

## Punibilidad del delito de tentativa en el Derecho penal mexicano

### Punibility of the crime of attempting in Mexican Criminal Law

Carlos BARDAVÍO ANTÓN\*

RESUMEN: Tradicionalmente el desvalor de la acción se ha asimilado al concepto de peligrosidad, lo que ha servido a algunos para mantener que los delitos de peligro son en sí tentativas, olvidando, en nuestra opinión, que hay tentativas inidóneas que en sí mismas no son peligrosas para el bien jurídico pero sí punibles. En este trabajo se defiende que el fundamento de punición de la tentativa y su comienzo es idéntico en la tentativa idónea y en la tentativa inidónea. En concreto, se considera punible la tentativa inidónea, inclusive la no peligrosa para el bien jurídico, en el caso de que el quebrantamiento del rol o la ejecución del plan/representación del autor contenga el míni-

---

\* Doctor en Derecho penal por la Universidad de Sevilla (cum laude). Socio Director del despacho Bardavío Abogados. Profesor Asociado de Derecho penal de la Universidad Internacional de la Rioja. Máster en Derecho penal por la Universidad de Sevilla. Diploma en Estudios Avanzados (D.E.A.) por la Universidad de Zaragoza. Experto en psicología jurídica por la Universidad de Columbus Zaragoza. Licenciado en Derecho por la Universidad de Zaragoza. Experto en organizaciones criminales y sectarismo criminal. Asesor jurídico-legal de RedUNE (Asociación para la Prevención del Abuso de Debilidad y Derivas Sectarias) y de RIES (Red Iberoamericana de Estudio de las Sectas). Profesor asociado de la Universidad Internacional de la Rioja (UNIR), abogado, Socio Director de Bardavío Abogados. ORCID: 0000-0003-3759-4167. Contacto: <carlos.bardavio@unir.net.>. Fecha de recepción: 02/02/2021. Fecha de aprobación: 28/05/2021.

mo de racionalidad (Persona) en un concreto ámbito de ejecución (sistema concreto de comunicación), más allá de lo irreal y supersticioso. Amén de ello, el fundamento de la tentativa ya no podrá ser el peligro objetivo. La peligrosidad únicamente incrementará el quantum del quebrantamiento normativo, mientras que su fundamento será la imputación objetiva de la ejecución típica del dolo o la culpa. Así, la tentativa tiene un fundamento más ligado a la imputación objetiva que al concepto de peligro.

**PALABRAS CLAVE:** Desvalor de la acción; desvalor del resultado; peligrosidad; tentativa idónea; tentativa inidónea.

**ABSTRACT:** Traditionally the devalue of the action has been assimilated to the concept of dangerousness, which has served some to maintain that the crimes of danger are themselves tentative, forgetting, in our opinion, that there are ineptitude attempts that in themselves are not dangerous for the legal right but punishable. In this work, it is argued that the basis for the punishment of the attempt and its beginning is identical in the ideal attempt and in the ineptitude attempt. In particular, the punitive ineptitude attempt is considered punishable, including non-dangerous for the legal right, in the event that the breach of the role or execution of the plan / representation of the author contains the minimum of rationality (Person) in a specific area of execution (concrete communication system), beyond the unreal and superstitious. Furthermore, the foundation of the attempt can no longer be the objective danger. The dangerousness will only increase the quantum of the normative breach, while its foundation will be the objective imputation of the typical execution of the intentional or unintentional. Then, the attempt has a foundation more linked to the objective imputation than to the concept of danger.

**KEYWORDS:** Disvalue of the action; Disvalue of the result; Danger; Ideal attempt; Ineptitud attempt.

## I. INTRODUCCIÓN

En su día comentó Welzel<sup>1</sup> que el injusto intentado (*Versuchsunrecht*) se perfecciona con el desvalor de la acción, pero precisamente esto último no es pacífico. Resumidamente: a) la *concepción subjetivo-individual*<sup>2</sup> considera que el injusto se completa con el

<sup>1</sup> *Abreviaturas:* ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales; AP: Actualidad penal; art: artículo; CPC: Cuadernos de Política criminal; CPE: Código penal español; CPFM: Código penal federal de México; CDJ: Cuadernos de Derecho judicial; ed: edición; Edit: editor/es; EDPC: Estudios de Derecho penal y Criminología; Id: idéntico; *Ibidem*: en el mismo lugar; *La Ley*: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía; *op. cit.*: *opus citatum* (obra citada); *p/pp*: página/s; PE: Parte especial; PG: Parte general; PJ: Poder judicial; *pról*: prólogo; REPC: Revista electrónica de ciencia penal y criminología; RDPC: Revista de Derecho penal y criminología; RP: Revista penal; RPJ: Revista del Poder judicial; RJC: Revista jurídica de Catalunya; ss: siguientes; StGB: Strafgesetzbuch; T: Tomo; vol: Volumen.

WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, trad. 11ª ed. alemana por Juan Bustos y Sergio Yáñez, Santiago de Chile, 1976, pp. 74 y 75.

<sup>2</sup> KAUFMANN, Armin, *Dogmática de los delitos de omisión*, trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Murillo (ed.), Marcial Pons, Barcelona, Madrid, 2006, pp. 216 y ss.; STRUENSEE, Eberhard, “Dolo de causar y causalidad putativa”, trad. Serrano González de Murillo, ADPCP, 1990, p. 934 y ss. Con particularidades en Argentina, SANCINETTI, Marcelo A., *Teoría del delito y disvalor de la acción*, Buenos Aires, 1991, pp. 66 y ss. En España, con matices, CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *El Derecho penal español, Parte General*, vol. II, Teoría del delito 2, Dykinson, 2009, pp. 9, 17, 89; ID., “El estado de la discusión en torno al fundamento de la tentativa”, *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, 1999, pp. 285 a 298; desde una concepción motivadora de la norma, GONZÁLEZ MATEOS, José Carlos, “Esencia del injusto penal e injusto de la tentativa”, AP, núm. 28, 9-15, julio, 2001, pp. 621 a 653; ID., “Esencia de la norma penal y antijuricidad de la tentativa”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Band, 18, Universidad Extremadura, Cáceres, 2000, pp. 198 y ss. y 215; GRACIA MARTÍN, Luis, “El “íter criminis”, El Código penal español de 1995”, CDJ, XXVII, ejemplar dedicado a: El sistema de responsabilidad en el nuevo Código penal, José Luis Díez Ripollés (dir.) Escuela Judicial y Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 257 a 279; ID., “Sobre la punibilidad de la llamada tentativa inidónea en el nuevo Código penal español de 1995 (Comentario a la Sentencia

desvalor de la representación del autor; b) la *concepción objetivo-individual*<sup>3</sup> afirma la naturaleza objetiva de la antijuricidad; c) la *concepción dualista*, mayoritaria en España<sup>4</sup> y México como veremos *infra*, integra en el injusto intentado tanto el desvalor de la

---

de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 24 de mayo de 1996)”, *RDPC*, 2ª Época, núm. 3, UNED, Madrid, 1999, pp. 335 y ss; con matizaciones, MIR PUIG, Santiago, *El Derecho penal en el Estado Social y democrático de Derecho*, Ariel, 1992, p. 62.

<sup>3</sup> MEZGER, Edmund, *Tratado de Derecho penal*, I trad. 2ª ed. alemana de 1933, y notas de Derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1935, pp. 308 y ss. En España, COBO DEL ROSAL Manuel /QUINTANAR DÍEZ Manuel, *Instituciones de Derecho penal español, Parte general*, CESEJ, Madrid, 2004, pp. 220.

<sup>4</sup> Desde la *teoría dualista* se defiende que en la tentativa ya hay un resultado, el resultado de peligro o la probabilidad de causación lesiva para el bien jurídico, ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *La tentativa inidónea: fundamento de punición y configuración del injusto*, Comares, Granada, 2000, pp. 350 y ss; BUSTOS RAMÍREZ, Juan, “Castigo o impunidad de la tentativa inidónea: un falso dilema”, *Estudios Jurídicos en Honor al Prof. Octavio Pérez Vitoria*, Santiago Mir Puig, Juan Córdoba Roda, Gonzalo Quintero Olivares (coord.), vol. 1, Barcelona, 1983, pp. 91 y ss; DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *La tentativa en la autoría mediata y actio libera in causa: una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa*, Comares, Granada, 2003, pp. 22 y ss. y pp. 143 y 144; HUERTA TOCILDO, Susana, *Sobre el contenido de la antijuricidad*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 50 y ss; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina, *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, p. 122; MUÑOZ CONDE, Francisco / GARCÍA ARÁN Mercedes, *Derecho Penal, Parte General*, 1996, pp. 347 y 348; MUÑOZ CONDE, F., *Teoría General del delito*, 2ª ed., Valencia, 1989, pp. 86 y 87; NÚÑEZ BARBERO, Ruperto, *El delito imposible*, Salamanca, 1963, pp. 7 y ss., 50 y ss; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, “Acto, resultado y proporcionalidad”, *Libro Homenaje al Profesor Antón Oneca*, Salamanca, 1982, pp. 377 y ss; ID., PG, 2ª ed. 2000, p. 587; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, Teresa, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pról. Diego-Manuel Luzón Peña, Madrid Universidad Complutense, Servicio de Publicaciones, 1994, pp. 37 y 38; SOLA RECHE, Esteban, *La problemática asociada a la llamada “tentativa inidónea” de delito*, La Laguna, 1994, p. 101; SOTO NIETO, Francisco, “Tentativa relativamente inidónea: punibilidad”, *La Ley*, núm. 7, 2000, pp. 1498 a 1499; TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa”, *Presupuestos para la reforma penal*, Tenerife, vv.AA., Centro de Estudios Criminológicos de la Universidad de La Laguna, 1992, pp. 169 y ss. En Alemania, LISZT, Franz von, *Tratado de Derecho Penal*, trad. Jiménez de Asúa, 3ª ed. de la 20ª ed. alemana, Madrid, 1929. En la

acción como el del resultado (paradigma de protección de bienes jurídicos); y d) la *concepción subjetivo-objetiva individual* (teoría de la impresión y teoría de la expresión) considera que la peligrosidad de la acción configura por sí sola la antijuricidad.

## II. FUNDAMENTOS «CLÁSICOS» DE PUNIBILIDAD Y COMIENZO DE LA TENTATIVA

A partir de FEUERBACH tomó protagonismo la *probabilidad objetiva de producción del resultado* desde una perspectiva *ex ante*, aquella en la que todo hombre inteligente con los conocimientos del autor se hubiese representado como probable el resultado, dándose así comienzo a las teorías objetivo-clásicas –antesala de la moderna teoría objetiva<sup>5</sup>– y que sucintamente se pueden clasificar en: a) las objetivo-formales<sup>6</sup> (teoría de la realización parcial del delito o falta del tipo o estrictamente objetiva); b) la concepción de la tentativa basada en el verbo o acción típica; c) y la lateoría objetivo-material-causal. Críticamente cabe afirmar –como bien resalta Polaino Navarrete– que la teoría objetiva «(e)s una emanación del –ya superado– dogma causal»<sup>7</sup>.

