninguna diferencia¹⁸²⁷.

Las distintas opiniones doctrinales que sobre esta problemática se han expresado tienen una cosa en común: admiten que sin estar

¹⁸²¹ El Tribunal Supremo alemán también ha optado por esta solución, por ejemplo en el caso de un médico que a solicitud de su paciente le practicó un aborto como consecuencia del cual la mujer falleció, sin percatarse de que (como después se estableció en la autopsia) padecía de una enfermedad que habría justificado la interrupción del embarazo; al no revocar la decisión de instancia, el Tribunal Supremo alemán dejó en firme la condena contra el médico como autor de un concurso entre un delito doloso de aborto y un delito imprudente de homicidio; cfr. BGHSt 2, 114.

¹⁸²² Cfr. Hans WELZEL, Lehrbuch, ed. cit., pág. 62 y Neues Bild, pág. 12.

¹⁸²³ Para ZIELINSKI esa es la posición correcta, si se asume que la configuración del injusto debe ser tratada como una unidad; cfr. Diethart ZIELINSKI, Handlung-..., ed. cit., pág. 260.

¹⁸²⁴ Cfr. Reinhart MAURACH, Tratado de Derecho Penal, ediciones Ariel, Barcelona, traducción de Juan Córdoba Roda, Barcelona, 1962, §25 V c 1, pág. 375.

¹⁸²⁵ “En el caso del soldado que mata, en combate, un enemigo al que toma erróneamente por el supuesto superior del que se quiere vengar por anteriores vejaciones, aprecia v. Weber la existencia de tentativa –a pesar de haberse producido la muerte de la misma persona sobre la que se había apuntado el arma. En sentido acertado se pronuncian Niese y ahora (tras primitivas dudas) también Welzel: no se da tentativa sino hecho consumado.

¹⁸²⁶ Cfr. Diethart ZIELINSKI, Handlung-..., ed. cit., pág. 261.

¹⁸²⁷ Cfr. Diethart ZIELINSKI, Handlung-..., ed. cit., pág. 262.

completos los requisitos de una causa de justificación (por ausencia de los presupuestos subjetivos), no se puede reconocer su existencia; esto significa, simplemente, que quien solo desde el punto de vista objetivo ha matado a alguien en legítima defensa, no puede ser eximido de responsabilidad penal mediante la invocación de una justificante. Por eso el único punto en discusión es si quien actúa sin saber que en su comportamiento concurren los presupuestos objetivos de una justificante debe responder como autor de un delito consumado o de una tentativa.

Como en otro lugar se señaló, no comparto la opinión de quienes entienden la tentativa como un delito imperfecto frente al consumado¹⁸²⁸, en cuanto tendría completa la parte subjetiva e incompleta la objetiva; esa sola circunstancia me impide ya compartir la tesis de quienes abogan por sancionar como autor de una tentativa a quien objetivamente habría cumplido con los requisitos de una justificante, pero no con sus presupuestos subjetivos. Pero adicionalmente, creo que asiste razón a quienes consideran que en estas hipótesis no solo el aspecto subjetivo de la conducta está completo, sin también su faceta objetiva.

Si tomando en consideración sus conocimientos se valora desde una perspectiva objetiva y *ex-ante* la conducta de quien acecha a su víctima y con intención de quitarle la vida le propina un disparo mortal, ese proceder corresponde a la descripción típica de un delito consumado de homicidio; el hecho de que con posterioridad se establezca que objetivamente estaban dadas las condiciones para que el autor pudiera ampararse en una legítima defensa, no elimina respecto de él el juicio de imputación objetiva, ni permite modificarlo para tratar de adecuarlo a una descripción típica que, como la de la tentativa, exige que el autor no haya realizado la totalidad del tipo de consumación al que se refiere. Ninguna duda cabe en estos casos en cuanto a que el comportamiento del autor no solo supuso un quebrantamiento de la vigencia de la norma en el sentido de la tentativa (intentar consumir un delito), sino que agotó toda la descripción típica del delito que pretendía consumir (homicidio, en el ejemplo analizado); por eso su responsabilidad debe ser a título de un delito consumado.

¹⁸²⁸ Cfr. supra 3.1 y 3.2

Otra cosa es que resulte razonable que quien actúa sin saber que en su favor concurren los presupuestos objetivos de una justificante no sea sancionado con la misma severidad que quien ni siquiera puede invocar en su favor esa circunstancia. Pero para conseguir ese trato diferencial no hace falta alterar la configuración típica de la conducta; basta con recurrir a figuras como la de la eximente incompleta¹⁸²⁹ en la legislación española¹⁸³⁰ o la disminución punitiva que en el Código Penal colombiano está prevista para aquellos casos en los que respecto de la conducta del autor no pueden predicarse todos los elementos (no esenciales) de una justificante¹⁸³¹.

¹⁸²⁹ A favor de solucionar estos casos a través de la figura de la eximente incompleta, cfr. Santiago MIR PUIG, Manual..., ed. cit., §16/71, pág. 450, quien a su vez se refiere en los siguientes términos a la figura de la eximente incompleta: “Cuando falta alguno de los requisitos *no fundamentales* de una causa de justificación, puede proceder una atenuación especial. se habla entonces de una <eximente incompleta>, que conduce a la *atenuación* de la pena en *uno o dos grados* por debajo de la pena señalada por la ley (art. 21, 1º en relación con art. 68 CP), lo que supone una disminución de la pena mayor que la prevista para las atenuantes ordinarias –que sólo determinan la imposición de la pena señalada al delito en su mitad inferior (art. 66, 2ª CP)”; cfr. Santiago MIR PUIG, Derecho Penal, ed. cit., §16/27, págs. 435 y 436. Ver Legítima defensa de RODRIGUEZ MOURULLO, pág. 55

¹⁸³⁰ “Artículo 21. Son circunstancias atenuantes.

“1ª Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos. (...)”.

¹⁸³¹ Aun cuando en el Código Penal colombiano no hay expresa referencia a la necesidad de que las justificantes tengan un elemento subjetivo, creo que puede invocarse el inciso segundo del numeral 7 del artículo 32, conforme al cual “El que exceda los límites propios de las causales consagradas en los numerales 3º, 4º, 5º, 6º y 7º precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la respectiva conducta punible”.

INDICE DE AUTORES

- Actas del Nuevo Código Penal Colombiano, parte general, ed. Pequeño Foro, Bogotá, 1980, volumen I.
- ADAMS Michael/SCHAVELL Steven, Zur Strafbarkeit des Versuchs, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, Heidelberg, 1990, S. 337 ff.
- ALASTUEY DOBÓN Carmen, Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, número 5, 2011, págs. 13 y siguientes.
- ALBRECHT Peter, *Der untaugliche Versuch*, Helbing & Lichtenbahn, Basel und Stuttgart, 1973.
- ALCÁCER GUIRAO Rafael, La tentativa inidónea. Fundamento de su punición y configuración del injusto, editorial Comares, Granada, 2000.
- ALCÁCER GUIRAO Rafael, Tentativa y formas de autoría – sobre el comienzo de la realización típica, ed. Edisofer s.l., Madrid, 2001.
- ALCÁCER GUIRAO Rafael, Elementos típicos no vinculados al curso causal y la tentativa de autor inidóneo, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, 2001, págs. 11 y siguientes.
- ALCÁCER GUIRAO Rafael, Caso del abortivo inocuo, en *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, ediciones La Ley, Madrid, 2011, págs. 81 y siguientes.
- ALCÁCER GUIRAO Rafael, Comienzo de la tentativa en la comisión por omisión, en *Cuadernos de Política Criminal*, ediciones Edersa, Madrid, 2001, número 73, págs. 5 y siguientes.
- ALCÁCER GUIRAO Rafael, El juicio de adecuación de la conducta. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLIX, Madrid, 1996, págs. 474 y siguientes.
- ALCÁCER GUIRAO Rafael, Tentativa y desistimiento en la comisión por omisión, en *La Ley*, Madrid, 2002, págs. 1453 y siguientes.
- ALLFELD Philipp, *Der Rücktritt vom Versuch*, in *Festgabe für Reinhard von Frank*, Scientia Verlag, Aalen, 1969, Band II, Neudruck der Ausgabe Tübingen 1930, S. 74 ff.
- ALWART Heiner, *Strafwürdiges Versuchen*, Duncker & Humblot, Berlin, 1982.
- ALWART Heiner, Zur Kritik der strafrechtlichen Stufenlehre, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, Heidelberg, 1986, S. 245 ff.

