

Unidad 10

- La tentativa.

LA TENTATIVA

La idea de la tentativa debe su origen a la ciencia jurídica medieval de Italia. En el Derecho romano "falta el concepto y la palabra técnica de tentativa". Mas, por el contrario, en las *Leges Corneliae*, algunos actos de tentativa y de preparación están sancionados con la pena del delito consumado.

El concepto de una tentativa especialmente punible es sólo el producto de una larga evolución histórica. "La punibilidad de la tentativa es signo de un Derecho que se encuentra ya en un cierto grado de desarrollo progresivo. En las antiguas épocas de la responsabilidad por el resultado, este pensamiento se desconoce, puesto que la tentativa no representa ningún daño material": con estas palabras caracteriza Von Hippel la significación e importancia del reconocimiento de la tentativa como una especial forma de aparición del delito en la evolución histórica del Derecho de castigar.

Juan José González Bustamente dice que el tema de la tentativa "es uno de los más arduos de la dogmática penal". No existe el delito de tentativa o de participación. La característica más significativa de estas modalidades la constituye la falta de adecuación directa a un tipo penal.

ELEMENTOS DE LA TENTATIVA

La tentativa consta de dos elementos: subjetivo, la intención de cometer un daño típico (dolo) y objetivo, manifestación externa, comienzo de ejecución; se resumen en el momento del fin, en el de la idoneidad de los medios para alcanzar ese fin y en el de la adecuación del acto para producir el daño o el peligro.

LA TENTATIVA COMO DELITO AUTONOMO

La tentativa no es un fragmento del delito consumado, sino que tiene su

autonomía específica. La consumación y la tentativa son dos momentos distintos. En la consumación se persigue la agresión del bien, en acto; en la tentativa, la agresión en potencia." Carrara decía que la tentativa es un delito; lejos de ser una parte del delito consumado es un ente jurídico substancialmente distinto de éste.

Altavilla sostiene que a pesar de que la tentativa tiene que completarse con el *nomen juris* del delito que el autor quiere realizar, es una norma autónoma; debe ser considerada título de delito por sí misma, es un delito perfecto, ha de considerarse como un delito propio. Esta tesis surge tal vez de la dificultad para determinar la naturaleza ejecutiva de los actos que han de considerarse integrantes de la tentativa. El elemento subjetivo (dolo) de la tentativa es el mismo que en la consumación.

LA TENTATIVA NO ES DELITO AUTÓNOMO

La mayor parte de los autores que postulan la autonomía de la figura de tentativa, lo hacen para que no prospere la errada idea de que aquélla es una mera circunstancia atenuante. Ésta se agrega al tipo delictivo sin modificarle, salvo cuando la circunstancia es calificativa, es un algo que quita importancia a la gravedad del hecho, mientras que en la tentativa falta el resultado que en la mayor parte de las figuras delictivas, es elemento del tipo. Si no existiera esa disposición de la parte general, que manda sancionar el intento, no sería punible el conato, o lo sería como delito propio.

Tanto la tentativa como la participación constituyen fórmulas de ampliación o extensión de pena de un delito especificado en la ley, por lo que es imposible conciliar entre sí dos figuras extensivas sin relacionarlas con el tipo legal. La tentativa es una especie de delito, que no llega a consumarse, y que se articula con una fórmula de extensión de pena, situada en la parte general, pero que está vacía mientras no se conecte con el delito concreto que el agente quería consumir. Si una de las normas es la principal (la definición del tipo en la ley) y la otra es la secundaria (la que nos ofrece el concepto tentativa) no vemos cómo, de ese maridaje surge un nuevo título autónomo de delito.

Un poco metafóricamente, podríamos decir que las disposiciones sobre tentativa amplían temporalmente el alcance de la figura, haciendo delictivo no solamente el momento de la consumación, sino otros momentos que están antes de ella. Las disposiciones sobre participación operan una especie de ampliación espacial y personal, pues hacen aplicable el tipo no solamente al sujeto que ha realizado la acción característica del delito, sino también a otros sujetos que están al lado de él. La tentativa amplía la acción típica, atrapando acciones anteriores; la participación amplía el círculo del sujeto imputable, atrapando acciones laterales.