---

doctrina italiana, CARRARA, Francesco, *Teoría de la tentativa y complicidad*, trad. Romero Girón, Madrid, 1926, p. 71; PETROCELLI, Biagio, *Il delitto tentato*, Padova, 1955, p. 29.

<sup>5</sup> LISZT, F. v., *Tratado, op. cit.*, III, pp. 17 y ss. En la doctrina italiana, CARRARA, F., *Teoría de la tentativa y complicidad, op. cit.*, pp. 57 y ss; PESSINA, Enrico, *Elementi di diritto penale*, Napoli, 1882, pp. 239 y ss; VANNINI, Ottorino, *Il problema giuridico del tentativo*, Milano, 1950, p. 11. A favor, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO Emilio / HUERTA TOCILDO Susana, *Derecho penal, Parte General*, 2ª ed., Madrid, 1986, p. 445.

<sup>6</sup> Sólo las acciones que son susceptibles de realizar el tipo pueden considerarse tentativa punible, por lo que la realización parcial debe ser impune, LISZT, F. v., *Tratado, op. cit.*, III, p. 129.

<sup>7</sup> POLAINO NAVARRETE, Miguel, “Injusto de la tentativa y vigencia de la norma desde una perspectiva penal funcionalista”, *El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs*, México, Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V., 2007, p. 731.

La lucha dogmática se avivó con las *teorías clásicas subjetivas* (las teorías de la peligrosidad del autor<sup>8</sup> y las teorías de la voluntariedad de contravenir la norma<sup>9</sup>). Coincidimos críticamente con Farré Trepát<sup>10</sup> que todas ellas parecen incapaces de adecuarse a la fórmula «dar principio de ejecución», porque estas teorías ampliaban de forma desmesurada el ámbito de los actos preparatorios.

Welzel, en cambio, con su *teoría individual objetiva* (*Ansatz-formel*), consideraba que la acción humana tiene una finalidad. Así «la tentativa como tal está construida finalmente» y, por lo tanto, el dolo está inmerso en el injusto. El desvalor del resultado desaparecía en la configuración *welzelriana*<sup>11</sup>, pues la tentativa nace con el comienzo de la ejecución del plan delictivo valorado desde la perspectiva del *hombre medio*. Welzel utilizó el concepto de *intensidad de la energía criminal* (integrado en el desvalor de la acción) para fundamentar la punibilidad de la tentativa inidónea, a diferencia de la supersticiosa en la que la voluntad por intensa que fuere no merece punición por falta de capacidad –desvalor de

---

<sup>8</sup> SALDAÑA, Quintiliano, *Adiciones a la traducción del Tratado de Derecho Penal de Von Liszt*, III., 3ª ed., p. 33; SAUER, Wilhelm, *Derecho penal, Parte general*, trad. Juan del Rosal y José Cerezo Mir, Barcelona, 1956, pp. 166 y ss. pp. 172 y 176. Desarrollos posteriores pero sin admitirse en exclusiva, CEREZO MIR, José, “Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa”, Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid, 1964, p. 27; NÚÑEZ BARBERO, R., *El delito imposible*, op. cit., pp. 55 y 171.

<sup>9</sup> Jurisprudencia del Tribunal del Reich, especialmente SS 24 de mayo de 1880, 15 de octubre de 1888. En España, CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal. Parte general*, T. II, V. 2, 18ª ed., Barcelona, 1981, p. 648. En sentido similar la doctrina italiana de época, FERRY, Enrico, *Principios de Derecho penal*, trad. José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, 1933, pp. 490 y ss; *teoría sintomática*, GAROFALO, Raffaele, *Criminología*, trad. Pedro Dorado Montero, Madrid, 1890, pp. 414 y ss. En Francia, GARRAUD, René, *Traité Théorique et pratique de droit pénal français*, 3ª ed. Paris, 1924, p. 31 y pp. 514 y ss; VIDAL, Georges, *Cours de Droit Criminelle*, I, Paris, 1947, VII, núm. 11, Buenos Aires, 2001, pp. 161 y ss.

<sup>10</sup> FARRÉ TREPAT, Elena, *La tentativa de delito, doctrina y jurisprudencia*, Bosch, 1986, pp. 220 y ss.

<sup>11</sup> WELZEL, H., *Derecho penal alemán*, op. cit., p. 224.

la acción– para quebrantar objetivamente al ordenamiento jurídico: falta el merecimiento de la pena.

### III. FUNDAMENTOS ACTUALES DE PUNIBILIDAD Y COMIENZO DE LA TENTATIVA

Actualmente existen diferentes criterios para fundamentar la tentativa: a) el enjuiciamiento de la acción peligrosa, (desde su inicio, durante, en el fin de la acción o con posterioridad al resultado); b) desde la perspectiva de valoración *ex ante* –asumida mayoritariamente por la doctrina penal española<sup>12</sup>–, *ex post*<sup>13</sup> o *ex tunc*<sup>14</sup>.

12

ALCÁZER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea*, op. cit., pp. 173 y 177; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español, Parte General I, Introducción. Teoría jurídica del delito*, 5ª ed., Tecnos, Madrid, 1996, pp. 94 y ss; considera punible la tentativa inidónea absoluta siempre y cuando exista peligrosidad *ex ante* y sea dolosa, ID., “La regulación del “iter criminis” y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal Español”, *RDPC*, 2ª época, núm. 1, 1998, p. 23; FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito, doctrina y jurisprudencia*, op. cit., p. 36; GRACIA MARTÍN, Luis, “Política criminal y dogmática jurídico-penal del proceso de reforma penal en España”, *AP*, 18, 1994, pp. 349 y ss; MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 2ª ed., 1982, pp. 64 y 65; MUÑOZ CONDE F / GARCÍA ARÁN M., *PG*, op. cit., p. 440; SOLA RECHE, E., *La llamada “tentativa inidónea” de delito, Aspectos básicos*, Comares, Granada, 1996, pp. 68 y ss; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, 1992, p. 389.

13

Perspectiva defendida inicialmente por la teoría objetiva de la peligrosidad. Actualmente, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, “Principio de ofensividad. Aplicación del Derecho penal y reforma penal”, *PJ*, núm. 28, 1992, Ejemplar dedicado a: Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, pp. 7 y ss; COBO DEL ROSAL Manuel / VIVES ANTÓN Tomás-Salvador, *Derecho penal, Parte General*, 5ª ed., 1999, pp. 728 y ss; si bien resalta que la conducta debe tener un adecuado potencial de *peligro* –previsibilidad– desde una perspectiva *ex ante*, pero la comprobación del *riesgo* debe realizarse *ex post*, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “Algunas cuestiones sobre autoría, participación, tentativa, peligro e imprudencia, a propósito de “la responsabilidad penal por el producto””, *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Emilio Octavio de Toledo y Ubieta, Manuel Gurdíel Sierra, Emilio Cortés Bechiarelli (coord.) op. cit., 2003, p. 837; ID., “Algunos límites de la tentativa con arreglo al Código Penal”, *RP*, 24, julio 2009, pp. 142 a 150.

14

POLAINO NAVARRETE, M., “Injusto de la tentativa y vigencia”, op. cit., p. 732.

Lo cierto es que gran parte de la doctrina y jurisprudencia en España y México defienden la *teoría del paradigma del bien jurídico*, detractora de la *teoría de la impresión* y de la *teoría de la expresión*. La teoría del paradigma del bien jurídico argumenta que lo penalmente relevante en la tentativa es la peligrosidad concreta de la acción desde una perspectiva *ex ante*, como baremo mínimo de punibilidad, por lo que el desvalor del resultado es necesario en cuanto afecta inmediatamente al bien jurídico protegido. En tanto así, se defiende que en la tentativa ya hay un resultado: el peligro de afección al bien jurídico. *De lege lata* ello determina la atenuación preceptiva de la pena bajo criterios cualitativos de un menor desvalor del resultado y una atenuación facultativa para la inacabada.

#### IV. FUNDAMENTOS DE LA TENTATIVA EN EL DERECHO PENAL MEXICANO

Pues bien, adentrándonos en el Derecho penal mexicano, el art. 12 del CPFM señala que:

Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

Y el art. 52 preceptúa:

El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito, la calidad y condición específica de la

víctima u ofendido y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

I.- La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto;

II.- La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;

III.- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado;

IV.- La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito;

V.- La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a algún pueblo o comunidad indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;

VI.- El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y

VII.- Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma.

Asimismo, el art. 63 CPFM sanciona con penas de hasta dos tercios de la pena del delito consumado la tentativa, teniendo en consideración los artículos 12 y 59 (éste último derogado).

En la doctrina mexicana Vasconcelos advierte que «(s)iguiendo el principio consagrado en el artículo 51<sup>15</sup>, la ley penal deja al juez arbitrio para fijar con sanciones correspondientes al respons-

---

<sup>15</sup> Preceptúa el actual art. 51 CPFM que eliminó el concepto de *temibilidad* del autor: “En los casos de los artículos 61, 63, 64, 64 bis y 65 y cualesquiera otros en que este código disponga penas en proporción a las previstas para el delito intencional consumado, la punibilidad aplicable es, para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda, de los términos mínimo y máximo de la pena prevista para aquél. Cuando se trate de prisión, la pena mínima nunca será menor de tres días”.

able de tentativa punible, atendiendo a las circunstancias *objetivas* de comisión y a las *subjetivas* propias del autor. Ello nos lleva a afirmar que en nuestro código priva, según mandamiento del artículo 12, en su parte final, el más amplio arbitrio para individualizar las penas aplicables a casos de tentativas punibles, condicionándolo a la culpabilidad del autor y al grado a que hubiese llegado éste en la ejecución del delito»<sup>16</sup>. Y añade que «(c)on el nuevo texto del artículo 12, no hay duda que se toma el camino correcto, pues la *resolución* de cometer el delito debe exteriorizarse realizando en *parte* o *totalmente* los actos *ejecutivos* que deberían *producir el resultado*, u omitiendo los que deberían evitarlo, aludiéndose con ello también a los delitos de *comisión por omisión*, así como a la *in consumación* del delito por *causas ajenas* a la voluntad del agente», lo cual sigue refrendando la posición de la doctrina mayoritaria en México, una posición dualista que prima la punibilidad de la tentativa en la peligrosidad para el bien jurídico anquilosada en los criterios de medio y objeto<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> VASCONCELOS, Francisco Pavón, *Manual de Derecho penal mexicano, Parte general*, pról. Mariano Jiménez Huerta, 17ª ed., debidamente corregida y actualizada, Porrúa, México, 2004, p. 609.

