

de la acción típica, pero no consigue concluirla. La conducta correspondiente es descrita por el inc. tercero del art. 7º del C.P. mediante la expresión *dar principio a la ejecución del crimen o simple delito por hechos directos*, la cual corresponde a una formulación más o menos clásica y suscita problemas tanto desde el punto de vista objetivo como subjetivo.

A. LA FAZ OBJETIVA DEL TIPO DE TENTATIVA

En relación con este aspecto, la cuestión fundamental radica en determinar cuándo ha comenzado la ejecución del hecho punible respectivo y cuándo, por la inversa, los actos ejecutados deben sindicarse sólo como preparatorios. Constituye, sin duda, uno de los problemas más arduos con que se enfrenta la ciencia del derecho punitivo, a causa de lo cual GEYER la calificó, quizás con escepticismo exagerado, como "la cuadratura del círculo jurídico penal". A partir de la consagración en el Código Penal francés de la fórmula basada en el *commencement d'exécution*, la doctrina, ha intentado precisar su significado acudiendo a distintos criterios, cuya presentación pormenorizada es aquí impracticable.¹⁵ Por eso, sólo se examinan a continuación aquellas cuya importancia práctica, teórica y política es generalmente reconocida.

La exposición debe distinguir, en primer lugar, entre teorías *objetivas* y *subjetivas*. Las primeras, a su vez, se dividen en teorías objetivas *propias e impropias*, y las segundas en teorías subjetivas *extremas y limitadas*. Al grupo de las teorías objetivas propias pertenecen la *formal*, la *mixta* y, en cierto modo, la *escéptica*; al de las impropias, la teoría *pragmática*, las de la *causalidad* y las *materiales*.¹⁶

a) Teorías objetivas en general

×

Para las teorías objetivas, en general, la decisión sobre el carácter ejecutivo de los actos realizados por el autor en un caso concreto tiene que adoptarse prescindiendo del propósito que éste abrigaba, de la forma en que se representó la situación y el modo en que planificó su conducta.¹⁷ Por lo tanto, el acto contemplado en sí mismo, y como acontecimiento externo, debe dar cuenta de que pertenece al proceso ejecutivo descrito por el tipo. La cuestión se reduce, entonces, a precisar las características que revelan esta participación del hecho en el esquema rector. Se trata de encontrar un criterio para descubrir y descifrar, en la materialidad de los

¹⁵ M.E. MEYER enumeró, en su tiempo, once grupos de teorías sobre este punto. Es posible que, desde entonces, se hayan elaborado varias otras. Un examen minucioso —aunque tampoco pretende ser agotador— se encontrará en SCARANO, *La tentativa*, traducción de LUIS E. ROMERO SOTO, Bogotá, 1960, I, 1 y sigts., págs. 1 y sigts.

¹⁶ Con algunas modificaciones, la clasificación del texto reproduce el cuadro presentado por FRIAS CABALLERO, *El proceso ejecutivo del delito*, Buenos Aires, 1956, 2ª edición, págs. 87 y sigts.

¹⁷ B. ALIMENA, *Principios de Derecho Penal*, traducción de Eugenio Cuello Calón, Madrid, 1916, I, IV, II, págs. 445 y sigts.; ARAUJO, *La tentativa*, Montevideo, 1958, 54, pág. 88; BELING, 29, II, pág. 100; DOHNA, págs. 91 y 92; FRIAS CABALLERO, op. cit., 291, págs. 471 y sigts.; FUENSALIDA, *Concordancia y comentarios del Código Penal chileno*, Lima, 1883, I, 32, pág. 19; LABATUT, I, 178, A, 2, pág. 184; LISZT, III, 46, III, pág. 7; MAURACH, 41, I, B, pág. 179; MEZGER, II, 52, II, 2, pág. 237, y *Libro de estudio*, I, 78, pág. 281; WELZEL, 24, III, pág. 262, aunque en la exposición ulterior se inclina a una concepción subjetiva limitada.

actos, la "marca" que distingue a los que realizan un "fragmento" de la conducta típica, de aquellos que sólo la anteceden o preparan.

Naturalmente, también desde este punto de vista es preciso que el dolo con que obró el sujeto se encuentre determinado, porque sólo así puede saberse el tipo al que debe referirse la investigación relativa a los actos ejecutados.¹⁸ Las teorías objetivas procuran, únicamente, independizar los datos. Una vez acreditado el fin que perseguía el autor y, de este modo, el tipo de tentativa a que deben relacionarse sus actos, la ejecutividad de éstos tiene que deducirse de su exterioridad. Así, por ejemplo, cuando ya se sabe que el agente trepó hasta la ventana y fracturó los cristales con el propósito de robar, hay que decidir si escalar hasta una ventana y quebrar los cristales son actos que forman parte del tipo del robo, pero esta vez prescindiendo de su orientación subjetiva.