Bettioli dice que la diferencia substancial entre la tentativa y la consumación no existe. La tentativa no es delito autónomo, ya que no protege un bien distinto que el tutelado por la norma primaria de consumación, sino el mismo. El imperativo jurídico es, por tanto, uno. En cuanto al problema de la tipicidad de la tentativa, ésta relega a la

categoría de las figuras delictivas de la parte especial, todos los problemas de la tipicidad de la figura de la tentativa.

FASES DEL DELITO

La trayectoria del delito, o sea, el *iter criminis*, se desenvuelve en dos fases:

A) La fase interna que a su vez se divide en tres etapas:

a) La ideación, cuando aflora en la mente la idea del delito.

b) La deliberación, cuando en la mente surge el debate del pro y del contra de la idea criminal; cuando se hace un balance de la conveniencia o inconveniencia de la realización del delito.

c) La resolución, cuando el agente toma la decisión de cometer el delito.

Hasta esta etapa no se ha incurrido en ningún delito, porque todo queda en la esfera del fuero interno del sujeto y existe el principio de que el pensamiento no delinque: (nadie puede ser penado por sus pensamientos). El hombre no puede delinquir en cuanto es, sino en cuanto actúa. En cuanto es puede ser tomado en consideración para fines distintos de los represivos, los cuales lógicamente requieren la existencia de una acción externa.

B) La fase externa a su vez se divide en tres etapas:

a) Manifestación, cuando se exterioriza el propósito criminal dándolo a conocer a los demás. Hasta aquí no se incursiona en actividad criminal, pues aún en el supuesto de que las autoridades tuviesen conocimiento del propósito del agente, lo más que podrían hacer es estrechar la vigilancia para evitar la comisión delictiva. Algunos autores piensan que hay figuras delictivas cuyo tipo se agota con la sola manifestación ideológica como en el delito de amenazas; pero en estos casos, prácticamente no se está en simple etapa de manifestación, sino de ejecución, pues el tipo penal se consuma al conminar el agente al sujeto pasivo con causarle un mal a él o a alguien con quien esté ligado por algún vínculo, lo que normalmente produce en el pasivo una situación de inquietud y de zozobra que nadie tiene derecho a provocar. Lo mismo puede decirse de los delitos contra el honor, en los que el agente profiere expresiones que afectan el honor en sentido subjetivo, o sea, hieren la auto-estimación de la dignidad del sujeto pasivo, o cuando el agente divulga versiones que dañan la reputación de otro, o sea, el honor en sentido objetivo.

b) Preparación, cuando el agente busca los medios idóneos y las situaciones propicias para llevar a cabo la conducta criminal. La preparación del delito no es punible porque los hechos preparatorios son equívocos, no revelan de modo claro y preciso la intención de cometer un delito. El que con ánimo de matar a otro compra un arma, puede preparar un homicidio, pero sus actos no revelan de modo seguro un propósito criminoso, porque la compra de armas puede tener lugar con fin de defensa; si se castigara el acto preparatorio, se estaría castigando el pensamiento, no la acción externa por razón de su equivocidad. El delito preparado es un delito en potencia, no es aún un delito real y efectivo. Algunos actos preparatorios son erigidos en delitos *sui generis* cuando revelan de un modo seguro el propósito de delinquir o cuando encierran un grave peligro.

En estos casos dejan de ser actos preparatorios para constituirse en

delitos autónomos. Sin embargo, cuando la ley excepcionalmente erige en tipos delictivos conductas humanas que ontológicamente no son otra cosa que verdaderos actos preparatorios o de tentativa, es conceptualmente imposible ampliar la base típica de dichos delitos, pues todos los actos anteriores a los que recoge dicha base carecen de naturaleza ejecutiva. Se deduce por el camino de la interpretación de la ley, dice Mezger, que con la inclusión de los actos preparatorios y de tentativa en el tipo completo, queda excluida de toda punibilidad una conducta de tentativa que yazga ante él, pues implicaría un verdadero contrasentido admitir la tentativa en una conducta que, si bien está tipificada como delito *sui generis*, no entraña ninguna ejecución.

c) Ejecución, cuando ya se incursiona en el campo punible, o sea, el momento de plena ejecución de la acción externa violatoria de la norma penal, que pueden ofrecer dos diversos aspectos: tentativa y consumación.