<sup>17</sup> ID., *ibidem*, op. cit., p. 610. También en la doctrina mexicana siguiendo una fundamentación de la punibilidad dualista, CALDERÓN MARTÍNEZ, Alfredo T., *Teoría del delito y juicio oral*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Colección Juicios Orales, núm. 23, México, Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2015; desde postulados causalistas pero acertadamente refiriendo que la tentativa es la infracción de la norma penal y fundamenta la impunidad de delito imposible por la inidoneidad del medio o del objeto, CASTELLANOS, Fernando, *Lineamientos elementales de Derecho penal*, 37ª ed., México, Porrúa, 1997, pp. 279 y ss; asumiendo los postulados de Claus ROXIN y el criterio de la peligrosidad para el bien jurídico, pero admite que el criterio subjetivo adopta mayor protagonismo en la tentativa para determinar la punibilidad y el tipo de injusto, DÍAZ-ARANDA, Enrique, *Derecho penal, Parte general, Conceptos, principios y fundamentos del Derecho penal mexicano conforme a la teoría del delito funcionalista social*, 3ª ed., México, Porrúa, 2008; ID., *Lecciones de Derecho penal (Para el nuevo sistema de justicia de México)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Publicación Electrónica, núm. 1, México, UNAM, 2014, pp. 37 a 39;

Cabe criticar brevemente esta posición doctrinal seguida en buena parte tanto en España como en México: a) la peligrosidad inherente<sup>18</sup> así como el grado de ejecución o la proximidad son únicamente elementos que ayudan a la determinación de la pena pero no fundamentan la punibilidad; b) permite una escasa aplicabilidad del desistimiento en los delitos de peligro concreto –y en otros delitos– pues para esta teoría el peligro se ha consumado, lo cual hace negar a sus seguidores la *retroactividad del injusto* o– como dice JAKOBS– la *modificación actual del hecho* (modificación de los riesgos y de la obligación del autor)<sup>19</sup>; c) asimismo, la doc-

---

siguiendo la idoneidad de los medios y rechazando la punibilidad del *delito imposible*, GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *Derecho penal*, McGraw-Hill, Universidad Nacional Autónoma de México, Colección Panorama del Derecho Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1998, pp. 77 y ss; seguía el criterio de la *temibilidad* del autor por el uso de medios idóneos, GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, *Derecho penal mexicano. Los delitos*, 35ª ed., México, Porrúa, 2004, p. 116; también de acuerdo al modelo de Claus ROXIN, JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier, *Elementos de Derecho penal mexicano*, México, Porrúa, 2006; desde una posición finalista y en contra de la punibilidad de la tentativa inidónea al exigir el peligro del bien jurídico, MALO CAMACHO, Gustavo, *Derecho penal mexicano*, 7ª ed., México, Porrúa, 2010, pp. 467 y ss. especialmente p. 478; ID., *ibidem*, op. cit., 2013; siguiendo postulados de Claus ROXIN y Urs KINDHÄUSER, ONTIVEROS ALONSO, Miguel, *Derecho penal. Parte General*, Editorial Ubijus-Inacipe, México, 2017; sigue la doctrina mayoritaria, PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, *Teoría del delito*, 3ª reimp. 1ª ed. 1998, México, IJ-UNAM, 2004, p. 264; siguiendo los postulados de Claus ROXIN y de Francisco MUÑOZ CONDE, VIDAURRI ARÉCHIGA, Manuel, *Derecho penal*, Oxford, México, 2012; ZAFFARONI Eugenio Raúl / TENORIO TAGLE Fernando / ALIAGA Alejandro / SLOKAR Alejandro, *Manual de Derecho penal mexicano, Parte General*, Porrúa, México, 2013.

<sup>18</sup> Haciendo referencia a la peligrosidad exteriorizada del autor, ECHARRI CASI, Fermín Javier, “Tentativa y desistimiento: límites entre punibilidad e impunidad”, *La Ley*, núm. 7, 2002, p. 1.681.

<sup>19</sup> JAKOBS, Günther, *Derecho penal, Parte general, Fundamento y teoría de la imputación*, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 1997, 26/19; JÄGER, Christian, “El elemento volitivo en el desistimiento de la tentativa”, *ADP-CP*, T. 56, 2003, pp. 17 a 44.

trina crítica<sup>20</sup> denuncia también la desproporcionalidad punitiva entre la tentativa y los delitos de peligro concreto.

Más interesante es la propuesta de otros autores<sup>21</sup> que definen el *peligro abstracto* como fundamento, lo que no deja de ser criticable porque no puede identificarse el tipo subjetivo de la tentativa inidónea y el de los delitos de peligro abstracto al no exigirse en estos el dolo<sup>22</sup>. Otros<sup>23</sup> atribuyen el fundamento de punibilidad a lo *estadístico* o a la *prognosis posterior*. No obstante, estas posturas doctrinales también carecen de argumentos en nuestra opinión por dos razones: a) es posible la tentativa en los delitos de peligro abstracto que, aunque en improbables casos, es posible<sup>24</sup>;

---

<sup>20</sup> DEMETRIO CRESPO, E., *La tentativa*, op. cit., p. 51.

<sup>21</sup> En España, BALDÓ LAVILLA, Francesc, *Estado de necesidad y legítima defensa*, Barcelona, 1994, p. 118; BUSTOS RAMÍREZ, J., “Castigo o impunidad de la tentativa inidónea”, op. cit., pp. 91 y ss. y pp. 97 y ss; FUENTES OSORIO, Juan Luis, “Formas de anticipación de la tutela penal”, *RECPC*, núm. 8, 2006, pp. 9 y 10; SERRANO-PIEDRECASAS, José Ramón, “Fundamento de la punición en la tentativa”, *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, 1999, pp. 546 y ss.

<sup>22</sup> ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea*, op. cit., p. 228.

<sup>23</sup> CEREZO MIR, J., “Lo objetivo”, op. cit., pp. 20 y ss; ID., “La regulación del “iter criminis” y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal Español”, *RDPC*, 2ª época, núm. 1, 1998, pp. 21 y ss; ID., “Actos preparatorios y tentativa”, *Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995*, celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996, Adela Asúa Batarrita (coord.), 1998, p. 46; DEMETRIO CRESPO, E., *La tentativa*, op. cit., p. 55; FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa*, op. cit., p. 389; ID., “Consideraciones dogmáticas y de lege ferenda en torno a la punibilidad de la tentativa inidónea”, *Estudios de Derecho Penal y Criminología, Libro Homenaje al Prof. Rodríguez Devesa*, T. I, UNED, Madrid, 1989, pp. 273 y ss; MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte general*, (PG), 10ª ed., 2ª reimp. actualizada y revisada, con la colaboración de Víctor Gómez Martín y Vicente Valiente Iváñez, Reppertor, Barcelona, 2016, 13/81 y ss; MUÑOZ CONDE F / GARCÍA ARÁN M., *PG*, op. cit., p. 484; SOLA RECHE, E., *La llamada*, op. cit., p. 176; SILVA SÁNCHEZ, J-Mª., *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 130 y ss.

<sup>24</sup> En contra gran parte de los defensores del bien jurídico, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIE-TO, E., “Sobre autoría, participación, tentativa, peligro e imprudencia”, *La Ley*, núm. 5, 2003, D-292, p. 2053.

b) existe una desproporción ilegítima del *quantum* de la pena en unos y en otros delitos, por ejemplo, en los delitos de emprendimiento, aunque hay quienes<sup>25</sup> han llegado a reconocerlo.

Quienes<sup>26</sup> defienden un fundamento basado en la peligrosidad para el bien jurídico lógicamente no aceptan la punibilidad de la tentativa inidónea que no sea peligrosa *ex ante*, precisamente porque la asimilan a la absolutamente inidónea. Por otro lado, quienes<sup>27</sup> –como en este trabajo– defendemos la punibilidad de

<sup>25</sup> FUENTES OSORIO, JL., “Formas de anticipación de la tutela penal”, *op. cit.* p. 34.

<sup>26</sup> ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea*, *op. cit.*, pp. 176 y ss. y pp. 466 y ss; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, “Sobre la tentativa inidónea en el Derecho vigente y en el Proyecto de Código penal”, *La Ley*, núm. 2, 1981, p. 971; BLANCO LOZANO, Carlos, *La omisión del deber de socorro en Derecho penal*, Bosch, 2009, p. 292; GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Prólogo a la 2ª ed. del Código penal de Tecnos*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 17 y ss; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel *Curso de Derecho penal, Parte general*, I, 1996, p. 469; MUÑOZ CONDE F / GARCÍA ARÁN M., PG, *op. cit.*, pp. 439 y ss; POLAINO NAVARRETE, *Comentarios al Código penal*, I, art. 16, Manuel Cobo Del Rosal (dir.), 1999, pp. 841 y ss; SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ JA/ PÉREZ PARENTE MªB., “Acerca de la punición de la tentativa inidónea”, *La Ley*, 1998, I, pp. 1802 y 1805; SERRANO-PIEDecasas, JR., “Fundamento de la punición en la tentativa”, *op. cit.*, p. 546; SILVA SÁNCHEZ, J-Mª., *El nuevo Código penal*, *op. cit.*, pp. 133 y ss; SOTO NIETO, F., “Tentativa relativamente inidónea: punibilidad”, *op. cit.*, pp. 1498 y 1499. En Alemania, entre otros, ROXIN se acoge a la falta de merecimiento de pena al no ser peligrosa para el bien jurídico, ROXIN, Claus, “Acerca de la punibilidad de la tentativa inidónea”, *Revista Latinoamericana de Derecho*, núm. 9-10, 2009 pp. 294 y ss.

<sup>27</sup> Afirma acertadamente COLINA RAMÍREZ, pero sin negar la trascendencia de los bienes jurídicos, que la tentativa inidónea “reúne los mínimos requisitos para ser castigada; pues no cabe duda que nos encontramos ante una conducta formalmente antijurídica, tan antijurídica por ejemplo como un asesinato consumado”, COLINA RAMÍREZ, Edgar Iván, “Sobre la teoría general de la antijuricidad”, manuscrito cedido por gentileza del autor (en prensa); GRACIA MARTÍN, L., “Sobre la punibilidad”, *op. cit.*, pp. 348 y ss; MIR PUIG, S., “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo código penal”, *RECPC*, núm. 3, 2001, pp. 13 y ss; Id., *Manuales de formación continuada*, núm. 4, 1999, Ejemplar dedicado a Problemas específicos de la aplicación del Código penal, pp. 13 a 42; propone su tipificación *de lege ferenda*, MUÑOZ LORENTE, José, *La tentativa inidónea y el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia 2003, pp. 135 y ss; PÉREZ DEL VALLE, Carlos, “La individualización de la pena y su revisión”, *Estudios sobre el nuevo Código Penal*, dirigidos por Rosal

la tentativa no peligrosa o inidónea *ex ante* objetivamente para el bien jurídico –sin aceptarse por ello la punibilidad de la irreal, supersticiosa o ciertos casos de absolutamente inidónea– asentamos un fundamento ligado a la imputación de la tipicidad a una persona racional con potencial comunicador.