Como el concepto del tipo se desarrolló recién a principios de este siglo, las teorías objetivas elaboradas a mediados del XIX no sitúan con precisión los límites del problema. Por esto, algunas de ellas presentan soluciones que amplían el campo de la ejecución, extendiéndolo más allá de las fronteras impuestas por la tipicidad. En otras palabras, para estas concepciones hay actos que se pueden considerar ejecutivos, aunque todavía no realizan parte alguna del hecho descrito por el tipo de consumación respectivo. En atención a esta circunstancia, he practicado la distinción entre teorías objetivas propias e impropias. Las primeras son aquellas para las que sólo es ejecutivo el acto típico; las segundas, en cambio, admiten que algunos actos se consideren ejecutivos aunque no pertenezcan, todavía, al proceso descrito por el esquema rector del delito consumado correspondiente.

b) Teorías objetivas propias

aa) Teoría formal de BELING

BELING es el primero en puntualizar que el principio de ejecución a que alude la ley alemana —como la chilena— "*lo es de la acción típica*".¹⁹ Por el contrario, el acto que, no obstante encontrarse subjetivamente dirigido a la consumación de un delito, aún no realiza la acción descrita por el tipo, es solamente preparatorio y, por ende, irrelevante. Por lo mismo, la cuestión del principio de ejecución debe ser resuelta *separadamente* para cada tipo delictivo. Una fórmula general, válida para todas las figuras punibles, no sólo es inencontrable, sino que carece de sentido. Hay principio de ejecución del hurto, del robo, del homicidio, de la estafa, etc., pero no existe un principio de ejecución del delito en general.²⁰ En cambio, BELING sostiene que la relación entre el acto y el tipo se ha de examinar en abstracto. La conducta

¹⁸ CARRARA, *Grado en la fuerza física del delito*, traducción de Ernesto R. Gavier y Ricardo C. Núñez, en *Opúsculos de Derecho Criminal*, Buenos Aires, 1955, 25 y sigts., págs. 249 y sigts.; ETCHEBERRY, II, pág. 61.

¹⁹ BELING, 29, II, pág. 102. Sobre otros criterios que, no obstante partir de un punto de vista como el de BELING, no lo sostienen con la misma pureza, CURY, *Tentativa y delito frustrado*, cit., 15, pág. 33, nota 84.

²⁰ BELING, 29, II, pág. 102. En el mismo sentido, CURY, *La teoría del principio de ejecución en la tentativa*, en R.C.P., tomo XXII, N° 2, Santiago, 1963, 13, I, pág. 189; ETCHEBERRY, II, pág. 61; FRIAS CABALLERO, op. cit. II, II, B, pág. 140; SOLER, II, 49, I, pág. 210; PALACIOS, *La tentativa. El mínimo de ilicitud penal*, México, 1951, IV, pág. 116.

que constituye comienzo de ejecución del hurto, lo es de todo hurto, sin excepciones. Viceversa, la que no es ejecutiva de un cierto homicidio, no puede serlo de otro cualquiera.²¹

Para una exacta comprensión del concepto de acción típica es menester que, dada la riqueza del suceder cotidiano, ésta pueda adoptar variadas formas. Así, por ejemplo, es posible que su extensión temporal sea considerable, como ocurre cuando para la consumación de un homicidio se acude a la instalación de un aparato de relojería que estallará tiempo más tarde, o cuando se envía una caja de bombones envenenados sirviéndose de un mensajero que ignora la letalidad del encargo. En ambos casos la acción se ha ejecutado de manera remota, echando mano de medios cuya operación retardada no altera, sin embargo, según BELING²² la unidad del conjunto. La situación en cambio varía cuando el agente confía la ejecución de la acción típica a la voluntad de un tercero; en tal evento, la solución ha de estar conforme a los principios que regulan la *participación criminal*²³ y el problema se sitúa fuera del ámbito que ahora nos preocupa.²⁴

En mi opinión, estos últimos resultados son correctos. Pero con el mecanismo empleado para obtenerlos BELING introduce en su construcción factores subjetivos. Con arreglo a ese procedimiento, el principio de ejecución no sólo es relativo al tipo considerado como una abstracción, sino, además, al "plan del autor" en el caso concreto. Los mismos actos que son ejecutivos cuando el agente decide valerse de un tercero inocente, no lo son si cuenta con el concurso de un coautor doloso. Desde el punto de vista de BELING, sin embargo, esta referencia es defectuosa. Por eso, en el contexto de su tesis el correctivo "es inaceptable".²⁵

