

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

en el peligro corrido que es el peligro de la consumación.

El maestro de Pisa <sup>6</sup> interroga: "¿Puede la ley penal ocuparse de las tentativas? Donde está la razón política de imputarlas a su autor"; y después de expresar que el motivo de la incriminación reside en el daño material que produce, no presentándose éste en la tentativa, aparecería inoportuno hablar de imputación, pero argumenta diciendo que faltando el daño inmediato, éste es substituído por el "riesgo corrido: éste hace las veces del daño y la acción constituye delito, aunque falta fuerza física objetiva y también aunque resulta incompleta su fuerza física subjetiva". Hay pues un exceso de intención, pues materialmente en la tentativa lo

---

<sup>6</sup> Carrara, *Teoría de la Tentativa y la complicidad*. Traduc. de T. Girón, Madrid, 1890, p. 66. Bettiol sigue el mismo criterio al afirmar en *op. cit.*, p. 198: "Si... el peligro es también una lesión potencial, no se ve por qué el legislador no deba tomar en consideración esta situación para construir la noción del delito, para admitir esencialmente que puede haber delito también en la hipótesis en la cual un bien jurídico sea puesto sólo en peligro por la acción del sujeto. Sobre esta comprobación se basa el artículo 56 que pune la tentativa en cuanto acción peligrosa."

producido es menos que lo querido, mientras que en el delito preterintencional el resultado excede la representación fáctica a la que recayó un querer. Ya Carnelutti <sup>7</sup> subraya que la tentativa "representa un caso de discrepancia entre la forma del delito y la voluntad delictuosa, en cuanto que esto que se ha realizado es menos de lo que el sujeto quería realizar"; pudiéndose agregar que la tentativa es un delito preterintencional al revés.

Es un concepto fincado en apreciaciones sociológicas y políticas, pues el maestro agrega: "... el ánimo de los ciudadanos se conmueve en vista de una voluntad injusta que dió comienzo a actos encaminados a conseguir aquel mal propósito e idóneos para realizarlos... La tentativa, que pone en peligro la seguridad, produce un daño político, al cual se pone remedio político con el castigo de aquel a cuyos malos propósitos sólo faltó el favor de la fortuna", insistiendo en que la base material yace en el peligro efectivo, real, corrido, no en el peligro ideal, futuro, imaginario. Estimamos que la postura

---

<sup>7</sup> Carnelutti, *Teoría Generale del reato*. Padova, 1933, p. 190.

de Vannini<sup>8</sup> concuerda fundamentalmente con el criterio acotado, pues el peligro de la consumación, que preside para el claro autor la motivación de la creación de la punibilidad del delito tentado, representa el peligro real, efectivo, corrido, de lesión al bien protegido en la norma principal. Si prescindieramos del peligro de la consumación, el delito tentado sería una figura nebulosa, capricho del legislador, pues sin referencia al objeto de la tutela penal esa acción justiciable, no podría en puridad hablarse de un peligro, de una acción peligrosa.

Se afilian a esta concepción llamada realística Hippel y Mezger, en Alemania.<sup>9</sup> El primero afirma que habrá que examinar en el caso singular la objetiva peligrosidad del hecho, y que, "para evitar la consumación el legislador interviene y pune la

---

8 Vannini, *Il problema...* p. 5. "La tentativa no es un delito de peligro si bien su esencia constitutiva es un hecho de puesta en peligro de un bien penalmente protegido." Impallomeni, *Istituzioni*, I, p. 346, escribe: "Se ha puesto realmente en peligro el derecho contra el cual la acción había estado dirigida."

9 Hippel, *Manuale di Diritto Penale*, Napoli, 1936. Traduc. Vozzi, p. 240; Mezger, *Tratado de D. Penal*, Madrid, 1935, II, pp. 212, 220.

tentativa". El segundo declara: "... habrá siempre que afirmar la existencia de una acción que pone en peligro el bien jurídico, por tanto, de una acción punible de tentativa", y combatiendo el criterio de v. Buri sobre la causalidad, adoptado por el Reichsgericht en uno de sus fallos, resume: "Y con ello muestra la posibilidad y la necesidad práctica del concepto objetivo del peligro que sin razón se niega por la sentencia... La causa de extensión de la pena del párrafo 43 —tentativa— del Código, representa, con arreglo a sus fundamentos legislativos, una extensión de la pena de la realización típica total, al simple peligro de una tal realización, de la lesión del bien jurídico a su puesta en peligro."

Sin embargo, una crítica a nuestro entender de mero carácter verbalista, y que desplaza el tema a diferente ámbito, ha sido formulada por Manzini y acogida por Pannain.

b) Aquel ilustre tratadista italiano,<sup>10</sup> con su natural agresividad, al tratar de "la justificación de

---

10 Manzini, *Trattato*, Torino, 1933, II, p. 364, en que explica: "Aquellos que parten del impropio y unilateral principio del daño inmediato y del daño mediato derivado del

la punibilidad de la tentativa”, y después de acotar el pensamiento de v. Buri, “que ha contribuído mucho a hacer abstrusa y complicada la teoría de la tentativa”, según su expresión, pues la causalidad va no como pretende el autor tudesco del principio de ejecución al delito querido, sino del acto de voluntad al principio de ejecución, arremete contra la tesis dominante reseñada, diciendo que el criterio es unilateral, vago y obscuro; que el inminente peligro actual de violación del derecho protegido

---

delito, justifican la punibilidad de la tentativa con el vago y obscuro criterio del peligro corrido, el cual para ellos 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. Y verdaderamente en el Derecho penal, el hecho individual se encuentra en relación directa no ya con el derecho o con el interés particular protegido por la ley. Por eso, el concepto de tentativa, lo mismo que el de delito consumado, no debe ser puesto en relación con el daño eventual o real, público o privado, sino con la esencia de la norma penal contra la cual la actividad individual se ha dirigido. Y entonces cualquiera comprende que en la tentativa no se tiene un mero peligro de violación, sino una violación propia del precepto contenido en la norma”, proporcionando en seguida ejemplos. Para la exposición completa de la Tesis de Vannini, consultar su obra *Lineamenti di Diritto Penale*, Firenze, 1932, p. 179.

por la norma principal, en que se trata de fundar el motivo de incriminación, carece de sustentación jurídica, puesto que el concepto de la tentativa, al igual que el de la consumación vive en relación con la esencia de la norma penal; que la tentativa no es peligro de violación a la norma, sino verdadera, auténtica, violación a esa norma. En todo caso, afirma, el peligro de la consumación es prelegislativo.

