

## LA TENTATIVA

Dr. GUILLERMO PADILLA CASTRO,  
Catedrático Titular de Derecho Penal  
Facultad de Derecho

- 1.—Generalidades. 2.—Fundamentos. 3.—La Tentativa y la Escuela Clásica.
- 4.—Los positivistas y la Tentativa. 5.—El Código Penal Francés y la tentativa.
- 6.—La tentativa y el atentado. 7.—La tentativa como figura autónoma.
- 8.—Requisitos que integran la tentativa. 9.—La tentativa y el delito frustrado.
- 10.—El delito imposible. 11.—La tentativa y el delito putativo. 12.—La tentativa y el desestimiento. 13.—Tentativa insuficientemente indicada. 14.—La tentativa y ciertas formas de delito. 15.—Punición de la tentativa.

En el *inter-criminis* o camino del delito, se desarrollan distintas fases, desde la inicial, constituida por el pensamiento criminoso hasta la última, que Carrara llama el delito agotado, considerándose como tal, por ejemplo, no solo el hecho de haberse consumado un robo sino en obtener el lucro al que se encaminaba la acción. Entre esos extremos los penalistas configuran tres etapas intermedias: los actos de preparación, los de ejecución y los de consumación.

Cuando la ejecución no se ha llevado a término o la consumación no se ha perfeccionado, estamos en presencia del fenómeno de la tentativa, que Levi<sup>(1)</sup> ha concretado en una fórmula casi matemática: tentativa = a consumación — resultado. Sin embargo, dice Manzini que ella es "inexacta porque en los delitos de pura conducta, al no existir un resultado que sea requisito esencial de ellos, no es el resultado lo que debe faltar para que se dé la tentativa: debe faltar una parte y generalmente la parte terminal, de la acción ejecutiva"<sup>(2)</sup>. Llama dicho autor delitos de pura conducta, a aquellos cuya ejecución implica consumación del acto, como la asociación para delinquir o la violación de domicilio. En la clasificación que hicimos de los delitos a estos los llamamos formales. También agrega, que si entendemos por resultado la ofensa al bien jurídico protegido, esta se ha realizado plenamente en la tentativa.

(1) Levi II Cod. Pen. illustrato, sotto la direzioni di U. Conti T. I, pág. 244, Milano, 1934.

(2) Manzini. Ob. cit., pág. 345.



**Fundamentos de la tentativa.** El Código penal español, define concretamente la tentativa y estima que existe "cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito, por causa o accidente que no sean su propio y voluntario desestimiento" (art. 3º). En cambio el nuestro dice que "hay tentativa cuando la resolución de cometer un delito se manifiesta por actos exteriores que tengan relación directa con el mismo y este no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente". En general los códigos latino-americanos dan definiciones semejantes de la tentativa; algunos como el peruano no lo hacen y el cubano se refiere, en su lugar al delito imperfecto que, como veremos más adelante, no es un concepto muy técnico. Fue Romagnosi uno de los primeros penalistas que dio una definición concreta de la tentativa, diferenciándola además del delito frustrado que analizaremos después. Dijo que es "la ejecución incompleta de un delito"<sup>(3)</sup>.

Nuestro Código Penal parece acoger como fundamento de la tentativa, la resolución de cometer un acto delictuoso, si ella se manifiesta externamente y no se consuma por causas ajenas al agente. Escapó a la consideración del legislador el hecho de que los actos no solo deben exteriorizarse sino ser idóneos y efectivamente dirigidos a dañar determinado bien jurídico. Precisamente por esas dos últimas circunstancias, se ha considerado que no hay ninguna diferencia sustancial entre la tentativa y el delito consumado y por lo mismo en ambos casos, su fundamento es igual: "la manera con que el legislador ha creído conveniente configurar los tipos de delito concretándola en una u otra de las fases que normalmente atraviesa la actividad delictiva"<sup>(4)</sup>. Esa es la opinión manifestada por Antolisei.

**La tentativa y la Escuela Clásica.** Como siempre, es Carrara quien en su obra sobre la tentativa, expone el fundamento y la razón de su punibilidad. Dice: "¿Puede la ley ocuparse en las tentativas? ¿Dónde está la razón política de imputarlas a su autor? La ausencia de daño inmediato y de toda violación efectiva de derechos, podrían autorizar la duda acerca de la falta de razón

(3) Romagnosi. Genesi del Diritto Penale. Párr. 66-697.

(4) Antolisei. Ob. cit., pág. 348.

para castigar la tentativa, porque derivándose el fundamento político de la imputabilidad de ciertos actos del daño material que producen, si este daño cesa en el conato, también parece que debería cesar la imputación pero no es así. A la razón de penar derivada del daño inmediato que cesa en las tentativas, se sustituye la razón que nace del riesgo corrido: este hace las veces del daño"<sup>(5)</sup>. Ese elemento de peligro, lo completa Carrara con el otro que es esencial: la intención. Dice en cuanto a la concurrencia de ambos: "La autoridad no puede, sin tiranía, conminar imputabilidad política cuando uno de estos elementos falta. El magistrado no puede, sin abuso de poder, imputar civilmente un hecho cuando haya habido deficiencia del uno o del otro elemento, ni puede, sin imperdonable aberración suplir la deficiencia de uno de estos elementos con el otro"<sup>(6)</sup>.

Aunque Carrara cree que el daño inmediato es menor en la tentativa que en el delito consumado ya que la alarma que se produce no es tan intensa en un caso como en el otro, hay que notar que esa, que para muchos autores es una de las razones que fundamentan la tentativa, pierde mucho valor en el pensamiento carrariano, pues no le da su cabal importancia. Posteriormente haremos la crítica de la posición de los clásicos en cuanto a la tentativa. Su tendencia ha sido llamada objetiva.