A nuestro juicio, el fallo de la teoría dualista del bien jurídico proviene de asimilar la tentativa inidónea que no sea objetivamente peligrosa a la tentativa irreal, supersticiosa o absolutamente inidónea, hecho del cual algunos se han servido para defender la impunidad. La pregunta que hay que despejar entonces es la siguiente: ¿es bastante para la punibilidad de la tentativa inidónea el fundamento de la imputación objetiva del dolo típico a un autor racional? Seguidamente trataremos de responder a esta pregunta.

## V. TEORÍAS SUBJETIVO-OBJETIVAS

### A) LA IMPRESIÓN O ALARMA COLECTIVA COMO FUNDAMENTO DE LA TENTATIVA PUNIBLE

En concreto, la *teoría de la impresión*, mayoritaria en Alemania pero minoritaria en México y España, parte de un criterio de punibilidad basado en lo que entienda la sociedad como *relevante*. Podría decirse que parte de un criterio *psicológico-social*, apela a que la voluntad exteriorizada tiene capacidad para quebrantar la seguridad y la confianza que la sociedad tiene en la norma. La problemática de dicho fundamento viene de la determinación de lo que se entienda como relevante *psico-social*. Los predecesores de esta teoría defendieron que tanto el criterio de punibilidad en la inidónea como el comienzo de la tentativa se basaban en la *impresión de peligrosidad* o *impresión de amenaza*, valoradas ambas

---

Blasco, 1997, p. 57; PESSOA, Nelson Ramón, *Delito imposible*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, pp. 50 y ss.

desde la perspectiva del juicio de una persona razonable. Pero paradójicamente esto mismo fundamentaba la impunidad de la tentativa supersticiosa, pues en ésta no se defrauda la confianza al faltar la posibilidad real o potencial de materializarse el resultado. Así, si el medio empleado en la tentativa es inidóneo desde un principio, no existirá inseguridad en la colectividad, pero si se emplea uno idóneo y en el último momento por causas ajenas a la voluntad del sujeto el medio se configura inidóneo, entonces será punible porque la inidoneidad se crea por circunstancias ajenas al autor racional.

En concreto, Papageorgious<sup>28</sup> innova con un criterio diferente al del *hombre medio*: utiliza el concepto *gente sensata*, es decir, lo que considera la sociedad como normal organización. Según este criterio habrá que analizar si la conducta tiene un potencial quebrantador de la vigencia normativa, si comunicativamente se siente como una amenaza por la sociedad y, para ello, ha de utilizarse, ahora sí –comenta Papageorgious– el criterio del *hombre* con conocimientos *medios* sobre lo *nomológico* y lo *ontológico*<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> PAPAGEORGIOUS-GONATAS, Stylianos, *Wo liegt die Grenze Zwischen Vorbereitungs-handlungen und Versuch? Zugleich eine theoretische Auseinandersetzung mit dem Strafgrund des Versuchs*, München, 1988, pp. 210 y ss.

<sup>29</sup> De esta teoría provienen diversas variantes, en especial, la teoría sobre el *error ontológico* y *nomológico* (GRACIA MARTÍN, L., “Política criminal”, *op. cit.*, pp. 348 y ss; STRUENSEE, E., “Dolo de causar y causalidad putativa”, *op. cit.*, pp. 934 y ss.) que defiende la trascendencia que supone para la objetivación la diferencia entre el error sobre la causalidad de las leyes naturales (error ontológico) y la propia existencia de las leyes causales-naturales (error nomológico). Así, el primer error desde este postulado, es punible al representarse el autor la comisión delictiva a través de leyes causales existentes, pues si estas leyes se hubieran desarrollado naturalmente el resultado se habría producido; mientras que en el error nomológico el autor yerra sobre la propia existencia de estas leyes, lo que significa la nula peligrosidad y por ende su impunidad. No obstante, críticamente se considera que en ocasiones será imposible discernir si estamos ante uno u otro tipo de error, ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea*, *op. cit.*, pp. 92 y ss; CUELLO CONTRERAS, J., *PG*, *op. cit.*, p. 63; MUÑOZ LORENTE, J., *La tentativa inidónea*, *op. cit.*, pp. 50 y ss; SILVA SÁNCHEZ, J-Mª, *El nuevo Código penal*, *op. cit.*, p. 127; SOLA RECHE, E., *La problemática*, *op. cit.*, p. 364.

Ahora bien, recientemente la *teoría de la impresión* exige además un verdadero *merecimiento de la pena* (perturbación en la confianza normativa de la sociedad). En tal sentido cabe resaltar al respecto que el StGB en los § 22 y 23 parece refrendar esta teoría, ya que si bien se criminaliza generalmente la tentativa inidónea, se acepta la posibilidad de la atenuación o la eliminación de la pena (§ 23.3º) en casos de imposibilidad de consumación por *falta burda de entendimiento* del autor (en la tentativa supersticiosa e irreal) por no suponer ejecución alguna, aunque cabe añadir que hay quien admite la punibilidad de la supersticiosa.

Críticamente, cabe reprochar a esta teoría –como bien denunciaban la doctrina española, mexicana y parte de la alemana<sup>30</sup>– que falta la argumentación sobre la concreción objetiva de lo que es relevante o perturbable en la sociedad, además permite un adelantamiento punitivo que vulnera el principio de *ultima ratio*.

---

<sup>30</sup> ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea*, op. cit., p. 343; BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa*, op. cit., pp. 117 y ss; COLINA RAMÍREZ comenta que “la conducta del sujeto no expresa sólo un enfrentamiento subjetivo si no tiene cierta repercusión social, y esa repercusión social tiene que ser suficiente para la prohibición penal, ese es el punto de discusión”, para esto habrá que ver qué conductas son merecedoras de pena, COLINA RAMÍREZ, EL., “Sobre la teoría general de la antijuricidad”, op. cit; DEMETRIO CRESPO, E., *La tentativa*, op. cit., pp. 77 y ss; ID., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, pról. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y Hans Joachim Hirsch, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999, pp. 126 y ss. y 159 y ss; FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa*, op. cit., p. 330; ID., “Consideraciones”, op. cit; MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa, *Tentativa de delito y delito irreal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 333; MUÑOZ LORENTE, J., *La tentativa inidónea*, op. cit., p. 198; SILVA SÁNCHEZ, J-Mª., *El nuevo Código penal*, op. cit., pp. 131 y 132; SOLA RECHE, E., *La llamada*, op. cit., p. 106; TAMARIT SUMALLA, Josep María, “La tentativa con dolo eventual”, *ADPCP*, T. 45, 1992, p. 532. En Alemania, JAKOBS, G., *PG*, op. cit., 25/21.

## B) LA TENTATIVA COMO EXPRESIÓN DE SENTIDO CONTRA LA NORMA. TEORÍA FUNCIONALISTA

Jakobs, con sólidos fundamentos filosóficos y sociológicos<sup>31</sup>, ha conseguido relegar a un plano secundario tanto al *paradigma de la protección de bienes jurídicos* como a la *teoría de la motivación de la norma*<sup>32</sup>. Lo que trata de proteger el Derecho penal no es todo ataque al bien sino su valor en sí mismo, su valor normativo, lo cognoscible sobre éste para orientar la conducta de las personas de forma general. Esta doctrina<sup>33</sup> se adelanta a la protección de

<sup>31</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich, *Principios de la filosofía del derecho o Derecho natural y ciencia política*, Edhasa, Barcelona, 1999; LUHMANN, Niklas, *Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general*, trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erke, bajo la coordinación de Javier Torres Nafarrate, 2ª ed., Anthropos, 1998, p. 72; ID., *El Derecho de la sociedad*, trad. Javier Torres Nafarrate, 2ª ed., Herder, Universidad Iberoamericana, Biblioteca Francisco Xavier Clavigero, México, 2005; ID., *La sociedad de la sociedad*, trad. Javier Torres Nafarrate, Herder, México, 2007.

<sup>32</sup> ROXIN, C., *Derecho penal, Parte general*, T. I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. y notas Luzón Peña / Díaz y García Conlledo / De Vicente Remesal, de la 2ª ed. alemana, Civitas, 1997, pp. 813 y ss; ID., “Qué queda de la culpabilidad en Derecho penal”, trad. Jesús-María Silva Sánchez, *CPC*, 30, 1986, pp. 688 y ss; GARCÍA ARÁN, M., “Culpabilidad, legitimación y proceso”, *ADPCP*, 1988, p. 86; GIMBERNAT ORDEIG, E., “El sistema del Derecho penal en la actualidad”, GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, 1990, p. 174 y ss; GONZÁLEZ MATEOS, JC., “Esencia de la norma penal y antijuricidad de la tentativa”, *op. cit.*, pp. 194 y ss; MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal: concepto y método*, Bosch, 2ª ed. reimp., 2003, 1ª ed. 1976, Montevideo, pp. 56 y ss; MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, 1979, pp. 50 y ss.

<sup>33</sup> LESCH, Heiko Hartmut, *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, P. Lang, Frankfurt am Main, New York, 1992; MÜSSIG, Bernd, “Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría crítica del bien jurídico hacia el sistema”, *CDJP*, 2001, II, pp. 229 y ss; MYLONOPOULOS, Christos, *Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgswert im Strafrecht. Eine Studie zur Entwicklung der personale Unrechtslehren*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1981, pp. 84 y ss; NIEPOTH, Burkhard, *Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt*, Frankfurt a. M., 1994, pp. 113 y ss; VEHLING, Karl-Heinz, “Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch”, *Schriften zum Strafrecht und Strafprozeßrecht*, 4, Peter Lang, Frankfurt

bienes jurídicos pero sin llegar a negarlos. Piénsese al respecto que los delitos de peligro concreto, diversas acciones típicas (promoción, facilitación y favorecimiento), los delitos de mera actividad, de omisión pura y de emprendimiento son buenos ejemplos de esa *función preventiva*, pues la tentativa es ya un quebrantamiento normativo.

