

LA TENTATIVA EN LOS DELITOS DE PELIGRO

Alberto Javier Vega Freitas¹

Sumario

1.- Introducción. 2.- Delitos de peligro y tentativa. 3.- Comienzo de ejecución.

4.-¿Es posible admitir la tentativa en los delitos de peligro?.

4.a.- Teorías Objetivas. 4.b.- Teorías Subjetivas y Subjetivas-Objetivas.

5.- Conclusiones.

1.- Introducción.

En nuestra vida profesional, vemos cómo se afirma con contundencia que los delitos de peligro no admiten tentativa, como si esto constituyera un dogma del derecho penal. El fundamento que básicamente se esgrime es que, si se castigara la tentativa en los delitos de peligro se estaría castigando el peligro del peligro, en definitiva un momento anterior al surgimiento del peligro de daño para el bien jurídico. En consecuencia, se entiende que se estaría ampliando mediante la tentativa de los delitos de peligro el ámbito de punición del Estado.²

Esto ha sido advertido por el Dr. Langón, que cuando analiza los “delitos imperfectamente realizados” expresa que, se dice muchas veces y “...es un apotegma consolidado, que no hay tentativa en los delitos de peligro, porque sería castigar el “peligro de un peligro”, con lo que nos alejaríamos demasiado del resultado lesivo para un bien jurídico concreto, que se busca evitar sancionando la conducta del que lo ponga en riesgo.”³

¹ Aspirante a Profesor Adscripto de Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad de la República.

² KISS, Alejandro, “Delito de lesión y delito de peligro concreto: ¿qué es lo “adelantado”?, Barcelona, enero de 2015, en www.indret.com.

³ LANGÓN CUÑARRO, Miguel. “Teoría del delito y de la pena.” Agosto 2011, Ediciones del Foro, Montevideo 2011, p. 230.

Por otro lado, advertimos que, existe una tendencia legislativa cada vez mayor hacia la creación de tipos penales, y por si esto fuera poco, en los mismos se tiende a adelantar el castigo a etapas o momentos anteriores a la consumación del delito de daño, con la creación de figuras penales que contienen la punición de la sola puesta en peligro del bien jurídico, mediante la creación de figuras de peligro. Este punto puede resultarnos novedoso, como una tendencia que tiene el legislador en la actualidad. Ahora bien, sin embargo resulta que este hecho ya era advertido a principios del Siglo XX por nuestro codificador, quien con una clara visión de futuro ya se planteaba un aumento de la tipificación de los delitos de peligro. En este sentido, al comentar el Código Penal expresaba que, "...Como el derecho penal se vuelve cada vez más preventivo, tienden a aumentar, proporcionalmente, las lesiones de peligro..."⁴

Lo expuesto recientemente despertó nuestro interés, ya que este punto puede tener consecuencias en la práctica, debido a que si es cierto el apotegma de que los delitos de peligro no admiten tentativa, inexorablemente deberíamos llegar a la conclusión de que, en los delitos de peligro, la conducta desplegada por el sujeto, o bien es delito o no lo es, sin admitirse entonces una zona de grises. Esto podría a su vez traer aparejado que, ante conductas delictivas en las cuales surja inexorablemente la clara intención del sujeto de cometer un delito (disvalor de acción) pero sobre la cual existieran dudas sobre su consumación (disvalor de resultado), el juzgador prefiera tipificar el delito y no dejarlo impune, ni tampoco tipificarlo como tentado, ya que esto último no sería posible.

Ante lo expuesto, nuestro trabajo apunta a conocer cuál ha sido el derrotero que ha seguido la tentativa de los delitos de peligro a lo largo del tiempo, para conocer si efectivamente debemos aceptar la premisa expuesta como válida o no.

⁴ IRURETA GOYENA, José, "Notas explicativas al Código Penal", Oficina de Apuntes del Centro de Estudiantes de Derecho", p.p 4-5.

2.- Delitos de peligro y tentativa.

En forma genérica, podemos entender que el delito es toda acción del hombre que se encuentra prevista por la ley como prohibida o no deseada, y respecto de la cual se establece una pena. Así entendido el delito es definido como toda acción, típica, antijurídica, culpable y punible.⁵ Es decir que, para que podamos hablar de la existencia de un delito debemos tener una acción u omisión del hombre que se encuentre descripta por la ley como prohibida o no deseada y que la misma le sea reprochable. En consecuencia, el delito es un proceso que se compone de distintas etapas, las cuales deben ser recorridas en su totalidad por el agente de la conducta para que se configure el mismo.