Sin duda que contienen gran parte de verdad los asertos de Manzini, pues la razón de punibilidad de la tentativa es anterior al mandato legislativo; el peligro de la consumación preside el fin de la norma, mas igualmente sin ese estado objetivo de peligro, insistimos, cómo podríase justificar la inclusión de esa actividad en el marco de los hechos punibles. Ahora bien: de la misma manera, quien consuma la tentativa ha violado las dos normas aludidas; no es peligro de violación al Derecho, sino efectiva transgresión de lo prohibido por los preceptos penales, y tan se lesiona el derecho con la consumación como con la tentativa, pero incuestionablemente que la objetividad muestra de modo irrefragable el distingo, pues mientras la consumación ha

satisfecho todos los requisitos del tipo, la tentativa es una disconformidad por razón del efecto querido, que falta.

Sin embargo, la pregunta no es dubitativa, sobre si el que consuma tentativa pone en peligro la norma penal o viola efectivamente ese precepto, pues admitido lo último, se indaga qué motiva la incriminación en el delito tentado. Es más, al destacarse el hecho de que la tentativa es un grado menor del delito se encuentra la referencia a la total violación, y, por ello, es una referencia al peligro de la consumación. Si bien es cierto que frecuentemente la figura accesoria no tiene, al venir como tipo específico, el asidero del peligro corrido, y que muchas figuras tienen vida meramente contingente, circunstancial, artificial, de política protectora de un régimen o una irracional idea, y consecuentemente su tentativa participa de tal carácter aleatorio e ilógico, también lo es que ahí el Derecho impera por la fuerza del Estado y no por una necesidad social. No se trataría de acciones nocivas a la sociedad, como fué captado visionariamente por la Asamblea francesa —artículo 5—, y se perdería

lastimosamente el tiempo en una indagación sobre la *ratio essendi* de la incriminación, aplicando los principios filosófico-jurídicos del liberalismo. Estaremos frente a un hecho, sin respuestas satisfactorias a las exigencias éticas y racionales del hombre pensante, o cuya justificación es propia, exclusiva de un partido, de una clase, de un régimen; que no pretende por ello ser comprendida por los demás, y acentúa su carácter impositivo precisamente al oponerse abiertamente a las convicciones ajenas. Querer un tratamiento jurídico, *tradicional*, de tales casos patológicos del Derecho, es perder de vista la colocación formal y filosófica del problema. Los reproches mutuos serían interminables. Así, el llamado delito de disolución social —artículo 145 del C. Penal Federal—, inspirado sin duda en sanas ideas patrióticas, es de tan anfibológicos contornos, que un Derecho judicial servil sería capaz de convertir en mortal arma contra cualquiera expresión de libertad. Afortunadamente nunca se ha aplicado.

c) Koehler, citado por Pannain, justifica la punibilidad de la tentativa en la alarma social. La pretensión es desorbitada, por cuanto que si la norma

contuviese ese asidero exclusivamente, se llegaría a la punición de cualquier actividad proyectada a un delito, aunque faltara el estado objetivo de peligro, y entonces penetraríamos a los territorios de la causa equivalente, del positivismo penal o del régimen soviético o nacional socialista. La esencia de la tentativa, bajo tal punto de vista, residiría en una apreciación puramente subjetiva del juzgador; el hecho justificable se haría consistir en aquella actividad que normativamente estimada por el juez, hubiera producido intranquilidad en el grupo social. De ahí que la resolución manifestada, el acto preparatorio, la carencia absoluta de objeto y la inidoneidad absoluta de los medios podrían ser contemplados como acciones conformadoras del delito tentado. Un tipo normativo, atado imprecisamente a la conducta humana por obra del que juzga, es una herejía jurídica bajo el signo del liberalismo. Por otra parte, perdería cualquier interés la búsqueda de la diferenciación entre lo punible y lo lícito, en el campo científico, pues todo querer malo que alarmara a la sociedad sería tentativa; y como la apreciación está otorgada a la potestad del juez, se

transporta la imputación al mar insondable del buen o del mal juez.

Una salvedad debe hacerse. La alarma social, la "impresión", a que aludiremos líneas adelante, es uno más de los motivos de la incriminación de ciertas actividades que entran en la figura accesoria, pero ciertamente ella no da por sí la tónica, no es la base única para la estimativa del hecho.

d) Se quiere fundar la punibilidad de la tentativa en el peligro posible, ya sea en referencia a la víctima designada, ya a las cualidades del agente.

Se objeta diciendo que en cuanto a la víctima designada ésta no siempre existe, que no debe olvidarse que ciertos tipos no protegen bienes individuales sino intereses sociales. Y en lo atinente a las cualidades personales del agente, confrontadas con la intención, proporcionan un manco criterio y conducen el tema al positivismo penal. No interesaría ya el peligro de la consumación, sino la intención del peligroso; es decir, llegaríamos a la concepción sintomática del delito, que "se ha injertado con escasa fortuna" en el Derecho penal.