De tal suerte resulta secundario el fin de protección de bienes jurídicos pero a su vez también mediato<sup>34</sup> al fin de la prevención general positiva, pues a través de la *comunicación* de la vigencia de la norma se orienta y se ilustra sobre los deberes normativos y comportamientos que pueden realizar las *personas*, para que –en tanto sujetos racionales a los que se les reconoce derechos y de-

---

am Main, Bern, New York, Paris, 1991; ZACZYK, Rainer, *Das Unrecht der Versuchten Tat*, Duncker & Humblot GmbH, Berlin, 1989. En España, BARDAVÍO ANTÓN, Carlos, *Las sectas en Derecho penal: Estudio dogmático de los delitos sectarios*, Bosch, Barcelona, 2018, pp. 320 y ss. y pp. 590 y ss; POLAINO-ORTS, M., *Derecho penal del enemigo. Desmitificación del concepto*, pról. Günther Jakobs, Revisado por Miguel Polaino Navarrete, Grijley, Lima, 2006, pp. 27 y ss; ID., *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 47 y ss., y 305 y ss. y pp. 319 y ss; ID., *Lo verdadero y lo falso del Derecho penal del enemigo*, Grijley, Lima, 2009; aunque a favor de la compatibilidad de ambas tutelas, POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho Penal, Parte General*, T. II, *Teoría jurídica del delito*, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 546 y ss; ID., *Derecho Penal, Parte General*, I, 5ª ed., colaboración de Miguel Polaino-Orts, Bosch, 2004, pp. 151 y 152; ID., “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, *RPJ*, núm. 72, 2003, pp. 59 a 88 (también en Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004); ID., “Injusto de la tentativa y vigencia”, *op. cit.*, p. 711; REY SAFINZ, LC., *Tentativa jurídico-penal: acercamiento al tratamiento doctrinal del fundamento de los criterios de imputación entre naturalismo y normativismo*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 100 y ss; REYES ALVARADO, Yesid, *El delito de tentativa*, B de F, 2016, pp. 130 y ss. y pp. 202 y ss; SANTA RITA TAMÉS, Gilberto, *El delito de organización terrorista: un modelo de Derecho penal del enemigo. Análisis desde la perspectiva de la imputación objetiva*, pról. Miguel Polaino-Orts, Bosch, 2015.

<sup>34</sup> JAKOBS, G., “¿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”, trad. Manuel Cancio Meliá, JAKOBS, G., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo José Feijoo Sánchez, 1ª ed., Thomson Civitas, 2003, pp. 59 y 60.

beres– reconozcan la norma penal adecuando su conducta a la norma (aunque algunos<sup>35</sup> también acertadamente compatibilizan ambas tutelas). El delito no siempre pone realmente en peligro al bien jurídico espiritualmente entendido, pero sí debilita siempre la idea de vigencia normativa<sup>36</sup>. Entonces, en los postulados funcionalistas no es el acto negativamente valorado de matar lo que se prohíbe primordialmente (esto es un imposible), sino la comunicación del *sentido injusto del acto* y su *motivo exteriorizado*. Por lo tanto, la *racionalidad* del Derecho penal como *fin*<sup>37</sup> *en sí mismo* y *para sí mismo* es comunicar deberes orientativos a la *persona racional (autónoma)*.

Por el contrario, la pena desde estos postulados supone la comunicación del restablecimiento de la vigencia de la norma. JAKOBS argumenta que el delito no es el quebrantamiento del bien jurídico sino la defraudación de la expectativa normativa (*Enttäuschung der normativen Erwartung*), la lesión de deber. No es el hecho material lo que comunica la negación de la norma sino lo *simbólico*<sup>38</sup> del acto (*intercomunicación*). Por eso la teoría fun-

<sup>35</sup> En España, ALCÁZER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea*, op. cit., p. 331; COLINA RAMÍREZ sigue el planteamiento de SILVA SÁNCHEZ (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Normas y acciones en Derecho penal*, Hamurabi, Buenos Aires, 2003) sobre la *norma como directiva de conducta*, COLINA RAMÍREZ, EL., “Sobre la teoría general de la antijuricidad”, op. cit; GARCÍA AMADO, José Antonio, “¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”, DOXA, núm. 23, p. 242; POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho Penal, Parte General*, T. II, *Teoría jurídica del delito*, op. cit, pp. 546 y ss; ID., *Derecho Penal, Parte General*, I, op. cit; pp. 151 y 152; ID., “El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado”, op. cit pp. 59 a 88; ID., “Injusto de la tentativa y vigencia”, op. cit., p. 711.

<sup>36</sup> NIEPOTH, B., *Der untaugliche*, op. cit., p. 121; POLAINO-ORTS, M., *Derecho penal del enemigo. Fundamentos*, op. cit., p. 353.

<sup>37</sup> JAKOBS, G., “¿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”, op. cit., pp. 50 y 51; ZACZYK, R., *Das Unrecht*, op. cit., pp. 119 y ss. y p. 251.

<sup>38</sup> Al respecto, LESCH, HH., *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, op. cit., p. 256; VEHLING, K-H., “Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch”, op. cit., p. 130.

cionalista entiende la norma como *subsistema funcional* del ordenamiento y de la Sociedad para asegurar las expectativas normativas de los ciudadanos.

Amén de ello, la tentativa es ya en sí un *quebranto normativo o infracción*<sup>39</sup>, un desvalor del resultado causado por una expresión negativamente relevante del desvalor de la acción. De aquí subyace que el desvalor en la tentativa y el desvalor en lo consumado sea el mismo, únicamente se añade en este último un *plus cuantitativo*, el *resultado mayor de quebrantamiento normativo*. En lógica, el desvalor del resultado en la inidónea es también el quebranto de la vigencia normativa, y de aquí que el resultado fundamente la *graduación de la pena*: el resultado material sólo se aprecia en el injusto consumado<sup>40</sup>.

Por el contrario, la *crítica*<sup>41</sup> al funcionalismo considera que el desvalor de la acción y del resultado se difuminan en el quebrantamiento de la vigencia de la norma.

Dicho todo lo anterior, es hora de plantearse precisamente una cuestión: ¿qué dota de sentido o relevancia penal a la tentativa? En nuestra opinión, lo que configura el desvalor de la acción es la vulneración de un ámbito de organización asumido por los sujetos o atribuido según su *rol común o especial*<sup>42</sup>: el rol establece

---

<sup>39</sup> Sobre ello, JAKOBS, G., PG, *op. cit.*, 25/15; LESCH, HH., *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, *op. cit.*, pp. 257 y ss; POLAINO-ORTS, M., “Imputación objetiva: esencia y significado”, KINDHÄUSER Urs / POLAINO-ORTS Miguel / CORCINO BARRUETA Fernando, *Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho Penal*, Grijley, Lima, 2009, *op. cit.*, pp. 43 a 50; VEHLING, K-H., “Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch”, *op. cit.*, p. 87.

<sup>40</sup> LESCH, HH., *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, *op. cit.*, pp. 202, 204 y 257 y 258.

<sup>41</sup> ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea*, *op. cit.*, pp. 314 y ss. y pp. 324 y ss.

<sup>42</sup> Ampliamente, JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho penal*, estudio preliminar Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, trad. Manuel Cancio Meliá, Civitas, 1996, pp. 145 y ss; Id., “La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales “riesgo permitido”, “prohibición de regreso” y “principio de confianza””, trad. Enrique Peñaranda Ramos, JAKOBS, G., *Estudios de Derecho penal*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1997, pp. 209 y ss; CARO JOHN, José Antonio, *La imputación objetiva en la participación delictiva*, reedición 2009, Grijley,

reglas y niveles de actuación u omisión en el riesgo permitido. Por ende, el *quantum* de la defraudación del riesgo permitido (libertad) del que cuenta la esfera de competencia del rol producirá el mayor o menor desvalor<sup>43</sup>. No obstante, esto último (el quebrantamiento del rol) no es suficiente para imputar la tentativa, faltará conocer el título de imputación (dolo, o imprudencia en delitos, por ejemplo, de peligro, o al menos descartar el caso fortuito). De aquí que la *representación del autor*<sup>44</sup> puede ser comunicativamente relevante cuando se expresa racionalmente organizada, más allá de la *tentativa supersticiosa o burdamente insensata*.

Esto es razón bastante para concluir que la *ejecución típica* del comportamiento racional-comunicante fundamenta la punibilidad y la irrelevancia de la comunicación<sup>45</sup> la excluye, más allá de los pensamientos o deseos, lo que fundamenta, además, que el concepto de peligro inminente o potencial<sup>46</sup> es únicamente descriptivo pero significativo para la determinación de la pena. Para la determinación de la imputación del comienzo de la tentativa, JAKOBS establece unas *directrices*<sup>47</sup> (*una fórmula general no es válida*) centradas en que lo *relevante* es que en la representación del

---

Lima, 2003; PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *Rol Social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal*, pról. Jesús-María Silva Sánchez, Bosch, Barcelona, 2005; POLAINO-ORTS, M., *Derecho penal del enemigo. Fundamentos*, op. cit.; ID., *Lo verdadero y lo falso del Derecho penal del enemigo*, op. cit.; ID., "Imputación objetiva", op. cit., pp. 27 y ss.

<sup>43</sup> VEHLING, K.-H., "Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch", op. cit., pp. 124 y ss. y p. 147.

<sup>44</sup> JAKOBS, G., "Representación del autor e imputación objetiva", trad. Carlos J. Suárez González, JAKOBS, G., *Estudios de Derecho penal*, op. cit., p. 239, nota 32; ID., *PG*, op. cit., 25/30; VEHLING, K.-H., "Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch", op. cit., p. 124.

<sup>45</sup> JAKOBS, G., *PG*, op. cit., 25/22; ID., "La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal", trad. Manuel Cancio Meliá del manuscrito *Die Idee der Normativierung in der Strafrechtsdogmatik*, JAKOBS, G., *Sobre la normativización de dogmática jurídico-penal*, op. cit., pp. 34 y 35.

<sup>46</sup> JAKOBS, G., *PG*, op. cit., 25/56 y 25/57.

<sup>47</sup> ID., *ibidem*, op. cit., 25/64 a 25/70.

autor exista una racional idoneidad<sup>48</sup> del ámbito de organización *objetivamente* configurado, pero a su vez, subjetivamente intercomunicado (*plan/representación*). A continuación, desarrollaremos esta idea.

## VI. CONSIDERACIONES PROPIAS

### A) INTRODUCCIÓN

La Sociedad como Sistema de los demás subsistemas (Política, Derecho, etc.) fundamenta la configuración (normativa), su vigencia. La Sociedad está formada por las comunicaciones de las personas, no estrictamente por los pensamientos de las personas. Por eso, lo imaginario, aunque pueda constituir un plan con fin delictivo, es irreal o supersticioso porque no supera la mínima racionalidad de la comunicación en un determinado sistema de comunicación, en este caso, el Derecho penal. La *mínima racionalidad exigible* para la comunicación se gradúa por el espacio-tiempo social de cada sistema y en el Sistema de la Sociedad y, en consecuencia, gradúa lo normativo y su imputación a alguien. La Sociedad es un sistema propio, *autorreferencial* y *autopoiético*<sup>49</sup> que se individualiza y se autonormativa en cada espacio-tiempo y sistema, esto es, diferenciándose de sus *entornos*, y esto mismo ocurre en cada ámbito concreto entre víctima y autor, en el que hay que *diferenciar el sentido de la comunicación*: las competencias, los

---

<sup>48</sup> ZACZYK, R., *Das Unrecht*, op. cit., p. 252; JAKOBS, G., *La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva*, Cuadernos de conferencias y artículos, núm. 15, Universidad Externado de Colombia, 1ª ed., Bogotá, 1996, p. 9; ID., *PG*, op. cit., 25/36; ID., “Representación del autor”, op. cit., pp. 223 y ss; ID., “Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico”, trad. Enrique Peñaranda Ramos, JAKOBS, G., *Estudios de Derecho penal*, op. cit., pp. 293 y ss.