Manzini considera que el fundamento de la punibilidad de la tentativa no puede ser únicamente ese, "el cual para ellos (se refiere a los clásicos) designa aquella contingencia de hecho en la cual el proyecto y la obra de un delincuente ha puesto en inminente peligro de actual violación el derecho que por la ley es protegido, pero sin posibilidades de ulteriores consecuencias materiales"<sup>(7)</sup>. También mira con escepticismo la idea de que la verdadera razón de la tentativa está en la alarma social que ha producido el hecho y que él llama hipotética. Para Manzini su único fundamento está en que constituye la violación voluntaria de un precepto penal. Todo lo demás no son sino cosas "abstrusas y paradógicas". Pero Antolisei considera que "la explicación de Manzini no puede considerarse satisfactoria ya que no hace más que desplazar el

(5) Carrara. Teoría de la Tentativa y la Complicidad (pág. 6), Trad. de Vicente Romero Girón. Madrid. F. Góngora y Cía., Editores, 1877.

(6) Carrara. Programa (Ob. cit.), T. I, pág. 278.

(7) Antolisei. Ob. cit., pág. 346.



problema. No nos dice la misma porque, mediante la simple tentativa, considera el Derecho violado el precepto"<sup>(8)</sup>.

**Los positivistas y la tentativa.** En dos partes de su obra se refiere a la tentativa Enrique Ferri, máximo exponente del positivismo. Cuando alude a los criterios de peligrosidad del delincuente y cuando concretamente aborda el problema técnico que ella suscita<sup>(9)</sup>. En el primer aspecto, Ferri afirma, con razón, que una cosa es el hecho peligroso y otra, muy distinta, el hombre peligroso. Cita el caso del delincuente que intenta matar con medios inidóneos, aunque está convencido de que sí tienen potencia ofensiva; cuando el acto se produce, es claro que no ofrece el menor riesgo, pero, en cambio, el hecho ha puesto en evidencia un ente que debe interesar a la justicia. Tanto en el delito que se intentó como en el consumado, eso es lo que se manifiesta: un delincuente que se ha revelado como peligroso para la sociedad, peligrosidad que no ha disminuido por la circunstancia fortuita de que el fin perseguido se produzca o no; lo que cuenta para los positivistas es la intención criminal que se ha puesto de relieve y no el acto delictuoso en sí. De aquí la fórmula concreta que presenta Ferri en el artículo 16 de su Proyecto de Código Penal, que dice: "Cuando la consumación del delito no ha tenido lugar por circunstancias accidentales, el Juez teniendo en cuenta las modalidades del hecho y la acción realizada, puede imponer la sanción establecida para el delito consumado". Completan ese artículo la aplicación de penas que son mayores o menores, de acuerdo con el criterio de la peligrosidad que hemos indicado pero luego inserta una disposición que, en mi sentir, contradice su posición doctrinaria ya que ordena al Juez disminuir la pena "cuando el delito no ha tenido efecto a causa de la inidoneidad de los medios o por imposibilidad del fin". En su afán de que el Proyecto se convirtiera en Ley, objetivo que no pudo conseguir el eminente positivista, tuvo que hacer esta y otras concesiones a sus adversarios, que resquebrajaron la unidad estructural de su obra. La tendencia del positivismo es la de poner de relieve la importancia del elemento subjetivo del delito.

(8) E. Ferri. Principios de Derecho Criminal (Ob. cit.), págs. 268 y 502 y ss.

(9) Legislación Soviética Moderna, pág. 265.

**El Código penal francés y la tentativa.** Si hacemos mención al Código penal francés es porque, en el criterio de autores como Pierre Bouzat, se adelantó, en más de un siglo, al proyecto de Ferri, "al castigar el crimen y el delito intentados con la misma pena que la infracción consumada"<sup>(10)</sup>, agregando dicho autor, que "en nuestros días, la mayor parte de los criminalistas, especialmente los positivistas, preocupados por el estado peligroso del delincuente aprueban el sistema severo de nuestro Código Penal, porque asegura al máximo la defensa de la sociedad". En realidad, no creemos que en tiempos de Napoleón, se tuviera la más mínima idea de lo que los positivistas entendieron después por peligrosidad; lo que inspiró al Código redactado entonces fue, lo que entre líneas deja ver Bouzat; fundamentalmente un criterio de severidad, como afirmación del principio autoritario que fue propio del imperio, atemperado después con el advenimiento de un régimen más liberal que estableció las circunstancias atenuantes.

**El Código ruso de 1926 y la tentativa.** El artículo 19 del Código penal soviético de 1926 establece que "la tentativa del delito, así como los actos preparatorios del mismo, consistentes en la busca y adquisición o adaptación de los instrumentos y de los medios para cometerlo y la creación de las condiciones para ese fin, serán perseguidos como delito consumado. El Tribunal, en ese caso, elirá la medida de defensa social de carácter legal-correcional, valorando el grado de peligrosidad del autor de la tentativa o de los actos preparatorios, el de preparación del delito, la proximidad al momento consumativo y las causas que han impedido su consumación. En los casos de desistimiento voluntario del delito, el Tribunal establecerá la medida de defensa social, de acuerdo con los actos realizados"<sup>(11)</sup>. Esa disposición, que significa el mayor avance obtenido en cuanto a la punición de la tentativa, fue atemperado por el actual Código soviético de 1960, que en su artículo 15 impone al Juez la obligación de atenuar la pena cuando el menor grado de la actividad criminal revela también poca peligrosidad del delincuente. Disposiciones semejantes se encuentran en el Código polonés, en su artículo 24. Las ideas de Ferri que no cuajaron en su patria, en cambio fueron acogidas en Rusia, con verdadero júbilo de éste, quien escribió: "El paso hacia adelante del legislador ruso

(10) Pierre Bouzat. Ob. cit., T. I, pág. 209.