- Anteproyecto de Código Penal Colombiano, ediciones del Ministerio de Justicia, Bogotá, 1974.
- ARZT Gunther, Zur Erfolgsabwendung beim Rücktritt vom Versuch, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, Hamburg, 1964, S. 1 ff.
- ARZT Gunther, Bedingter Entschluß und Vorbereitungshandlung, in *Juristenzeitung (JZ)*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1969, S. 54 ff.
- BACIGALUPO Enrique, Principios de derecho penal general, ed. Akal/iure, Madrid, 1990, 2ª edición.
- BACIGALUPO Enrique, Delitos impropios de omisión. Ed. Temis, Bogotá, 1983.
- v. BAR Ludwig, Zur Lehre von Versuch und Teilnahme am Verbrechen, Hahn'sche Hofbuchhandlung, Hannover, 1859.
- BARQUÍN SANZ Jesús y OLMEDO CARDENETE Miguel, Artículo 18, en *Comentarios al Código Penal dirigidos por Manuel Cobo del Rosal*, ed. Edersa, Madrid, 1999, Tomo I, págs. 895 y siguientes.
- BAUMANN Jürgen, Das Umkehrverhältnis zwischen Versuch und Irrtum im Strafrecht, in *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, Berlin und Frankfurt am Main, 1962, 1. Halbband, S. 16 ff.
- BAUMANN Jürgen, Noch einmal: Kenntnis des Verletzten und tätige Reue — BGHSt 24, 48, in *Juristische schulung (JuS)*, Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1971, S. 631 ff.
- BAUMANN Jürgen/WEBER Ulrich, Strafrecht — Allgemeiner Teil, Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 9. Auflage, 1985.
- BECCARIA Cesare, Dei delitti e delle pene, Giuffrè editore, Milano, 1964.
- BELESTA SEGURA Luis, La tentativa inidónea en el Código Penal de 1995, en *La Ley*, Madrid, D-190, págs. 1558 y siguientes.
- BERGMANN Matthias, Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung beim Rücktritt vom Versuch?, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, De Gruyter, Berlin-New York, 100. Band, S. 329 ff.
- BERZ Ulrich, Grundlagen des Versuchsbeginns, in *Juristische Ausbildung (Jura)*, Walter de Gruyter Berlin-New York, 1984, S. 511 ff.
- BINDING Karl, Die Normen und ihre Übertretung, Scientia Verlag, Aalen, 1965 (Neudruck der 4. Auflage Leipzig 1922), Band 1.

- BINDING Karl, Die Normen und ihre Übertretung, Scientia Verlag, Aalen, 1965 (Neudruck der Ausgabe Leipzig 1918), Band 3.
- BINDING Karl, Das bedingte Verbrechen, in der Gerichtssaal (GS), Verlag von Ferdinand Enke, Stuttgart, 68. Band, 1906, S. 1 ff.
- BINDING Karl, Der umgekehrte Irrtum, in der Gerichtssaal (GS), Verlag von Ferdinand Enke, Stuttgart, 1917, 85. Band, S. 177 ff.
- BINDOKAT Heinrich, Zur Frage des doppelten Irrtums, in Neue Juristische Wochenschrift (NJW), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, Berlin und Frankfurt am Main, 1963, 1. Halbband, S. 745 ff.
- BITZIELIKS Nikolaus, Über die strafrechtliche Bedeutung der Abgrenzung von Vollendung und Beendigung der Straftat, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), De Gruyter, Berlin-New York, 99. Band, S. 723 ff.
- BLEI Hermann, Die Entdeckung der Tat durch den Verletzten, in Juristische Arbeitsblätter (JA), J. Schweitzer Verlag, Berlin, 1971, S. 297 ff.
- BLEI Hermann, Anmerkung zu BGH NJW 1973, S. 632, in Juristische Arbeitsblätter (JA), J. Schweitzer Verlag, Berlin, 1973, S. 395 ff.
- BLEI Hermann, Das Wahnverbrechen, in Juristische Arbeitsblätter (JA), J. Schweitzer Verlag, Berlin, 1973, S. 237 ff., 321 ff., 389 ff., 459 ff., 529 ff., 601 ff.
- BLEI Hermann, Anmerkung zu BGH NJW 1974, 2098, in Juristische Arbeitsblätter (JA), J. Schweitzer Verlag, Berlin, 1975, S. 41 ff.
- BLEI Hermann, Versuch und Rücktritt vom Versuch nach neuem Recht, in Juristische Arbeitsblätter (JA), J. Schweitzer Verlag, Berlin, 1975, 95 ff., 167 ff., 233 ff.
- BLOY René, Zurechnungsstrukturen des Rücktritts vom beendeten Versuch und Mitwirkung Dritter an der Verhinderung der Tatvollendung, in Juristische Schulung (JuS), Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1987, S. 528 ff.
- BLOY René, Anmerkung zu BGH 35 S. 184 ff., in Juristische Rundschau (JR), Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1989, S. 69 ff.
- BLOY René, Contenido de ilícito y punibilidad de la tentativa burdamente insensata, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Ministerio de Justicia, Tomo LVIII, Madrid, 2006, págs. 365 y siguientes.

- BOCKELMANN Paul/VOLK Klaus, Strafrecht - Allgemeiner Teil, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1987, 4. Auflage.
- BOCKELMANN Paul, Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch, in Juristenzeitung (JZ), Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1954, S. 468 ff.
- BOCKELMANN Paul, Die jüngste Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch, in Juristenzeitung (JZ), Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1955, S. 193 ff.
- BOCKELMANN Paul, Wann ist der Rücktritt vom Versuch freiwillig?, in Neue Juristische Wochenschrift (NJW), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, Frankfurt und Berlin, 1955, S. 1417 ff.
- BOTTKE Wilfried, Zur Freiwilligkeit und Endgültigkeit des Rücktritts vom versuchten Betrug, in Juristische Rundschau (JR), Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1980, S. 441 ff.
- BOTTKE Wilfried, Anmerkung zu BGH v. 23. 8. 1979, in Juristische Arbeitsblätter (JA), Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1981, S. 62 ff.
- BOTTKE Wilfried, "Rücktritt vom Versuch der Beteiligung nach § 31 StGB", Duncker & Humblot, Berlin, 1980.
- BRINGEWAT Peter, Kenntnis des Verletzten und tätige Reue — BGHSt 24, 48, in Juristische Schulung (JuS), Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1971, S. 403 ff.
- BRUNS Hans-Jürgen, Der untaugliche Täter im Strafrecht, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1955.
- BRUNS Hans-Jürgen, Die Strafbarkeit des Versuchs eines untauglichen Subjektes, in Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA), R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, Hamburg-Heidelberg, 1979, S. 161 ff.
- BÜNGER, Über Vorstellung und Wille, als Elemente der subjektiven Verschuldung, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Verlag von J. Guttentag (D. Collin), Berlin und Leipzig, 6. Band, 1886, S. 291 ff.
- v. BURI Maximilian, Ueber die sog. untauglichen Versuchshandlungen, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Verlag von J. Guttentag (D. Collin), Berlin und Leipzig 1881 Band 1., S. 185 ff.
- v. BURI Maximilian, Zur Lehre vom Versuche, in Der Gerichtssaal (GS), Verlag von Ferdinand Enke, Erlangen, 19. Band, 1867, S. 60 ff.

- v. BURI Maximilian, Über das Wesen des Versuchs, in Archiv für Gemeines Deutsches und für Preußisches Strafrecht (GA), Verlag der königlichen Geheimen Ober-Hofbuchdruckerei (R. v. Decker), Berlin, 25. Band, 1877, S. 265 ff.
- BURKHARDT Björn, Das Unternehmensdelikt und seine Grenzen, in Juristenzeitung (JZ), J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1971, S. 352 ff.
- BURKHARDT Björn, Der "Rücktritt" als Rechtsfolgebestimmung, Duncker & Humblot, Berlin, 1975.
- BURKHARDT Björn, Rechtsirrtum und Wahndelikt, in Juristenzeitung (JZ), J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1981, S. 681 ff.
- BURKHARDT Björn, Vorspiegelung von Tatsachen als Vorbereitungshandlung zum Betrug — OLG Karlsruhe, NJW 1982, 59, in Juristische Schulung (JuS), Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1983, S. 426 ff.
- BUSCH Richard, Leipziger Kommentar (LK), Walter de Gruyter, Berlin-New York, 9. Auflage, 1974, §§ 43, 44, 45, 46.
- CANCIO MELIÁ Manuel, Los orígenes de la teoría de la adecuación social – Teoría final de la acción e imputación objetiva, publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1994.
- CANCIO Manuel Überlegungen zu einer gemeineuropäischen Regelung des Versuchs, en Wirtschaftstrafrecht in der Europäischen Union, Carl Heymann Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 2002, pág. 169 y siguientes.
- CANCIO MELIÁ Manuel, Consideraciones sobre una regulación común europea de la tentativa, en Revista Canaria de Ciencias penales, Instituto Iberoamericano de Política Criminal y Derecho Penal Comparado, número 5, 2000, págs. 37 y siguientes.
- Giovanni CARMIGNANI, Elementi di Diritto Criminale, Francisco Sanvito Editore, Milano, versione italiana sulla quinta edizione di Pisa da Filippo Ambrosoli, 1863.
- CARRARA Francisco, Teoría de la tentativa y de la complicidad, F. Góngora y Compañía editores, Madrid, 1877, traducción de Vicente Romero Girón.
- CICERÓN Marco Tulio, Catilinas, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, traducción de María Casilda Gutiérrez de Albeniz.
- CORCOY BIDASOLO Mirentxu, El delito imprudente – Criterios de imputación del resultado, ed. PPU, Barcelona, 1989.
- CORCOY BIDASOLO Mirentxu, La distinción entre causalidad e imputación objetiva y su repercusión en el proceso -presunción de