Aunque la crítica expuesta puede parecer trivial, en realidad dista de serlo. Dice relación con la coherencia del sistema y, por eso, como ya se ha destacado a lo largo de este libro, con la posibilidad de hacer efectiva justicia, resolviendo de la misma manera los casos semejantes. En efecto, quien ejecuta un delito valiéndose de un tercero inocente o de un aparato de relojería de acción retardada, puede con toda razón preguntarse por qué a él se le imputa un principio de ejecución punible mediante una referencia a las particularidades de su plan y, en cambio, eso no se acepta respecto del que obra sirviéndose de otro género de recursos. En esto radica la esencia del desacuerdo; no en el destaque de la pura contradicción formal.

bb) Teorías mixtas

Las teorías mixtas aceptan como punto de partida que el acto es ejecutivo si realiza una parte del hecho descrito por el tipo. Pero difieren de la concepción formal porque para determinar los límites y contenido de ese hecho no sólo acuden a su descripción, sino, además, a complementos materiales. Así, por ejemplo, FRANK

²¹ BELING, 29, II, pág. 102: "El deslinde entre preparación y ejecución surge *objetivamente* en cada caso del contenido de cada delito-tipo". (El subrayado es mío).

²² Sobre la teoría de los "complementos de la acción", a que alude el texto, cfr. FRIAS CABALLERO, op. cit., II, II, C, págs. 141 y sigts., con detalle.

²³ *Infra*, 37, y sigts.

²⁴ En el mismo sentido, FRIAS CABALLERO, op. cit., II, II, C, b) y c), págs. 142 y 143.

²⁵ RODRIGUEZ MUÑOZ, notas de derecho español a MEZGER, II, 52, III, págs. 238 y 239. En el mismo sentido, NUÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, Salamanca, 1963, II, V, 2, C, pág. 42. Contra, FRIAS CABALLERO, op. cit. II, II, C, pág. 143, que, sin embargo, no expone las razones de su disenso.

es de todo hurto, sin excepción de homicidio, no puede serlo de otro

acción típica es menester que, optando por varias formas. Así, por ejemplo, como ocurre cuando se instala un aparato de alarma que envía una caja de bombones para la letalidad del encargo. En esta nota, echando mano de medios según BELING²² la unidad del agente confía la ejecución de la conducta, la solución ha de estar en la acción criminal²³ y el problema se

directos. Pero con el mecanismo de construcción de factores subjetivos en la ejecución no sólo es relativo al agente, sino al "plan del autor" en el caso de cuando el agente decide valerse de un concurso de un coautor doloso. Esta referencia es defectuosa. Por lo tanto, es "inapropiable".²⁵

La distinción dista de serlo. Dice relación con el hecho a lo largo de este libro, con la misma manera los casos semejantes al homicidio inocente o de un aparato de alarma por qué a él se le imputa un delito a las particularidades de su plan y no a los de otro género de recursos. En el caso de la pura contradicción formal.

Se afirma que el acto es ejecutivo si bien. Pero difieren de la concepción de la acción de ese hecho no sólo acuden a los elementos. Así, por ejemplo, FRANK

La distinción surge objetivamente en cada caso del delito, cfr. FRIAS CABALLERO, op. cit.,

... y c), págs. 142 y 143. En el mismo sentido, II, 52, III, págs. 238 y 239. En el mismo sentido, 963, II, V, 2, C, pág. 42. Contra, FRIAS CABALLERO, op. cit., expone las razones de su disenso.

procura superar el hermetismo de la concepción de BELING empleando un criterio valorativo para extender el significado del verbo rector, con arreglo al cual "se encuentra un principio de ejecución en todos los momentos de actividad que, en virtud de su necesaria conexión con la acción típica, aparecen como elementos de la misma, según la concepción natural".²⁶ Pero el complemento "natural" a que se acude con más frecuencia es el peligro. Los actos integran el hecho típico y son, por lo tanto, ejecutivos si han sido creados ya un peligro para el bien jurídicamente protegido.²⁷ Se considera como si fuese típico todo lo que "agrede" en forma concreta al objeto de la tutela.²⁸