<sup>49</sup> LUHMANN, N., *Sistemas Sociales*, op. cit., pp. 54 y ss. y p. 56.

roles, el quebrantamiento normativo, la confianza y el *sentido de la comunicación*, esto es, diferenciar si entra o no en el ámbito del subsistema del Derecho penal y en qué medida.

De este modo es entendible que el problema tradicional sobre la punibilidad de la tentativa viene a causa de que el concepto de *hombre medio* deja fuera de la criminalización algunos comportamientos que contienen un mínimo de racionalidad comunicante (organización racional/persona).

#### B) SOBRE EL FUNDAMENTO DE PUNIBILIDAD EN LA TENTATIVA IDÓNEA Y SU COMIENZO

Decíamos *supra* que Jakobs<sup>50</sup> considera que no pueden formularse reglas fijas para apreciar el inicio de la tentativa sino únicamente *directrices*. Esta afirmación desvirtúa el tradicional concepto normativo de peligro. En concreto Jakobs expone las siguientes directrices para apreciar el inicio de la tentativa:

- a) Que *la acción se aproxime a la consumación según la representación del autor*. De este modo, el concepto de *inmediatez* ha de ser entendido mediante la objetivación del criterio subjetivo del plan/representación del autor, y esto sólo puede efectuarse analizando el ámbito de organización concreto, el rol y su competencia.
- b) Que *la acción sea ya la propia acción de ejecución*. JAKOBS afirma que no es tentativa –generalmente– dirigirse al lugar del delito. Habrá que analizar la configuración social de dicha acción para discernir entre un acto preparatorio o una tentativa.
- c) La *proximidad temporal sin interrupción*. Una alta diferencia temporal entre acción y resultado no impide el inicio de tentativa, pues, como explicaremos, quien intenta puede haber planeado que la consumación se materialice días después.
- d) La *propia consideración de la representación del autor* en ámbitos de organización en los que la víctima organiza sus derechos

---

50

JAKOBS, G., PG, *op. cit.*, 25/64 a 25/70.

de modo socialmente usual. *Sensu contrario*, si la conducta de la víctima es inusual, habrá concurrencia de culpas o *auto-puesta* en peligro.

De lo dicho se extrae que el inicio de la tentativa deviene del quebrantamiento de la competencia del rol y no de la acción finalista<sup>51</sup>. La acción en sí no aporta nada si no se analiza la competencia del rol, pues, por ejemplo, portar un arma nada significa si lo hace un agente de policía dentro de sus funciones, no así cuando la porta un ciudadano en la puerta de una gasolinera en plena noche, sin dinero y hace el amago de entrar. También se extrae que no es esencial la temporalidad o la inminencia de afección al bien jurídico para entender ejecutada la tentativa. Esto nos lleva nuevamente a negar los tradicionales conceptos de peligrosidad, objeto, medio o sujeto inidóneos, en sustitución de otro que ya hemos perfilado: *la capacidad del autor de dominar la causalidad mediante una racionalidad mínima*. Por consiguiente, la tentativa se inicia penalmente (relevantemente) cuando el autor, según la representación *lógico-racional* del delito concebido, aúna los medios preparatorios en tal sentido que contengan una unidad valorativa relevante para la producción de las consecuencias queridas con la ejecución, más allá de una valoración sumatoria de los mismos, es decir, habrá inicio relevante cuando se terminen de ejecutar los actos preparatorios y se aúnen de tal manera que alcancen un *plus de sentido criminal*<sup>52</sup> gracias al quebrantamiento del rol en su concreto ámbito de la organización<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> En contra, CUELLO CONTRERAS, J., *PG, op. cit.*, pp. 6 y 7.

<sup>52</sup> En este sentido, CUELLO CONTRERAS, J., “Sobre el tipo de tentativa”, *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, p. 260.

<sup>53</sup> En un sentido similar se pronuncia muy acertadamente CUELLO CONTRERAS. Considera que la tentativa comienza “cuando conforme al plan del autor, se ha creado ya la situación óptima en la que, sin solución de continuidad, puede realizar su propósito, es decir, ejecutar al menos un acto que sin duda representa el comienzo de ejecución del tipo”, CUELLO CONTRERAS, J., *PG, op. cit.*, p. 89.

Entonces, en nuestra opinión, el fundamento de la punibilidad de la tentativa ya no es la peligrosidad<sup>54</sup> ni la idoneidad, sino su *imputación*. Ni en la tentativa idónea ni en la inidónea el fundamento de punibilidad se refiere al peligro de lesión, pues sólo describe un contexto criminal que, si bien puede aumentar la penalidad, no es esencial para fundamentar la punibilidad. Sólo la *defraudación de las expectativas que supone la ejecución mediante un plan mínimamente racional puede suponer una organización relevante para la punibilidad*.

La imputación objetiva –imputación del sentido de la acción– de un delito intentado desde los postulados funcionalistas se basa en las expectativas creadas por un sujeto conforme al rol social en su concreto ámbito de organización. Esto precisamente sirve para conocer su comienzo y su punibilidad, lo que posibilita desterrar el tradicional concepto de peligrosidad mediante dos postulados:

1º.- el quebrantamiento del rol mediante una racionalidad mínima (dolo) o, por inaplicación de la racionalidad mínima exigible al sujeto (imprudencia), genera por sí mismo un desvalor de la acción y un quebrantamiento en la seguridad cognitiva que los ciudadanos tienen en la idea de que la norma es vigente, sin que se precise que se haya puesto en peligro al bien jurídico;

2º.- en los casos en los que el sujeto actúa conforme a su rol, es decir, sin defraudar la expectativa generada en la sociedad<sup>55</sup>, el

---

<sup>54</sup> Por eso dice JAKOBS que “(e)l peligro, como concepto cuantificable, es inidóneo, pues entre preparación y tentativa se pueden distinguir a lo sumo grados de peligro, pero no... cualitativamente distintos”, JAKOBS, G., *PG, op. cit.*, 25/15. Así también parte de la doctrina, CUELLO CONTRERAS, J., *PG, op. cit.*, pp. 11 y 12; GONZÁLEZ MATEOS, JC., “Esencia de la norma penal y antijuricidad de la tentativa”, *op. cit.*, p. 205.

<sup>55</sup> VEHLING, K-H., “Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch”, *op. cit.*, pp. 124 y ss. Con otros ejemplos VEHLING expone esta idea. Considera que no hay tentativa alguna en el llamado *caso de las bolsas de pimienta* pues la acción de quien intenta robar con éstas y antes de echarlas es atrapado, no revela por sí misma la realización típica perseguida, no revela ejecución: está socialmente permitido por la generalidad portar bolsas de pimienta. En nuestra opinión, este caso únicamente puede ser entendido como un acto preparatorio y ejemplifica precisamente lo

peligro no podrá ser imputado porque forma parte de su libertad como rol (esfera de competencia del rol). Con un ejemplo: quien intenta pagar una deuda exigible a sabiendas de que el acreedor la va a utilizar para financiar a una organización terrorista no le es imputable nada, pues si bien esto entraña un peligro *causal*, este no es imputable penalmente al sujeto, que es lo mismo que decir que no hay dolo típico o que es un riesgo permitido (*prohibición de regreso*).

### C) EL FUNDAMENTO DE PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA INIDÓNEA: LA RACIONALIDAD MÍNIMA EN UN CONCRETO SISTEMA DE COMUNICACIÓN

Varias conclusiones se extraen de lo anterior. Desde una interpretación *intercomunicativa*, en la que toda persona mínimamente racional habría considerado factible el resultado desde una perspectiva *ex ante*, el objetivismo puro desaparece para reafirmar que el peligro no desempeña un papel *esencial*, sino secundario. Lo relevante es si realmente el actuar ha quebrantado racionalmente la norma, si se ha quebrantado el rol de forma racional, si se ha traspasado los actos preparatorios, en definitiva, si se le puede *imputar ese comienzo a una persona racional*, ya sea a título *doloso* (punible) o *imprudente* (no punible, salvo en delitos, por ejemplo, de peligro/consumación anticipada), y para esto es preciso conocer el *sentido de la comunicación* en un concreto ámbito: *sistema de comunicación*.

---

dicho *supra*: si bien los actos preparatorios están acabados no se han utilizado y, por ende, no se ha iniciado una ejecución propiamente dicha, como sería el caso de intentar lanzarlas a los ojos del dependiente. Mientras que quien se presenta en una gasolinera a altas horas de la madrugada portando armas inicia ya una ejecución, pues no es socialmente adecuado portar armas cuando se quiere entrar en un establecimiento de este tipo. En este caso, si bien no se ha empleado aún el arma, el sentido ejecutivo ha comenzado desde el momento en el que el sujeto se ha colocado en la puerta, Id., *ibidem*, op. cit., p. 147.

Lo paradójico es que se criminalizan hoy día conductas que suponen un *peligro concreto*, lo que tiene un gran paralelismo con la tentativa idónea, pero también otros casos suponen únicamente un *peligro abstracto*, esto es, acciones con un escaso o nulo peligro. Los delitos de peligro abstracto son un buen ejemplo de la lucha penal (*Derecho penal del enemigo*) y de la *función orientadora-preventiva* de la norma y, sin embargo, algún sector que admite la punibilidad de los delitos de peligro abstracto niega –creemos que sin fundamento– la punibilidad de la inidónea. De este modo, si abogamos por la punibilidad de los delitos de peligro abstracto es lógico hacerlo también en la tentativa inidónea por una sencilla razón: *exigir una probabilidad del resultado es abogar por dejar impunes a ciertos autores que han demostrado un comportamiento sencillamente racional o que han aplicado una mínima racionalidad*. Por ende, el fundamento de punibilidad no puede ser el peligro objetivo. El factor delimitador ya no puede ser el peligro en sí mismo sino la ejecución del *dolo típico* mediante un plan mínimamente racional y su imputación objetiva, mientras que en los delitos imprudentes (*de lege ferenda* graves) o, por ejemplo, en los delitos de peligro, a la inversa, el fundamento de punibilidad sería la ejecución realizada mediante la inaplicación de la exigible racionalidad mínima. Con varios ejemplos:

a) *Sobre la irrelevancia del resultado de peligro en la tentativa idónea*. Por ejemplo, A dispara a B y el arma que utiliza tiene un defecto de fábrica que produce una gran desviación en el tiro, tanto que la bala pasa a muchos metros de B. En este ejemplo como en el famoso caso *Thyrén* –en el que el arma no tiene capacidad objetiva para alcanzar el blanco–, está claro que no hay un resultado de peligro ya que no se pone efectivamente en peligro al bien jurídico, por eso mismo –en contra de lo dicho por la teoría dualista– el resultado de peligro no puede ser el fundamento de punibilidad<sup>56</sup>.