inocencia e in dubio pro reo-, en *La Ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo* (libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir), ed. Tecnos, 2002.

CORCOY BIDASOLO Mirentxu, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999

CÓRDOBA ANGULO Miguel, *La Tentativa*, publicaciones Universidad Externado de Colombia Bogotá, 1993.

DEMETRIO CRESPO Eduardo, *Sobre el comienzo de la tentativa en la autoría mediata*, en *Nuevas formulaciones en las ciencias penales – Homenaje al profesor Claus Roxin*, ed. Lerner, Córdoba, 2001, págs. 273 y siguientes.

DEMETRIO CRESPO Eduardo, *Acerca de la actio libera in causa*, <http://www.cienciaspenales.net>

DICKE Detlev Chr., *Zur Problematik der untauglichen Versuchs*, in *Juristische Schulung (JuS)*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, 1968, S. 157 ff.

DOHNA Alexander Graf zu, *Die Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch im Lichte der Judikatur des Reichsgerichts*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 59. Band, 1940, S. 541 ff.

DREHER Eduard, *Anmerkung zu BGH v. 9. 3. 67*, in *Monatschrift für deutsches Recht (MDR)*, MDR Verlagsgesellschaft, Hamburg, 1967, S. 934 ff.

DREHER Eduard, *Anmerkung zu BGH v. 11. 6. 68*, in *Juristische Rundschau (JR)*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1969, S. 105 ff.

DREHER Eduard, *Anmerkung zu BGH v. 8. 12. 70*, in *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt am Main, 1971, Halbband I, S. 1046 ff.

ENGISCH Karl, *Der Unrechtstatbestand im Strafrecht. Eine Kritische Betrachtung zum heutigen Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht*, in *Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentag*, Verlag C. F. Müller, Band I, Karlsruhe, 1960, S. 401 ff.

ENGISCH Karl, *Der "umgekehrte Irrtum" und das "Umkehrprinzip"*, in *Festschrift für Ernst Heinitz*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1972, S. 185 ff.

ESER Albin/BURKHÄRDt Björn, *Strafrecht II*, Verlag C. H. Beck, München, 1976, 2. Auflage.

- ESER Albin, in Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 24. Auflage, 1991, Vor § 22, §§ 22, 23, 24.
- FAHRENHORST Irene, Anmerkung zu BGH 34 S. 53 ff., in Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSStZ), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, 1987, S. 277 ff.
- FAKHOURI GÓMEZ Yamila, El objeto del dolo en derecho penal, publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012.
- FARRÉ TREPAT Elena, La tentativa de delito, editorial Bosch, Barcelona, 1986.
- FARRÉ TREPAT Elena, Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la actio libera in causa. En Estudios penales y criminológicos, tomo XIII, 1990, págs. 45 y siguientes.
- FELTES Thomas, Der (vorläufig) fehlgeschlagene Versuch, in Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA), R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, Heidelberg, 1992, S. 395 ff.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA Juan, Derecho penal fundamental, editorial Temis, Bogotá, volumen II, 2ª edición, 1989.
- FERRI Enrique, Principios de Derecho Criminal", ed. Reus, Madrid, 1933, 1a edición, traducción de José Arturo Rodríguez Muñoz.
- v. FEUERBACH Paul Johann Anselm Ritter (herausgegeben von Carl Joseph Anton Mittermaier), Lehrbuch des Peinliche Rechts, Georg Friedrich Heyer's Verlag, Giessen, 1847, 14. Auflage.
- v. FEUERBACH Paul Johann Anselm Ritter, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe der positiven peinlichen Rechts, (Neudruck der Ausgabe Chemnitz 1800), Scientia Verlag, Aalen, 1966, 2. Band.
- FOTH Heinrich, Neuere Kontroversen um den Begriff des Wahnverbrechens, in Juristische Rundschau (JR), Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1965, S. 366 ff.
- FRANK Reinhard, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1931, 18. Auflage.
- FRISCH Wolfgang, Die Strafrahmennmilderung beim Versuch, in Festschrift für Günter Spendel, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1992, S. 381 ff.
- FRISCH Wolfgang/ BERGMANN Matthias, Zur Methode der Entscheidung über den Strafrahmenn, in Juristenzeitung (JZ), Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1990, S. 944 ff.
- FRISTER Helmut, La causalidad de la acción respecto al resultado, en Causalidad, riesgo e imputación – 100 años de contribuciones

- críticas sobre imputación objetiva y subjetiva, ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2009, traducción de Marcelo A. Sancinetti.
- FRISTER Helmut, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Verlag C. H. Beck, München, 3a edición, 2008.
- GALLAS Wilhelm, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1955, Tomo 67, págs.1 y ss.
- GEILEN Gerd, Zur Abgrenzung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch, in *Juristenzeitung (JZ)*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1972, S. 335 ff.
- GEILEN Gerd, Sukzessive Zurechnungsunfähigkeit, Unterbringung und Rücktritt — BGHSt 23, 356, in *Juristische Schulung (JuS)*, Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1972, S. 73 ff.
- GIMBERNAT ORDEIG Enrique, *Autor y cómplice en derecho penal*, Universidad de Madrid, Madrid, 1966
- GÓMEZ MARÍN Victor, *Delito especial con autor inidóneo. ¿Tentativa punible o delito putativo?*, ed. Dykinson, Madrid, 2006.
- GÖSSEL Karl-Heinz, Zur Strafbarkeit des Versuchs nach dem 2. Strafrechtsreformgesetz, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, R. v. Decker's, G. Schenck, Hamburg, 1971, S. 225 ff.
- GÖSSEL Karl-Heinz, Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch - Anmerkung zu BGHSt 26, 202, in *Juristische Rundschau (JR)*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1976, S. 248 ff.
- GÖSSEL Karl-Heinz, Über den fehlgeschlagenen Versuch, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, De Gruyter, Berlin-New York, 87. Band, 1975, S. 3 ff.
- GRÜNWALD Gerald, Der Versuch des unechten Unterlassungsdelikts, in *Juristenzeitung (JZ)*, Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1959, S. 46 ff.
- GRÜNWALD Gerald, Zum Rücktritt des Tatbeteiligten im künftigen Recht, in *Festschrift für Hans Welzel*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1974, S. 701 ff.
- GÜNTHER Hans-Ludwig, Buchbesprechung, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, Heidelberg, 1983, S. 330 ff.
- GÜNTHER Hans-Ludwig, Partiieller Rücktritt vom Versuch und Deliktswechsel, in *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Carl Heymanns Verlag KG, KölnBerlin-Bonn-München, 1989, S. 541 ff.