Los criterios de esta clase presentan sobre todo el inconveniente de que difuminan las fronteras del tipo, por lo mismo que pretenden trazarlas acudiendo a puntos de vista valorativos.²⁹ Por otra parte, introducen en la determinación de la tipicidad elementos que son propios de la antijuridicidad, tales como las nociones del "peligro" y "concepción natural". Con ello trastornan los términos del problema, pues aquí se trata de determinar cuáles son los hechos injustos de los que cabe afirmar que han traspuesto los límites de la conducta típica; y eso no puede deducirse precisamente de su carácter antijurídico sin incurrir en una petición de principios.³⁰ Por último, los complementos materiales —y, en particular, el del peligro— conducen a confundir el principio de ejecución con el de la idoneidad de los actos,³¹ dos cuestiones que, a mi juicio, son independientes.³²

cc) Teorías escépticas

De acuerdo con la opinión de las teorías escépticas, se acepta también, en principio, que sólo son ejecutivos los actos que integran la conducta descrita por el tipo. Pero como estiman imposible encontrar una fórmula que sirva para trazar el deslinde en todos los casos, prefieren entregar al juez la facultad de hacerlo, frente a cada situación concreta, de una manera discrecional.

La concepción escéptica se diferencia del subjetivismo extremo,³³ porque reconoce la necesidad de distinguir los actos preparatorios y el principio de ejecución. Sin embargo, al no limitar el arbitrio judicial, llega a resultados que están sometidos a reparos muy semejantes con los que se harán a dicha teoría. Pues esto equivale a entregar la designación de los límites del tipo a la jurisprudencia y llegar, así, a una "justicia de gabinete".

²⁶ FRANK, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 43, II, 2, b), citado por MEZGER, *Libro de estudio*, I, 78, I, pág. 282. Una crítica a este punto de vista se encontrará en CURY, *Tentativa y delito frustrado*, cit., 19, págs. 38 y 39.

²⁷ Véanse, por todos, JIMENEZ DE ASUA, *La ley y el delito*, 295, c), pág. 478; MEZGER, II, 52, III, págs. 238 y 243, y *Libro de estudio*, I, 78, I, pág. 281; NUÑEZ, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1960, II, págs. 328 y sigts., especialmente en pág. 328; WELZEL, 4ª edición, 22, III, pág. 193; JESCHECK, 49, IV, pág. 469.

²⁸ NUÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, Salamanca, 1963, II, V, 2, E, pág. 48.

²⁹ Sobre ello, supra 16, III, b), aa).

³⁰ BELING, *La doctrina del delito-tipo*, II, 5º, pág. 13: "Las cuestiones relativas a la antijuridicidad sólo alcanzan interés jurídico penal respecto a acciones ya vinculadas a un delito-tipo (*Tatbestandbezogenes*)".

³¹ Esto es muy acentuado en NUÑEZ BARBERO, op. cit., *passim*.

³² En el mismo sentido, SCARANO, op. cit., IV, 8, pág. 115. Mi punto de vista a este respecto se encuentra desarrollado en CURY, *La teoría del principio de ejecución en la tentativa*, cit., 12, b), 3, págs. 186 y sigts. Aunque JIMENEZ DE ASUA, VII, 2132, pág. 514, nota 1991, impugna mi criterio a este respecto, él también se pronuncia luego en VII, 2189, págs. 658, y sigts., por separar claramente las dos cuestiones.

³³ *Infra*, d).

Las teorías escépticas están en lo cierto cuando sostienen que es imposible construir una fórmula para discernir, mecánicamente, los actos ejecutivos de los que no lo son. ¡Ningún problema jurídico puede ser solucionado en esa forma!³⁴ Pero el escepticismo, a su vez, pareciera no percatarse de ello, pues, al no encontrar una "receta" matemática, opta por abandonar el conjunto de la decisión al buen sentido del tribunal, limitándose a ofrecerle algunos criterios orientadores que no son vinculatorios para su resolución y que sólo se refieren a situaciones relativamente claras, cuya calificación jurídica es compartida por la mayor parte de la doctrina. Se sitúa así entre dos extremos irreductibles, de modo que rechazar una alternativa significa, inevitablemente, aprobar la otra.³⁵

c) Teorías objetivas impropias

aa) Teoría pragmática de CARRARA

Entre los esfuerzos por obtener una fórmula de distinción objetiva sin referirla a la estructura de tipo, destaca, en primer lugar, la teoría pragmática, enunciada por CARRARA en su programa³⁶ y abandonada más tarde por ese autor.³⁷ De acuerdo con ella, son preparatorios los actos *equivocos*, esto es, aquellos que, considerados objetivamente, pueden estar enderezados lo mismo a la consumación del resultado típico que a una consecuencia jurídicamente indiferente; a su vez, son ejecutivos los *unívocos*, es decir, los que sólo pueden entenderse dirigidos a la perpetración del delito.³⁸ De este modo, el acto de comprar un arma es preparatorio, porque puede estar orientado lo mismo a cometer un homicidio que a practicar la caza o a procurarse defensa en caso de un ataque. En cambio, el de apuñalar a la víctima es, sin duda, unívoco.