56

En este sentido, GRACIA MARTÍN, L., “Sobre la punibilidad”, *op. cit.*, p. 344.

b) *Nula semejanza estructural entre la tentativa inidónea y los delitos de peligro abstracto*. Respecto al ejemplo anterior lo que habrá que decidir es si la acción es punible o no. Si dejáramos que A volviese a intentar el disparo es probable que en el segundo también fallase, pero a buen seguro que tras muchas repeticiones alguno de ellos encontrase el blanco. Si se analizan los casos individualmente, por ejemplo, el delito de tráfico rodado en los delitos de peligro abstracto –conducir bajo los efectos del alcohol o de sustancias o, conducir temerariamente– se comprueba que en muchos casos reales no existe ni peligro abstracto, pues la acción objetivamente valorada era inidónea (no hay personas a 100 km. a la redonda) pero se criminalizan igualmente. Entonces ¿por qué se criminalizan las conductas de peligro abstracto? En nuestra opinión no es porque repetidas estas conductas en el tiempo aumenten la probabilidad del resultado (*criterio estadístico*) a pesar de la inexigibilidad del dolo típico, esto es únicamente una consecuencia, sino porque se ha quebrantado el rol de conductor. Quien conduce un coche ebrio o a gran velocidad (ya sea dolosa o imprudentemente) deja de ser un conductor conforme a la norma que lo habilita, por ende, con mayor razón son punibles las tentativas inidóneas ejecutadas bajo un plan mínimamente racional, las ejecutadas con dolo, como en la del caso del disparo a diferencia de los delitos de tráfico rodado expuestos.

c) *Sobre la posibilidad de una mayor peligrosidad en la tentativa inacabada que en la acabada*. Considera Alcácer Guirao<sup>57</sup> que la tentativa acabada supone más peligro que la inacabada porque en aquélla el autor ha abandonado el control del riesgo. Esta opinión creemos que es errónea. Con un ejemplo: A quiere introducir en el desayuno de B un veneno con cantidad suficiente para matar, pero debido a un nerviosismo patológico e incontrrollable que era desconocido hasta ese momento por el autor, comete un error e introduce una bebida inocua. En nuestra opinión esta

---

<sup>57</sup> ALCÁCER GUIRAO, R., “Tentativa y desistimiento en la comisión por omisión”, *La Ley*, núm. 5, 2002, p. 1454.

acción supone un mayor peligro que la acción de A que deja el veneno preparado en la bebida de B, creyendo que cuando vuelva del fin de semana se la tomará, pero desconociendo que B no va a volver. Si bien en esta variante la tentativa está acabada pues el autor ha hecho todo lo necesario y ya no tiene dominio del hecho, nadie dudaría que en la primera variante el *peligro* es mayor, precisamente porque el plan ejecutado es más racional, esto es, el resultado no se produce porque el error no es imputable al raciocinio del autor sino a un error humano ajeno a ese raciocinio, lo cual es más altamente inevitable que en el segundo caso, en el que el resultado no se produce por una mala suerte evitable mediante la aplicación de mayor racionalidad en el plan criminal: el autor pudo por ejemplo pagar a un tercero para asegurar la vuelta de B. Esto nos lleva a concluir que existe la posibilidad<sup>58</sup> de una menor peligrosidad en la tentativa acabada idónea que en la inacabada. El resultado de consumación sólo añade un *plus* a la completa realización típica que constituye la tentativa acabada<sup>59</sup>.

d) *Sobre la inexistencia de peligrosidad objetiva ex ante en algunas tentativas inidóneas*: En el ejemplo del disparo decíamos que la probabilidad del acierto era mínima o nula, y si bien algunos no la consideran punible, contradictoriamente sí aprecian un fundamento de punibilidad en los delitos de peligro abstracto referenciados, arguyendo que su punición se basa en la *función motivadora* de una conducta o en lo *estadístico*, pero lo paradójico es que ese mismo argumento –que tampoco consideramos verdaderamente válido– no se utiliza en la inidónea. Entonces ¿por qué no se utiliza el argumento de la motivación o de la estadística para criminalizar algunas tentativas inidóneas? O mejor, ¿acaso no hay tentativas inidóneas que quebrantan la seguridad cognitiva de la sociedad en la vigencia de la norma con mayor fuerza comunicadora por su racionalidad criminal o inobservancia del deber?

<sup>58</sup> También, entre otros, CUELLO CONTRERAS, J., *PG*, op. cit., p. 107.

<sup>59</sup> POLAINO NAVARRETE, M., *Comentarios al Código penal*, I, (art. 15), Manuel Cobo Del

Rosal (dir.), 1999, p. 733.

Nuestra respuesta es que si se analiza individualmente la acción (un disparo) se aprecia que *objetivamente y ex ante* no hay peligro, pero no se niega que el plan sea idóneo *intercomunicativamente* hablando, pues, por ejemplo, el vendedor puede entregar por equivocación otra arma con menor recorrido o con un defecto. Entonces ¿acaso niega la falta de peligrosidad objetiva la punibilidad de un plan configurado y ejecutado con una mínima racionalidad? Sostenemos que no. La respuesta a la punibilidad y, por lo tanto, su fundamento está en que en la ejecución del plan racional *mínimamente racional*, o la inobservancia del deber en ciertos delitos, quebranta la seguridad cognitiva de la vigencia de la norma.

Podemos concluir anticipadamente que no se puede dejar impune al autor que ha aplicado una mínima racionalidad (¡ha obrado como *personal*!) en *interacción comunicativa* (operación) con el subsistema del Derecho penal. Precisamente su acción es *funcionalmente* racional para desestabilizar la norma (sentido criminal en ese concreto ámbito/sistema de comunicación). En toda tentativa falla algo y no por ello se reconduce a la inidoneidad impune. *Sensu contrario*, no merecen punibilidad las acciones que son irracionales a pesar de que se consiga el resultado (por ejemplo, en el famoso *caso del tío*, en el que el sobrino que quiere la herencia de éste le convence para que coja un avión, con la buena suerte que una tormenta lo derriba). En el mismo sentido concluimos que habrá que dejar impune al autor irracional que se gana su mala suerte por un plan irracional, es decir, porque ha preferido las malas razones, pero sin *motivo jurídico*: porque *no ha utilizado la razón propia del contenido mínimo constitutivo de la Persona*.

e) *Tentativas inidóneas intercomunicativamente más peligrosas ex ante que en las tentativas idóneas*<sup>60</sup>. Para un sector doctrinal y

---

<sup>60</sup> Así también, MIR PUIG, S., “Sobre la punibilidad”, *op. cit.*, pp. 13 y 14. Críticamente y respecto al Código penal español, MUÑOZ LORENTE, J., *La tentativa inidónea*, *op. cit.*, pp. 132 y 133. Concluye que el fundamento de la tentativa es el *concepto legal de injusto* y, por ende, la tentativa inidónea es el *injusto primigenio y básico* con la *mera presencia de un desvalor de acción (injusto*

jurisprudencial podríamos encontrarnos casos penados más altamente en las inidóneas que en las idóneas, con lo que estamos de acuerdo, aunque el fundamento de punibilidad de la tentativa inidónea no es el grado de peligrosidad al que se refiere el art. 52 CPDM, sino en todo caso la imputación objetiva del art. 162 CPFM. Por ejemplo:

1º.- si A y B conspiran matar a C, y A dispara a C con el arma que B le ha proporcionado diciéndole que está cargada pero no es cierto, no resultará ilógico pensar que efectivamente el plan es más racional que en el siguiente;

2º.- si A coloca una bomba en el despacho de su víctima, aun a sabiendas que la policía llegará en cualquier momento y a pesar de ello decide *arriesgarse* o, en el mismo caso, cuando la policía consigue desactivarla con mucho tiempo de antelación al de su explosión porque la bomba estaba escondida en un lugar muy previsible.

La diferencia en ambos casos es que en el primero el plan y la seguridad del resultado desde la representación del autor tienen mayor racionalidad comunicativa (sentido) que en el segundo. A pesar de ello algunos considerarían el primer caso como una tentativa inidónea impune, mientras que el segundo caso tradicionalmente se reconduce a la tentativa idónea a pesar del menor peligro de la acción y del resultado y a que el infortunio se debe a la menor racionalidad del plan: el autor se *arriesga*, *se la juega*. Esto significa en nuestra opinión que dicha distinción tradicional basada en el peligro es inservible.

f) *La inidoneidad absoluta puede ser punible independientemente de que no exista una acción objetivamente peligrosa*. Por ejemplo, A, sabiendo que su enemigo B vive en una determinada calle, entra en su domicilio dos horas antes de que salga a trabajar

---

completo) sin desvalor del resultado, “o, si se prefiere, una acción con capacidad (*ex ante*) de resultado pero sin poder de resultado pero sin poder para poner en peligro real y concreto bienes jurídicos; en definitiva, una conducta en la que sólo existe un desvalor de la decisión”, *Id.*, *Ibidem*, *op. cit.*, pp. 211 y ss.

y dispara sobre un bulto de la cama creyendo erróneamente que era la víctima, pero el resultado no se produce porque B ha salido por una urgencia familiar. En este caso, a pesar de la mal llamada *falta de objeto* –entendida erróneamente por la doctrina tradicional como inidoneidad absoluta– no puede concluirse que *intercomunicativamente* falte el objeto, pues *existe* verdaderamente (está en el mundo), es decir, B vive, únicamente ha sucedido que ha salido del lugar de ejecución del delito, B no sólo existe en la realidad biológica sino también en la configuración racional mínima del autor, lo que quiere decir que a pesar de que la acción sea inidónea por falta del objeto, al ser el plan efectivamente racional existe fundamento de punibilidad. Racional quiere decir aquí que el plan ha observado los dos mínimos elementos imprescindibles para la causación, a saber: la existencia viva de B y el lugar donde está. En el mismo sentido, si A conoce que es probable que B salga porque tiene una cena de empresa, y A conoce que no suele faltar, la tentativa de A aun faltando finalmente el objeto (B ha ido a la cena), la ejecución también es mínimamente racional en ese contexto/sistema, aunque bien es cierto que en este caso A *se la ha jugado más*, lo que en nuestra opinión propiciaría una penalidad más leve en virtud de la menor racionalidad del plan ejecutado.