- HAFT Fritjof, Der Rücktritt des Beteiligten bei Vollendung der Straftat, in Juristische Arbeitsblätter (JA), Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1979, S. 306 ff.
- HAFT Fritjof, Der doppelte Irrtum im Strafrecht, in Juristische Schulung (JuS), Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1980, S. 430 ff., 588 ff., 659 ff.
- HÄLSCHNER Hugo, Das preußische Strafrecht - Allgemeiner Teil, Scientia Verlag, Aalen, Teil 2, 1975 (Neudruck der Ausgabe Bonn 1858).
- HARDWIG Werner, Der Versuch bei untauglichem Subjekt, in Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA), R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, Hamburg, 1957, S. 170 ff.
- HEGEL Georg Wilhelm Friedrich, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Herausgegeben von Georg Lasson, Verlag von Felix Meiner, Leipzig, 1930, Dritte Auflage.
- HEINITZ Ernst, Streitfragen der Versuchslehre, in Juristische Rundschau (JR), Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1956, S. 248 ff.
- HERZBERG Rolf-Dietrich, Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt, in Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR), Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln-Hamburg, 1973, S. 89 ff.
- HERZBERG Rolf-Dietrich, Das Wahndelikt in der Rechtsprechung des BGH, in Juristische Schulung (JuS), C. H. Beck, München und Frankfurt, 1980, S. 469 ff.
- HERZBERG Rolf-Dietrich, Der Anfang des Versuchs bei mittelbarer Täterschaft, in Juristische Schulung (JuS), Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1985, S. 1 ff.
- HERZBERG Rolf-Dietrich, Beendeter oder unbeendeter Versuch; Kritisches zur neuen Unterscheidung des BGH, in Neue Juristische Wochenschrift (NJW), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, 1986, S. 2466 ff.
- HERZBERG Rolf-Dietrich, Gesamtbetrachtung und Einzelakttheorie beim Rücktritt vom Versuch: Entwurf einer Synthese, in Neue Juristische Wochenschrift (NJW), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, 1988, S. 1559 ff.
- HERZBERG Rolf-Dietrich, Rücktritt vom Versuch trotz bleibender Vollendungsgefahr?, in Juristenzeitung (JZ), Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1989, S. 114 ff.
- HERZBERG Rolf-Dietrich, Zur subjektiven Seite des Rücktritts durch Verhindern der Tatvollendung, in Juristische Rundschau (JR), Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1989, S. 449 ff.

HERZBERG Rolf-Dietrich, Zum Grundgedanken des § 24 StGB, in Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, 1989, S. 49 ff.

HERZBERG Rolf-Dietrich, Die Not der Gesamtbetrachtungslehre beim Rücktritt vom Versuch, in Neue Juristische Wochenschrift (NJW), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, 1989, S. 197 ff.

HERZBERG Rolf-Dietrich, Problemfälle des Rücktritts durch Verhindern der Tatvollendung, in Neue Juristische Wochenschrift (NJW), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, 1989, S. 862 ff.

HERZBERG Rolf-Dietrich, Aufgeben durch bloßes Aufhören? Der BGH im Dilemma einer Theorie, in Juristische Schulung (JuS), Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1990, S. 273 ff.

HERZBERG Rolf-Dietrich, Theorien zum Rücktritt und teleologische Gesetzesdeutung, in Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, 1990, S. 172 ff.

HERZBERG Rolf-Dietrich, Strafverzicht bei bedingt vorsätzlichem Versuch?, in Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, 1990, S. 311 ff.

HERZBERG Rolf-Dietrich, Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch, in Festschrift für Karl Lackner, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1987, S. 325 ff.

HERZBERG Rolf-Dietrich, Der Rücktritt mit Deliktsvorbehalt, in Gedächtnisschrift für Hilde Kaufmann, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1986, S. 709 ff.

HERZBERG Rolf-Dietrich, Der Rücktritt durch Aufgeben der weiteren Tatausführung, in Festschrift für Günter Blau, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1985, S. 97 ff.

HERZBERG Rolf-Dietrich, Grundprobleme des Rücktritts von Versuch und Überlegungen de lege ferenda, in Neue Juristische Wochenschrift (NJW), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, 1991, S. 1633 ff.

HERZBERG Rolf-Dietrich, Anmerkung zu BGH v. 26. 11. 1990, in Juristische Rundschau (JR), Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1991, S. 158 ff.

HERZBERG Rolf-Dietrich, Mittäterschaft durch Mitvorbereitung: eine actio communis in causa?, in Juristenzeitung (JZ), Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1991, S. 856 ff.

- v. HIPPEL Robert, Deutsches Strafrecht, Scientia Verlag, Aalen, Band 2, (Neudruck der Ausgabe Berlin 1930), 1971.
- HIRSCH Hans-Joachim, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar (LK), Walter de Gruyter, Berlin-New York, 10. Auflage, 1989, 5. Band, § 224.
- HIRSCH Hans-Joachim, Die Entwicklung der Strafrechtsdogmatik nach Welzel, en Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1988.
- HORN Arnold, Der Versuch. Begründung einer objektiven Versuchstheorie im Hinblick auf empirische Psychologie und Physopsychologie, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, Berlin, 20. Band, 1900, S. 309 ff.
- HRUSCHKA Joachim, Zur Frage des Wirkungsbereich eines freiwilligen Rücktritts vom unbeeendeten Versuch, in Juristenzeitung (JZ), J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1969, S. 495 ff.
- HRUSCHKA Joachim, Anmerkung zu BGH 31 S. 105 ff., in Juristenzeitung (JZ), J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1983, S. 216 ff.
- JAKOBS Günther, Strafrecht - Allgemeiner Teil, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1991, 2. Auflage.
- JAKOBS Günther, Buchbesprechung, in Neue Juristische Wochenschrift (NJW), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, 1. Halbband, 1977, S. 670 ff.
- JAKOBS Günther, Die Bedeutung des Versuchsstadiums für die Voraussetzungen eines strafbefreienden Rücktritts, in Juristische schulung (JuS), Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1980, S. 714 ff.
- JAKOBS Günther, Anmerkung zu BGH 32 S. 88 ff., in Juristische Rundschau (JR), Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1984, S. 384 ff.
- JAKOBS Günther, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), de Gruyter, Berlin-New York, 97. Band, 1985, S. 751 ff.
- JAKOBS Günther, Anmerkung zu BGH 35 S. 184 ff., in Juristenzeitung (JZ), Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1988, S. 518 ff.

JAKOBS Günther, Tätervorstellung und objektive Zurechnung, in Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989, S. 271 ff.

JAKOBS Günther, Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), De Gruyter, Berlin-New York, 104. Band, 1992, S. 82 ff.

JAKOBS Günther, El ocaso del dominio del hecho, publicaciones Universidad Nacional del Litoral - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Rubinzal - Culzoni Editores, Buenos Aires, 2004, traducción de Manuel Cancio Meliá.

JAKOBS Günther, Risikokonkurrenz-Schadensverlauf und Verlaufshypothese im Strafrecht, en Festschrift für Karl Lackner, Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1987, págs. 54, 59 y 60.

JAKOBS Günther, Beteiligung, en Festschrift für Ernst-Joachim Lampe, Duncker & Humblot, Berlin, 2003, págs. 561 y siguientes.

JAKOBS Günther, Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation, en GA 1996, págs. 253 y siguientes.

JAKOBS Günther, “El concepto jurídico penal de acción”, en Estudios de Derecho Penal, UAM ediciones – Editorial Civitas. Madrid, 1997, traducción de Manuel Cancio Meliá, págs. 101 y siguientes.

JAKOBS Günther, ¿Cómo protege el derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma, en “Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal, publicaciones Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, traducción de Manuel Cancio Meliá.

JAKOBS Günther, System der strafrechtlichen Zurechnung, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2012.

JESCHECK Hans-Heinrich, Lehrbuch des Strafrechts - Allgemeiner Teil, Duncker & Humblot, Berlin, 1988, 4. Auflage.

JESCHECK Hans-Heinrich, Anmerkung zu BGH v. 14. 4. 55, in Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR), Deutsche Rechtsprechung Verlags - GmbH, Hamburg, 1955, S. 561 ff.

JESCHECK Hans-Heinrich, Versuch und Rücktritt bei Beteiligung mehrerer Personen an der Straftat, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), De Gruyter, Berlin-New York, 99. Band (1987), S. 111 ff.

- JESCHECK Hans-Heinrich, Wesen und rechtliche Bedeutung der Beendigung der Straftat, in Festschrift für Hans Welzel, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1974 S. 683 ff.
- JIMENEZ DE ASUA Luis, Tratado de derecho penal, editorial Losada S. A., Buenos Aires, Tomo III, 4^a edición, 1963.
- JIMENEZ DE ASUA Luis, Tratado de derecho penal, editorial Losada S. A., Buenos Aires, Tomo VII, 2^a edición, 1977.
- JOSHI JUBERT Ujala, La doctrina de la “actio libera in causa” en derecho penal, J. M. Bosch editor S. A, Barcelona, 1992.
- KADEL Bertold, Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft — versuchte mittelbare Täterschaft, in Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA), R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, Heidelberg, 1983, S. 299 ff.
- KADEL Bertold, Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum unbeendeten, beendeten und fehlgeschlagenen Versuch, in Österreichische Juristen-Zeitung (ÖJZ), Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1987, S. 269 ff.
- KAUFMANN Armin, Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, in Festschrift für Hans Welzel, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1974, S. 393 ff.
- KAUFMANN Armin, Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1968, 80. Band, S. 34 ff.
- KAUFMANN Armin, Objektive Zurechnung beim Vorsatzdelikt?, in Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck, t. I, Duncker & Humblot, Berlin, 1985.
- KELSEN Hans, Reine Rechtslehre, 1960.
- KIENAPFEL Diethelm, Anmerkung zu BGH 31 S. 170 ff., in Juristische Rundschau (JR), Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1984, S. 70 ff.
- KIENAPFEL Diethelm, Strafrecht Allgemeiner Teil, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 4. Auflage, 1991.
- KIENAPFEL Diethelm, Probleme des unvermittelt abgebrochenen Versuchs. Ein Beitrag zur Abgrenzung des unbeendeten und des beendeten Versuchs, in Festschrift für Franz Pallin, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1989, S. 205 ff.
- KIENAPFEL Diethelm, Anmerkung zu BGH v. 16. 1. 1991 - NJW 1991 S. 1839, in Juristische Rundschau (JR), Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1992, S. 121 ff.