FUNDAMENTACIÓN DE LA PUNICION DE LA TENTATIVA

a) Teorías objetivas

Para las teorías objetivas, o del peligro, la ley pena a la tentativa porque implica un peligro para el bien jurídico. La consecuencia de estas teorías no es sólo la atipicidad de la tentativa inidónea, sino también la de cualquier tentativa en que el bien jurídico en concreto no haya corrido peligro alguno: el que penetrarse en una habitación en la que no hubiese nada que hurtar, no cometería tentativa de robo.

Francesco Carrara: se pena por el peligro corrido por el bien jurídico protegido. Vincenzo Manzini: el haber violado realmente el mandato contenido en la norma que considera el peligro como un delito. Giuseppe Maggiore: es delito por violar el ordenamiento jurídico penal, aunque de un modo menos grave que el delito consumado.

b) Teoría subjetiva.

O teoría pura de la voluntad: Lo importante es la voluntad del autor y ve en la tentativa un síntoma de su peligrosidad. Esta doctrina, de más unitaria formulación que la llamada teoría objetiva, estima que una acción es idónea para constituir una tentativa criminal, cuando, atendiendo al criterio del propio agente, se considera que su conducta es apropiada para realizar efectivamente la resolución delictiva.

Von Buri: conforme a esta teoría la tentativa se castiga en cuanto significa una manifestación de voluntad; de otro modo habría que dejarla impune, puesto que carece de resultado, ya que el *pericolo corso*, del que habló Carrara, no deja de ser una abstracción; y cualquiera que sea el medio, idóneo o inidóneo, debe sancionarse, ya que en todo caso revela una intención criminal.

Según las teorías subjetivas debe tenerse en cuenta el propósito o su temibilidad y esto por ser propio de la naturaleza de la tentativa el que el modelo legal sea incompleto desde el punto de vista objetivo, lo cual se reduce a la falta de conformidad del delito consumado con la figura legal, cualquiera que sea la entidad de aquél, de suerte que es indiferente, para este resultado, que se haya hecho uso de medios

idóneos o inidóneos, o que sea idóneo o inidóneo el objeto sobre el cual esos medios han sido dirigidos.

Con arreglo a las teorías objetivas, por el contrario, para que haya tentativa es indispensable que la conducta sea objetivamente idónea para realizar el propósito criminal del agente.

Por esta razón dichas teorías exigen que la conducta tenga relación de causalidad con el resultado querido, ya que es objetivamente peligrosa, y, partiendo de esta base, distinguen el objeto de la acción y el medio empleado, según su idoneidad o inidoneidad, absoluta o relativa.

ACTOS PREPARATORIOS Y DE EJECUCIÓN

Se han preocupado los penalistas de encontrar un criterio distintivo entre los actos preparatorios (exentos de pena) y los actos ejecutivos (punibles). De ello ha derivado uno de los problemas más debatidos del Derecho Penal que ha conducido a los juristas casi a la desesperación y que probablemente estaba en lo cierto el jurista alemán Geyer cuando juzgaba insoluble el problema y lo parangonaba al de la cuadratura del círculo.

Acaso sea una de las polémicas más encrespadas la referente a la separación entre actos preparatorios (impunes) y ejecutivos (punibles). O dicho de otro modo: ¿Cuándo principia realmente a entrar en juego la valoración jurídico penal? ¿Cuándo, en verdad, el individuo trasluce, en la forma deseada por la estimativa penal, su ideación delictiva? O todavía más sencillo: ¿Cuándo empieza a cobrar carácter penal el comportamiento intencionadamente delictivo de una persona? Parece que la cosa; de suyo, sería bien elemental y que la redacción del tipo penal lo daría resuelto.