Los actos equívocos pueden serlo de manera *absoluta* o *relativa*. Es absolutamente equívoco aquel acto que, aun contemplado en el contexto del cual forma parte, conserva su ambigüedad; lo es, en cambio, sólo relativamente, cuando se "halla acompañado por condiciones materiales de una índole tal, que manifiestan, sin duda, su dirección hacia un delito determinado".³⁹ Así, el acto de "entrar al domicilio ajeno, si se contempla aisladamente, deberá llamarse acto preparatorio, porque no revela la propia dirección hacia un delito; será el delito autónomo de violación de domicilio y nada más; pero si se supone el caso de un enemigo a muerte que blandiendo su puñal se introduce en mi habitación mientras yo duermo, o el del amante rechazado que invade por la noche en compañía de dos sicarios la casa de la doncella, o el de los ladrones reconocidos que, provistos de ganzúas, escoplos y vasijas adecuadas para el transporte, penetran en la casa donde se encuentra un botín que corresponde a esas vasijas, el juez, con toda razón, podrá ver en esa introducción, clandestina o violenta, el respectivo carácter de tentativa de homicidio, de rapto tentado, de tentativa de hurto, etc."⁴⁰

³⁴ En el mismo sentido del texto, PETROCELLI, *Il delitto tentato*, Padova, 1955, pág. 5.

³⁵ Un punto de vista escéptico se sostiene todavía en CURY, *Orientación*, 24, II, (gg), págs. 232 y sigs. Asimismo, GARRIDO, II, 82, pág. 362. Como aquí, en cambio, *Tentativa y delito frustrado*, 21, págs. 42 y 43.

³⁶ CARRARA, I, 398 y sigs., págs. 270 y sigs.

³⁷ La afirmación del texto no debe entenderse, sin embargo, en forma absoluta. Sobre el sentido exacto del cambio de opinión experimentado a este respecto por CARRARA, véase CURY, *Tentativa y delito frustrado*, cit., 23, págs. 45 y 46.

³⁸ CARRARA, I, 358, págs. 247 y 248.

³⁹ CARRARA, I, 358, pág. 248.

⁴⁰ CARRARA, I, 358, págs. 248 y 249.

imposible construir una
que no lo son. ¡Ningun
el escepticismo, a su vez,
a" matemática, opta por
, limitándose a ofrecerle
resolución y que sólo se
ca es compartida por la
les, de modo que recha

objetiva sin referirla a la
nática, enunciada por
autor.³⁷ De acuerdo con
e, considerados objeti-
ón del resultado típico
ejecutivos los *unívocos*,
ración del delito.³⁸ De
: puede estar orientado
procurarse defensa en
in duda, unívoco.

itativa. Es absolutamen-
del cual forma parte,
nte, cuando se "halla
que manifiestan, sin
de "entrar al domici-
preparatorio, porque
tónimo de violación
emigo a muerte que
yo duermo, o el del
s sicarios la casa de la
ganzúas, escoplos y
de se encuentra un
n, podrá ver en esa
tentativa de homici-

El problema fundamental de la teoría pragmática consiste en que, aun respecto de un resultado determinado, los actos *objetivamente* unívocos son poquísimos o, quizás inencontrables. En efecto, si se entiende que es unívoco aquel acto que no puede entenderse sino como una parte del proceso encaminado a la consumación de un delito cualquiera, se hallarán apenas unos cuantos para cada caso y ellos son, precisamente, los que en la práctica no suscitan dudas, porque están situados muy próximos a la etapa final del *iter criminis*.

A su vez, la categoría de los actos relativamente equívocos o "preparatorios de modo contingente", construida por CARRARA para salvar esta dificultad, tampoco es satisfactoria, porque subjetiviza el criterio, cosa que en su contexto es inaceptable.⁴¹ Cuando se dice que entrar en domicilio ajeno es un acto ejecutivo de homicidio si "se supone el caso de un enemigo a muerte que blandiendo su puñal se introduce en mi habitación mientras duermo", la solución no se extrae de factores objetivos, sino de lo que éstos revelan sobre el propósito del autor. "Entrar en mi habitación", "blandir el puñal", "ser mi enemigo", son actos que objetivamente considerados carecen de significado, pero su concurrencia en el hecho sirve para deducir que *la voluntad del agente no podía ser sino matarme*. En esta forma, el acto es absoluta o relativamente equívoco por lo que es capaz de exteriorizar sobre la finalidad del sujeto y no en atención a una calidad intrínseca de su naturaleza objetiva, como pretende CARRARA.

