

#### CAPITULO PRIMERO

### NATURALEZA JURIDICA DE LA TENTATIVA

En el Derecho penal liberal, cuyo arranque histórico es situado en la Carta Magna de Juan Sin Tierra, se reconoce el dogma de filosofía política, de que sólo la creación específica, singular, de una conducta humana como ilícita, da mérito a la imputación, y que exclusivamente si la ley adosó a lo prohibido u ordenado una pena, para el caso de su violación, se puede privar de tales derechos al individuo.

No es, ciertamente, que la ley reconozca un derecho previo del hombre, que éste exista antes de la norma misma, y con validez universal; la historia lo desmiente con hechos, y ello es bastante. Es que

la conciencia y las necesidades sociales de una época lo reclamaban con validez obligatoria para el Estado y hubo fuerza bastante para imponerlo. Cada grupo social tiene sus exigencias y la norma jurídica puede acogerlas o despreciarlas; pero, lo importante es, que ante tal régimen de derecho estricto, la fórmula que prevé el proceder del hombre contempla el acto consumativo: la acción que produce el resultado prohibido por la ley, pero no aquella acción que obedeciendo a una intención criminal trata de ocasionar el mismo resultado no lográndolo.

Es obvio que la ley, por regla general, castiga la privación de la vida de un hombre por otro, pero no está ahí incluida la acción que no llega al hecho letal, traicionando la intención del que agita. Por lo mismo, tales actos no serían delitos, ni merecerían consecuentemente pena.

Así ha de ser entendido que la tentativa, al no ser contemplada por una regla legal está circundando la figura criminosa, y es necesario que la norma jurídica considere como delito no solamente el acto mismo lesivo del bien o interés tute-

lado, sino al propio tiempo el acto que tiende a esa lesión sin obtenerla.

De lo anterior se desprende: a) La tentativa requiere, dentro del sistema entronizado por el Derecho penal liberal, una norma específica que prevea esa actividad, para poder ser incriminada; b) La norma de la tentativa es accesoria; sólo cobra vida al contacto con la norma principal de la que es un grado menor. Es un título de delito autónomo—tentativa, frustración—, pero jamás tiene vida por sí. No hay pues el delito de tentativa, sino la tentativa de un delito, por ser “el fruto de la combinación de dos normas incriminadoras; una principal y otra secundaria, las cuales dan vida a un nuevo título de delito, el delito tentado”,<sup>1</sup> como resume Bettiol y acepta la doctrina dominante; c) En nuestro régimen jurídico-penal, dados los términos en que se encuentran concebidos los artículos 14 y 16 constitucionales, la tentativa, para ser incriminada, debe recibir previsión legal. No desme-

---

<sup>1</sup> Bettiol *Diritto Penale*. Parte Generale. Palermo, 1945, p. 354. En iguales términos Vannini *Il problema giuridico del tentativo*. Milano, 1943, p. 128; *Lineamenti di Diritto Penale*, Firenze, 1932, p. 144.

rece la consideración de que el legislador eleva verdaderas tentativas a la categoría de delitos *per se*, en cuanto que ahí pierde su carácter accesorio, vinculado, y no es ya tentativa de un delito, sino figura típica.

CAPITULO SEGUNDO

CONSUMACION Y TENTATIVA

Carrara siempre llamó a la tentativa delito imperfecto. Coinciden en la afirmación Florián, Pessina y Ferri.<sup>2</sup>

Si entendemos con Saltelli y Romano Di Falco que la consumación existe cuando por efecto de la actividad del sujeto se han realizado todos los elementos exigidos por el tipo,<sup>3</sup> habremos de concluir

<sup>2</sup> Carrara, *Programa*, B. Aires, 1944, Pte. Gral. Vol. 1, p. 232, Florián, *Pte. Gral. del D. Penal*, Habana, 1929, p. 598; Pessina, *Elementos de D. Penal*, Barcelona, 1936, p. 466; Ferri, *Principios*, Madrid, 1923, p. 504.

<sup>3</sup> Saltelli, Romano Di Falco, *Comento Teorico Pratico del Nuovo Codice Penale*, quinta edic. Torino, 1931, Vol. 1, Parte Prima, p. 355, expresan: hay consumación "cuando por efecto de la actividad criminosa del culpable se ha verificado el

con Cuello Calón,<sup>4</sup> que la tentativa no es un delito imperfecto, en cuanto que todos sus extremos jurídicos han sido satisfechos; que sólo en oposición al delito consumado la tentativa es delito imperfecto, por no haberse lesionado totalmente el bien protegido por el tipo; y como justamente observa Bettioli,<sup>5</sup> "la tentativa tiene su propia objetividad, dada la lesión potencial de un bien jurídico; tiene una estructura suya, propia, dados los actos idóneos dirigidos a ocasionar un resultado lesivo; tiene una sanción específica, más mitigada que la prevista para la consumación".

Ahora bien, el concepto de perfección aplicado a tentativa y consumación, lo podemos entender desde un punto natural y de otro meramente formal o jurídico. Bajo el primero es obvio que la consumación es perfección, por corresponder el acto humano de voluntad con la lesión completa

---

resultado en que el delito consiste . . . o la simple realización de todos los requisitos o extremos hipotizados en el tipo legal abstracto".

<sup>4</sup> Cuello Calón en Comentarios a la obra cit. de Pessina, p. 518.

<sup>5</sup> Bettioli, *op. cit.*, p. 355.

del bien cotemplado en el precepto tipificador, y que tentativa es imperfección, porque falta precisamente el resultado, el más importante de los requisitos del tipo; mas jurídicamente estimado el tema, es consumación y perfección el delito tentado, porque se ha violado la norma prohibitiva, pues substituído el resultado por el peligro, verificase ya la subsunción del hecho histórico en los preceptos que prevén y punen el actuar en el que está ausente el resultado.

Es incuestionable, tal como destaca Antolisei, que el delito tentado adquiere relevancia sólo en mérito del delito al cual se proyecta la acción venida a menos, "desde su *nomen* adviértese su derivación del tipo", pero esto no es óbice para sostener con Paoli que "un hombre sin brazos es imperfecto, pero siempre es un hombre". La contradicción entre tentativa y consumación es más bien aparente, pues en el marco del Derecho tan se consuma el delito tentado como el previsto en la norma principal; se trata de dos momentos diferenciados, y de dos situaciones que el Derecho penal capta para los efectos de la represión.

Sintetizando podemos decir que: a) La existencia jurídica del delito tentado viene de su particular previsión genérica en la ley, y del tipo principal; b) Tiene su propia materialidad, puesto que objetivamente es diverso el resultado —material o simplemente jurídico— del tipo principal, de la objetividad de la tentativa que consiste en la puesta en peligro de aquél bien garantizado por el referido tipo; c) La tentativa es perfecta, y ahí inculpa, cuando satisface los elementos subjetivos y objetivos —a veces normativos— requeridos por su norma general y por la norma que tutela el bien agredido.

### CAPITULO TERCERO

#### FUNDAMENTACION DE LA TENTATIVA

¿Por qué se pune la tentativa? ¿Cuál es la finalidad perseguida al preverse en la norma jurídica?

A estas preguntas la historia ha dado respuestas contradictorias y la doctrina aún permanece sin concordar. Baste recordar que el Derecho de Roma ni la consideró en todas sus épocas, y cuando acudió a la coerción estatal, no lo fué en relación con todos los delitos, sino viviendo precariamente adosada a los delitos considerados como más graves.

a) Un nutrido grupo de eminentes penalistas sigue el criterio trazado antaño por el insigne Carrara y fundamenta la punibilidad de la tentativa