

- 472 Existe la relación entre *tipos básicos*, calificados y privilegiados. Los primeros contienen la descripción que sirve de base a otros tipos derivados, como sucede con el homicidio simple (art. 123). Los *tipos calificados* agregan al tipo básico otros elementos que fundan la agravación de la pena (por ejemplo, el parricidio, art. 131) y los *tipos privilegiados* añaden al tipo básico circunstancias que determinan la atenuación de la pena (por ejemplo, el infanticidio, art. 129). Además, se debe distinguir los denominados *tipos legales sui generis*. Son, también, elaborados a partir de un tipo básico; pero tienen autonomía debido a la manera cómo han sido concebidos (por ejemplo, la inducción o ayuda al suicidio, art. 128).

### § 3. Tipo legal ampliado: proceso ejecutivo del delito

#### A. Nociones generales

- 473 En los tipos legales, el legislador describe una fracción de la actividad de una persona determinada. Con este objeto, señala las características que debe reunir dicha acción para ser calificada de delictuosa y para que su autor se haga merecedor a una pena. Así, por ejemplo, el art. 123, prevé: "comete homicidio quien diere muerte a alguna persona". La realización de esta infracción es instantánea, pero su ejecución implica, en la mayor parte de los casos, todo un proceso que se inicia con la toma de decisión por parte del agente y que culmina, finalmente, con la muerte de la víctima. A este proceso ejecutivo se le denomina *iter criminis*. A las dos etapas extremas, señaladas anteriormente y denominadas *deliberativa* y *consumativa*, respectivamente, debemos agregar dos fases intermedias: la de los *actos preparatorios* y la de la *tentativa*.
- 474 La primera etapa, que culmina con la toma de decisión de cometer la infracción, se desarrolla en el mundo interno del agente. Los actos preparatorios son la primera manifestación exterior de tal resolución criminal y cuya culminación será la consumación de la infracción.

- 475 No se discute la imposición de una pena al agente responsable de todo este proceso. Tampoco, la impunidad de quien sólo se limitó a deliberar sobre las posibilidades de cometer un delito, aun cuando haya tomado la decisión de ejecutarlo y lo haya comunicado a terceros, pero sin llegar a materializarla mediante actos concretos. Sólo recurriendo a métodos inquisitivos puede reprimirse la pura idea o voluntad criminal. El debate se ha intensificado, por el contrario, respecto a la conveniencia de reprimir los actos preparatorios. Esta situación ha sido provocada por la necesidad de combatir eficazmente ciertas formas peligrosas de criminalidad, por ejemplo, terrorismo, tráfico de drogas, delitos económicos.
- 476 En la actualidad, existe unanimidad respecto a la represión penal por actos que no culminan en la consumación del delito planeado y, asimismo, a que es indispensable que la resolución criminal se exteriorice a través de actos que permitan su constatación. La discusión surge cuando se trata de señalar desde qué momento procede la intervención penal. En dos aspectos esenciales se centra el debate. El primero, es el fundamento de la punibilidad de los actos anteriores a la fase consumativa. Y, el segundo, el criterio para distinguir entre tentativa y actos preparatorios.

### **B. Fundamento de la punibilidad de los actos no consumativos**

- 477 En la doctrina se dan dos criterios opuestos sobre el fundamento de la punibilidad de los actos no consumativos. Se trata de la teoría objetiva y de la teoría subjetiva. Su consecuencia inmediata es, justamente, extender o restringir el número de casos que deben ser considerados como tentativa.
- 478 De acuerdo con la *teoría objetiva*, sólo los hechos materiales que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos penalmente protegidos, pueden ser sancionados. De modo que los actos que exteriorizan una resolución delictiva no deben ser reprimidos sino desde el momento en que constituyen un peligro para el bien jurídico.

- 479 Los defensores de la *teoría subjetiva* sostienen que la voluntad criminal es la base de la represión penal. Los actos exteriores no son sino una manifestación de tal resolución, y, por tanto, de la peligrosidad personal del agente o de su voluntad. Que los actos exteriores sean o no peligrosos, en relación al bien jurídico protegido, no es relevante para fundamentar la represión penal.
- 480 Demás está señalar que estas teorías opuestas conducen a soluciones extremas. La objetiva, a una restricción exagerada de la represión penal, y, la subjetiva, a una peligrosa ampliación. La primera, pone en peligro la seguridad jurídica porque deja de lado actos que deberían ser reprimidos; la segunda, porque su consecuente aplicación comportaría la represión de la pura voluntad criminal, que hemos rechazado.
- 481 Para evitar los efectos extremos de ambas teorías, se sostiene, con más frecuencia, un criterio intermedio, conforme al cual se tiene en cuenta el elemento objetivo para limitar los alcances del puro concepto subjetivo.
- 482 La voluntad es considerada propiamente como la base de la represión; mas debe concretarse en el mundo externo. La actividad externa no determina su sentido o calificación delictiva, sino que, justamente, a través de ella se expresa la voluntad. De esta manera, la consumación y la tentativa tendrían que ser reprimidas en base al elemento subjetivo, que se encuentra en el centro del derecho penal: no hay pena sin culpabilidad. Al estudiar las diferencias entre tentativa y actos preparatorios, veremos en detalle los elementos de carácter objetivo empleados para limitar la concepción subjetiva.
- 483 El hecho de admitirse la llamada tentativa imposible (art. 15), implica reconocer que el fundamento de la represión de la tentativa es, en primer lugar, el elemento subjetivo. Según dicha disposición se sanciona, aunque con una medida de seguridad, al agente que, "con medios normalmente inadecuados o sobre un objeto de tal naturaleza", hubiera intentado cometer un delito cuya consumación "resulta absolutamente imposible". Por no existir en este caso una

real puesta en peligro del bien jurídico, los partidarios de la concepción objetiva lo excluyen del dominio de la represión penal.

- 484 Si bien es cierto que el legislador adopta la concepción subjetiva como punto de partida, base de la represión, no la considera el único criterio para reglamentar la sanción o para distinguir entre los actos preparatorios y la tentativa.

## C. Tentativa en la legislación

### a. Introducción

- 485 En el Título II del Libro Primero del Código Penal, primero, se define la tentativa (art. 14) y, segundo, se regulan diversas formas de tentativa. Se parte, sin embargo, de la noción de *delito consumado*. Según el art. 13, la consumación se presenta "cuando concurren todos los elementos de [la] tipificación [del delito]". Luego, se definen, de un lado, la *tentativa imposible* (art. 15) y el *desistimiento* (art. 16) y, de otro lado, la *conspiración* y la *proposición* (art. 17).
- 486 Según el art. 14, existe tentativa "cuando con el fin de cometer un delito, se comienza su ejecución por actos exteriores, idóneos y no se consuma por causas independientes a la voluntad del agente". De esta noción se deduce que debe constatarse, primero, la voluntad del agente tendiente a la realización de una infracción; segundo, la exteriorización de esa voluntad en actos materiales que deben consistir, al menos, en el comienzo de la ejecución de los "actos idóneos" y, por último, que no se consuma la infracción por causas ajenas a la voluntad del agente.