*Sensu contrario*, quien pretendiese matar a su vecino en una ciudad diferente de la que se halla y sin dato alguno al respecto, habrá configurado un plan manifiestamente irracional precisamente porque no ha insertado en el plan la configuración mínima sobre lo cognitivo exigible en dicho espacio y tiempo (en ese sistema concreto de comunicación). También si A quiere matar a B con una planta que recientemente se ha conocido que es venenosa, que no deja rastro, que tan sólo precisa de medio gramo para producir la muerte y que la robará fácilmente de un jardín botánico, la primera *ley* que debe conocer es la existencia real del objeto del delito, B; la segunda *ley* que ha de conocer es que en atención a este tipo de planta y el lugar en que se va a robar debe asegurarse de coger la que es –al menos debe coger el frasco que incluya su nombre y en la cantidad de medio gramo, es decir, debe

conocer también cuánto es un gramo, al menos aproximadamente; y la tercera, el tiempo y el espacio. Estas configuraciones resultan exigibles en la *racionalidad mínima* (para ser *Persona* en esta comunicación concreta), sin éstas la tentativa no generará *comunicación racional*, pero en caso afirmativo y a partir de aquí, habrá que comprobar además si dicha comunicación se produce concretamente en el sistema del Derecho penal, es decir, si se produce un *sistema de interacción* (y acoplamiento estructural/interpenetración) entre el comportamiento y el Derecho penal (*programas condicionales*)<sup>61</sup>, lo cual remite a la pregunta sobre el rol de persona, el quebrantamiento de las competencias en un determinado contexto organizacional que vulnere la norma de forma tal que negativamente afecte a la previa *orientación*<sup>62</sup> positiva que el Derecho penal ha realizado para que el sujeto obrara conforme a la norma. Dicho de otra forma, la teoría del *hombre medio* además exigiría la probabilidad del resultado, cuestión inválida por los *límites del conocimiento*. Entonces, *basta con la no improbabilidad del resultado basado en el desvalor del comportamiento*.

En conclusión, las anteriores reflexiones ponen de manifiesto que la tentativa inidónea absoluta, objetivamente hablando, puede ser *intercomunicativamente* más peligrosa que la

---

<sup>61</sup> Ampliamente sobre los conceptos nada pacíficos de sistema de interacción, acoplamiento estructural e interpenetración, LUHMANN, N., *La sociedad de la sociedad*, trad. Javier Torres Nafarrate, Herder, México, 2007, p. 58, pp. 66 y ss., p. 295, pp. 615 y ss., pp. 646 y ss; sobre lo anterior y los *programas condicionales*, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, “Teoría de sistemas y Derecho penal: culpabilidad y pena en una teoría constructivista del Derecho penal”, Carlos Gómez-Jara Díez (ed.), vv.AA., *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, 2005, pp. 406 y ss.

<sup>62</sup> Tampoco resulta pacífica la función del Derecho penal en la propia doctrina funcionalista, entre una función de las normas de *orientación* de conductas o de *aseguramiento contrafáctico de expectativas*, ampliamente sobre la intensa polémica, PEÑARANDA RAMOS, Enrique, “Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito”, *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, op. cit., pp. 223 y ss.

tentativa idónea y que inclusive el grado de ejecución puede ser mayor objetivamente en aquélla que en la idónea. Así, la escasa probabilidad del resultado en el plan del autor tampoco niega la *idoneidad intercomunicativa*, lo que significa que es innecesario hablar de tentativas idóneas o inidóneas<sup>63</sup>.

Dicho esto, se puede ya apreciar que la *racionalidad mínima* o la *racionalidad comunicativa* no depende estrictamente de los deseos, mayor argumentación o estructura exitosa de un comportamiento. La racionalidad no se refiere a la entidad subjetiva del autor en la comunicación con la víctima/bien jurídico, sino al *sistema de interacción* o acoplamiento estructural/interpenetración (persona, competencias concretas en dicho contexto) en el que dicha comunicación entra en el subsistema del Derecho penal. La comunicación que produce el autor ha de llegar no sólo a la víctima o referirse a un bien jurídico, sino que ha de ser capaz de transformarse (*acoplamiento estructural/interpenetración*) en una comunicación que interactúe además de con las propias competencias de los sujetos y contextos concurrentes (sistema de interacción) con el sistema del Derecho penal, de modo tal que el comportamiento (operación) produzca una comunicación que interese positiva o negativamente (justo/injusto) al Derecho penal. Por esto, ni la racionalidad subjetiva del autor (sistema psíquico/racionalidad psíquica), ni las interpretaciones sensibles, aunque racionales del consenso sobre la afección al bien jurídico (racionalidad colectiva), conmueven ni entran por sí solas en la comunicación estricta de análisis del Derecho penal (*racionalidad/reflexividad del sistema*). Hace falta que tal comportamiento (comunicación) irrumpa negativamente en la orientación positiva (¡justo!) que realiza el Derecho penal, y para ello es preciso la *imputación objetiva* del tal comunicación en la *unidad de la diferencia* del código justo/injusto, y la consideración final sobre la *transmisión* del tipo de injusto personal (dolo/culpa y controlabilidad

<sup>63</sup>

En el mismo sentido, CUELLO CONTRERAS, J., *PG, op. cit.*, pp. 30 y 59.

o evitabilidad)<sup>64</sup>, siendo cuestión a parte –aunque si bien siempre dentro de tal operación– la antijuricidad<sup>65</sup>, la culpabilidad, la exigibilidad y la necesidad de la pena.

## VII. CONCLUSIONES

1. La *racionalidad mínima* en el delito de tentativa significa que el comportamiento de una *persona* produce una comunicación negativa de la orientación positiva (*justo*) que el Derecho penal realiza. No se puede considerar un criterio de impunidad (inexigibilidad típica) la falta de mediana comprensión/racionalización de todo el proceso causal de las leyes necesarias en relación a la *probabilidad* del resultado, pues, no se puede descartar, en nuestra opinión, la potencia comunicadora de una racionalidad mínima o inobservancia racional del deber a pesar de la escasa probabilidad *ex ante* (*límites del conocimiento*): basta con su *no improbabilidad*. Dicha racionalidad mínima (*¡persona!*) dependerá del contexto criminal, de la exigencia de un determinado nivel de racionalidad

---

64

Muy acertadamente BLECKMANN comenta que “(p)uesto que conforme a la concepción aquí defendida no es decisivo, por ejemplo, qué es lo que concurrió *de hecho* subjetivamente (de acuerdo con el entendimiento tradicional: en el plano interno) u objetivamente (externamente, de modo perceptible), sino sólo lo que puede hacerse plausible o (sobre todo en Derecho penal) evidente *en la reconstrucción*, tipo objetivo y subjetivo no se refieren a ámbitos diversos de la realidad, la naturaleza exterior y la consciencia interna, sino sólo tratan dos aspectos diferentes del comportamiento de transmisión *a identificar socialmente*: la cuestión de *qué* es lo que entra en consideración como comportamiento de transmisión y la cuestión *de si* se produjo esa transmisión. La primera cuestión se refiere a la *competencia* por un determinado estado del mundo, la segunda a la *controlabilidad* o *evitabilidad* de tal estado”, BLECKMANN, Frank, “Derecho penal y teoría de sistemas”, *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, *op. cit.*, pp. 361 y 362.

65

Ampliamente y con acertadísimas apreciaciones sobre la teoría de la antijuricidad que completa la comprensión de lo justo/injusto, COLINA RAMÍREZ, EI., “Sobre la teoría general de la antijuricidad”, *op. cit.*

por pertenencia a uno u otro tipo de rol, del quebrantamiento normativo concreto en relación a la configuración contextual del delito, de la confianza, etc. Entonces, la imputación versa en si dicha *interacción* puede ser imputada objetivamente (*sistema de interacción por acoplamiento estructural entre sistema psíquico/persona/Derecho penal*), esto es, si ha producido una comunicación típicamente negativa contra la orientación positiva que exigía el Derecho penal. Desde esta perspectiva la diferenciación entre el error nomológico y ontológico también resulta inútil.

2. El término *inidoneidad* se ha asemejado tradicionalmente a lo no peligroso objetivamente hablando para derivarse de ello erróneamente su impunidad. Si el juicio sobre la ejecución criminal parte de lo que el autor se ha representado racionalmente, precisamente en la ejecución racional se inicia la *intercomunicación negativa* y la base de la punibilidad. En este sentido, la norma y la pena sólo se pueden dirigir a las conductas racionales que estén más allá de lo irreal o supersticioso.

3. El *comienzo de la tentativa* nace cuando tras finalizados los actos preparatorios o cuando no fueren necesarios éstos, se inicia la ejecución del *sentido* típico (comunicación criminal de la racionalidad mínima), esto es, con la *imputación objetiva* del quebrantamiento del rol (*inescindibilidad* del tipo objetivo y subjetivo). La imputación objetiva del quebrantamiento del rol nace del quebrantamiento doloso o imprudente (por ejemplo, en delitos de peligros, salvo infortunio) de la esfera de competencia del rol o, con otras palabras, por la ejecución de la racionalidad mínima de una *persona* (intercomunicación) en los delitos dolosos o por la inaplicación de la racionalidad mínima exigible en la imprudencia de, por ejemplo, delitos de peligro.

4. En la *tentativa dolosa en comisión por omisión, idónea e inidónea* sólo se puede imputar al autor el haber dejado de actuar cuando desde su plan/representación, es decir, desde la racionalidad mínima se pudo representar un riesgo para la causación (comienzo de la tentativa dolosa). Otra cuestión son los delitos de peligro o la *criminalización de lege ferenda de la tenta-*

*tiva imprudente* (en delitos graves), pero argumentos de legitimación y de punibilidad los hay: la ejecución típica sin aplicación de la racionalidad mínima *exigible* para su rol más allá de un peligro producido por el infortunio.

5. *La peligrosidad objetiva no es el fundamento de la punibilidad de la tentativa*, sólo describe un contexto criminal que si bien puede aumentar la penalidad, no es esencial. La representación mínimamente racional puede crear una peligrosidad *intercomunicativa* más relevante a efectos de la pena que la peligrosidad objetiva. Por ello, a pesar de suponer la tentativa inacabada menor grado de ejecución que la acabada, podría penarse más altamente si la intercomunicación del quebrantamiento normativo es mayor.

6. El fundamento de punibilidad de la tentativa es el mismo de la consumación, y de aquí subyace que el fundamento de punibilidad de toda conducta criminal siempre sea el mismo: *la comunicación negativa de una persona en la orientación (positiva) que realiza el Derecho penal*.

