

Fundamento de punibilidad de la tentativa: A la vez consideraciones sobre la punibilidad de la tentativa inidónea

CARLOS BARDAVÍO ANTÓN

Doctor en Derecho
Profesor Asociado de la UNIR
Abogado (Socio Director *Bardavío Abogados*)

RESUMEN

En este trabajo se defiende que el fundamento de punibilidad de la tentativa y su comienzo es idéntico en la tentativa idónea y en la tentativa inidónea. Se considera punible la tentativa inidónea, inclusive la no peligrosa para el bien jurídico, en aquellos casos en que el quebrantamiento del rol contenga un mínimo de racionalidad. La mínima racionalidad se vincula al concepto normativo de persona en un concreto ámbito de ejecución (sistema concreto de comunicación) al objeto de delimitar comportamientos con sentido criminal de los irreales, supersticiosos o auténticamente impunes. La principal conclusión de este trabajo es que la peligrosidad para el bien jurídico únicamente incrementa el quantum del quebrantamiento normativo, mientras que el fundamento de punibilidad está más ligado a la imputación objetiva de la ejecución típica.

Palabras clave: *Desvalor de la acción. Desvalor del resultado. Peligrosidad. Punibilidad. Tentativa idónea. Tentativa inidónea.*

ABSTRACT

In this paper, the punishability of the attempt and its beginning is defended as being identical in the ideal attempt and in the unsuitable attempt. The unsuitable attempt, including non-dangerous ones for the legal good, is considered punishable in those cases in which the breach of the role contains a minimum of rationality.

Minimum rationality is linked to the normative concept of person in a specific field of execution (concrete communication system) in order to define behaviors with a criminal sense from the unreal, superstitious or authentically unpunished. The main conclusion of this paper is that the danger for the legal good only increases the quantum of the normative breach, while the basis of punishment is more linked to the objective imputation of the typical execution.

Keywords: Disvalue of the action. Disvalue of the result. Danger. Punishment. Ideal attempt. Unsuitable attempt.

SUMARIO: I. Introducción.–II. Fundamentos clásicos de punibilidad.–III. Fundamentos actuales.–IV. Teorías subjetivo-objetivas. 1. La imputación de lo subjetivo en la representación del autor. 2. La desobediencia a la norma: quebrantamiento de la vigencia normativa. 2.1 La impresión o alarma colectiva como fundamento de la tentativa punible. 2.2 Fundamento funcionalista de punibilidad: la tentativa como expresión de sentido contra la norma. V. Consideraciones propias. 1. Introducción. 2. Sobre el fundamento de punibilidad en la tentativa idónea y su comienzo. 3. El fundamento de punibilidad de la tentativa inidónea: la racionalidad mínima en un concreto sistema de comunicación y persona. 4. La punibilidad de la tentativa acabada e inacabada en comisión por omisión e imputación objetiva. 4.1 Tentativa acabada e inacabada en comisión por omisión: delimitación. 4.2 Imputación objetiva de la tentativa en la comisión por omisión y en la omisión pura de simple actividad. 4.3 La punibilidad de la tentativa inidónea en comisión por omisión.–VI. Conclusiones.–VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El fundamento de punibilidad de cualquier institución jurídico-penal es materia de debate puramente dogmático siempre, y así seguirá siendo pues las representaciones de las que parte cualquier observador muchas de las veces se ven impregnadas de los principios y fundamentos generales de los que se parten, más hoy en día, donde la llamada Ciencia del Derecho penal, si bien diferenciada de otras, alcanza altas dosis de complejidad debida a falta de una sistemática independiente a la racionalidad del observador. Esta complejidad se observa más claramente en el fundamento de punibilidad o de impunidad de la denominada tentativa inidónea, motivo por el cual trataremos en este trabajo de ponerla de manifiesto para después resolverla con un fun-

damento propio de los sistemas sociales, esto es, desde la propia diferenciación (unidad) del Derecho penal.

Al respecto, ya en su día Welzel(1) comentó que el injusto intentado (*Versuchsunrecht*) se perfecciona con el desvalor de la acción, pero, precisamente esto último no es pacífico. No debe confundirse el concepto de acción con el comienzo del injusto (acto preparatorio o tentativa)(2). Las teorías que han tratado de resolver la problemática toman como eje principios asociados a la perspectiva espacio-temporal de un observador psíquico, sin prestar atención a que el único observador de lo injusto es el propio sistema del Derecho penal.