### b. Elemento subjetivo

- 487 El elemento subjetivo de la tentativa consiste en la intención dirigida a la realización de un tipo legal. Como en el delito consumado doloso, el agente debe tener la representación de la infracción a cometer y la voluntad de ejecutarla. Como consecuencia, subjetivamente, la tentativa es idéntica al delito doloso consumado. La mayor parte de los

autores identifican el dolo como el elemento subjetivo de la tentativa, sean partidarios o no de la teoría finalista de la acción

488 Se hace referencia a este elemento subjetivo, cuando se alude expresamente, en el art. 14, al "fin de cometer un delito" o se dice, en el art. 16, que "el autor desiste voluntariamente de realizar todos los actos". Sólo puede desistirse de algo, quien tiene la voluntad de realizarlo. Intentar no implica otra cosa que tener la intención de hacer algo.

489 En razón de que, justamente, el agente debe proponerse como fin la producción de un tipo legal, sólo puede darse la tentativa en los delitos dolosos; lo que es imposible en el caso de delitos culposos. Por el contrario, es suficiente que el agente actúe con dolo eventual, en tanto que el tipo legal no exija más para su realización.

### **c. Elemento objetivo: comienzo de ejecución**

490 El elemento objetivo de la tentativa es indicado mediante la siguiente fórmula: "se comienza su ejecución por actos exteriores idóneos" (art. 14). De este modo, se excluye, en primer lugar, una concepción puramente subjetiva de la tentativa; luego, se subraya la necesidad de que la voluntad criminal se exteriorice mediante ciertos actos; y, por último, se trata de señalar un criterio que permita determinar en qué deben consistir tales actos.

### **d. Criterio formal objetivo**

491 Lo que debe comprenderse por comienzo de ejecución es una cuestión muy discutida. Del criterio que se adopte respecto al fundamento de la punibilidad de la tentativa dependerá en mucho los alcances que se reconozcan a tal fórmula. La decisión que se tome no depende solamente de criterios lógico - sistemáticos, sino también de muchas otras consideraciones relacionadas con la concepción del derecho penal, de la pena, y de la política criminal que se sostenga.

492 Desde un punto de vista objetivo, se ha afirmado, primero, que existe comienzo de la ejecución del delito cuando el agente realiza actos que caen dentro del tipo legal; es decir, que inicia la actividad mencionada

por el verbo rector del tipo legal. En el delito de hurto (art. 246), por ejemplo, se daría tentativa cuando el agente comienza a "tomar" la cosa mueble ajena, pero no logra disponer de ella (apoderarse); en el delito de estafa (art. 263), cuando el agente ejecuta el ardid o engaño, sin lograr inducir a error a la víctima o que se desprenda en su favor de parte de su patrimonio; en el delito de violación (art. 173), cuando el delincuente ejerce violencia o amenaza sobre la víctima, sin lograr yacer con ella.

- 493 La fórmula empleada por el legislador se vincula estrechamente con esta concepción, cuyas ventajas son su completa adecuación al principio de legalidad (debido a su directa referencia al tipo legal), su aparente claridad y simplicidad en la aplicación. Sin embargo, es de observarse que esta concepción conduce a una interpretación demasiado formal de la ley y a una restricción excesiva de la represión, que desde un punto de vista de política criminal es inaceptable. Así, por ejemplo, no sería de reprimir al agente que, con la intención de robar, se introduce al domicilio de la víctima, pero, sin llegar a tomar la cosa mueble por haber sido descubierto. Además, se debe destacar, en relación con la técnica legislativa, que la elaboración de los tipos legales es frecuentemente hecha sin tener en cuenta las consecuencias respecto a la tentativa. Razón por la cual, es inconveniente hacer depender, totalmente, del tipo legal lo que debe comprenderse por "comienzo de la ejecución por actos exteriores". El legislador no indica, con frecuencia, cuál es el inicio de la acción. En el tipo legal de homicidio se limita a decir, por ejemplo, quien diere muerte a alguna persona. ¿Cuándo debe reputarse que comienza el agente a dar muerte? ¿Cuándo dispara con el revólver hacia la víctima; cuándo apunta, o ya desde que la esperaba para atentar contra ella?

#### **e. Fórmula de Frank y ensayos para precisarla**

- 494 En la doctrina y con el fin de superar las desventajas de la teoría formal objetiva, se han buscado nuevos criterios. A modo de comprender como tentativa actos que se encuentran fuera del tipo legal; que no pueden ser considerados, propiamente, como una parte

de la acción típica. Un paso decisivo en este sentido lo constituye la tesis de Frank, según la cual es de considerar que existe ya un "principio de ejecución en todos los momentos de actividad, que en virtud de su necesaria conexión con la acción típica aparecen como partes integrantes de ella según la concepción natural". Contra este criterio se ha destacado su amplitud e indeterminación: la noción de *concepción natural* es considerada vaga y la de *necesaria conexión* produce consecuencias diversas en la medida en que sea determinada según un criterio objetivo o subjetivo. Para concretar la fórmula de Frank, algunos autores han considerado que debe afirmarse que se inicia la ejecución del delito, cuando el acto realizado representa un peligro directo para el bien jurídico protegido. Si tal es el caso, será determinado conforme al plan de acción del agente, quien es el único que decide como será ejecutado el acto (teoría formal-objetiva individual). Así, la instalación de un mecanismo para provocar un incendio será considerado acto preparatorio o tentativa, según si el agente planeó que su puesta en marcha sería la obra de un tercero (*intermediario de buena fe*) o la suya propia o la de un coautor. En este último sólo deberían considerarse actos preparatorios.

- 495 Con el fin de evitar las imprecisiones que implica el recurrir al concepto de peligro, diversos autores admiten que se comienza la ejecución de un delito cuando el agente realiza una acción inmediatamente anterior a la plena realización de todos o algunos de los elementos del tipo legal. Dicha acción debe, según la experiencia general, aparecer como formando parte del comportamiento típico. Esta concepción de la tentativa ha sido incorporada en el Código Penal alemán (§ 22).
- 496 Este último criterio es, en principio, el más conveniente para distinguir los actos preparatorios de la tentativa. El texto de la ley no se opone a su admisión; por el contrario, el recurrir a los elementos objetivos y subjetivos que implica tal criterio, concuerda con la orientación de la que partió el legislador. Además, conserva la indispensable referencia al tipo legal, factor esencial de nuestro derecho penal.

- 497 El indicado criterio no tiene, evidentemente, un valor absoluto; ni debe ser tomado como una fórmula en la que bastará subsumir el caso a juzgar para saber si se trata de una tentativa y no de un acto preparatorio. Cada caso debe ser analizado en la perspectiva del tipo legal que el agente se propuso realizar.