Desde antaño, tenemos que los delitos se dividen en delitos de daño y de peligro. Esta clasificación atiende al resultado que tiene la acción del sujeto que comete el delito, a través de la cual se puede ocasionar una alteración o modificación del bien jurídico tutelado por la norma, o en cambio, la posibilidad o probabilidad de la afectación del bien jurídico sin ser necesario en este caso que se produzca el daño. A su vez, se han subdividido estos delitos en peligro abstracto, donde solamente debe existir una potencialidad del peligro, y concreto, en donde es necesaria probar la existencia del peligro. La Doctrina ha señalado que en esta clase de delitos se castiga el peligro de daño que pueda sufrir el bien jurídico, por eso, como veremos más adelante, algunos autores entienden que el fundamento de la tentativa y de los delitos de peligro es el mismo. Es el peligro corrido por el bien jurídico.

Ahora bien, como expresáramos en párrafos más arriba, el delito es un proceso, compuesto por etapas, las cuales reciben el nombre de “iter criminis” (camino al delito). Estas etapas básicamente son dos y se encuentran profundamente vinculadas entre sí, ya que son dependientes una de la otra para que el sujeto cumpla su fin delictivo. Las dos

⁵ LANGÓN CUÑARRO, Miguel. Obra citada, p. 17.

etapas que se distinguen refieren a dos momentos distintos, pero que se encuentran estrechamente vinculados. Estas etapas son, una interna y otra externa. La interna, está conformada por un proceso que se lleva a cabo en la psiquis del sujeto que cometerá el delito, que abarca desde que nace en él la idea de la comisión del delito, la forma en la cual lo llevará a cabo, hasta el momento en el que el sujeto toma la resolución de cometerlo. La Doctrina habla de que esta fase se compone básicamente de la ideación, deliberación y resolución. La consecuencia práctica de esta etapa es que, en un Estado Democrático y Liberal de Derecho no puede ser castigada, de lo contrario estaríamos ante un Estado Autoritario. Las Constituciones de todos los países democráticos sientan este principio, tal como sucede en nuestro país con el artículo 10 de la Constitución de la República. Por otro lado, tenemos una etapa externa o lo que algunos autores denominan fase interna manifestada. Esta etapa se caracteriza porque el sujeto comienza a revelar la idea de que cometerá el delito, y está compuesta por todos aquellos actos o hechos que tienden a la consumación y posterior agotamiento del tipo penal. Al igual que la etapa anterior, en esta etapa vemos la existencia de distintos momentos que son, la resolución manifestada, actos preparatorios, consumación y agotamiento.

De todo lo expresado, la primera conclusión a la que debemos arribar es que el delito es entendido como un proceso que se compone de dos etapas y que la etapa interna en un Estado Democrático no es posible castigarla. Por lo cual, se desprende una segunda conclusión, y es que recién en la etapa externa es posible castigar el delito. Por eso, tarea no sencilla resulta el hecho de determinar en qué momento de esa etapa externa podemos comenzar a castigar el delito. La Doctrina mayoritaria ha sostenido que también es impensado en un Estado Democrático de Derecho castigar los actos preparatorios, ya que los mismos no significan el comienzo de ejecución del delito, sino

que recién podrá castigarse al sujeto cuando éste comience a realizar actos que impliquen un comienzo de ejecución del tipo penal, a través de la tentativa.

Y esto ¿por qué? En la mayoría de los países democráticos, encontramos en su legislación penal una parte general y una especial. En la parte especial tenemos la descripción de las conductas que el legislador ha entendido que se deben tipificar como delitos, como ocurre por ejemplo con el delito de homicidio, en el cual existe un artículo que prohíbe a un hombre quitarle la vida a otro hombre. En base ello, si un sujeto toma un arma y dispara contra su víctima de forma tal que le ocasiona la muerte, tendremos un homicidio consumado. Sin embargo, si el sujeto toma el arma y dispara contra su víctima de forma tal de ocasionarle la muerte, pero ésta pese a todo ello no ocurre, por causas independientes a su voluntad, no existirá homicidio consumado, sino tentativa de homicidio.

Y por qué ocurre ello? Porque como decíamos, en la legislación penal, además de una parte especial, encontramos una parte general, en la cual se establece una cláusula amplia aplicable a toda la parte especial, en la que se expresa que, además del delito consumado se castigará toda acción que persiga una finalidad delictiva, cuando exista un comienzo de ejecución y que sin embargo el delito no se consume por causas ajenas al dominio del autor. Y precisamente ahí tenemos visualizado cómo funciona la tentativa, la cual es posible tipificar como consecuencia de ese dispositivo amplificador que existe en la parte general de los códigos penales o legislación penal y que atrapa todas aquellas conductas desplegadas por el sujeto que tienen como objetivo la consumación de un delito pero por causas ajenas a la voluntad del sujeto no logran que el mismo se concrete.