KINDHÄUSER Urs, Handlungs- und normtheoretische Grundfragen der Mittäterschaft, en Festschrift für Alexander Hollerbach, Duncker & Humblot, Berlin, 2001, págs.. 627 y siguientes.

KÖSTLIN Christian Reinhold, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung, Tübingen, 1845.

KÖSTLIN Christian Reinhold, System des deutschen Strafrechts — Allgemeiner Teil, Abteilung I, Scientia Verlag, Aalen, 1978 (Neudruck der Ausgabe Tübingen 1855).

KRATZSCH Dietrich, Die Bemühungen um Präzisierung der Ansatzformel (§ 22 StGB) — ein absolut untauglicher Versuch?, in Juristische Arbeitsblätter (JA), Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1983, S. 420 ff., 578 ff.

KRATZSCH Dietrich, Verhaltenssteuerung und Organisation im Strafrecht, Duncker & Humblot, Berlin 1985.

KRAUß Detlef, Der strafbefreiende Rücktritt vom Versuch, in Juristische Schulung (JuS), Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1981, S. 883 ff.

KRÜMPELMANN Justus, Die normative Korrespondenz zwischen Verhalten und Erfolg bei den fahrlässigen Verletzungsdelikten, en Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, vol. I, págs. 318 y 322.

KÜHL Kristian, Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung, in Juristische Schulung (JuS), Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1979, S. 718 ff., 874 ff.

KÜHL Kristian, Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung, in Juristische Schulung (JuS), Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1980, S. 120 ff., 273 ff., 506 ff., 650 ff., 811 ff.

KÜHL Kristian, Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung, in Juristische Schulung (JuS), Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1981, S. 193 ff.

KÜHL Kristian, Grundfälle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung, in Juristische Schulung (JuS), Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1982, S. 110 ff, 189 ff.

KÜHL Kristian, Anmerkung zu BGH 31 S. 105 ff., in Juristische Rundschau (JR), Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1983, S. 424 ff.

KÜHL Kristian, Versuch in mittelbarer Täterschaft — BGHSt 30, 363, in Juristische Schulung (JuS), Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1983, S. 180 ff.

- KÜPER Wilfried, Anmerkung zu OLG Karlsruhe v. 27. 5. 1977, in Neue Juristische Wochenschrift (NJW), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, 1978, 1. Halbband, S. 956 ff.
- KÜPER Wilfried, Versuchsbeginn und Mittäterschaft, R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, Heidelberg-Hamburg, 1978.
- KÜPER Wilfried, Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Tetbeteiligten. Zugleich ein Beitrag zur Struktur der Mittäterschaft, in Juristenzeitung (JZ), J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1979, S. 775 ff.
- KÜPER Wilfried, Der Versuchsbeginn bei mittelbarer Täterschaft, in Juristenzeitung (JZ), J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1983, S. 361 ff.
- KÜPER Wilfried, Zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch, in Neue Juristische Wochenschrift (NJW), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, 1. Halbband, 1984, S. 777 ff.
- KÜPER Wilfried, Deliktsversuch, Regelbeispiel und Versuch des Regelbeispiels, in Juristenzeitung (JZ), Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1986, S. 518 ff.
- KÜPER Wilfried, "Teilverwirklichung" des Tatbestandes: ein Kriterium des Versuchs?, in Juristenzeitung (JZ), Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1992, S. 338 ff.
- KÜPPER Georg, Anspruch und wirkliche Bedeutung des Theorienstreits über die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme, in Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA), R. V. Decker's Verlag, G. Schenck, Heidelberg, 1986, S. 437 ff.
- KÜPPER Georg, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, Dunker & Humblot, Berlin, 1990.
- LACKNER Karl, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1990, 18. Auflage, §§ 22, 23, 24.
- LACKNER Karl, Anmerkung zu BGH v. 5. 10. 65, in Juristische Reundschau (JR), Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1966, S. 106 ff.
- LACKNER Karl, Anmerkung zu BGH 35, 184, in Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, 1988, S. 404 ff.
- LAMPE Ernst-Joachim, Genügt für den Entschluß des Täters in § 43 StGB sein bedingter Vorsatz?, in Neue Juristische Wochenschrift (NJW), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1958, 1. Halbband, S. 332 ff.

- LAMPE Ernst-Joachim, Anmerkung zu OLG Koblenz, JR 1984, 163 f.; in Juristische Rundschau (JR), Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1984, S. 163 ff. [4]
- LAMPE Ernst-Joachim, Rücktritt vom Versuch "mangels Interesses" — BGH 35, 184, in Juristische Schulung (JuS), Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1989, S. 610 ff.
- LANG-HINRICHSSEN Dietrich, Bemerkungen zum Begriff der "Tat" im Strafrecht, in Festschrift für Karl Engisch, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1969, S. 353 ff.
- LAUBENTHAL Klaus, Der Versuch des qualifizierten Delikts einschließlich des Versuchs im besonders schweren Fall bei Regelbeispielen, in Juristenzeitung (JZ), Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1987, S. 1065 ff.
- LENCKNER Theodor, Probleme beim Rücktritt des Beteiligten, in Festschrift für Wilhelm Gallas, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1973, S. 281 ff.
- LESCH Heiko, Das Problem der sukzessiven Beihilfe, Peter Lang Verlag, Frankfurt-Berlin-Bern-New York-Paris-Wien, 1992.
- LESCH Heiko, Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung, en ZStW 105 [1993], págs. 274 y siguientes.
- LESS Günter, Genügt »Bedingtes Wollen« zum strafbaren Verbrechenversuch?, in Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA), R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, Hamburg, 1956, S. 33 ff.
- LEWISCH Peter, Zur Endgültigkeit und Freiwilligkeit beim Versuchsrücktritt, in Österreichische Juristen-Zeitung (ÖJZ), Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1990, S. 396 ff.
- v. LISZT Franz, Das fehlgeschlagene Delikt und die Cohn'sche Versuchstheorie, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Verlag von J. Guttentag, Wien, 1. Band, 1881, S. 93 ff.
- v. LISZT Franz, Literaturbericht, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Verlag von J. Guttentag (D. Collin), Berlin und Leipzig, Band 2, 1882, S. 613 ff.
- v. LISZT Franz, Tratado de derecho penal, instituto editorial Reus S. A., Madrid, traducido de la 20ª edición alemana por Luis Jiménez de Asúa, Tomo segundo, tercera edición.
- MAIHOFER Werner, Der Versuch der Unterlassung, in Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA), R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, Hamburg, 1958, S. 289 ff.