#### **f. Criterio subjetivo**

- 498 Los defensores de la denominada **teoría subjetiva pura** sólo tienen en cuenta la voluntad del agente, lo que los conduce a ampliar excesivamente la tentativa. Una variación de esta concepción la constituye el criterio defendido por algunos autores, según los cuales se dará "comienzo de ejecución, es decir tentativa, cuando el acto ejecutado por el agente, en lo que le concierne y de acuerdo con su representación, constituye el paso decisivo en la ejecución de su resolución criminal". No se tiene en cuenta, pues, el acto en sí, sino lo que significa para su autor en el proceso de realización de la infracción.
- 499 En todo caso, no olvidemos lo afirmado por Stratenwerth: "los esfuerzos para precisar en una fórmula los límites entre la preparación y la tentativa parecen ser vanos, como lo demuestra la historia dogmática del último siglo y medio".

#### **g. Idoneidad de la acción**

- 500 Según el art. 14, los actos exteriores deben ser idóneos. Esta regulación recuerda al art. 56, pf. 1, del Código italiano, en el que se habla de "actos idóneos, dirigidos de manera inequívoca a cometer un delito". Si los actos no son idóneos, se da la tentativa imposible (art. 15). Pero en el art. 15, se exige, igualmente, la realización de actos exteriores, inidóneos (sea por los medios normalmente inadecuados o por el objeto inapropiado) para definir la tentativa imposible. De esta manera, en ambos casos es indispensable una acción exterior sea o no idónea.
- 501 Considerar la idoneidad de la acción en tanto elemento de la tentativa, es debido, en parte, a que se acepta la concepción objetiva de la



tentativa. De allí que se sostenga que "si el sujeto activo desarrolla una actividad inocua desde el punto de vista de su posibilidad de culminar con un hecho típico, de una manera general podría afirmarse que no ha nacido, para los efectos jurídicos, sino una intención de consumir un acto típico, porque el propósito interno no ha sido seguido por una exteriorización material en relación con aquel. Habría una desconexión entre la intención del sujeto y la manera como obra, lo que haría a aquella irrelevante para el derecho". En esta argumentación, si bien se tiene en cuenta el elemento subjetivo, se le hace depender de la naturaleza de los actos exteriores ejecutados. De ser éstos no idóneos, la voluntad delictiva devendría sin importancia para el derecho penal.

- 502 Este criterio no concuerda con la regulación de la tentativa imposible. Como lo veremos más adelante, en este caso a pesar de la no idoneidad de los actos cometidos, se tiene en cuenta la voluntad expresada mediante tales actos. Dicha voluntad sirve de fundamento de la medida de seguridad a la que deberá ser sometido el agente. El elemento subjetivo es el que predomina.

#### **h. No realización de la consumación**

- 503 El tercer elemento de la tentativa es de carácter negativo y consiste en la no consumación de la infracción, ya sea debido a causas independientes de la voluntad del agente o a su desistimiento voluntario.
- 504 Se dice que un delito se ha consumado "cuando concurren todos los elementos de su tipificación"; es decir, cuando se han realizado todos los elementos constitutivos del tipo objetivo y del tipo subjetivo. Se trata, pues, de un criterio puramente formal, ya que lo determinante es la manera como ha sido concebida legalmente la infracción. Para que se dé tentativa debe, justamente, permanecer incompleto el aspecto objetivo de la infracción. Esto sucede cuando no se realiza toda la acción delictuosa o cuando efectuada ésta, no se produce el resultado criminal (lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico).

505 De ahí que con toda corrección se diga que la tentativa y el delito consumado son iguales en lo que concierne al aspecto subjetivo (intención dirigida a producir la infracción), pero que son diferentes en cuanto al aspecto objetivo, ya que éste se da imperfectamente en la tentativa. De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, podemos decir que tentativa es una acción, que si al menos constituye un "comienzo de ejecución" (aun con medios o contra un objeto no idóneo) no llega a realizar el tipo legal perseguido.

### **i. Causas que impiden la consumación**

506 La imperfección objetiva de la tentativa puede deberse tanto a la interposición de un obstáculo o impedimento ajeno a la voluntad del agente, como al desistimiento voluntario de éste. Cuando un obstáculo o impedimento, ajenos a la voluntad del agente, detienen el curso de los acontecimientos que éste ha puesto en marcha, no puede haber tentativa (propiamente dicha), pues la ausencia de tales obstáculos o impedimentos significa que el agente eligió una actividad inadecuada para su propósito o que no mantuvo su resolución inicial, casos en los cuales nos encontraríamos con una tentativa imposible o un desistimiento (caso especial de tentativa), respectivamente.

507 Como consecuencia, si el agente desiste de continuar cometiendo su acción criminal o cuando interviene espontáneamente, luego de haber ejecutado la acción delictuosa, para evitar que se produzca el resultado de esta su acción, también comete tentativa. Es decir, una acción tendiente a la consumación de un tipo legal. El desistimiento o el arrepentimiento, no determinan la desaparición de la tentativa, sino que influyen de manera determinada en su penalidad.

508 La interpretación sistemática de las disposiciones del Código impide considerar como tentativa sólo los casos en que la no consumación de la infracción sea debida a causas independientes de la voluntad del agente. La opinión contraria contradice el texto mismo de las disposiciones legales.

509 Admitir el criterio por nosotros expuesto, no significa que se contradiga la afirmación de que el elemento subjetivo de la tentativa

debe ser completo. Justamente, se trata de lo contrario. El desistimiento y el arrepentimiento comportan, precisamente, el abandono de la voluntad criminal. En el caso del *agente provocador*, que no busca la consumación de la infracción, no puede hablarse de desistimiento ni de arrepentimiento.

#### **j. Tentativa y delito agotado**

- 510 Como en el elemento subjetivo de la tentativa, la referencia a un tipo legal es también un factor esencial en la determinación del elemento objetivo. Ya hemos visto que la consumación es un concepto formal, pues consiste en saber si el tipo legal ha sido realizado de manera completa. Debe ser distinguida de la noción de *agotamiento* del delito, que es de carácter material e interviene cuando el agente alcanza el fin último que se había propuesto (por ejemplo, en el caso del chantajista que disponga del dinero obtenido ilícitamente).

#### **k. Delito imperfecto**

- 511 Comparada la tentativa con el delito doloso consumado aparece, objetivamente, como un *delito imperfecto*. Imperfección consistente en la falta de uno de los elementos objetivos del tipo legal. Esta realidad hace posible que el legislador establezca, en disposiciones generales, la represión de la tentativa, sin tener que hacerlo en cada una de las disposiciones de la parte especial. Tales normas genéricas son, debido a la técnica legislativa empleada, subordinadas, dependientes de las prescripciones que contienen los tipos legales. Sin embargo, esto no significa que la tentativa, considerada en sí misma, sea una forma delictiva accesorio o secundaria. Una vez cometida, el agente se hace acreedor a una sanción. Con razón se afirma de que no se trata de una parte de un hecho penal, sino de un hecho penal en sí, que consiste en la ejecución parcial de un delito. Por lo que no es de decir: "comete tentativa de un hecho punible quien...", sino "comete hecho punible, quien trata de realizar un delito...".
- 512 A pesar de que el legislador fija la pena de la tentativa en relación con la que corresponde al delito consumado, generalmente en grado menor, no se puede sostener que estemos frente a una "circunstancia

atenuante". Sólo es un problema de técnica legislativa.