En resumen, podemos expresar que, tanto los delitos de daño como de peligro, se consuman cuando tenemos una acción, típica, antijurídica, culpable y punible, en la

cual encontramos un disvalor de acción y un disvalor de resultado. Por lo tanto ambos son delitos de resultado, teniendo únicamente como diferencia que en los delitos de peligro el momento de la consumación se adelanta con relación a los delitos de daño. Asimismo, podemos afirmar que no existe el delito de tentativa, sino la tentativa de delitos, la cual puede ser tanto de delito de daño o de peligro, porque el dispositivo amplificador se aplica a toda la parte especial de los códigos.

3.- Comienzo de ejecución.

La tentativa determina el momento en el cual el Estado puede empezar a intervenir, excepto en determinados delitos en los cuales se castigan los actos preparatorios por ser de vital importancia para la subsistencia del Estado. Por eso, en la tentativa es importante el comienzo de ejecución, que refiere al momento en el cual el sujeto, por actos externos adecuados para la consumación del delito, empieza a manifestar su intención delictiva.

En la tentativa, al igual que en los delitos de daño y de peligro, tendremos una tipicidad objetiva y una subjetiva. La tipicidad subjetiva de la tentativa refiere a la intención del agente de la conducta de la realización del delito que se pretendía consumir y no fue consumado. Es decir, refiere a la intención del sujeto de cometer el delito, el cual no ha sido posible por causas ajenas a su voluntad. Al igual que en los delitos de daño y peligro, la Doctrina refiere a que existe un claro disvalor de la acción llevada a cabo por el sujeto y que la misma no se ve alterada por la no realización del resultado.

Por su parte, la tipicidad objetiva hace referencia a que, en la tentativa, el sujeto debió comenzar con la ejecución del tipo penal con actos adecuados para la consumación del delito, los cuales fueron interrumpidos por una causa externa ajena. En este punto, los autores señalan que, a diferencia de los delitos de daño y peligro, en la

tentativa, el tipo objetivo no se completa, ya que no se consigue el resultado y por lo tanto la consumación, sino que se comienza con la realización del tipo objetivo pero el sujeto queda a medio camino. Es importante tener presente que autores tales como Struensee expresan que en la tentativa, por lo tanto en los delitos, el acto de ejecución se corresponde con un “movimiento corporal voluntario” y que el mismo debe ser guiado por la voluntad. Por lo cual antes de la relación interior-exterior subyace otra relación que es interior-interior, en la que podemos distinguir la decisión del acto de voluntad. De esta manera tenemos que el sujeto interiormente cumple un proceso que estará compuesto de distintos momentos en los cuales primero se representa el hecho y luego los actos exteriores que irán completando esa representación. Por eso en la tentativa el tipo objetivo y subjetivo se encuentran desarrollados de manera imperfecta ya que ambos han quedado truncos.⁶ Sin embargo, la Doctrina ha señalado que “en la tentativa, en efecto, el elemento subjetivo o desvalor de acción está completo y terminado, lo que está imperfecto es el desvalor de resultado, que no se cumple en su totalidad (la víctima del ataque homicida o queda ilesa o lesionada pero no muerta, con lo que la intención de matar del agente no se perfecciona en el resultado).”⁷

Ahora bien, ¿cuándo estamos ante un comienzo de ejecución? En general tenemos varias teorías que intentan determinar ese momento, que serían la discrecional, la teoría objetiva formal y la material, la subjetiva y la teoría del plan individual (objetiva-subjetiva).

La discrecional, es la que toma en cuenta nuestro codificador, cuando expresa que es el Juez en cada caso el que deberá tomar en cuenta las circunstancias para determinar que se ha comenzado con la ejecución del delito.

⁶ STRUENSEE, Eberhard. “Dolo, tentativa y delito putativo” Editorial Hammurabi S.R.L, Buenos Aires, 1992, p.p 30-31.

⁷ LANGÓN CUÑARRO, Miguel. Obra citada, p. 239.

La teoría de los actos inequívocos, univocidad, que ha sido sostenida por Carmignani, quien ha sido seguido por Carrara, considera que se consuma la tentativa cuando el sujeto realiza actos que inequívocamente o ineludiblemente tienen por finalidad la comisión del delito tentado. Por ejemplo, amenazar a un sujeto para quitarle los bienes, no logrando la sustracción con apoderamiento por causas externas, sería tentativa de rapiña.

La teoría objetiva formal, dice que hay comienzo de ejecución, cuando el sujeto realiza actos que implican la inserción o penetración en el tipo penal. En esta teoría se entiende que existe tentativa cuando el sujeto empezó a realizar conductas que significan una conjugación del verbo nuclear, como por ejemplo cuando se empieza a sustraer un bien mueble con la intención de apoderamiento, se habrá penetrado en verbo nuclear del hurto.