Por otra parte, CARRARA acepta expresamente que a ciertos actos se los considere ejecutivos aunque no realicen parte alguna de lo que posteriormente se denominará la acción típica. Por eso advierte que su concepción no es compatible con el texto del art. 2º del Código Penal francés,⁴² porque éste exige que haya "tentativa seguida de un principio de ejecución".⁴³ Anticipando las conclusiones que BELING extrajo más tarde de la teoría del tipo, CARRARA concluye que para la ley francesa no hay "tentativa políticamente imputable sino cuando se han iniciado los actos de *consumación*"; lo que, adecuado a la terminología contemporánea, equivale a decir que exige la realización de una parte del hecho típico. A CARRARA esto le parece incorrecto desde el punto de vista suprallegal, pero conviene en que la jurisprudencia francesa obra acertadamente cuando, haciendo aplicación de la ley en vigor, ha exigido, para configurar una tentativa, más de lo que requeriría conforme a su teoría.⁴⁴

Ahora bien, el art. 7º del C.P. se encuentra construido, sin lugar a dudas, en el mismo sentido que el 2º del ordenamiento punitivo francés. En favor de esta interpretación habla no sólo su origen histórico, sino además, y sobre todo, la forma del precepto. Conforme con el modelo español, la ley chilena considera que "hay tentativa cuando el culpable ha dado principio a la ejecución del crimen o simple delito". En consecuencia, no la satisface cualquier acto que se inserte inequívocamente en el proceso ejecutivo, sino sólo aquellos que comienzan la realización del hecho típico ("del crimen o simple delito"). Por lo tanto, la teoría de CARRARA no halla apoyo en el art. 7º del C.P., pues éste limita en forma más estricta que ella el campo de la tentativa punible.

pág. 5.
i, págs. 232 y sigs. Asimismo,
do, 21, págs. 42 y 43.

sobre el sentido exacto del
Tentativa y delito frustrado,

⁴¹ Supra, c), aa), *in fine*.

⁴² CARRARA, I, 398, 2º, págs. 269 y 270.

⁴³ El art. 43 del Código Penal toscano -al que, como es sabido, se refieren generalmente las reflexiones de CARRARA- dispone, en cambio, que "los actos ejecutivos de un delito doloso que no llegan a consumarlo, se consideran como tentativas". El contraste de ambas formulaciones subraya la diferencia que se destaca en el texto: para la ley toscana todo acto de ejecución configura una tentativa; para la francesa puede haber una tentativa que, por no estar seguida de un principio de ejecución, ha de quedar impune. Es obvio que la palabra *ejecución* tiene, en el precepto francés, un sentido más restringido que en el toscano.

⁴⁴ CARRARA, I, 398, 2º, nota 1, pág. 271.

bb) Teorías de la causalidad

Las teorías de la causalidad, como la pragmática, se desentienden de los límites formales impuestos por el tipo de consumación e intentan trazar, para el de tentativa, una frontera autónoma. La nota distintiva entre los actos preparatorios y ejecutivos debería encontrarse en la capacidad causal de la conducta desplegada por el autor.⁴⁵ Pero, aparte de que la determinación de tal capacidad es casi imposible, esta solución tiende a confundir por completo los problemas relativos a la ejecutividad con los atinentes a la idoneidad de la acción realizada.⁴⁶

cc) Teorías materiales

Un grupo importante de autores -entre ellos el propio CARRARA en la segunda formulación de su punto de vista- procura resolver el problema en base a puros criterios materiales, tales como la *puesta en peligro del bien jurídico* de protección, el *principio de la lesión del objeto jurídico* o, sencillamente, la *idoneidad del acto*.