## **D. Actos preparatorios**

### **a. Noción**

- 513 Luego de haber fijado en qué consiste la tentativa, estamos en condición de referirnos a los actos preparatorios. Deben ser considerados como tales todos aquellos actos que hacen posible el inicio de la acción delictuosa, creando las condiciones previas y adecuadas. Un tercer observador, y/o conocedor del plan del agente, no estará en situación de afirmar, al observarlas, que se hallan, física y temporalmente, en la inmediatez de la realización típica. Aunque no es posible considerar a ciertas formas de actuar como propiamente actos preparatorios, ya que es de tener en cuenta el tipo legal de que se trata y el plan de acción del autor, cabe señalar, en principio, como tales, a la fabricación o adquisición de instrumentos para cometer un delito, la elaboración de un plan de acción, la inspección del lugar de comisión de la infracción, el espiar a la futura víctima, etc.

### **b. Fundamentos de su impunidad**

- 514 Generalmente, la doctrina y la legislación reconocen la impunidad de los actos preparatorios; en particular, debido a que no constituyen una manifestación suficiente de la intensidad de la voluntad criminal y del fin que ésta tiene. Mediante su realización, el agente ha sobrepasado el límite de la fase interna del *iter criminis* (etapa deliberativa), pero no alcanza un nivel tal que permita observar que su accionar se halla en estrecha e inmediata conexión con la realización típica.
- 515 La impunidad de los actos preparatorios es una exigencia de la seguridad jurídica. Por esto, hemos considerado inadmisibles la pura concepción subjetiva al momento de definir la tentativa.
- 516 En el Código Penal, no se ha hecho referencia a los actos preparatorios, ni establecido expresamente su impunidad. Pero esto se desprende de manera implícita del hecho que se haya establecido como límite genérico para la intervención penal el simple comienzo de

la ejecución de un delito.

### **c. Excepciones a la regla de la impunidad**

- 517 Por la manera como han sido reguladas, en el art. 17 del Código Penal, es de considerar que la conspiración y la proposición son casos de actos preparatorios. Consciente de la necesidad de que la punibilidad de estos casos siga siendo excepcional, el legislador ha previsto, aunque de manera confusa, que "sólo son punibles en los casos en los que la ley lo determine expresamente". La imperfección de la disposición citada radica en el hecho de que, junto a la conspiración y proposición, se mencionan la instigación y la inducción. Respecto a estas últimas, el art. 36 dispone que son autores, inc. 2, "quienes fuercen o induzcan directamente a otro a ejecutarlo". Lo que podría hacer pensar que en art. 17, párrafo tercero, se trata de otro tipo de instigación o inducción: por ejemplo, mediata o indirecta. Esta defectuosa técnica legislativa sólo es fuente de inseguridad e imprecisión. Así, por ejemplo, se ha afirmado que "en rigor de verdad, la provocación, la instigación y la inducción resultan sinónimos". Por el contrario, se trata de conceptos que deben ser distinguidos, en particular el de instigación que constituye una forma importante de participación criminal.
- 518 Tanto en el caso de la conspiración como en el de la proposición, el agente tiene la voluntad de cometer un delito determinado ; es decir, un comportamiento tipificado como tal. Esta voluntad debe manifestarse mediante actos externos. Tratándose de la conspiración, dos o más personas deben concertarse para cometer dicho delito y resolver ejecutarlo. Allí, se detiene su comportamiento ; pues si hicieran algún acto que constituya el comienzo de la ejecución de los actos exteriores idóneos para la consumación, se trataría de una tentativa en caso de no consumarse la infracción.
- 519 En cuanto a la proposición, el agente debe haber "resuelto cometer un delito". Con este fin, "invita a una u otras personas a ejecutarlo". Esta invitación representa el acto exterior que pone de manifiesto la voluntad criminal del autor. Tampoco este acto constituye el inicio de

la ejecución del delito que el agente ha resuelto cometer. No es sino un acto tendiente a lograr la participación de un tercero en la empresa criminal proyectada por el autor. Un ejemplo claro de represión de estas acciones es el de la "proposición y la conspiración para cometer el delito de rebelión", reguladas en el art. 386.

- 520 Constituyen casos de actos preparatorios elevados a la condición de delitos *sui generis*. Por ejemplo, el concierto con fines de guerra (art. 362). El delito consiste, en uno de los supuestos de la disposición, en el hecho que un guatemalteco "se concierte con el gobierno de un Estado extranjero o con sus agentes, proponiéndose provocar una guerra o que se realicen actos de hostilidad contra la República". Basta el concierto, sin que sea necesario que el acto a ejecutarse constituya necesariamente un delito determinado. Lo mismo sucede con la siembra, cultivo de plantas productoras de sustancias estupefacientes (art. 306). Comportamiento indispensable para procurar la materia prima para producir drogas que luego serán comercializadas; así mismo con el hecho de facilitación de estupefacientes (art. 309). Aquí es suficiente, por ejemplo, que el agente haya, a título gratuito, facilitado locales para el tráfico de estupefacientes. La introducción de moneda falsa o alterada (art. 315) es un acto preparatorio para la comisión del delito de circulación de moneda falsa (art. 319). La misma afirmación puede hacerse con respecto de lo establecido en el art. 404 (tráfico de explosivos), segundo párrafo. Según esta disposición, quien poseyendo legítimamente, por ejemplo, explosivos, los "expendiere o facilitare a sabiendas que se destinarán para atentar o ejecutar cualquiera de los delitos comprendidos en el presente título [De los delitos contra la seguridad pública]". Por el contrario, la instigación al suicidio (art. 128) no constituye un acto preparatorio para la comisión de un delito, puesto que ni el suicidio es un delito, ni la instigación constituye propiamente un acto preparatorio.
- 521 Además debe tenerse en cuenta que ciertos actos que, tomados independientemente pueden ser calificados de preparatorios, son generalmente reprimidos a título de actos de complicidad; por

ejemplo, entregar el arma al homicida.