- MAURACH Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, ediciones Ariel, Barcelona, traducción de Juan Córdoba Roda, Barcelona, 1962
- MAURACH Reinhart, *Die Beiträge der neueren höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Bestimmung des Wahverbrechens*, in *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, Berlin und Frankfurt am Main, 1962, 1. Halbband, S. 716 ff., 767 ff.
- MAURACH Reinhart/GÖSSEL Karl-Heinz, *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, C. F. Müller juristischer Verlag, Heidelberg, Teilband 2, 1989, 7. Auflage.
- MAYER Hans-Walter, *Zur Frage des Rücktritts vom unbeendeten Versuch*, in *Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR)*, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln-Hamburg, 1984, S. 187 ff.
- MAYER Hans-Walter, *Nochmals: Gesamtbetrachtung und Einzelakttheorie beim Rücktritt vom Versuch*, in *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, 1988, S. 2589 ff.
- MENDOZA BUERGO Blanca, *Límites dogmáticos y político criminales de los delitos de peligro abstracto*, ed. Comares, 2001.
- MEYER Dieter, *Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch einer Straftat* — BGH 26, S. 201, in *Juristische Schulung (JuS)*, Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1977, S. 19 ff.
- MEYER Jürgen, *Kritik an der Neuregelung der Versuchsstrafbarkeit*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, De Gruyter, Berlin-New York, 87. Band, 1975, S. 598 ff.
- MEZGER Edmund, *Anmerkung zu BGH, Urt. v. 20. 12. 1951*, in *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Berlin, 1952, S. 514, ff.
- MIR PUIG Santiago, *Los términos <delito> y <falta> en el Código penal*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP)*, Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1973, Tomo XXVI, págs. 319 y siguientes.
- MIR PUIG Santiago, *Derecho Penal - parte general*, ed. Reppertor, Barcelona, 9a edición, 2011.
- MITTERMAIER Carl Joseph Anton, *Beiträge zur Lehre vom Versuche der Verbrechen*, in *Neues Archiv des Criminalrechts*, Halle, 1816, ersten Bandes, S. 163 ff.
- MITTERMAIER Carl Joseph Anton, *Ueber den Anfangspunkt der Strafbarkeit der Versuchshandlungen*, in *Neues Archiv des Criminalrechts*, Halle, 1818, zweiten Bandes, 1818, S. 602 ff.

MITTERMAIER Carl Joseph Anton, Beurtheilung der neuesten Criminalistischen Schriften, insbesondere in Bezug auf die Lehre vom Versuche der Verbrechen, in Neues Archiv des Criminalrechts, Halle, 1828, zehnten Bandes, S. 536 ff.

MITTERMAIER Carl Joseph Anton, Der Versuch von Verbrechen, bei denen es an dem erforderlichen Gegenstande des Verbrechens mangelt, und der Versuch mit untauglichen Mitteln, geprüft, in Gerichtssaal (GS), Verlag von Ferdinand Enke, Erlangen, 1859, S. 403 ff.

MITTERMAIER Carl Joseph Anton, Ueber den Einfluß des Mangels am Thatbestande auf das Strafurtheil, in Neues Archiv für Criminalrechts, Halle, 1820, Dritter Band, S. 394 ff.

MOLINA FERNÁNDEZ Fernando, Antijuridicidad penal y sistema del delito, J. M. Bosch editor, Barcelona, 2001

MUÑOZ CONDE Francisco, El desistimiento voluntario de consumir el delito, editorial Bosch, Barcelona, 1972.

MUÑOZ CONDE Francisco, Theoretische Begründung und systematische Stellung der Strafflosigkeit beim Rücktritt vom Versuch, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), De Gruyter, Berlin-New York, 84. Band, 1972, S. 756 ff.

NIERWETBERG Rüdiger, Der strafrechtliche Subsumtionsirrtum, Juristische Ausbildung (Jura), de Gruyter, Berlin-New York, 1985, S. 238 ff.

NOWAKOWSKI Friedrich, Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Walter de Gruyter & Co., Berlin, 63. Band, 1951, S. 287 ff.

NUÑEZ PAZ Miguel Ángel, El delito intentado, ed. Colex, Madrid, 2003.

OEHLER Dietrich, Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung, Duncker & Humblot, Berlin, 1959.

OTTO Harro, Fehlgeschlagener Versuch und Rücktritt, in Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA), R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, Heidelberg, 1967, S. 144 ff. [8]

OTTO Harro, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 16. 9. 1975, in Neue Juristische Wochenschrift (NJW), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt am Main, 1976, 1. Halbband, S. 578 ff.

OTTO Harro, Versuch und Rücktritt bei mehreren Tatbeteiligten, in Juristische Arbeitsblätter (JA), Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1980, S. 641 ff., S. 707 ff.

- OTTO Harro, Der Versuch des erfolgsqualifizierten Delikts, in Juristische Ausbildung (Jura), de Gruyter, Berlin-New York, 1985, S. 671 ff.
- OTTO Harro, Grundkurs Strafrecht - Allgemeine Strafrechtslehre, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1992, 4. Auflage.
- OTTO Harro, Fehlgeschlagener Versuch und Rücktritt, in Juristische Ausbildung (Jura), de Gruyter, Berlin-New York, 1992, S. 423 ff.
- PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, Rol social y sistema de imputación, J. M. Bosch editor, Barcelona, 2005.
- PLATON, Las Leyes, Instituto de Estudios Políticos Madrid, 1960, Tomo II, traducción de José Manuel Pabón y Manuel Fernández-Galiano.
- PUPPE Ingeborg, Der halbherzige Rücktritt, in Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, 1984, S. 488 ff.
- PUPPE Ingeborg, Zur Unterscheidung von unbeendetem und beendetem Versuch beim Rücktritt, in Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, 1986, S. 14 ff.
- PUPPE Ingeborg, Anmerkung zu BGH v. 20. 9. 1989, in Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, 1990, S. 433 ff.
- PUPPE Ingeborg, Tatirrtum, Rechtsirrtum, Subsumtionsirrtum, in Goldammer's Archiv für Strafrecht (GA), R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, Heidelberg, 1990, S. 145 ff.
- PUPPE Ingeborg, Die logische Tragweite des sog. Umkehrschlusses, in Festschrift für Karl Lackner, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1987, S. 199 ff.
- PUPPE Ingeborg, Wie wird man Mittäter durch konkludentes Verhalten?, in Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, 1991, S. 571 ff.
- PUPPE Ingeborg, Urkundenechtheit bei Handeln unter fremden Namen und Betrug in mittelbarer Täterschaft – BayObLG, NJW 1988, 1401, in Juristische Schulung (JuS), Verlag C. H. Beck, München-Frankfurt, 1989, págs. 361 y siguientes.
- RADBRUCH Gustav, Rechtsphilosophie Studienausgabe, C. F. Müller, Heidelberg, 1932.
- RANFT Otfried, Zur Abgrenzung von unbeendeten und fehlgeschlagenem Versuch bei erneuter Ausführungshandlung, in

- Juristische Ausbildung (Jura), De Gruyter, Berlin-New York, 1987, S. 527 ff.
- RANFT Otfried, Anmerkung zu BGH v. 19. 7. 1989, in Juristenzeitung (JZ), Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1989, S. 1128 ff.
- RENGIER Rudolf, Anmerkung zu BGH 34, 53 ff., in Juristenzeitung (JZ), Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1986, S. 963 ff.
- RENGIER Rudolf, Anmerkung zu BGH 35, 90 ff., in Juristenzeitung (JZ), Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1988, S. 930 ff.
- REYES ALVARADO Yesid, Fundamentos teóricos de la imputación objetiva, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1992, págs. 933 y siguientes. [en la versión alemana: Theoretische Grundlagen der objektive Zurechnung, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1993, págs. 108 y siguientes].
- REYES ALVARADO Yesid, La imputación objetiva, editorial Temis, Bogotá, 2005, 3ª edición.
- REYES ALVARADO Yesid, Causalidad y explicación del Resultado, en Libro homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Thomson - Civitas, Madrid, 2005, págs. 875 y ss.
- REYES ALVARADO Yesid, Relación causal e imputación objetiva en los delitos de omisión, en Jurisprudencia de casación penal (dirección de Patricia S. Ziffer), ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2011, ed. cit., págs. 117 y ss.
- REYES ALVARADO Yesid, Die Verbandshaftung, en Tiedemann-FS, Carl Heymanns Verlag, Köln-München, 2008.
- REYES ALVARADO Yesid, Strafbare Beteiluigung und objektive Zurechnung, Jakobs-FS, Carl Heymanns Verlag GmbH, Köln - Berlin - München, 2007, pág. 553 y ss.
- REYES ALVARADO Yesid, Intervención delictiva e imputación objetiva, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, Tomo LX, 2007, págs. 97 y ss.
- REYES ALVARADO Yesid, La ubicación del dolo y la imprudencia en una concepción normativa de la teoría del delito, en Dogmática y Criminología, dos visiones complementarias del fenómeno delictivo (libro homenaje a Alfonso Reyes Echandía), editorial Legis, Bogotá, 2005.
- REYES ALVARADO Yesid, La configuración del dolo y la teoría del error, en Estudios de derecho penal - libro homenaje a Juan Fernández Carrasquilla, Universidad de Medellín, Medellín, 2012, págs. 1011 y ss.