La teoría objetiva material, plantea que el elemento material para saber cuándo estamos en el campo de la tentativa es el peligro corrido por el bien jurídico. En esta teoría encontramos también a Carrara, quien nos habló del pericolo corso, ya que consideró que el elemento material para determinar la existencia o no de la tentativa es el peligro real o concreto y próximo en relación a la producción efectiva del daño.

Por su parte Von Buri, (corriente subjetiva pura) señala que, para distinguir la tentativa de un acto preparatorio hay que tener en cuenta la opinión del sujeto que realiza la conducta, de esta forma se podrá determinar si estamos ante una fase previa o no.

Por último, tenemos la teoría del plan individual, que constituye una variante de la teoría objetiva formal con un aditamento subjetivo. En ella se establece que se deberá tener presente el plan concreto de autor. Hay que ver el plan que tenía el autor para cometer el delito. Cuando en ese plan concreto la conducta realizada es inmediatamente

anterior a la conducta tipificada, habrá tentativa. Aquí podríamos situar a Struensee, quien nos habla que el sujeto tiene un plan al hecho o decisión al hecho, que va a manifestarse a través de los actos de ejecución, por lo cual existe una relación interna-externa. Estos actos ejecutivos, a medida que se van desarrollando van a determinar a su vez la realización de la “decisión al hecho” que ha tenido el sujeto en su plan de autor, por lo cual, para saber si estamos ante una tentativa tendremos que conocer ese plan y ver si algunos de los actos que se han realizado implican el comienzo de ejecución del delito de acuerdo a ese plan. Por eso entiende que la diferencia entre el delito de tentativa acabado y el inacabado estará en el elemento subjetivo, que a diferencia de lo que sostienen muchos autores tampoco se encuentra completo al igual que el objetivo.⁸

Las teorías que hemos expuesto han servido de insumo para negar o admitir la tentativa, tal como veremos a continuación.

4.-¿Es posible admitir la tentativa en los delitos de peligro?

A esta altura de nuestro trabajo, estamos en condiciones de ir dando respuesta a la interrogante planteada, lo cual haremos analizando las diferentes y más relevantes teorías al respecto.

4.a.-. Teorías objetivas.

Como vimos, estas teorías objetivas ponen el centro de atención únicamente en la posibilidad de que el bien jurídico protegido por la norma sufra un daño (principio lesividad). Aquí encontramos posiciones contrapuestas.

En consecuencia, están los que niegan la tentativa en esta clase de delitos, expresando que, para la existencia de la tentativa debe existir un disvalor de resultado

⁸ STRUENSEE, Eberhard, obra ya citada, p.p. 32-45

de la conducta desplegada por el sujeto al igual que lo que acontece en los delitos de peligro. Por lo cual, si el bien jurídico no corre riesgo o el mismo es inexistente a pesar de que exista un disvalor de acción de importancia, aún mayor que el que pueda existir cuando se produce el disvalor de resultado, el delito debe quedar impune.

Esta teoría la podemos situar entre los autores antiguos los cuales han sostenido que la tentativa protege el peligro corrido por el bien jurídico al igual que lo realizan los delitos de peligro y que ambos constituyen un adelantamiento del castigo del peligro que sufre el bien jurídico. En estos autores vemos que el comienzo de ejecución del delito de daño, en el cual se podrá castigar la tentativa, coincidiría con el momento de consumación del delito de peligro. Por eso niegan la tentativa en los delitos de peligro, ya que el resultado no es una lesión sino un peligro, peligro corrido por el bien jurídico, y que por lo tanto no se puede penalizar un peligro de ese peligro, ya que de lo contrario se estaría aumentando la punibilidad.

En este sentido, Orestes Araújo cuando explica en su libro esta postura nos enseñaba que "...si el peligro, como expresara von Liszt, es un resultado que "sólo tiene importancia por su relación con otro estado no sobrevenido, pero conocido y no deseado por nosotros", explica tal negativa pues, siendo el fundamento del castigo de la tentativa, el peligro corrido por el bien penalmente protegido, el conato de un delito de peligro sería en resumidas cuentas la tentativa de una tentativa, o el peligro de un peligro, insuficiente para justificar cualquier sanción..."⁹

Como ya expresáramos, algunos autores equiparan el delito de peligro concreto consumado a la tentativa de un delito de daño. Esto es lo que planteaba Carrara, el cual entendía que las normas protegen exclusivamente bienes jurídicos, por lo cual si no existía una puesta en peligro de un bien jurídico protegido por una norma, no se podía castigar la tentativa. Entendía que el bien jurídico debía ser protegido por una norma