Y sin embargo, nos hallamos con una cuestión endiabladamente difícil, desde el ángulo teórico, y que, en fin de cuentas, sirve de fiel contraste para ver hasta qué punto es insuficiente la regla jurídica. Francesco Carrara estableció la separación entre actos preparatorios y de ejecución en que los primeros eran equívocos, mientras los segundos unívocos; pero posteriormente distinguió entre sujeto activo (el autor) y sujeto pasivo.

Mientras la acción se mantiene en la esfera del sujeto activo se trata de actos preparatorios, cuando pasa al sujeto pasivo del atentado, los actos son de ejecución. Ernst Beling dice que si la tentativa es por su naturaleza accesorio, una forma ampliada de la adecuación típica, el acto ejecutivo ha de serlo de un delito determinado, definido en cierto y concreto tipo un núcleo, al relacionar el acto cumplido con ese núcleo del delito correspondiente, será ejecutivo todo aquel que sea comienzo de ejecución del verbo que pueda definirse con su mismo concepto, así será tentativa de homicidio todo acto por el que "se comience a matar".

Los actos preparatorios están, en cambio, fuera de tal núcleo. Antón replica que

para la tentativa de asesinato no será preciso que se haya empezado a matar, sino que se pongan en acción los hechos constitutivos de las agravantes que lo califican.

PUNIBILIDAD DE ACTOS PREPARATORIOS:

Enrique Ferri dice que en la práctica se ofrecen hechos que sirven de argumento a favor de la punibilidad de los actos preparatorios y cita el proceso de Zaniboni por atentado contra la vida de Benito Mussolini. Zaniboni fue sorprendido en la habitación del hotel cuando tenía ya preparado un fusil cargado y había practicado un agujero en la persiana para apoyar el fusil en el momento de la consumación.

Eran sólo actos preparatorios, pero demostraban ya una evidente peligrosidad criminal...Para Grispigni, los actos preparatorios serían de competencia de la policía de seguridad, así como los ejecutivos serían de competencia de la justicia penal. Enrique Ferri objeta que siendo ya los actos preparatorios actuación de un propósito criminal, evidentemente son ya ilícito penal aunque no vayan seguidos de actos ejecutivos.

PRINCIPIO DE EJECUCIÓN

¿Cuándo puede decirse que hay "comienzo de ejecución"? Desde luego, la formulación de esta exigencia nos permite formular un primer principio: debe tratarse de un delito que pueda cronológicamente descomponerse en etapas, un "comienzo" y un "fin". Luego, podrá hablarse de tentativa en los delitos materiales o de resultado (sean de comisión o de comisión por omisión) y en aquellos delitos formales que constan de varios actos externamente apreciables como distintos y separados en el tiempo.

No habrá tentativa en los delitos de omisión simple y los demás estrictamente formales, no descomponibles en actos separados. El principio de ejecución se puede determinar como la transición de un peligro general e indeterminado, al estadio de la peligrosidad concreta de un determinado bien de protección.

José Cerezo Mir: no bastan ciertamente para la existencia de tentativa la presencia de una voluntad dirigida a la realización de un delito, ni siquiera la de hechos externos que revelen esa voluntad. Para satisfacer las exigencias de la seguridad jurídica es preciso, por tanto, desplazar el límite de la punibilidad a un momento posterior y este límite debe ser además suficientemente claro y preciso. Ahora bien, entre el comienzo de la realización de la voluntad criminal y la consumación, no es posible hallar otro límite que satisfaga las exigencias de la seguridad jurídica que no sea el representado por el principio de ejecución del delito.

Pellegrino Rossi dice que es imposible determinar en una ley, de modo general, los casos precisos en los que se deberá reconocer el verdadero comienzo de ejecución del delito. Adolfo Chauveau y Faustin Hélie redujeron el principio de ejecución a la esfera de la conducta principal que conforme a lo que la ley dice, constituye el delito.