- REYES ALVARADO Yesid, Die Verbandshaftung, en Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Tiedemann FS, Carl Heymanns Verlag, München, 2008, págs. 413 y ss.
- REYES ALVARADO Yesid, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas" en IUSTEL, Revista General de Derecho Penal número 11.
- REYES ALVARADO Yesid, La responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Derecho Penal Contemporáneo, ed. Legis, Bogotá, 2008, número 25, págs. 55 y siguientes.
- REYES ALVARADO Yesid, Antijuridicidad material e imputación objetiva, en EL penalista, revista del Colegio de Abogados de Santa Fe de Bogotá y Cundinamarca, número 7, segundo período, ediciones Librerpuia del Profesional, Bogotá, 1995, págs. 205 y ss.
- RITTLER Theodor, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts - Allgemeiner Teil, Band I., Wien, Springer Verlag, 1954.
- RODRIGUEZ MOURULLO Gonzalo, La punición de los actos preparatorios, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales (ADPCP), Tomo XXI, Madrid, 1968, págs. 277 y siguientes.
- RODRIGUEZ MOURULLO Gonzalo, "El autor mediato en Derecho Penal español, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), Tomo XXII, Madrid, 1969, págs. 461 y ss.
- RODRÍGUEZ MOURULLO Gonzalo, Delito imposible y tentativa de delito en el Código penal español, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), Tomo XXIV, Madrid, 1971, págs. 369 y ss.
- RÖMER Hans-Jürgen, Vollendungsverhinderung durch "ernsthafte Bemühen" — Überlegungen zur Harmonisierung der Rücktrittsvorschriften, in Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR), Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln-Hamburg, 1989, S. 945 ff.
- ROXIN Claus, Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch: IV. Die Lehre vom Versuch, in Juristische schulung (JuS), Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1973, S. 329 ff.
- ROXIN Claus, Tatentschluß und Anfang der Ausführung beim Versuch, in Juristische Schulung (JuS), Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1979, S. 1 ff.
- ROXIN Claus, Der fehlgeschlagene Versuch, in Juristische Schulung (JuS), Verlag C. H. Beck, München un Frankfurt, 1981, S. 1 ff.
- ROXIN Claus, Anmerkung zu BGH 33 S. 295 und BGH JR 1986 S. 423 ff., in Juristische Rundschau (JR), Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1986, S. 420 ff.

- ROXIN Claus, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar (LK), Walter de Gruyter, Berlin-New York, 10. Auflage, 1985, 1. Band, § 25.
- ROXIN Claus, Literaturbericht: Strafrecht, Allgemeiner Teil, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1965, Band 77, S. 60 ff. (91 ff.)
- ROXIN Claus, Der Anfang des beendeten Versuchs. Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch bei den unechten Unterlassungsdelikten, in Festschrift für Reinhardt Maurach, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1972, S. 213 ff.
- ROXIN Claus, Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch, in Festschrift für Ernst Heinitz, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1972 S. 251 ff.
- ROXIN Claus, Über den Tatentschluß, in Gedächtnisschrift für Horst Schröder, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1978, S. 145 ff.
- ROXIN Claus, Anmerkung zu BGH v. 15. 1. 1991, in Juristische Rundschau (JR), Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1991, S. 205 ff.
- ROXIN Claus, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, Walter de Gruyter-New York, Berlin, 1973, 2. Auflage.
- ROXIN Claus, Strafrecht allgemeiner Teil (Lehrbuch), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1992, Tomo I.
- ROXIN Claus, Strafrecht allgemeiner Teil, Verlag C. H. Beck, München, 2003, Tomo II.
- RUDOLPHI Hans-Joachim, Die Strafbarkeit des versuchten unechten Unterlassungsdelikt, in Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR), Monatsschrift für Deutsches Recht Verlagsgesellschaft, Hamburg, 1967, S. 1 ff.
- RUDOLPHI Hans-Joachim, Zur Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch — OLG Celle, NJW 1972, S. 1823, in Juristische Schulung (JuS), Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1973, S. 20 ff.
- RUDOLPHI Hans-Joachim, Anmerkung zu HansOLG Hamburg v. 23. 9. 1980, in Juristische Rundschau (JR), Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1981, S. 158 ff.
- RUDOLPHI Hans-Joachim, Literaturbericht: Strafrecht, Allgemeiner Teil, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), De Gruyter, Berlin-New York, 85. Band, 1973, S. 104 ff.

- RUDOLPHI Hans-Joachim, Anmerkung zu BGH 31 S. 170 ff., in *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, 1983, S. 360 ff.
- RUDOLPHI Hans-Joachim, Anmerkung zu BGH 34 S. 82 ff., in *Juristische Rundschau (JR)*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1987, S. 161 ff.
- RUDOLPHI Hans-Joachim, Rücktritt vom beendeten Versuch durch erfolgreiches, wenngleich nicht optimales Rettungsbemühen, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, 1989, S. 508 ff.
- RUDOLPHI Hans-Joachim, Zur Tatbestandsbezogenheit des Tatherrschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft, in *Festschrift für Paul Bockelmann*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1979, S. 369 ff.
- RUDOLPHI Hans-Joachim, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK), Alfred Metzner Verlag, Neuwied/Kriftel, 5. Auflage, 1991, § 22 ff.
- RUDOLPHI Hans-Joachim, Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personales Unrechtslehre, in *Festschrift für Reinhart Maurach*, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1972, S. 51 ff.
- RUDOLPHI Hans-Joachim, Zur Frage des Rücktritts vom Versuch in Fällen, in denen der Täter sein außertatbestandliches Ziel erreicht hat — BGH von 26. 11. 1990, in *Juristenzeitung (JZ)*, Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1991, S. 524 ff.
- RUEDA MARTÍN María Ángeles, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, ed. Universidad Externado de Colombia y J. M. Bosch editor, Bogotá – Barcelona, 2002.
- SAMSON Erich, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (SK), Alfred Metzner Verlag, Neuwied/Kriftel, 5. Auflage, 1991, § 25.
- SANCINETTI Marcelo, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, editorial Temis, Bogotá, 1995.
- SAX Walter, Zum logischen und sachlichen Gehalt des sog. "Umkehrschlusses aus § 59 StGB", in *Juristenzeitung (JZ)*, Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1964, S. 241 ff.
- SCHALL Hero, Der Rücktritt vom Versuch bei bedingtem Tötungsvorsatz und wiederholbarer Ausführungshandlung trotz Zielerreichung, in *Juristische schulung (JuS)*, Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1990, S. 623 ff.

SCHILLING Georg, Der Verbrechensversuch des Mittäters und des mittelbaren Täters, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1975.

SCHMID Werner, "Bedingter Handlungswille" beim Versuch und im Bereich der strafbaren Vorbereitungshandlungen, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Walter de Gruyter & Co., Berlin, 74. Band, 1962, S. 48 ff.

SCHMID Werner, Über Feuerbachs Lehre vom "Mangel am Tatbestand", in Gedächtnisschrift für Horst Schröder, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1978, S. 19 ff.

SCHMIDHÄUSER Eberhard, Strafrecht - Allgemeiner Teil Lehrbuch, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 2. Auflage 1975.

SCHMIDHÄUSER Eberhard, Strafrecht Allgemeiner Teil – Studienbuch, 2ª edición, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1984

SCHMIDHÄUSER Eberhard, Über die Praxis der Gerichte, die richterliche Verantwortung in der Strafrechtsanwendung zu verschleiern, in Festschrift für Heinrich Henkel, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1974, S. 229 ff.

SCHMITT Rudolph, Rücktritt von der Verabredung zu einem Verbrechen — BGHSt 12, 306, in Juristische Schulung (JuS), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, 1961, S. 25 ff.

SCHROEDER Friedrich-Christian, Rücktritt vom Versuch — OLG Karlsruhe, NJW 1978, 331, in Juristische Schulung (JuS), Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1978, S. 824 ff.

SCHROEDER Friedrich-Christian, Kommentierung zu §16 StGB. En Lepziger Kommentar, t. I, 10ª edición, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1985, número marginal 25 y siguientes.

SCHRÖDER Horst, Die Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch, in Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR), Deutsche Rechtsprechung Verlags-GmbH, Hamburg, 1956, S. 321 ff.

SCHRÖDER Horst, Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch, in Juristische Schulung (JuS), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, 1962, S. 81 ff.

SCHRÖDER Horst, Anmerkung zu BGH 21 S. 194 ff., in Juristenzeitung (JZ), Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1967, S. 368 ff.

SCHRÖDER Horst, Die Koordinierung der Rücktrittsvorschriften, in Festschrift für Hellmuth Mayer, Duncker & Humblot, Berlin, 1966, S. 377 ff.

SCHULTZ Hans, Strafbare Vorbereitungshandlungen nach StrGB Art. 260 bis und deren Abgrenzung vom Versuch, in Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (SchwZStr), Verlag Stämpfli & Cie. AG, Bern, 1990, Band 107, S. 68 ff.