⁹ ARAÚJO, Orestes. "La tentativa", Montevideo 1958, p. 220.

que castigara su daño, y que la tentativa, en su caso también los delitos de peligro, lo que castigaban era un estadio anterior a la configuración del daño, es decir la existencia de una posibilidad real de que ese bien jurídico protegido por la norma sufriera una modificación o destrucción. Por eso, en lo que refiere a la tentativa, tiene como característica la no consumación del delito, por ese motivo, en los delitos que se castiga el daño, el bien jurídico tiene como resultado un daño, mientras que en los delitos tentados ese resultado falta, por lo cual se recurre a denominarlos delitos de peligro, en los cuales el resultado dañoso es sustituido por el resultado peligroso. Lo que ocurre si se admitiera la penalización de la tentativa de ese resultado peligroso, es que se estaría castigando la tentativa de la tentativa. Todo ello trae aparejado, según este autor, que no sea aceptable la prohibición de conductas que van más allá de la tentativa en los delitos de lesión, ya que ella sería la frontera mínima de punibilidad. Vemos acá como este autor entiende que el momento de la consumación del delito de peligro coincide con el momento en el que se comienza la ejecución de un delito de daño, momento a su vez a partir del cual se puede castigar la tentativa.¹⁰

También Arturo Rocco descartaba la tentativa, porque entendía que los delitos de peligro no producen un daño sino un peligro: “Los crímenes de peligro o de amenaza, precisamente porque producen un peligro, y no un daño, no admiten tentativa (crimen imperfecto)...”¹¹ En este mismo sentido, Jiménez de Asúa señalaba que la tentativa en los delitos de peligro ofrece grandes dificultades para configurarse, ya que, por ejemplo, en los delitos de peligro abstracto no se podría configurar la tentativa porque estos exigen la probabilidad de un riesgo y no es necesario caso a caso su prueba. Por lo cual antes de la probabilidad del riesgo no sería posible hablar de la

¹⁰ CARRARA, Francisco. “Teoría de la tentativa y de la complicidad”, Madrid, Carlos Bailly-Bailliere, 1877, p.p. 19-20.

¹¹ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, “Tratado de Derecho Penal”, Tomo III, El Delito, Tercera Edición Actualizada, Editorial Losada S.A., Buenos Aires, p. 477.

existencia de un riesgo. En este sentido señala que “desde luego no nos parece posible en los delitos de peligro abstracto, en que el tipo de delito no exige que se demuestre caso a caso el riesgo del bien jurídico (cf. supra. núm. 1082)”.¹²

Pero esta posición no es solamente sostenida por autores de la antigüedad, sino que en la actualidad encontramos autores que equiparan la tentativa a los delitos de peligro. En consecuencia, autores de la talla de Zaffaroni, entienden que la tentativa es una de las formas más genérica de adelantamiento de castigo. En consecuencia sostiene que “Hay tipos (a) que exigen lesiones para los bienes jurídicos (delitos de lesión) y (b) otros que, anticipando la tipicidad a momentos anteriores a la lesión, se conforman con exigir sólo el peligro para el bien jurídico (delitos de peligro). La tentativa es una forma específica de estos últimos: *la tentativa de delito sintetiza una fórmula general con la que se criminaliza en razón del peligro de lesión, o sea, peligro de las conflictividades lesivas en que el resultado se releva en tipo como requerimiento ineludible*. La tentativa, desde la perspectiva del bien jurídico, no se identifica pero tampoco difiere mucho de un delito doloso de peligro y, por ende, siempre su contenido injusto es menor que en un delito de lesión. En síntesis, la tentativa de delito es la más general de todas las anticipaciones punitivas, pero como a la vez señala el límite que el poder punitivo no puede exceder, su ámbito prohibido queda circunscripto por aquellas etapas del delito que conllevan el comienzo del peligro de lesión y llegan hasta el momento anterior a la consumación, en que se produce la efectiva lesión.”¹³ Sin embargo, este autor admite la tentativa en el caso de los delitos de peligro de omisión propia, ya que entiende que en determinados supuestos la tentativa es idónea, como por ejemplo cuando A se encuentra frente a B y decide no ayudarlo cuando la situación de peligro no

¹² JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, ídem obra citada, P. 478.