- 522 En doctrina, se afirma con frecuencia que en estos casos excepcionales el legislador reprime los actos preparatorios a título de delitos *sui generis*. Nos parece inconveniente esta terminología, pues nos hace pensar en que todavía es posible reprimir la tentativa de realizar tales formas de actuar. Es de rechazar este criterio y más bien afirmar la inadmisibilidad de la tentativa en tales casos.
- 523 Un ejemplo interesante referente a la definición legal de los actos preparatorios y de su represión excepcional lo ofrece el Código Penal suizo. Concebidos como un delito especial y sólo en relación a delitos bastante graves, se le define como el hecho de haber adoptado, conforme a un plan preconcebido, medidas concretas de orden técnico o de organización; las mismas que indican, por su naturaleza y amplitud, que el agente se disponía a la ejecución del acto delictivo. Según esta fórmula no basta un acuerdo puramente intelectual entre delinquentes para delinquir. Es necesaria la existencia de un plan y que el agente realice algo; por ejemplo, la adquisición progresiva de armas o de fondos, el recabar información sobre el lugar de la infracción o la ejecución. El objetivo buscado es el de adelantar la intervención represiva antes que se comience a ejecutar la infracción y, de esta manera, evitar que se cree una situación que implica ya un daño irreparable. Así, no sería indispensable esperar que los malhechores - listos para pasar a la acción - inicien su accionar delictivo. Estas razones y, además, la restricción de la represión a los actos preparatorios de los delitos de homicidio simple, asesinato, lesiones corporales graves, robo o rapiña, secuestro, rapto, toma de rehenes o incendio intencional, no justifican plenamente la ampliación de la represión. En nuestra opinión, se trata de un ejemplo que no debe ser seguido en nuestros países por los abusos a que puede dar lugar su aplicación.

### **E. Tentativa acabada e inacabada**

- 524 Cuando el delincuente realizó la acción delictuosa sin llegar a

completarla, se habla de que existe una *tentativa inacabada*. De manera negativa, se puede decir que "no ha puesto de su parte todo lo necesario para la consumación". Para saber si éste es el caso, es indispensable tener en cuenta el plan de acción del agente; es decir, el contenido de su voluntad criminal. La interrupción de la acción puede deberse a una decisión espontánea del agente o a la presencia de causas extrañas (el arma se le descompone, un tercero le sorprende, se le amenaza para que no continúe, etc.). En el caso de que el agente decida voluntariamente abstenerse de continuar ejecutando la acción, se habla de *desistimiento voluntario*.

- 525 En la *tentativa acabada*, el autor lleva a cabo todos los actos que, de acuerdo a su representación, son indispensables para la producción del resultado. Como en la tentativa inacabada, la consumación de la infracción no se produce; ya sea debido a una intervención voluntaria del delincuente o "a circunstancias accidentales". En el primer caso, se trata del llamado *arrepentimiento activo*; el segundo es el denominado *delito frustrado*.
- 526 Objetivamente, en la *tentativa acabada*, la acción criminal ha llegado a un desarrollo mayor que en la tentativa inacabada. Sin embargo, no se debe olvidar que en la determinación de su existencia es capital tener en cuenta el plan del agente y el tipo legal que pretende consumir.

## **F. El desistimiento espontáneo**

- 527 El art. 16, declara que "cuando comenzada la ejecución de un delito, el autor desiste voluntariamente de realizar todos los actos necesarios para consumarlo, sólo se aplicará sanción por los actos ejecutados, si constituyen delito por sí mismos".
- 528 La forma de tentativa que aquí se trata es la de la tentativa inacabada porque el agente no realiza "todos los actos necesarios" para consumir el delito. Esto significa que el abandono de la voluntad



criminal, por parte del agente, debe producirse mientras esté ejecutando la acción; mientras se "halle dentro de la progresión del hecho". El desistimiento debe ser espontáneo; es decir, realizado por el delincuente de manera voluntaria y de propia iniciativa.

- 529 El saber si el agente desistió espontáneamente es un problema que debe solucionarse teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso concreto, ya que no pueden ser elaboradas reglas fijas generales; a lo más es factible fijar algunas directivas generales. Se trata, comúnmente, de un desistimiento espontáneo cuando el agente lo hace sin que se haya producido un cambio esencial en la situación. Si surge un obstáculo físico que le impide proseguir su acción delictuosa, no podrá concebirse que el agente desistió espontáneamente. Esta calidad de desistimiento, exigida por la ley, es particularmente excluida por el descubrimiento de la acción delictuosa por parte de un tercero; pero no por la ausencia de motivos éticos. El desistimiento es espontáneo aunque fuera provocado por el súbito temor de ser severamente penado, de ser sorprendido *in fraganti*, a las consecuencias de su acto o por simple desagrado. La resistencia de la víctima o de un tercero, impiden que el desistimiento del agente cumpla con este requisito legal.
- 530 El descubrimiento del delincuente durante su accionar, por parte de un tercero, puede, algunas veces, no ser considerado como factor que excluye la espontaneidad del desistimiento. Sería el caso cuando el tercero sea una persona por la cual el agente, debido a sus relaciones personales, no tema ser denunciado; por ejemplo, su madre o esposa.
- 531 En relación con el por qué se declara impune la tentativa en caso de desistimiento espontáneo, se ha sostenido, tradicionalmente, que se trata de un puente de oro tendido al delincuente a fin de evitar que consuma su infracción. Este criterio defendido por Franz von Liszt, a partir de una concepción de política criminal individual, es ahora fuertemente criticado, porque no concuerda con la realidad; en la medida en que esta disposición permanece desconocida, no influye en el agente en el momento de actuar. En reemplazo de la concepción de von Liszt, se afirma ahora que se trata de un premio y/o gracia

concedido al delincuente, y este criterio tampoco es satisfactorio. Es preferible la opinión de quienes sostienen, a partir de una concepción de política criminal general y considerando los fines de la pena, que el agente al desistir pone en evidencia una voluntad insuficientemente intensa para realizar la infracción, por lo que resulta innecesario reprimirlo. El agente no se revela como peligroso y la perturbación del orden jurídico es suprimida por su enmienda espontánea. Esta manera de fundamentar la impunidad de quien desiste de su tentativa, es el fruto de la consideración de diferentes ideas, entre las que predominan las concernientes a la prevención general y especial. Y, aquí también debemos considerar la de facilitar o, al menos, no dificultar que el agente dé marcha atrás en su acción delictuosa.

- 532 El desistimiento es una circunstancia personal de impunidad que sólo favorece a quien lo practica. Vale decir, cuando sólo uno de los participantes en la acción delictuosa se decide espontáneamente a no continuar actuando, sólo él será favorecido con la exención de pena, no así los otros.
- 533 El hecho de que el agente haya desistido espontáneamente no significa todavía que se halle exento de toda sanción penal por lo que se había propuesto cometer. El art. 16, *in fine*, estatuye que "sólo se aplicará sanción por los actos ejecutados, si éstos constituyen delito por sí mismos". Esto es, que si los actos cometidos constituyen ya una infracción autónoma, el agente será perseguido y sancionado por dicha infracción. Así, por ejemplo, quien con el fin de matar a otro lo agrede con arma blanca y luego de inferirle algunas heridas leves, desiste espontáneamente de proseguir su acción, no podrá ser reprimido por tentativa de homicidio, pero sí como autor del delito de lesiones dolosas. Otro caso sería, el de quien ingresa a casa ajena, con el objeto de violar a la propietaria, luego de amenazarla se desanima y sale de la casa. Este agente será sancionado penalmente en relación al delito de allanamiento de morada y/o amenaza, mas no como autor de tentativa de violación.