Luis Jiménez de Asúa dice: "No ocultamos los quebraderos de cabeza que puede ocasionarnos ese principio de ejecución, pero hasta ahora no vemos otro más ventajoso".

IDONEIDAD EN LA TENTATIVA

El concepto de idoneidad es de suyo relativo, en cuanto expresa una actitud susceptible de variación, no es dado distinguir entre inidoneidad absoluta e inidoneidad relativa. Una conducta inidónea en determinado caso (por ejemplo, el suministro de azúcar), puede ser idónea en otro (por ejemplo, si la víctima es diabética), y un acto generalmente inidóneo o idóneo puede llegar a ser idóneo o inidóneo por el concurso de otros factores.

Esto hace indispensable que el juicio acerca de la idoneidad se efectúe en cada caso y teniendo en cuenta no sólo la conducta realizada y el medio empleado, sino también el objeto contra el cual está dirigida y las circunstancias en que se manifiesta la conducta. Carlos Fontán Balestra dice que "la tentativa es inidónea cuando los actos realizados no tienen en el caso concreto capacidad para poner en peligro el bien jurídico protegido por la ley penal"

No son conatos los actos que carecen de idoneidad, tanto subjetiva como objetiva. La falta de idoneidad de un acto no destruye la idoneidad de los precedentes. La no idoneidad antecedente informa todos los actos sucesivos, pero la no idoneidad subsiguiente no modifica los actos anteriores.

GRADOS DEL DELITO DOLOSO

La tentativa puede presentar diversas formas:

a) Conato o tentativa inacabada, cuando se realizan actos tendientes a la producción de un resultado delictivo; pero se omite alguno o varios que son necesarios para la consumación, por causas ajenas a la voluntad del agente.

b) Delito frustrado o tentativa acabada, que puede ser:

1.- Por frustración propia, que corresponde al delito frustrado, en que se realizan todos los actos de ejecución del delito; pero éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, por ejemplo, administrar un veneno pero la oportuna intervención médica impide la muerte.

2.- Por frustración impropia, que corresponde al delito imposible, cuando el delito no se consuma por haber imposibilidad material, por inidoneidad de los medios empleados o por inexistencia del objeto del delito, por ejemplo, el administrar un abortivo a una mujer creyéndola, erróneamente que está embarazada.

DESISTIMIENTO O ARREPENTIMIENTO DE LA TENTATIVA

Desistir es dejar de hacer algo que se puede hacer. Desistimiento espontáneo es el acto que se genera en la propia persona, que responde al dictado de su conciencia y

a su valoración de las cosas. Voluntario es el acto que, nacido o no en la intimidad del sujeto, es aceptado por él. Los consejos de un amigo, el llamamiento a la cordura hecho por un familiar, la suplicas de una madre o esposa, son capaces de persuadir o de inhibir, determinando la suspensión del delito iniciado. Admitimos que puede haber entonces una presión afectiva, bien distinta de la coacción o del obstáculo físico que configuran el delito intentado.

Gomez Prada: "el ladrón cuando ejecuta el robo, sin consumarlo todavía, que huye, al sentir los ruidos de los habitantes de la casa: decir que hubo un desistimiento voluntario y no sancionarlo, porque de todos modos no perpetró el delito, es al menos pueril".

El desistimiento puede operar en los casos de conato; en cambio, el arrepentimiento, opera cuando se agotaron por el agente todos los actos necesarios para la ejecución del delito; pero el propio agente voluntariamente evita la consumación del delito, lo cual puede operar, en los casos de delito frustrado.

EXENCIÓN DE SANCION EN LOS CASOS DE DESISTIMIENTO O ARREPENTIMIENTO.

Enrique Pessina dice que sucede en este caso lo que acontece en el mundo físico, que dos fuerzas iguales contrarias se destruyen, pues la actividad criminal es anulada por la actividad que impide la violación del Derecho.