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Manual de Derecho Penal. Parte General”, Segunda Edición, Actualizado a diciembre de 2006, p.p. 637 y 638.

aumenta (ej. por encontrarse en un pozo), acá estaremos ante una tentativa inacabada. También entiende que la tentativa es posible en los delitos de omisión impropia, cuando el garante realiza el primer hacer distinto del debido, como por ejemplo el jefe de una torre de control que comienza a tomar para embriagarse.¹⁴ En esta línea, encontramos otro autor contemporáneo, Mir Puig, quien sostiene que las teorías que toman exclusivamente el bien jurídico para fundamentar la tentativa, son las que predominan en el derecho español. Este autor expresa que se inclina por esta perspectiva objetiva, la cual considera necesaria en un Estado democrático en el cual el derecho penal debe cumplir una función preventiva, por eso el “...Derecho debe penar comportamiento que *ex ante*, al realizarse, aparezcan como peligrosos para bienes jurídicos. La tentativa inidónea es peligrosa *ex ante* en la medida en que, para el espectador objetivo situado en el lugar del autor, hubiera podido no concurrir en ella la inidoneidad y producirse por su virtud el delito. La apariencia de idoneidad *ex ante* implica, por otra parte, la realidad de la *peligrosidad estadística* del hecho. Se trata de un *peligro abstracto*, a diferencia del *peligro concreto* que concurre en la tentativa idónea. Como en todo delito de peligro abstracto, no es preciso que un concreto bien jurídico haya resultado estar en peligro, sino que basta la “peligrosidad típica” de la conducta...”¹⁵

En definitiva, los autores expuestos anteriormente no admiten la tentativa de los delitos de peligro porque entienden que la tentativa es asimilable a un delito de peligro, por lo cual toda conducta que se pretenda castigar anterior a la consumación del delito de peligro, no puede ser castigada, en mérito a que el bien jurídico no ha corrido peligro, por lo cual sería actividad preejecutiva.

¹⁴ CAIROLI MARTINEZ, Milton Hugo, “El Derecho Penal Uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales”, Tomo II, Concursos, Iter Criminis, Pena. 3ra. Edición, marzo de 2003, FCU, p.p. 49 y 50.

¹⁵ MIR PUIG, Santiago, “Derecho Penal. Parte General”, 5ª. Edición, Barcelona, 1998, p.p. 346-347.

Sin embargo, dentro de la teoría objetiva, encontramos autores que si bien entienden que el fundamento de la tentativa debe radicar en la protección de bienes jurídicos al igual que los delitos de peligro, estos últimos admiten la tentativa, porque tanto los delitos de daño como de peligro, primero que nada son delitos de resultado, y por lo tanto, es posible que se castigue la tentativa, siempre y cuando la conducta pueda ser fraccionable. Así puede ocurrir que, analizando el plan de autor que tenía el sujeto, la conducta que vaya a desplegar para cometer el delito de peligro sea fraccionable, y por lo tanto, el comienzo de ejecución no coincida con el momento de consumación del delito de peligro. Encontramos que tanto los autores nacionales como extranjero ponen algunos ejemplos de delitos de peligro que admiten tentativa. Los ejemplos que dan los autores de delitos de peligro que admiten tentativa son, los delitos de estafa, disparó con arma de fuego y acometimiento con arma apropiada, entre otros.

En este sentido Irureta Goyena entiende que es admisible la tentativa en los delitos de peligro, y pone como ejemplo la persona que en el momento de tirar contra otro un golpe con un puñal sin la intención de matar o producir una lesión, alguien le detiene el brazo.¹⁶ En igual sentido, Viada y Villaseca, cuando analizan un caso de disparo de arma de fuego frustrado, expresan que el “El Tribunal Supremo ha resuelto la afirmativa “Considerando que habiéndose probado en la causa que el procesado apuntó y disparó directamente con una pistola cargada contra su adversario, sin que afortunadamente saliese el tiro, es evidente que el hecho quedó frustrado por causas independientes de la voluntad del agente, debiendo ser castigado con la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la Ley...”¹⁷

También encontramos autores antiguos de prestigio como Bettiol y Maurach, los cuales sostenían que en esta clase de delitos se admite la tentativa. En el caso de este

¹⁶ IRURETA GOYENA, José, “El delito de homicidio”, Montevideo, Peña Hnos. Imp., 1920, p. 303.

¹⁷ VIADA Y VILLASECA, “Código Penal Reformado de 1870”, Cuarta Edición, Tomo III, p. 49.

último, señalaba que no habría inconvenientes en admitir la tentativa de un delito de peligro, ya que los delitos de lesión al igual que los delitos de peligro son delitos de resultado, susceptibles de ser cometidos en grado de tentativa.¹⁸

En definitiva, los autores que ponen el acento del fundamento de la tentativa en la protección de bienes jurídicos, se encuentran divididos en cuanto a la admisibilidad de la tentativa en los delitos de peligro.

4.b.- Teorías subjetivas y subjetivas-objetivas.