(11) Legislación Soviética Moderna, pág. 265.



tiene una evidente importancia, no sólo porque señala e indica el triunfo de una doctrina que ha resistido a los hábitos y timideces mentales y a las polémicas a través de casi medio siglo, sino sobre todo porque inicia una experiencia práctica de justicia penal que estoy cierto ha de responder mejor a las exigencias de la defensa social contra la delincuencia, una vez que la justicia punitiva se haya liberado de las logomaquías y trabas y de las sorpresas de la imputabilidad moral que ha de demostrarse en el autor de un delito, antes de proveer a la defensa del peligro en él personificado"<sup>(12)</sup>.

**La tentativa y el atentado.** Francisco Carnelutti afirma que "la tentativa es la figura clásica que corresponde a la hipótesis de la divergencia cuantitativa entre la forma e intención. Pero no es la única; incluso teniendo en cuenta aquella subespecie de tal hipótesis, en que la forma se presenta por debajo de la intención o viceversa, creemos que junto a la tentativa, merece atención otra figura que nos parece resultar colocada siempre en su puesto de la teoría general del delito, y a la cual, empleando con mayor amplitud una palabra ya usada por la ley le daríamos el nombre de atentado"<sup>(13)</sup>. La diferencia entre el atentado y la tentativa estriba, según dicho autor, en que este se encuentra configurado como un delito en sí, mientras que la tentativa es una forma de delito secundario, previsto en relación con un delito principal. Siguiendo el pensamiento de Carnelutti y sin penetrar aún en la posibilidad de que la tentativa sea una forma de delito secundario, serían delitos de atentado, en nuestro Código Penal el hecho de "obrar o contribuir a obrar de cualquier modo contra la integridad del territorio de la nación o contra su soberanía", que es constitutivo del delito de traición y el que sanciona a quien "con fines políticos y con actos directos atentare contra la vida, la integridad personal o la libertad del Presidente de la República, de los Ministros de Estado o de cualquier otro miembro de los Poderes Públicos", que es una forma de delito político. Es evidente que ambos casos están tipificados en el Código y sancionados en una forma especial. Por lo mismo y porque suponen que el propósito que los mueve no ha podido cumplirse, en ellos no cabría la aplicación de las reglas de atenuación que son inherentes a las formas intentadas. Técnica-

(12) Enrique Ferri. Ob. cit., pág. 775.

(13) F. Carnelutti. Teoría General del Delito, pág. 159, Editorial Revista de Derecho Privado.

mente no apreciamos ninguna diferencia entre esos hechos y los de tentativa; en ambos casos se trata de un propósito incumplido. En cuanto al delito de traición, es lo mismo para el legislador que la traición se intente o se consuma; la pena es igual. En cuanto al atentado político la sanción se agrava si el delito contra la vida se consumare, forma clara de expresar que el atentado y la tentativa son la misma cosa para nuestra ley ya que no hay tentativa cuando el homicidio se consuma. La confusión en que incurre Carnelutti estriba, según nuestra modesta opinión, en que considera la tentativa como un delito de peligro y así lo afirma el ilustre autor, mientras que el atentado, según él, es un delito de peligro de daño sobre la persona tal y como la concibe nuestra ley que no contiene el delito frustrado.

**La tentativa como figura autónoma.** Para Antolisei, "el delito intentado es la resultante de la combinación de dos normas: una principal la norma incriminadora especial: por ejemplo, el artículo 624 en el hurto (nosotros diríamos el 266 de nuestro Código) y una secundaria (la norma extensiva o sea el artículo 56 (37 de nuestro Código) que dan origen a un nuevo título de delito que es y debe ser considerado autónomo aún cuando conserve el nomen iuris de la figura delictiva a que se refiere (hurto intentado, incendio intentado, etc.)"<sup>(14)</sup>.

Para dicho autor, quien comete una tentativa comete un delito en sí.

No vemos tampoco la trascendencia que tenga el configurar la tentativa como un delito propio, independiente de la figura principal ya que las reglas de punibilidad son generales para todos los casos en que el delincuente no consigue el propósito por causas ajenas a su voluntad.

Sustentando un criterio totalmente opuesto ya hemos visto como define Carnelutti su posición. Nos habla de que la tentativa es un delito secundario, previsto en relación a un delito principal.

No vemos la tentativa ni como un hecho principal y autónomo ni como un delito secundario; pensamos que es uno de los tantos procesos que tienen los hechos volitivos: nacen, se cumplen o se incumplen. Si se ha perseguido una finalidad dolosa y ella se ha obtenido, estamos en el caso de la consumación; de lo contrario, ante una forma intentada. Eso es todo.

(14) Antolisei. Ob. cit., pág. 345.



Que a esta forma intentada se le llame delito por sí mismo, como lo hace Manzini, eso es otra cosa. Pero dicho autor se cuida muy bien de admitir que "la tentativa por sí misma represente un delito sui generis, idéntico en todo caso", ya que "el delito intentado conserva, en el resto, las características de la incriminación típica a que se refiere"<sup>(15)</sup>. Es decir, una de las etapas en el perfeccionamiento del delito, que han hecho que algunos autores le llamen delito imperfecto, término que no nos agrada ya que es perfecto en sí, ha tenido su inicio en el propósito criminal y su culminación cuando este no se pudo llevar a cabo.