La exención de pena en el desistimiento de la tentativa obedece a que se demuestra ausencia de temibilidad por los motivos psicológicos que lo inspiran y, además, por razón de utilidad pública y de política criminal, ya que es más importante evitar la consumación de un delito, ofreciendo al delincuente un "puente de plata". Sin perdernos en sutilezas dogmáticas, tan ingeniosas como estériles, podemos llamar al desistimiento una simple causa de exclusión de la pena. El Estado, por razones de conveniencia política, renuncia a la punición de un hecho que tiene todas las características objetivas y subjetivas del delito.

TENTATIVA CALIFICADA.

La impunidad del desistimiento, no excluye la pena de los hechos cometidos que ya en sí tengan carácter de consumación (tentativa calificada). Cada uno de los partícipes puede por sí desistir de la colaboración; pero a este respecto es preciso tomar en cuenta la naturaleza unitaria y global del hecho realizado en complicidad. Puede desistirse de la acción, mientras se tiene el control de la causa puesta; una vez que ésta escapa del alcance del que pretende desistir, la acción de sus partícipes lo compromete.

DIVERSOS CASOS DE AUSENCIA DE TENTATIVA

Infracciones que excluyen la tentativa:

Los delitos PRETERINTENCIONALES y los CULPOSOS; éstos, por faltar en ellos la intención dirigida a producir un resultado; los primeros, porque en ellos la intención se dirige a un resultado menor y por lo mismo distinto. No se puede intentar lo que no se ha deseado. Reinhart Maurach: la tentativa de un hecho punible culposo es concebible, pero no está sancionado por el Derecho positivo. Eusebio Gómez: por razones idénticas, no es admisible tentativa con respecto al resultado más grave (culposo) en las figuras de delitos preterintencionales. Respecto a los delitos DE PELIGRO, Arturo Rocco rechazó la posibilidad de la tentativa, con el argumento de que no era concebible un peligro de peligro.

Max Ernst Mayer: si alguien actuara con el dolo de ejecutar solamente una tentativa, sería impune, DOLO DE TENTATIVA es ningún dolo. Los actos deben dirigirse a cometer un delito, no solamente a omitirlo. Por esto no es configurable la tentativa en los DELITOS PROPIAMENTE OMISIVOS o de mera omisión, fuera de que en ellos la consumación coincide con el momento en que la omisión tuvo principio.

Se llaman delitos formales aquellos en los cuales, para la consumación, no se requiere la producción de ningún evento extraño o externo a la acción misma del sujeto. Dice Sebastián Soler que es un poco precipitada la afirmación según la cual los DELITOS FORMALES no admiten tentativa. Ello solamente es verdad absoluta con respecto a los delitos de pura actividad."

DELITO IMPOSIBLE

La punibilidad del delito imposible se fundamenta en el peligro que para el bien jurídicamente protegido crean los actos realizados por el agente. Es necesario distinguir grados de idoneidad y declarar punibles los casos de imposibilidad relativa, toda vez que en ellos existió posibilidad de lesión para el bien o interés protegido y, por ende, ofensa a la tranquilidad y seguridad de los asociados; en tanto, que los supuestos de inidoneidad absoluta quedan impunes al descartarse toda idea de peligro.

Los propugnadores de las posiciones subjetivas estiman que lo único que interesa es lo que el autor quiso hacer, y, por ello, no tiene sentido la indagación de la inidoneidad del comportamiento del sujeto. En consecuencia, la penalidad del delito imposible, desde el punto de vista subjetivo, radica fundamentalmente en la voluntad criminal que el agente manifiesta con los actos realizados.

TENTATIVA INEXISTENTE.

La tentativa punible es un grado de ejecución directa e inmediata de un delito

que no llega a su total consumación por causas ajenas a la voluntad del inculpado y si los actos de éste que aparecen demostrados en el proceso son equívocos, como los simplemente preparatorios y los de significado ambiguo, no deben considerarse como constitutivos de tentativa (Suprema Corte de justicia de la Nación -Tesis 349, Pág. 193, Tomo II .-Apéndice al Semanario judicial de la Federación 1917-1995).