Por otra parte, tenemos autores que entienden que es de principio en la tentativa que la conducta del sujeto sea incapaz de lesionar el bien jurídico, de lo contrario estaríamos hablando de delito consumado. Lo importante en la tentativa es tener presente los elementos subjetivos. En efecto, en la tentativa se debe tener presente el disvalor de la acción del sujeto (elemento subjetivo), ya que el disvalor de resultado puede llegar a ser muy tenue (elemento objetivo), y sin embargo sea necesario castigar la conducta del sujeto por haber existido una intención-decisión de consumación del delito que contenga un disvalor de acción importante, con el cual se haya comenzado la ejecución con actos externos pero sin embargo el resultado sea casi inexistente o muy tenue.

En este sentido, encontramos autores antiguos como V. Buri que defienden una posición “subjetiva pura” expresando que “...el concepto de tentativa implica el de inidoneidad. Por definición, un delito tentado es incapaz de causar lesión del bien jurídicamente protegido pues, si fuese de otra manera, el hecho punible se habría consumado...”.... “...Para este punto de vista, por lo tanto, el “peligro” es un concepto vacío. Las acciones causan o no un daño al objeto de protección...”. Por lo tanto “...el

¹⁸ MAURACH, Reinhart, “Tratado de derecho penal”, Tomo II, Ediciones Ariel, Barcelona, P.184.

fundamento de la incriminación de la tentativa no se encuentra en el “peligro” que la conducta hizo correr al bien jurídico. Al amenazarla con una pena, el derecho adopta una decisión más radical. Alejándose completamente del objetivismo, que lo obligaría a sancionar sólo resultados lesivos y prescindir de la intención manifestada, se resuelve a castigar la voluntad rebelde al ordenamiento, cualesquiera sean la forma en que se exterioriza y el resultado alcanzado.”¹⁹ Esta postura ha tenido el apoyo durante años de la jurisprudencia alemana y los clásicos españoles, pero sin embargo la Doctrina alemana la combatió.

A criterio de Cury, esta concepción adolece de un inconveniente desde la causalidad, lo que termina despojando al derecho de toda finalidad práctica transformándolo en una telaraña de prohibiciones. En definitiva, en la civilización actual “...nadie aspira a la tutela de la obediencia por la obediencia, sino a un régimen racional que preserve los valores comunes y fundamentales, contra actos capaces de quebrantar la confianza en su vigencia.”²⁰

Una concepción subjetiva también es sostenida por Welzel (teoría del disvalor de acción), que establece como fundamento de la tentativa la voluntad contraria a derecho manifestada, es decir que el sujeto realice la conducta prohibida. Claramente se pone el acento en el disvalor de la acción, sosteniendo que el disvalor de resultado solo tiene una importancia secundaria, en cuanto debe ser la finalidad que persiga la conducta. Estas teorías han tenido una renovación en las últimas décadas del Siglo XX con la subjetivización del injusto y el funcionalismo. Zaffaroni señala que quienes se

¹⁹ CURY URZÚA, Enrique, “Tentativa y delito frustrado”, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, noviembre 1977, p.p. 158-159.

²⁰ CURY URZÚA, Enrique, obra citada, p.p. 161-162.

inclinan por este fundamento tienen como base la punición del ánimo del sujeto y la extensión del ámbito punible.²¹

Por otro lado, Litz partidario de una concepción subjetiva, pone el acento en el peligro que debe existir en la tentativa, pero no haciendo depender ese peligro de la capacidad causal real que tienen los actos para lograr el resultado, sino en la representación que razonablemente podía tener el sujeto en el momento de actuar.

Por último, debemos destacar la posición sostenida por Cury, quien tomando como objeto del derecho penal la búsqueda de la convivencia pacífica de los sujetos y basándose para ello en las concepciones subjetivas de Welzel y Litz, propone que debe ser penalizada toda conducta del sujeto que tenga la intención de consumación del delito, cuya ejecución del hecho típico se encuentra incompleta, siempre y cuando la acción incompleta haya sido capaz de crear en el observador razonable la impresión de que se ha afectado con ella o puesto en peligro el sistema de valores fundamentales existente en un Estado Democrático de Derecho. Así expresa este autor, citando a Mezger que “...*debe ser sancionada toda actualización de la voluntad que signifique la iniciación o ejecución parcial de la forma de conducta prohibida por el tipo de injusto si, atendidas las circunstancias cognoscibles para un observador razonable, es capaz de disminuir el respeto del grupo social por los valores elementales de acción, o de quebrantar su confianza en el sistema de protección que se les ha otorgado.*”²²

Por eso para este autor la conducta desplegada será ilícita si existe un disvalor de acción pero la existencia efectiva de ese disvalor de acción va a estar determinada por la impresión de un observador común de que la misma afecta o pone en peligro el sistema de valores de la sociedad.