## G. El arrepentimiento activo

### a. Definición

- 534 El mal denominado arrepentimiento activo, conforme a la doctrina dominante, se origina cuando el agente ha realizado todo lo que, según su representación, dependía de él para consumir la infracción; pero, interviene para evitar la producción del resultado. A estas alturas del desarrollo de la acción, ya no es posible un desistimiento. En el Código Penal, no se ha insertado una disposición expresa para regularlo. No está comprendido en el art. 14 porque, en esta disposición, se estipula que el delito "no se consuma por causas independientes de la voluntad del agente". En el arrepentimiento activo, el abandono del comportamiento delictuoso depende de la iniciativa del agente. Tampoco lo está en el art. 16, pues el desistimiento supone, como lo hemos visto, que el delincuente no realice todos los actos necesarios para consumir el delito. Quien envenena a una persona o dispara con una arma de fuego contra ella ha realizado los actos necesarios y lo único que le queda es esperar que la muerte de la víctima se produzca. El agente ha ido así hasta las últimas consecuencias en su accionar. No es indispensable que haga algo más para consumir el delito. Sin embargo, éste no se consuma porque el autor hace lo necesario para evitarlo.
- 535 La tentativa a que se hace referencia en esta disposición es la tentativa acabada; pero no en cualquier caso, sino sólo cuando el resultado delictuoso se halla en suspenso. Por ejemplo, el delincuente ha hecho, mediante engaño, ingerir a la víctima una poción envenenada, de efecto mortal no fulminante, lo que daría tiempo para la aplicación de un antídoto. No es posible, por el contrario, el *arrepentimiento activo* cuando por diferentes circunstancias es ya evidente que el resultado no tendrá lugar. En doctrina, se denomina a este último caso *delito frustrado*.
- 536 Como lo dispone la ley, es necesario que el agente haga algo; esto es, desarrolle una actividad determinada con el fin de impedir la consumación de la infracción, lo que no implica que la acción decisiva

sea realizada personalmente por el agente. Es suficiente que él haya advertido a un tercero y pedido su intervención; por ejemplo, a un galeno para que salve a la víctima envenenada, mediante la aplicación de un antídoto u otro medio adecuado. El agente debe haber impedido o contribuido a impedir que el resultado se produzca. De modo que si el agente fracasa en su intento de evitar la producción de aquel, provocado por su actividad delictuosa completa, será reprimido como autor de delito consumado, sin interesar las circunstancias que determinaron el fracaso. Sin embargo, el juez tendrá en cuenta estas circunstancias en el momento de individualizar la sanción, conforme lo prevé el art. 65.

### **b. Reparación espontánea del daño**

- 537 Una vez acaecido el resultado delictuoso no puede darse el *arrepentimiento activo*; lo cual no debe ser confundido con el proceder del agente, posterior a la consumación de la infracción, consistente, por ejemplo, en la entrega de una suma de dinero en retribución del daño material provocado delictuosamente en la propiedad ajena. Esto no es sino una de las circunstancias atenuantes previstas en el art. 26. Según el inciso 4 de esta norma, se da *arrepentimiento eficaz* cuando "el delincuente ha procurado, con celo, reparar el daño causado o impedir sus ulteriores perniciosas consecuencias". No se trata más de una tentativa porque el agente ha tenido éxito en su acción delictuosa: el resultado se ha producido y, por tanto, el delito ha sido consumado. El arrepentimiento posterior a esta consumación no puede variar la tipificación del comportamiento, su efecto será sólo en la fijación de la pena dentro de los márgenes penales previstos en la disposición pertinente.

### **c. Espontaneidad del arrepentimiento**

- 538 Como lo señalamos al iniciar este capítulo, la denominación de arrepentimiento es incorrecta. El vocablo da a entender que el agente se pesa de haber realizado su acción". Es decir que sienta aflicción o dolor interior; o que sienta remordimiento. Ahora bien, lo cierto es que, de la misma manera como en el desistimiento, no son relevantes

los móviles a los que el delincuente haya obedecido. Puede, muy bien haberlo hecho por temor al castigo o por no estar satisfecho con las ventajas que pueda lograr.

- 539 Lo que interesa, de igual modo que en el desistimiento, es que el agente se decida a evitar el resultado de manera espontánea, de *motu proprio*, lo que significa lo mismo que espontaneidad. Es decir, que obre por sí mismo, sin haber sufrido una coacción exterior.

#### **d. Fijación de la pena**

- 540 A falta de disposición expresa sobre el arrepentimiento activo, es de considerar su represión teniendo en cuenta el afán del legislador en guardar la sanción de acuerdo a una combinación prudente de los factores subjetivos y de los objetivos de la tentativa. Objetivamente, va más allá del desistimiento (los actos necesarios para la consumación han sido realizados), pero subjetivamente se da cierta semejanza, en la medida en que el agente, voluntariamente, interrumpe el desarrollo causal que ha generado: en el desistimiento, luego de comenzar a ejecutar el delito; mientras que en el arrepentimiento, lo hace después de haber completado su accionar.
- 541 El arrepentimiento activo debe ser analizado en la perspectiva del desistimiento (art. 16), de modo que el agente debe ser reprimido sólo por los actos que ejecutó y siempre que constituyan delito por sí mismos. Esta última condición se comprende más fácilmente con relación al desistimiento puesto que la acción sólo está en sus inicios. En caso del arrepentimiento, la represión constituirá la regla porque la acción ha sido completada por parte del agente. Dicho de otra manera, esta acción constituirá, normalmente, un comportamiento delictuoso.
- 542 El arrepentimiento activo no puede ser tratado como tentativa, conforme al art. 14, porque esta disposición exige, expresamente, que el delito no sea consumado por "causas independientes a la voluntad del agente". Este no es el caso del arrepentimiento activo, de modo que considerarlo como tentativa comportaría una violación del principio de legalidad; en la medida en que se podría, sin base legal,

reprimir más severamente al agente que si se le aplicase el art. 16. El que incendia una casa para causar la muerte de otro (*acción criminal completa*) y evita que se produzca el resultado letal (*arrepentimiento activo*), sería juzgado por delito de incendio consumado y no por tentativa de homicidio.

- 543 Las razones de política criminal general y especial que explican y justifican el tratamiento del desistimiento, son igualmente aplicables al caso del arrepentimiento activo. Si no se dejara de lado el hecho de que el agente, voluntariamente, hizo lo necesario para evitar se produzca el resultado, éste no tendría interés alguno en intervenir, ya que sería reprimido de la misma manera. El tratamiento preferente puede ser una de las causas que conduzca al delincuente a neutralizar la relación de causalidad que ha desencadenado realizando todos los actos exteriores necesarios para impedir el resultado. El interés del Estado es muy concreto y práctico: evitar que los bienes jurídicos sean dañados.