Requisitos que integran la tentativa. Aunque se considera que toda tentativa está integrada por el concurso de la intención criminal y de los actos ejecutivos que no se consuman por circunstancias ajenas a la voluntad del delincuente, esos elementos están implícitamente involucrados en los requisitos esenciales, que son dos: la univocidad de los actos y su idoneidad.

El primero que habló de univocidad de los actos fue Carrara quien afirma que "mientras el acto externo sea tal que pueda conducir tanto al delito como a una acción inocente no tendremos nada más que un acto preparatorio el cual no puede imputarse como conato"<sup>(16)</sup>. Posteriormente el autor del programa abandona su posición técnicamente correcta, ante la posibilidad de que se confundiera la esencia del acto con algo tan accesorio como la prueba de la intención.

El problema de determinar cuándo un acto va dirigido inequívocamente a la realización de un determinado fin, es uno de los más contradictorios y debatidos en el ámbito del Derecho Penal; Manzini, ha tratado de simplificarlo relacionándolo con la infracción del precepto penal, pero ya vimos que esa es una forma de evadir su solución ya que en ningún Código la norma que trata de diferenciar los actos preparatorios de los ejecutivos es clara y precisa y por lo mismo, parece que su determinación debe dejarse más bien al criterio amplio de los jueces; el punto es de suma importancia porque de su esclarecimiento depende que un hecho sea o no punible ya que el acto preparatorio no lo es sino excepcionalmente. Antolisei manifiesta a este respecto que "probablemente estaba en lo cierto el jurista alemán Geyer cuando juzgaba insoluble

(15) Manzini. Ob. cit., pág. 178, T. III.

(16) Carrara. Ob. cit., T. I, pág. 241.

el problema y lo parangonaba al de la cuadratura del círculo"<sup>(17)</sup>. Eusebio Gómez puntualiza que "la consideración de la tentativa desde un punto de vista subjetivo, evidencia la inutilidad de todo empeño tendiente a fijar normas para llegar a establecer la distinción entre los actos ejecutivos y los preparatorios"<sup>(18)</sup>.

La solución que da nuestro Código es la de que los actos exteriores, tengan relación con la resolución de cometer un delito y en ello estriba precisamente la dificultad, en esta relación estrecha entre la exteriorización del acto y la intención de cometerlo. Hay infinidad de actos que aparentemente pueden estar relacionados con el fin delictuoso y sin embargo no tienen ese propósito.

Recordemos el adagio de que las apariencias engañan. Ellas, agregaríamos nosotros, pueden conducir a que los jueces a menudo se equivoquen. Por eso, coincidimos con Antolisei en que "la univocidad se comprueba exclusivamente sobre la base de las características objetivas de la acción delictiva"<sup>(19)</sup>. Ella debe ser suficientemente clara y revelar en forma indubitable la voluntad del delincuente dirigida hacia la comisión del acto punible. Solo así se evitan posibles errores. Siendo muy exigentes en cuanto ese extremo.

El segundo factor integrante de la tentativa es la idoneidad de los actos. Nuestro Código lo ignora, revelando así una falla técnica imperdonable. En cambio el texto del artículo 54 del italiano expresa que "quien realiza actos idóneos dirigidos en forma no equívoca a cometer un delito, responde del delito intentado si la acción no se realiza o el hecho no se verifica", fórmula feliz y comprensiva no solo de la univocidad sino de la idoneidad. La determinación de lo que ésta significa, ha sido apreciada en distinta forma. Para unos en forma comprensiva de los distintos elementos materiales que se utilizan en la acción; para otros no solo de ellos, sino del cúmulo de circunstancias que la hagan posible. Lo que hace que algunos autores y entre ellos Antolisei, confundan el concepto de idoneidad con el de peligrosidad, considerando que "la tentativa en consecuencia es punible cuando se ha concretado en una acción peligrosa"<sup>(20)</sup>. Decimos que hay confusión porque la peligrosidad existe solamente en forma subjetiva y se exterioriza en el momento del acto, creando así la situación de peligro. Anto-

(17) Antolisei. Ob. cit., pág. 351.

(18) Eusebio Gómez. Ob. cit., T. I, pág. 464.

(19) Antolisei. Ob. cit., pág. 354.

(20) Antolisei. Ob. cit., pág. 357.



lisei trasladada la peligrosidad del sujeto al medio empleado; para nosotros no hay peligro en que un hombre sereno y capaz de controlar sus actos dispare contra otro sin intención de herirlo ni matarlo, aunque lo hiera en forma leve. Ese caso está contemplado como una falta en el artículo 66 de nuestro Código de Policía. En cambio si existe peligro si quien empuña el revólver es un asesino.

Concretando y de acuerdo con la sistematización que ha hecho de la tentativa el distinguido profesor de la Universidad de Concepción, doctor Eduardo Novoa Monreal, hay que fijar cinco requisitos para que la tentativa se concrete: 1) un propósito delictivo exteriorizado en actividad material; 2) una actividad material apta para la realización del tipo proyectado por el sujeto activo; 3) una actividad material que sea fragmentable; 4) la interposición de un obstáculo o impedimento ajeno a la voluntad del sujeto activo; y 5) la no consumación del tipo a que tendía el propósito del sujeto. Es interesante una afirmación que hace dicho autor en cuanto al primer aspecto, en el sentido de que hay tentativas que no son dolosas ya que por "una descripción de conducta complementaria de los diversos tipos de la parte especial debe ser apreciada al igual que la tipicidad —de la que es integrante por extensión fuera de toda valoración jurídica—. Puede existir tentativa de hecho típico y antijurídico no culpable como ocurre con los actos de un inimputable o del que obra víctima de error de hecho esencial"<sup>(21)</sup>. Los otros aspectos son fácilmente explicables y a ellos nos hemos referido en extenso.