A diferencia de las teorías mixtas, para las cuales estas referencias materiales son sólo un complemento que auxilia a determinar las fronteras del tipo del delito consumado,⁴⁷ éstas prescinden expresa⁴⁸ o tácitamente de tales marcos formales. Por tal motivo, están expuestas a las mismas críticas que se le han dirigido a aquéllas, pero de una manera aun más acentuada.

d) Teoría subjetiva extrema

Lo que aquí se denomina teoría subjetiva extrema corresponde al pensamiento de un grupo de autores para quienes el deslinde entre actos preparatorios y principio de ejecución no sólo es prácticamente imposible, sino, además, jurídicamente incorrecto. Estiman, en efecto, que el injusto se agota en cualquier *exteriorización de una voluntad mala* que se orienta a la ejecución de una acción reprobada por el *derecho* o a la obtención de un resultado jurídicamente lesivo. Todo acto, tanto aquellos que suelen denominarse preparatorios como los que habitualmente se califican de ejecutivos, expresan ese propósito disvalioso; por ende, cualquiera de ellos basta para determinar la punibilidad a título de tentativa.⁴⁹

Una variante de tal argumentación defiende el positivismo italiano.⁵⁰ Aquí el acto -sea preparatorio o ejecutivo- ha de ser castigado, no como expresión de voluntad rebelde, sino de *peligrosidad personal*.

Este criterio destruye la *función garantizadora* del tipo y es, en consecuencia, inaceptable. De seguirlo, cualquier acto, por irrelevante que aparezca, será sancionado en el supuesto de que pueda atribuírselo a una voluntad mala o considerárselo

⁴⁵ Véase, en este sentido, MANZINI, *Tratado de Derecho Penal*, traducción de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Bedin, Buenos Aires, 1957, III, 435, pág. 188.

⁴⁶ Sobre ello, con algún detalle, CURY, *Tentativa y delito frustrado*, cit., 25, págs. 53 y 54.

⁴⁷ *Supra*, c), bb).

⁴⁸ Así, por ejemplo, SAUER, *Derecho Penal. Parte General*, traducción del alemán por Juan del Rosal y José Cerezo, Barcelona, 1956, 17, III, 2, c), págs. 175 y 176.

⁴⁹ Véanse, por todos, SILVELA, *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, 2ª edición, Madrid, 1903, I, págs. 126 y sigts.; SCARANO, *op. cit.*, 25, págs. 44 y sigts.

⁵⁰ GAROFALO, *La Criminologie*, cit., págs. 328 y 329.

expresión de la peligrosidad del sujeto. Por este camino se abren de par en par las puertas a la "justicia de gabinete", a la creación judicial de delitos y a la punibilidad del pensamiento.⁵¹ Por otra parte, se trata de una concepción que, entre nosotros al menos, sólo tiene valor de *lege ferenda*, pues el art. 7º, inc. final del C.P., exige preteritivamente un principio de ejecución para la configuración de la tentativa. Del mismo modo, el art. 8º del C.P., al consagrar la regla de que ciertos actos preparatorios (*proposición y conspiración*) sólo son punibles por excepción, reafirma la exigencia de hacer la distinción.

e) Teoría subjetiva limitada

TEORÍA OBJETIVA INDIVIDUALIZADORA (WELZEL)

En lo fundamental, la teoría subjetiva limitada coincide con la formal. Está de acuerdo, por lo tanto, en que la tentativa comienza cuando el sujeto principia a ejecutar la conducta descrita por el tipo del delito consumado, pero introduce modificaciones significativas en el procedimiento para determinar el contenido de ese tipo y, consiguientemente, en la precisión de sus límites.

Es un mérito de esta concepción advertir que los tipos penales no describen meras causaciones de resultados, sino procesos con un sentido determinado por la finalidad del que los dirige, esto es, acciones. Ahora bien, las "causaciones de resultados" son instantáneas y, además, cuando se refieren a la misma consecuencia, idénticas ente sí; toda muerte de un hombre ocurre en un momento, y cada una de ellas es igual a cualquier otra de naturaleza semejante. En cambio, las acciones son multiformes y, por esta razón, pueden prolongarse más o menos, según se exterioricen de esta o aquella manera. Se puede matar a otro empleando un procedimiento complejo y dilatado, o asestarle una puñalada a causa de la ira que provoca, de súbito, su actitud. Se puede sustraer la cosa mediante un solo movimiento que aprovecha la ocasión inesperada, o acudiendo a recursos complicados que exigen una sucesión de operaciones preconcebidas.