## **H. Tentativa imposible**

### **a. Noción**

- 544 De conformidad con el criterio que nosotros hemos adoptado, la denominada *tentativa imposible* es tentativa, entendida *in extensu*. El agente tiene la voluntad de ejecutar un tipo legal y realiza actos encaminados a tal fin; pero, la consumación de la infracción es imposible por la naturaleza de los medios empleados o del objeto hacia el que se dirige la acción. Con las palabras de la ley: es cuando se trata de consumir un delito "con medios normalmente inadecuados o sobre un objeto de naturaleza tal que la consumación del hecho resulta absolutamente imposible".

### **b. Aspectos subjetivo y objetivo**

- 545 Como lo hemos afirmado anteriormente, la incorporación en el Código de la regla referente al delito imposible significa la aceptación del criterio subjetivo, como punto de partida para la represión penal

de la tentativa. Así, se sanciona al agente de un delito de imposible consumación, fundamentalmente, porque es titular de una voluntad criminal. Al llegar a este nivel no existe diferencia alguna con la tentativa (*stricto sensu*) o con el delito frustrado.

- 546 Es necesario anotar que esta voluntad delictuosa del agente se manifiesta, igualmente, mediante actos externos: el hacer tomar a la víctima una poción considerada venenosa; hacer uso de un arma de fuego que se cree cargada o, ejercer presión con una almohada sobre la cara del recién nacido con el fin de matarlo, cuando en realidad éste nació muerto.
- 547 No es correcto, por tanto, negar la factibilidad - en estos casos - del comienzo de la ejecución de la acción delictuosa. Esta es obviamente, factible de realizarse; lo que es imposible es la producción del resultado querido.
- 548 Por otro lado debemos tener presente que para la determinación del *comienzo de la ejecución* es de importancia la representación que se hace el agente de su forma de actuar. En la *tentativa imposible*, el agente quiere producir el resultado delictuoso y está convencido de poder lograrlo de la manera como lo ha planeado. Por esta razón Welzel afirma, correctamente, que también en este caso "debe existir objetivamente un principio de ejecución; esto es, la acción tiene que representar, si fuere idónea, un principio de ejecución.
- 549 La exigencia de que el agente lleve a cabo tales actos externos, aspecto objetivo de la tentativa, determina que no se castigue por la simple voluntad criminal, aun cuando ésta es la base de la represión. También debemos recordar que al definir la tentativa (*lato sensu*) rechazamos la opinión de que para admitir su existencia, los actos realizados por el agente deberían ser propios para conducir a la producción del resultado. Así mismo afirmamos que tal criterio contradecía la concepción mixta adoptada por el legislador. Sólo desde un criterio puramente objetivo, es posible negar que la llamada *tentativa imposible* no deba ser reprimida como una forma de tentativa (*lato sensu*).

### c. Causas que determinan la no consumación

- 550 La no producción del resultado es consecuencia de circunstancias accidentales; no dependientes de la voluntad del agente. A diferencia de lo que sucede en algunos casos de tentativa acabada o inacabada, las circunstancias accidentales en el caso del delito imposible consisten en que los medios empleados por el delincuente o el objeto contra el que dirige su acción son de naturaleza tal que la realización de este delito es absolutamente imposible. Por esto sería mejor no referirse a estas circunstancias como "accidentales", ya que su presencia hace de la acción una empresa "intrínsecamente" inadecuada para consumir la infracción.

### d. Imposibilidad absoluta y relativa

- 551 El legislador al referirse a la realización absolutamente imposible, presupone la existencia de otros casos, en los cuales la no consumación del delito es "relativamente imposible". Se dice que la *imposibilidad* es *absoluta* cuando la acción es en sí misma inapropiada, en razón de la naturaleza de los medios o del objeto, para culminar en la consumación del delito. Por ejemplo, emplear azúcar en polvo en lugar de arsénico (inidoneidad del medio) o practicar maniobras abortivas en una mujer que no está encinta (inidoneidad del objeto). Así, la *imposibilidad* es calificada de *relativa*, cuando realizada la acción en otras circunstancias de tiempo, de lugar o de medios, la producción del resultado sería factible. Por ejemplo, el empleo de una cantidad insuficiente de veneno (inidoneidad del medio), el disparar contra el lecho donde reposaba la víctima, y del cual se había alejado (inidoneidad del objeto).
- 552 El art. 15 es de aplicación en caso de imposibilidad absoluta. Y los casos de imposibilidad relativa serán reprimidos, según las circunstancias, a título de tentativa (*stricto sensu*, art. 14).
- 553 La distinción entre imposibilidad absoluta y relativa ha sido criticada fuertemente en doctrina. Quienes la practicaron por primera vez fueron los defensores de la idea de que sólo la tentativa peligrosa es punible; y que la peligrosidad debería ser determinada por el juez (*ex*



*post*). Para ellos, únicamente los casos de imposibilidad relativa constituían un peligro para el bien jurídico, y sólo éstos debían ser reprimidos. Por el contrario, la imposibilidad absoluta no era peligrosa, ya que el delito no podía ejecutarse en ningún caso, y menos podía ser empezada su ejecución. Es evidente que el legislador no ha aceptado este criterio; tampoco sigue el de los sostenedores de la nueva teoría objetiva, conforme la cual la peligrosidad no se debe establecer "*ex post*" sino "*ex ante*". Lo que significa que el juez debe apreciar la acción en el momento del acto y comprobar si el resultado era posible. El legislador no ha tenido en cuenta la peligrosidad de la acción, sino, en primer lugar, la de la voluntad criminal del agente. Por lo que es conveniente tomar como punto de partida este criterio subjetivo. El factor objetivo de la inidoneidad absoluta de los medios o del objeto, es tomada en consideración para determinar la sanción que merece el agente. Pero, en ningún momento, para fundamentar la represión.

#### **e. Tentativa irreal o supersticiosa**

- 554 Debido a la amplitud del texto legal, parece, a primera vista, muy difícil excluir de la represión los casos extremos de la denominada tentativa irreal o supersticiosa (el pretender causar la muerte de un tercero recurriendo a medios mágicos).
- 555 Con el fin de fundamentar la no represión de la tentativa irreal, se recurre en Alemania a un criterio objetivo. En estos casos, se afirma que no se perturba "la confianza de la comunidad en la vigencia del orden jurídico", lo que se produciría si se deja impune a quien, de manera seria, se propone un hecho penalmente relevante y ha comenzado su ejecución.
- 556 De acuerdo con Bacigalupo, nosotros pensamos que los casos generalmente calificados de tentativa irreal o supersticiosa, no son, en buena cuenta, tentativa, ya que no puede considerarse comenzada la ejecución del delito, "pues según la experiencia general no es parte de la acción típica", el acto realizado por el agente. Por ejemplo, realizar sesiones de magia para hacer que un espíritu haga daño a un tercero

o lanzar con una honda piedras contra un avión con el fin de derribarlo. Por no darse un comienzo de la ejecución, en estos casos, no se produce un acto penalmente relevante y, por lo tanto, sin efecto en la comunidad.