En la reunión de México en que se continuó la discusión sobre la oportunidad de recomendar un Código Penal Tipo para Latinoamérica, el profesor Paulo José da Costa Jr., propuso una fórmula, que hacemos nuestra, para definir el delito tentado como aquel que "iniciada la ejecución típica, a través de actos idóneos o inequívocos, no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del agente"; tiene la ventaja de que incluye elementos de que carece el concepto actual de nuestro Código y que consideramos importantes.

**La tentativa y el delito frustrado.** El artículo 7º del Código Penal de 1924, establecía el llamado delito frustrado y lo diferenciaba de la tentativa en que en el primero "la acción o la comisión

(21) Eduardo Novoa Monreal. El Proceso de Generación del delito, tentativa y delito imposible. Pág. 22, Publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, 1963.

son completas en cuanto al sujetos; pero no objetivamente, o sea, cuando a pesar de haberse ejecutado todos los actos que en las condiciones ordinarias habrían de producir la consumación del daño, éste no se efectúa por causas o accidentales ajenas a la voluntad del agente<sup>(22)</sup>. En cambio la tentativa, tipificada en el artículo 9º, implica simplemente una acción subjetiva y objetivamente incompleta sin que se ejecuten todos los actos necesarios para su consumación. La posición del Código de 1924 es la misma que siguen aún muchos Códigos de Latinoamérica y está conforme con los postulados de la Escuela Clásica, que, en este aspecto como en muchos otros, ha sido superada. Se basa estrictamente en los resultados materiales de la acción en forma que si un sujeto disparaba contra otro, y no lo hería, el caso se resolvía como de tentativa de homicidio y si le causaba una herida y la víctima se salvaba gracias a la intervención oportuna de un cirujano, se estaba ante un delito frustrado. Pero ese concepto es errado en cuanto a que determina dos formas distintas de forma intentada, cuando en el fondo no existe sino una: el hecho de que en un caso como en el otro la acción no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, ya sea porque la víctima no fue alcanzada por el proyectil o porque fue salvada por la oportuna intervención médica. El error en que persistieron los clásicos fue el de olvidar que tras la acción material hay un hombre que la ejecuta y que es más importante su peligrosidad que los resultados aleatorios del delito, que pueden materializarse o no. En lugar de la fórmula arcaica nuestro Código Penal en su artículo 40 dice que "la tentativa que no tuviere señalada pena especial, se sancionará con la ordinaria, disminuida de uno a dos tercios hábida cuenta del mayor o menor desarrollo de la acción y de las circunstancias modificativas de la responsabilidad"; puede apreciarse en estas últimas la aparición de elementos que no son estrictamente de orden material sino que se derivan en gran parte de la personalidad del delincuente mismo. Más concreto habría sido nuestro Código si en lugar de referirse a las circunstancias, concepto un tanto impreciso, hubiera especificado que se trata de las relativas a la menor o mayor peligrosidad del agente, como lo hace con fino criterio el artículo 42 del mismo.

(22) Código Penal de la República de Costa Rica. Edición dirigida por el Lic. José Astúa Aguilar. San José, Costa Rica, Imprenta Trejos Hnos., 1924.



El delito imposible. El delito imposible, llamado también tentativa de imposible realización, está contemplado en dicho artículo 42 y dice: "Cuando por la ineficacia del medio empleado, o por la inexistencia del objeto, fuere imposible la realización del delito y el sujeto obró persuadido de la existencia del objeto o de la eficacia del medio, podrá disminuirse discrecionalmente la pena ordinaria y hasta eximirse de ella, según la peligrosidad revelada por el agente". Esta figura delictiva, ha sido objeto de profundas discrepancias; desde los que consideran su impunidad en razón de que el hecho no ha tenido el efecto dañoso que el delincuente se proponía, hasta los que lo penan fuertemente, como hacía nuestro Código de 1924 en su artículo 8º, al considerar que "en su caso se calificará de frustrado para los efectos penales, el delito de imposible realización, bien por inexistencia de su objeto, bien por ineficacia o impropiedad absoluta de los medios empleados, cuando apareciera evidente que el sujeto obró persuadido de la existencia de dicho objeto o de la eficacia de los medios empleados", criterio muy distinto del esbozado por su mismo autor don José Astúa Aguilar en el Proyecto de Código Penal de 1910<sup>(23)</sup> en donde sostiene una tesis diferente, al decir que "no se calificará de frustrado para los efectos penales, el delito de imposible realización, bien por inexistencia de su objeto, bien por ineficacia o impropiedad absolutas de los medios empleados; pero si se tratare de un reincidente, se imputará como tentativa". Como se ve el criterio del ilustre maestro era técnicamente defectuoso ya que si asimilaba el hecho a una tentativa, en el caso del reincidente, posiblemente en virtud de su peligrosidad, ella se ha revelado no solo en cuanto al mismo sino en todo caso en que se ha intentado cometer un delito, cuando quien lo hizo estaba persuadido de la idoneidad de los medios empleados.

El Código brasileño establece la impunidad de la tentativa imposible en el artículo 14 pero en el 76 aplica una medida de seguridad cuando el ejecutor del hecho se ha revelado como peligroso, medida que se concreta en libertad vigilada en el artículo 94.