²¹ ZAFARRONI, Eugenio Raúl, ídem obra citada, p. 640.

²² CURY URZÚA, Enrique, obra ya citada, p.p. 175

En definitiva para este autor, los delitos de peligro, al igual que los delitos de daño, tienen por finalidad primera el acatamiento de las normas, y en segundo lugar, la probabilidad de un riesgo para los bienes jurídicos. En este sentido ha expresado que al “... Igual que el de daño, los delitos de peligro tienen por finalidad primordial asegurar el acatamiento de los súbditos a los valores elementales de acción, y sólo en segundo término impedir la causación de un riesgo para el bien jurídico. Por consiguiente, también en este caso la ejecución incompleta de la conducta típica es portadora de un disvalor de acción inmediato, aunque en el aspecto causal sólo implique la creación de un peligro de peligro para el objeto de protección, de manera que su disvalor de resultado es tenue. Esto último generalmente ya se ha expresado en la selección de la pena amenazada para el delito consumado y puede, además, tomarse en cuenta cuando se determina la que debe aplicarse en el caso concreto; pero de ninguna manera debe invocarse para justificar la impunidad de la tentativa.”²³

5.- Conclusiones.

Los autores que ponen el acento del fundamento de la tentativa en elementos objetivos, como es la protección del peligro corrido por el bien jurídico, se muestran divididos sobre la posibilidad de aceptar o negar la tentativa en los delitos de peligro. En cambio, los autores que fundamentan la tentativa en elementos subjetivos u objetivos-subjetivos, como la voluntad del sujeto o lo disvalioso de la conducta del sujeto, no dudan en afirmar que en los delitos de peligro es posible la tentativa, ya que la intención del sujeto es la que se toma en cuenta aunque el resultado resulte tenue.

La tentativa supone un adelantamiento de la consumación, al igual que lo que ocurre en los delitos de peligro, sin embargo puede ocurrir que la consumación del delito de peligro no coincida con el comienzo de ejecución de la tentativa, lo que ocurrirá siempre y cuando el sujeto haya comenzado con la realización de actos

²³ CURY URZÚA, Enrique, obra ya citada, p.p. 185-186.

externos y su actuación pueda ser cumplida en forma fraccionada. Por eso toda conducta fraccionable prevista en un delito de peligro puede ser castigada a título de tentativa, siempre y cuando, analizado el plan del autor, los actos externos impliquen un comienzo de ejecución.

En definitiva, de lo expuesto surge que no resultaría válido el apotegma de que los delitos de peligro no admiten tentativa. Por el contrario, el apotegma válido es que los delitos de peligro admiten tentativa, salvo excepciones, las cuales surgirán en el análisis particular de cada uno de los casos a estudio.

Bibliografía

- 1) LANGÓN CUÑARRO, Miguel. “Teoría del delito y de la pena.” Agosto 2011, Ediciones del Foro, Montevideo 2011.
- 2) IRURETA GOYENA, José, “Notas explicativas al Código Penal”, Oficina de Apuntes del Centro de Estudiantes de Derecho”.
- 3) STRUENSEE, Eberhard. “Dolo, tentativa y delito putativo” Editorial Hammurabi S.R.L, Buenos Aires, 1992.
- 4) ARAUJO, Orestes. “La tentativa”, Montevideo 1958.
- 5) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, “Tratado de Derecho Penal”, Tomo III, El Delito, Tercera Edición Actualizada, Editorial Losada S.A., Buenos Aires.
- 6) ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Manual de Derecho Penal. Parte General”, Segunda Edición, Actualizado a diciembre de 2006.

- 7) CAIROLI MARTINEZ, Milton Hugo, “El Derecho Penal Uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales”, Tomo II, Concursos, Iter Criminis, Pena. 3ra. Edición, marzo de 2003, FCU.
- 8) IRURETA GOYENA, José, “El delito de homicidio”, Mdeo, Peña Hnos. Imp., 1920.
- 9) VIADA Y VILLASECA, “Código Penal Reformado de 1870”, Cuarta Edición, Tomo III, p. 49.
- 10) MAURACH, Reinhart, “Tratado de derecho penal”, Tomo II, Ediciones Ariel, Barcelona.
- 11) CURY URZÚA, Enrique, “Tentativa y delito frustrado”, Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, noviembre 1977, p.p. 158-159.
- 12) CARRARA, Francisco. “Teoría de la tentativa y de la complicidad”, Madrid, Carlos Bailly-Bailliere, 1877.
- 13) KISS, Alejandro, “Delito de lesión y delito de peligro concreto: ¿qué es lo “adelantado”?”, Barcelona, enero de 2015, en www.indret.com.