Como es lógico, la ley no puede describir todas las formas de exteriorización posibles. El tipo, en consecuencia, se limita a presentar un esquema de conducta que, en la práctica, puede adoptar modos de realización dispares, cada uno de los cuales, sin embargo, satisface los rasgos generales contemplados por él.⁵² Resulta entonces que el contenido ejecutivo de los tipos es muy variable y depende de la forma en que el sujeto se haya propuesto consumir. Así, lo que lo determina para cada caso concreto es el plan individual del autor.⁵³ "La tentativa comienza con aquella actividad con la cual el autor, según su plan delictivo, se pone en relación inmediata con la realización del tipo delictivo".⁵⁴

Con este criterio, el campo de la ejecución adquiere una extensión temporal cambiante, que corresponde a la variabilidad de la estructura típica. De esta mane-

⁵¹ Sobre las limitaciones propuestas por aquel sector de la doctrina italiana que apoya este criterio, CURY, *Tentativa y delito frustrado*, 30, págs. 60 y sigts.

⁵² En el mismo sentido, WELZEL, 24, III, 3, pág. 264.

⁵³ Ibid. Sobre esta base, WELZEL atribuye a la concepción el carácter de "teoría objetiva individualizadora". De acuerdo con el texto, MAURACH, II, 41, I, B, pág. 179, la considera una "teoría de compromiso" que parte de la teoría subjetiva, aunque "ampliamente neutralizada por la incorporación de características objetivas o individualizadoras".

⁵⁴ WELZEL, 24, III, antes de 1, pág. 263.

ra, la teoría subjetiva limitada capta mejor la realidad de la ejecución, cuya estructura es multifacética, por lo que ha de ser "construida" en cada caso, pero no de un modo arbitrario, sino de acuerdo a la forma que el autor se propuso imprimirle.

A fin de aplicar correctamente la teoría subjetiva limitada, es necesario precisar la función que se atribuye a la voluntad del sujeto en esta operación.

Para determinar si la conducta desplegada constituye un "principio de ejecución del crimen o simple delito", el juez necesita saber si el sujeto se proponía cometer una acción punible, cuál y en qué forma. Pero esto no es suficiente. La comprobación de estos hechos sólo le proporciona el objeto sobre el que debe recaer la investigación. Por lo tanto, aunque esté acreditado sin lugar a dudas que el autor había resuelto consumir un cierto delito con unas ciertas modalidades, todavía no puede imputársele una tentativa. Para esto es menester determinar si con su conducta ha iniciado o no, objetivamente, la forma de ejecución de la acción descrita por el tipo del delito consumado que corresponde al modo de realización planeado por él.

Así, por ejemplo, si se encuentra acreditado en el proceso que A tenía la intención de matar a B instalando en la puerta de su casa un dispositivo que, al ser pisado por la víctima, accionaba el disparador de un revolver oculto entre el follaje del jardín, pero fue sorprendido cuando todavía rondaba por los alrededores de la casa, cargando los implementos requeridos para la colocación de la máquina infernal, el problema del principio de ejecución aún no está resuelto; sólo se cuenta con los antecedentes necesarios para plantearlo correctamente. En efecto, la cuestión consiste en decidir si la conducta desplegada por A antes de la interrupción inicia o no la ejecución del tipo "matar a otro mediante un dispositivo automático que dispara un revolver cuando lo pisa la víctima".

En suma, la referencia al "plan del autor" sirve para precisar las características específicas del tipo con que, en el caso concreto, debe compararse la acción ejecutada por el autor. Pero la determinación de los límites de aquélla, y el problema relativo a si ésta los ha traspuesto, sólo se decide en una segunda etapa y con arreglo a criterios objetivos.⁵⁵

f) Actos preparatorios y otras conductas preliminares sancionadas expresamente. **Proposición y conspiración**

En algunos casos la ley castiga expresamente conductas que no realizan parte alguna del tipo del delito consumado, adelantando de esta manera la protección penal del bien jurídico contra determinadas formas de atentado.⁵⁶

Desde el punto de vista técnico se puede acudir a diferentes procedimientos para consagrar la sanción de este tipo de conductas.⁵⁷ En primer lugar, es posible valerse de una extensión expresa y directa del tipo y establecer una pena para el que "prepara" su ejecución. En otros casos puede elevarse a la categoría de delito sui géneris a ciertas conductas más o menos específicas que preceden a la ejecución.⁵⁸

⁵⁵ Por esto habla WELZEL de una "teoría objetiva individualizadora". Véase supra, nota 53.

⁵⁶ Sobre las razones de esta decisión, CURY, *Tentativa y delito frustrado*, cit., 36, págs. 72 y sigts.

⁵⁷ Con detalle sobre este particular, MAURACH, II, 40, págs. 168 y sigts.

⁵⁸ En relación con las distintas formas de construir estos tipos, cuyo interés es más bien académico, MAURACH, II, 40, B, 2, pág. 170.