En el artículo 42 de nuestro Código se establece que "si el delito fuere imposible, podrá disminuirse discrecionalmente la sanción establecida para el delito consumado y hasta prescindirse de

(23) José Astúa Aguilar. Proyecto de Código Penal. Tipografía Nacional, San José, Costa Rica, pág. 10. Año 1910.

ella, teniendo en cuenta lo que dispone el artículo 36 que dice: "Dentro de los límites señalados por la ley, se le aplicará la sanción al delincuente según la gravedad y modalidad del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen y la personalidad del agente".

El Código venezolano ni siquiera se refiere a la tentativa imposible y al no mencionarla no la sanciona<sup>(24)</sup>.

En cuanto a Francia que, como ya vimos, en el artículo 2º del Código Penal asimila la tentativa de crimen al delito consumado, no se refiere expresamente al delito imposible, lo que ha producido una gran confusión doctrinal. Desde Garraud quien sostiene que ante su mutismo "se trataría, pues, de la aplicación pura y simple de una teoría general, en virtud de la cual, la tentativa por medios insuficientes queda descartada por la ley como tentativa punible"<sup>(25)</sup>, hasta H. Donnedieu de Vabres quien afirma que "desde el punto de vista de la defensa social, la represión de un delito imposible parece imperiosamente lógica. Este trato se impone además si uno se coloca desde el punto de vista de la justicia. El inculcado ha demostrado que es inmoral y peligroso para la sociedad; si, en definitiva su empeño criminal no ha dado resultado, es por efecto de circunstancias independientes de su voluntad"<sup>(26)</sup>.

Entre las dos posiciones, ha surgido en Francia la intermedia que distingue la imposibilidad absoluta que se realiza cuando el objeto no existe o los medios son totalmente inapropiados y la imposibilidad relativa que se efectúa cuando el objeto sí existe pero no se encuentra donde el agente cree que está o cuando los medios son impotentes únicamente en razón de su uso inapropiado. Esa doctrina parece complacer a autores como Pierre Bouzat quien dice que "parece a primera vista, prácticamente satisfactoria, porque asegura mejor la defensa de la sociedad que la teoría objetiva, sin caer en las exageraciones de la teoría subjetiva, que conduciría a reprimir aún las infracciones putativas, es decir, aquellas que no han existido sino en la imaginación de su autor, como en el ejemplo del ladrón que se ha servido torpemente de instrumentos y no ha podido desfondar un cofre"<sup>(27)</sup>.

(24) Tulio Chiosone. Anotaciones al Código Penal Venezolano. T. I, pág. 213, Caracas, Venezuela.

(25) Garraud. Traité Théorique et Practique su Droit Penal Français. T. I, pág. 396.

(26) H. Donnedieu de Vabres. Traité Elementaire de Droit Criminal. Pág. 146.

(27) P. Bouzat. Traité de Droit Penal. Librairie Daloz, T. I, pág. 218.



Paralelamente a la diversidad de criterios doctrinales, la jurisprudencia francesa se ha inclinado primero por la teoría objetiva, considerando impune un caso de tentativa de imposible realización y en otros, pronunciándose en sentido distinto. Aunque cabe observar que la posición predominante en la actualidad es la última. Citemos, por ejemplo, la sentencia dictada por los tribunales de París con fecha 9 de abril de 1946 que consideró punible la tentativa de asesinato cometida sobre un cadáver.

Por último, la Ley de Vagos y Maleantes que fue promulgada en España, en su artículo 9º, párrafo 4º, dice que "los hechos que no constituyan delitos por inidoneidad del medio, inexistencia del objeto, no aceptación del mandato o desistimiento de la acción emprendida, podrán ser asimismo susceptibles de examen y consideración a los efectos de declarar el estado peligroso y la consiguiente aplicación de las medidas de seguridad aunque en razón a ellos fuese dictado auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria".

Hay límites muy bien definidos que diferencian la tentativa, de la tentativa imposible y quizás el más importante es que en la primera hay un riesgo sufrido por la posible víctima, mientras que en el segundo ese riesgo es inexistente, como por ejemplo, cuando el sujeto activo del hecho dispara contra una cama en la que cree que se encuentra recostado su enemigo y este se ha ausentado hace algún tiempo; lo mismo sucede en el caso de la inidoneidad del medio; en vez de dispararle ha tratado de envenenarlo con una sustancia que resultó ser azúcar en polvo en lugar de estricnina. En la tentativa, en cambio, la acción es idónea y el objeto existente. Tienen de semejante, que tanto en una forma como en la otra el delincuente ha revelado su peligrosidad ya que el hecho no se ha realizado por circunstancias que le son ajenas.

Se ha clasificado la idoneidad en absoluta y relativa, pero dice Manzini: "El concepto de inidoneidad, referible a una hipótesis concreta, no comparte tal distinción porque siendo necesario poner en relación el medio con el fin, en el caso individual toda inidoneidad absoluta se convierte en relativa y viceversa"<sup>(28)</sup>. La acción puede ser inidónea en tratándose de la generalidad de las personas y ser, por excepción, idónea en cuanto a una determinada, por ejemplo, en el caso del hemofílico que ha recibido una lesión.

(28) Manzini. Ob. cit., T. III, pág. 195.

Además de la inidoneidad absoluta y relativa, se han propuesto otras clasificaciones como la abstracta y concreta, subjetiva y objetiva, intrínseca y extrínseca, general y parcial, inicial y sucesiva. A todos esos criterios, sustituye Manzini el suyo en que habla de insuficiencia, que denota solamente falta de fuerzas bastantes para conseguir la finalidad, mientras que la inidoneidad significa falta completa de potencia causal. Solo la inidoneidad produce el delito imposible.