SCHÜNEMANN Bernd, Consideraciones sobre la imputación objetiva, en Teorías actuales en el derecho penal (75 aniversario del Código Penal), ed. Ad. Hoc, Buenos Aires, 1998.

SILVA SÁNCHEZ Jesús María, El delito de omisión. Concepto y sistema, ed. B de F, Montevideo – Buenos Aires, 2ª edición, 2003.

SONNEN Bern-Rüdeger, Abgrenzung zwischen Vorbereitungshandlung und Versuch beim Diebstahl, in Juristische Arbeitsblätter (JA), Verlag Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1979, S. 333 ff.

SONNEN Bernd-Rüdeger/HANSEN-SIEDLER Thomas, Die Abgrenzung des Versuchs von Vorbereitung und Vollendung, in Juristische Arbeitsblätter (JA), Alfred Metzner Verlag, Frankfurt am Main, 1988, S. 17 ff.

SPENDEL Günter, Zur Notwendigkeit des Objektivismus im Strafrecht, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Walter de Gruyter & Co., Berlin, 65. Band, 1953, S. 519 ff.

SPENDEL Günter, Der sogenannte Umkehrschluß aus § 59 StGB nach der subjektiven Versuchstheorie, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Walter de Gruyter, Berlin, 69. Band, 1957, S. 441 ff.

SPENDEL Günther, Kritik der subjektiven Versuchstheorie, in Neue Juristische Wochenschrift (NJW), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, Berlin und Frankfurt am Main, 2. Halbband, 1965, S. 1881 ff.

SPENDEL Günter, Notwehr und »Verteidigungswille«, objektiver Zweck und subjektive Absicht, in Festschrift für Dietrich Oehler, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1985, S. 197 ff.

SPENDEL Günter, Gegen den "Verteidigungswillen" als Notwehrrfordernis, in Festschrift für Paul Bockelman, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1979, S. 245 ff.

SPENDEL Günter, Zur Kritik der subjektiven Versuchs- und Teilnahmetheorie — BGHSt 11, 268, in Juristische Schulung (JuS), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, 1969, S. 314 ff.

- SPENDEL Günther, Zue Neubegründung der objektiven Versuchstheorie, in Festschrift für Ulrich Stock, Holzner Verlag, Würzburg, 1966, S. 89 ff.
- STOFFERS Kristian F., Mittäterschaft und Versuchsbeginn, in Monatschrift für Deutsches Recht (MDR), Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln-Hamburg, 1989, S. 208 ff.
- STRATENWERTH Günter, Die Fakultative Strafmilderung beim Versuch, in Festgabe zum Schweizerischen Juristen Tag 1963, Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1963, S. 247 ff.
- STRATENWERTH Günter, Der Versuch des untauglichen Subjekts, in Festschrift für Hans-Jürgen Bruns, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1978, S. 59 ff.
- STREE Walter, Beginn des Versuchs bei qualifizierten Straftaten, in Festschrift für Karl Peters, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1974, S. 179 ff.
- STRENG Franz, Tatbegriff und Teilrücktritt, in Juristenzeitung (JZ), Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1984, S. 652 ff.
- STRENG Franz, Anmerkung zu BGH v. 13. 2. 1985, in Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, 1985, S. 358 ff.
- STRENG Franz, Rücktritt und dolus eventualis, in Juristenzeitung (JZ), Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1990, S. 212 ff.
- STRENG Franz, Handlungsziel, Vollendungsneigung und "Rücktrittshorizont", in Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, 1993, S. 257 ff.
- STRUENSEE Eberhard, Verursachungsvorsatz und Wahnkausalität, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), De Gruyter, Berlin-New York, 102. Band, 1990, S. 21 ff.
- STRUENSEE Eberhard, Objektives Risiko und subjektiver Tatbestand, in Juristenzeitung (JZ), Verlag J. C. B. Mohr, Tübingen, 1987.
- TAMARIT SUMALLA Josep María, La tentativa con dolo eventual, in Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (ADPCP), Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, págs. 515 ss.
- TIEDEMANN Klaus, Der Versuch der Zweckentfremdung im Steuerstrafrecht, in Juristische Rundschau (JR), Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1973, S. 412 ff.
- TRAUB Fritz, Die umgekehrte "Parallelwertung in der Laiensphäre" — Wahndelikt oder untauglicher Versuch? — BGHSt 13, 235 ff., in

- Juristische Schulung (JuS), C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, 1967, S. 113 ff.
- TRIFFTERER Otto, Österreichisches Strafrecht - Allgemeiner Teil, Springer-Verlag, Wien-New York, 1985.
- TRÖNDLE Herbert, Strafgesetzbuch, Beck'sche Kurz-Kommentare, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 45. Auflage, 1991, §§ 22, 23, 24.
- ULSENHEIMER Klaus, Zur Problematik des Versuchs erfolgsqualifizierter Delikte, in Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA), R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, Hamburg, 1966, S. 257 ff.
- ULSENHEIMER Klaus, Anmerkung zu BGH v. 14. 2. 1984, in Juristenzeitung (JZ), Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1984, S. 852 ff.
- ULSENHEIMER Klaus, Grundfragen des Rücktritts von Versuch in Theorie und Praxis, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1976.
- ULSENHEIMER Klaus, Zur Problematik des Rücktritts vom Versuch erfolgsqualifizierter Delikte, in Festschrift für Paul Bockelmann, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1979, S. 405 ff.
- VEHLING Karl-Heinz, Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch, Peter Lang, Frankfurt am Main-Bern-New York-Paris, 1990.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ Fernando, Manual de Derecho Penal. Partegeneral, ed. Librería Jurídica Comlibros, Medellín, 3ª edición, 2007.
- VOGLER Theo, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar (LK), Walter de Gruyter, Berlin-New York, 10. Auflage, 1985, 1. Band, §§ 22, 23, 24.
- VOGLER Theo, Versuch und Rücktritt bei Beteiligung mehrerer an der Straftat, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Walter de Gruyter, Berlin-New York, 98. Band, 1986, S. 331 ff.
- WAIBLINGER Max, Subjektivismus und Objektivismus in der neueren Lehre und Rechtsprechung vom Versuch, in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW), Walter de Gruyter & Co., Berlin, 69. Band, 1957, S. 189 ff.
- WALDER H, Straflöse Vorbereitung und strafbarer Versuch, in Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (SchwZStr), Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern, 99. Band, 1982, S. 225 ff.

- WALTER Michael, Bestimmung der Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, Hamburg-Heidelberg, 1981, S. 403 ff.
- WEIDEMANN Jürgen, Der »Rücktrittshorizont« beim Versuchsabbruch, in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht (GA)*, R. v. Decker's Verlag, G. Schenck, Heidelberg, 1986, S. 409 ff.
- WELZEL Hans, Studien zum System des Strafrechts, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW)*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 58. Band, 1939, págs. 491 y siguientes.
- WELZEL Hans, *Das Deutsche Strafrecht*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1969, 11. Auflage.
- WESSELS Johannes, *Strafrecht - Allgemeiner Teil*, C. F. Müller juristischer Verlag, Heidelberg, 1989, 19. Auflage.
- WOLTER Jürgen, Zur Struktur der erfolgsqualifizierten Delikte, in *Juristische Schulung (JuS)*, Verlag C. H. Beck, München und Frankfurt, 1981, S. 168 ff.
- WOLTERS Gereon, Versuchsbeginn bei Einsatz eines sich selbst schädigenden Tatmittlers, en *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 1998 págs. 578 y siguientes.
- ZACHARIA Heinrich Albert, *Die Lehre vom Versuch der Verbrechen*, Dieterichschen Buchhandlung, Göttingen, 1836, Erster Theil.
- ZACHARIA Heinrich Albert, *Die Lehre vom Versuch der Verbrechen*, Dieterichschen Buchhandlung, Göttingen, 1839, zweiter Theil.
- ZACZYK Rainer, Anmerkung zu BGH v. 23. 8. 1983, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München und Frankfurt, 1984, S. 216 ff.
- ZACZYK Rainer, *Das Unrecht der versuchten Tat*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989.
- ZAFFARONI Eugenio Raúl, ALAGIA Alejandro y SLOKAR Alejandro, *Manual de Derecho Penal – Parte General*, ed. Ediar - Temis, Buenos Aires, 2005.
- ZIELINSKI Diethardt, "Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff", Duncker & Humblot, Berlin, 1973.
- ZIELINSKI Diethard, *Reihe Alternativkommentare zum Strafgesetzbuch*, t. I, Neuwied, Luchterhand Verlag, 1990.