### **f. Fijación de la pena**

- 557 La orientación subjetiva del criterio admitido para regular la tentativa imposible se ve confirmada por la reacción penal establecida en relación con el agente. Como se reconoce la prioridad de la voluntad del agente frente a la acción inapropiada, se tiene en cuenta entonces sobre todo la peligrosidad manifestada por éste. Esta peligrosidad subjetiva implica el riesgo de que el autor vuelva a comenzar y esta vez de manera apropiada para consumir el delito. En esta perspectiva, se ha considerado inútil recurrir a la pena para evitar la reiteración; prefiriéndose someterlo a una medida de seguridad.
- 558 Según el art. 87, inc. 4, la comisión de una tentativa imposible constituye un índice de peligrosidad del agente. Según el grado de peligrosidad del autor, se le someterá, de acuerdo con el art. 92, a "régimen especial de trabajo" en un "establecimiento educativo o de tratamiento especial" (art. 88, inc. 3).

### **I. Delito putativo**

- 559 Del delito imposible se debe diferenciar el llamado delito putativo. Este existe, cuando el agente comete un acto suponiendo que se trata de un delito. Es decir, que obra bajo la influencia de un "error de prohibición al contrario". El, aprecia correctamente las circunstancias de hecho de su acción; pero cree, equivocadamente, que se halla prevista en un tipo legal (realmente no existente). El delito imposible se caracteriza, al contrario, porque el agente actúa suponiendo, erróneamente, un elemento del tipo legal (medio u objeto); pero la acción que el agente se ha propuesto cometer se halla calificada como delito en una disposición legal.
- 560 Se trata de un delito putativo, cuando el agente mayor de edad, por

ejemplo, práctica libremente el acto contra natura con otro mayor de edad, creyendo que la ley penal reprime esta práctica homosexual; o cuando el preso piensa que comete delito, al fugarse sin violencia del centro penitenciario, donde se hallaba recluso.

- 561 La represión del agente en tales casos no procede; pues la aceptación equivocada de que tales conductas son delictuosas (debido a un error sobre la existencia de una disposición legal o sobre los extremos de su aplicación) no revela una voluntad criminal, y porque sería contrario al principio de legalidad. El carácter delictuoso del acto no puede depender de la opinión personal de los individuos.
- 562 Un caso particular de delito putativo es el error positivo de subsunción. Tal error está en relación con uno de los elementos del tipo legal. El caso más importante se da en los delitos especiales propios, caracterizados porque la ley dispone que sólo pueden ser cometidos por agentes que reúnen cierta calificación; por ejemplo, funcionarios, militares, etc. Este problema es tratado, generalmente, como inidoneidad del sujeto del delito y considerado como un caso de delito imposible. Para este criterio no hay cabida, ya que el Código Penal expresa y únicamente se refiere a la inidoneidad del medio y del objeto.
- 563 Es correcto tratarlo como un caso de delito putativo, ya que los tipos legales de los delitos especiales propios suponen que el agente es titular de un deber especial, cuya violación caracteriza, justamente, esta clase de delitos. Debido a esto, quien cree infringir un deber, al que erróneamente se vincula, comete una acción que realmente no es delictuosa. Por el contrario, en el caso de delitos especiales impropios, se dará tentativa imposible cuando se trate de un agente que no sea el indicado por el tipo legal. Por ejemplo, prácticas abortivas a que se somete personalmente la mujer no embarazada. Aquí, se trata de una especial relación entre el agente y el objeto sobre el que recae la acción delictuosa.

## **J. Regulación de la pena en caso de tentativa**

- 564 De manera general, se puede clasificar a las legislaciones en tres grandes grupos, con relación a la manera como es castigada la tentativa. En un grupo consideramos aquellas legislaciones que asimilan la tentativa al delito consumado, imponiendo al autor la misma pena. La igualdad en la pena del delito consumado y de la tentativa fue sostenida por los partidarios de la escuela positivista italiana, preocupados fundamentalmente por la peligrosidad del delincuente. La no producción del resultado, muchas veces debido al azar, no modifica en nada, según ellos, el carácter peligroso de la personalidad del agente. Entre los códigos modernos, el austríaco estatuye la igualdad en la punición del delito consumado y de la tentativa.
- 565 El segundo grupo está constituido por aquellas legislaciones en las que, tomándose en cuenta, sobre todo, la imperfección objetiva de la tentativa, se estatuye una pena inferior a la del delito consumado. Es el sistema predominante en los códigos promulgados durante la segunda mitad del siglo XIX (Código belga de 1867, alemán de 1870, italiano de 1889). A este grupo pertenece el Código guatemalteco. De acuerdo con el art. 63, al autor de tentativa se le impondrá la pena señalada en la ley para los autores del delito consumado, rebajada en una tercera parte.
- 566 En el tercer grupo, consideraremos a las legislaciones que adoptan una solución intermedia, consistente en dejar en manos del juez la decisión de saber si, en el caso concreto, el autor de una tentativa merece ser reprimido con la misma pena prevista para el delito consumado, o si debe ser favorecido con una atenuación. Este es el caso de varios códigos modernos, por ejemplo, el suizo (arts. 21 y 22), el alemán (§ 23, pf. 2).
- 567 Resumiendo, digamos que, en sus diferentes variantes, la tentativa será reprimida como sigue:
- 568 Comienza el agente la ejecución de la acción delictuosa, pero emplea medios inidóneos o la dirige contra un objeto inidóneo: se le impondrá

una medida de seguridad.

- 569 Comienza la ejecución, sin que se presente ninguno de estos factores; pero, no realiza todos los actos necesarios para la consumación: la pena será atenuada (tentativa simple).
- 570 Ejecuta el agente de manera completa su acción, pero el resultado no se produce por circunstancias accidentales; la pena será atenuada como en caso de tentativa *stricto sensu* (delito frustrado).
- 571 Desiste espontáneamente el autor de continuar ejecutando su acción; no será castigado por tentativa, sino por los actos ejecutados que constituyen delito (desistimiento espontáneo).
- 572 La pena será la prevista para la tentativa (*stricto sensu*), si el delincuente, que ha hecho todo lo necesario para que se consume la infracción, interviene de *motu proprio* para impedir la producción del resultado (arrepentimiento activo).

## § 4. Tipo legal ampliado: participación delictiva

### A. Introducción

- 573 En principio el legislador parte de la idea de que las conductas descritas en los tipos legales son ejecutadas de manera individual. Esto se desprende del hecho de que utilice la fórmula: quien hiciere tal cosa será reprimido con tal pena. Aun en los casos en que recurre a una fórmula en plural, está pensando en que se trata de la comisión individual de la acción delictuosa.
- 574 En algunos casos, el legislador establece, por la naturaleza de la conducta a reprimir, el concurso de dos o más personas. Como en el delito de riña (art. 125, pf. 2), ya que para que se dé esta infracción es necesario que participen varias personas (según la doctrina 3 ó más), en el de rebelión (art. 385, "quienes se alzaren en armas ...") o sedición (art. 387, "quienes, sin desconocer la autoridad del gobierno constituido, se alzaren pública y tumultuariamente ..."), en el de