En cuanto a la falta de objeto, se le ha clasificado en carencia del objeto material e inexistencia del bien jurídico, como cuando se intenta privar de la vida a un sujeto que ha fallecido momentos antes de que se perpetrara el atentado. Habría carencia de objeto material en el ejemplo que pusimos anteriormente de la persona contra quien se dispara y no está en el lecho en el que se suponía que dormía, porque hacía tiempo había desocupado la casa.

Juan Díaz Romero, considera que "hay delito imposible cuando la falta del objeto es habitual y anterior al comienzo de ejecución; hay tentativa cuando la falta es sucesiva o eventual"<sup>(29)</sup>.

Ya hemos analizado las posiciones de las Escuelas Clásica y Positiva, que a propósito de la tentativa son idénticas en cuanto al delito imposible.

Debemos referirnos también a la de la Escuela Subjetiva Alemana, coincidente por otras razones con la positiva y basada primordialmente en que la ley se dirige exclusivamente a sancionar la voluntad criminal y ella aparece tanto en el delito consumado como en la tentativa, cuando ésta es imposible, lo que produjo como consecuencia que el Tribunal del Reich, sancione hechos ridículos como la tentativa de incesto sin que medie parentesco.

La solución en cuanto al problema que venimos analizando que mejor se acomoda a un criterio técnico y lógico es la que da el Código Penal brasileño, cuando establece que a la tentativa de imposible realización debe serle aplicada una medida de seguridad, en tanto que la tentativa pura y simple debe sancionarse con una pena. Es evidente que aunque no se haya producido ningún daño y hubo carencia total de peligro con el acto realizado, en la tentativa imposible se ha revelado un individuo peligroso, cuya conducta debe ser observada a fin de evitar males previsibles, que ella ha revelado.

(29) Juan Díaz Romero. El delito imposible y su punibilidad. Derecho Penal Contemporáneo. Seminario de Derecho Penal, Universidad Autónoma de México, pág. 90 N° 7.



**La tentativa y el delito putativo.** El estudio del delito putativo corresponde más bien a la teoría del error. Por eso nos limitamos únicamente a dar su noción en forma escueta; es el hecho cometido por una persona cuando actúa convencida de que realiza un delito y éste no lo es; por ejemplo, cuando una persona cree hurtar un objeto ajeno y éste le pertenece, estamos ante un delito putativo ya que uno de los elementos del hurto es el lucro y en este caso no puede haberlo. Pero eventualmente podría haber una tentativa de imposible realización por inexistencia del bien jurídico tutelado, en este caso la propiedad ya que nadie puede vulnerarla al tomar lo suyo. El límite que separa a ambos fenómenos es sumamente frágil pero nos inclinamos por considerar el caso mencionado como un simple error de hecho que en nuestro sentir está mucho más lejos de la tentativa que el delito imposible, pues acusa por parte de su autor mayor ignorancia o falta de sentido común.

**La tentativa y el desistimiento.** El artículo 39 de nuestro Código Penal establece que “la tentativa no es punible cuando el agente de modo espontáneo desiste de la ejecución del delito o imposibilita su consumación pero se penarán los actos ya realizados que constituyan una infracción por sí mismos”. Este artículo se relaciona estrechamente con el 47, que dice: “El desestimiento de un codelincuente lo libra de la responsabilidad del hecho punible consumado, cuando fue indudable que comunicó tal determinación a sus colaboradores en tiempo oportuno para obstaculizar o evitar con su apartamiento la ejecución del hecho”. Se diferencia en que, en el caso de la participación criminal el desistimiento debe haber producido resultados objetivos que hayan hecho posible el que la acción se obstaculice o evite; en el caso de la tentativa aunque eventualmente se ha podido evitar la acción, el desistimiento simple hace que la tentativa no sea punible; es evidente que debe haberse manifestado en forma palpable.

El objetivo que persigue la ley es el de estimular al eventual delincuente para que no cometa el hecho que se ha propuesto realizar, ofreciéndole de antemano la impunidad si desiste. Pero cuando el hecho está en vías de realización y el delincuente, en el último momento desiste, creemos que la situación puede variar fundamentalmente. Si una persona en el acto de disparar contra otra, vuelve ostensiblemente el revólver hacia arriba y dispara al aire, podemos estar ante un caso de desistimiento espontáneo o

bien, forzado por las circunstancias momentáneas, como por ejemplo, cuando creía estar solo y apareció un testigo y el cambio de su conducta se debió a ello. Por eso el Código ha consignado la fórmula de espontaneidad, con muy buen criterio, en lugar de la voluntariedad que es común a otros Códigos.

En el artículo 11 del Código Penal de 1924 se completaba la fórmula añadiendo que “en caso de duda la ley presume espontáneo desistimiento, a menos que se trate de un reincidente, caso en el cual regirá la presunción contraria”; en realidad el desistimiento tiene que surgir en forma clara y ser un resultado de los acontecimientos que configuran el hecho delictuoso. No puede ser impuesto por presunciones de valor muy relativo. En cuanto al hecho de impedir la consumación del delito, esta se hace más evidente por su naturaleza misma. Quien suministra un veneno y enseguida proporciona su antídoto, está demostrando en forma clara que no solo se ha arrepentido de su acto criminal sino que ha logrado que no se lleve a efecto. Pero si la persona ha sufrido alguna enfermedad como consecuencia de haber ingerido dicho veneno, de acuerdo con el párrafo final del artículo que analizamos, “se penarán los actos ya realizados que constituyan una infracción por sí mismos”. Aquí habría que sancionar las lesiones que han sido consecuencia de la intoxicación.

**Tentativa insuficientemente indicada.** Dice el artículo 38 de nuestro Código que “si no resulta indicado suficientemente el delito que se proponía ejecutar el agente, se presumirá que sus actos se dirigían a cometer el de menor gravedad entre aquellos a cuya perpetración, pudieran estar dirigidos”. No hemos encontrado ninguna disposición análoga en los Códigos modernos. La heredó el nuestro del artículo 10 del Código de 1924; no figura tampoco en el argentino de 1921 que le sirvió, en parte, de modelo. Explicando el artículo 25 del Proyecto de Código de 1910 (semejante al 10 del Código de 1924) don José Astúa Aguilar manifiesta que “las reglas que el Proyecto ofrece en este particular (se refiere a la temibilidad del delincuente) abren ya la vía para una saludable invasión de esta doctrina en nuestro derecho positivo, según lo expone el artículo 26, enriqueciendo además el tratado con los conceptos relativos al delito imposible y a la tentativa de dudosa clasificación”<sup>(30)</sup>. En cuanto a este último punto no relacionamos

(30) José Astúa Aguilar. Proyecto Código Penal, 1910, pág. XLII.



muy bien el fenómeno de la tentativa dudosa con la peligrosidad del delincuente ya que, al contrario, ese artículo trata más bien de favorecer al delincuente en los casos de duda, otorgándole el premio de atribuirle la tentativa del delito que tenga menor punición.

Encontramos ese mismo benévolo concepto en el Proyecto del Código boliviano de 1943 en el artículo 29 al final, que dice: "Si el delito intentado no aparece claramente determinado, los actos ejecutados, si por sí mismos no constituyan ya un delito, se considerarán como tentativa del delito de menor gravedad de entre aquellos a cuya perpetración pudieran ir dirigidos dichos actos"<sup>(31)</sup>. Sobre la razón de esta medida la exposición de motivos del Proyecto no da explicación alguna. Tampoco hemos encontrado antecedentes en la legislación española; nada dice el respecto el ilustre comentarista del Código penal español de 1848, Pacheco, quien en las concordancias referentes a las formas tentadas cita el Código austriaco (artículo 40), el napolitano (artículos 67, 70 y 71) y el español de 1822<sup>(32)</sup>. Nos parece que la forma técnica de resolver los casos dudosos consistiría en dejar su determinación al Juez ya que es quien puede conocer mejor los antecedentes del delincuente y las modalidades del hecho.

La tentativa y ciertas formas de delito. En primer lugar no es posible la tentativa en los hechos culposos; en ellos no se configura la intención dolosa y sin ella no hay ni delito ni tentativa. Tampoco en los delitos formales en donde la ejecución se realiza de una vez, aunque se da la posibilidad de quien injuria a otro por medio de una carta, y es interceptada por un tercero que la destruye. Pero este es uno de los tantos casos raros que se complacen en descubrir los que agudizan la imaginación en su búsqueda. En los delitos de omisión propia, la tentativa no es posible; sí lo es en los de comisión por omisión: por ejemplo, cuando se suministra una inyección vital para un enfermo con el propósito de eliminarlo, el acto puede evitarse por la acción de un tercero. La tentativa no cabe en materia de faltas ya que resultaría irrisoria la punición atenuada cuando se trata de hechos que se sancionan levemente.

(31) Proyecto Oficial de Código Penal por Manuel López Rey Arroyo. La Paz, 1943, pág. 11. Explicación del Proyecto, pág. LVI.

(32) El Código Penal concordado y comentado por don Joaquín Francisco Pacheco, pág. 87. 5ª Edición, 1881, Madrid, Imprenta Manuel Tello, 1881.

En cambio sí es posible en los delitos de peligro: una persona trata de envenenar un pozo del que se surte de agua un determinado vecindario y es sorprendido antes de que lleve a cabo su propósito.

Por último cabría citar aquellos delitos en que tentativa y consumación se confunden por mandato de la ley: el delito de asociación para delinquir (artículo 332 del Código Penal) y el de traición a la Patria (artículo 342 de la Constitución Política).

Así como aquellos en que los simples actos de preparación se elevan a la categoría de tentativa como en el caso de delitos contra el orden constitucional (artículo 359 del Código Penal).

Punición de la tentativa. Está considerada en los artículos 40 y 41 de nuestro Código; establece el primero que cuando la tentativa no tenga señalada pena especial (caso del artículo 345 del Código Penal) se sancionará con la ordinaria disminuida de uno a dos tercios, habida cuenta del mayor o menor desarrollo de la acción y de las circunstancias modificativas de la responsabilidad. En este caso se sanciona con la rebaja de dos tercios la tentativa que no ha producido resultados y con un tercio solamente la que sí ha afectado a la víctima y que en otros Códigos configura el delito frustrado. O puede variar también la pena de acuerdo con elementos como la buena o mala conducta anterior al hecho.

El artículo 41 establece reglas de aplicación de la pena en materia de reincidencia estableciendo que cuando se trata de delitos de la misma especie en la correspondiente tentativa, se rebajará la pena solo en un tercio y que cuando se trata de más de una reincidencia aunque no sea específica, la tentativa debe estimarse como delito consumado.

Estos artículos no necesitan comentario. Se explican por sí mismos.

La circunstancia de haber recibido hace pocos días el Proyecto de Código Penal de Venezuela, redactado por los insignes penalistas don Luis Jiménez de Asúa y don José Agustín Méndez, nos privan del placer de comentar los aspectos relativos a la tentativa pero lo haremos en otra oportunidad, para completar este trabajo que servirá de guía a nuestros alumnos de la Facultad de Derecho.