Pues bien, de una parte, la *concepción subjetivo-individual*(3) considera que el injusto se completa con el desvalor de la representa-

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

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

(2) Al respecto, CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español, Parte General*, vol. II, Teoría del delito 2, Dykinson, 2009, pp. 4 ss.

(3) La mal llamada *teoría subjetivista del injusto* de KAUFMANN y ZIELINSKY exige para fundamentar la punibilidad de la tentativa un desvalor de la acción (*Handlungsunwert*), de su intención (el *injusto personal*), así la norma cumple una función motivadora sobre los sujetos para que cumplan la «norma de determinación». En concreto ZIELINSKY admite en los casos en los que el autor cae en un error sobre la propia existencia de las causas de las leyes naturales, una falta de merecimiento de pena, pero cuando yerra sobre la configuración de las mismas (tentativa inidónea) ha de pensarse; KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Murillo (Edt.), Marcial Pons, Barcelona, Madrid, 2006, pp. 216 ss.; STRUENSEE, E., «Dolo de causar y causalidad putativa», trad. José Luis Serrano González de Murillo, ADPCP, t. 43, Fasc/Mes 3, 1990, p. 934 ss. Con particularidades en Argentina. SANCINETTI, M. A., *Teoría del delito y disvalor de la acción: una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991, pp. 66 ss. En España, con matices. CUELLO CONTRERAS, J., *PG, op. cit.*, pp. 9, 17, 89; *Íd.*, «El estado de la discusión en torno al fundamento de la tentativa», *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, pp. 285 a 298; desde una concepción motivadora de la norma, GONZÁLEZ MATEOS, J. C., «Esencia del injusto penal e injusto de la tentativa», AP, núm. 28, 9-15, julio, 2001, pp. 621 a 653; *Íd.*, «Esencia de la norma penal y antijuricidad de la tentativa», *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad Extremadura, Cáceres, núm. 18, 2000, pp. 198 ss.

ción del autor. De otra, la *concepción objetivo-individual*(4) afirma la naturaleza objetiva de la antijuridicidad. Por otro lado, la *concepción dualista*(5) integra en el injusto intentado tanto el desvalor de la acción como el del resultado (paradigma de protección de bienes jurídicos). Y, por último, la *concepción subjetivo-objetiva individual* (teo-

y 215; GRACIA MARTÍN, L., «El «*iter criminis*». El Código penal español de 1995», *CDJ*, XXVII, ejemplar dedicado a: El sistema de responsabilidad en el nuevo Código penal, José Luis Díez Ripollés (dir.) Escuela Judicial y Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 257 ss; ÍD., «Sobre la punibilidad de la llamada tentativa inidónea en el nuevo Código penal español de 1995 (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 24 de mayo de 1996)», *RDPC*, 2.ª Época, núm. 3, UNED, Madrid, 1999, pp. 335 ss; con matizaciones, MIR PUIG, S., *El Derecho penal en el Estado Social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1992, p. 62.

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

(5) Desde la *teoría dualista*, mayoritaria en España, se defiende que en la tentativa ya hay un resultado, el resultado de peligro o la probabilidad de causación lesiva para el bien jurídico, ALCÁ CER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea: fundamento de punición y configuración del injusto*, Comares, Granada, 2000, pp. 350 ss; BUSTOS RAMÍREZ, J., «Castigo o impunidad de la tentativa inidónea: un falso dilema», Santiago Mir Puig, Juan Córdoba Roda y Gonzalo Quintero Olivares (coords.), *Estudios Jurídicos en Honor al Prof. Octavio Pérez Vitoria*, vol. 1, Bosch, Barcelona, 1983, pp. 91 ss; DEMETRIO CRESPO, E., *La tentativa en la autoría mediata y actio libera in causa: una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa*, Comares, Granada, 2003, pp. 22 ss. y pp. 143 y 144; HUERTA TOCILDO, S., *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 50 ss; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, p. 122; MUÑOZ CONDE F. / GARCÍA ARÁN M., *Derecho penal, Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 347 y 348; MUÑOZ CONDE, F., *Teoría General del delito*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 86 y 87; NÚÑEZ BARBERO, R., *El delito imposible*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1963, pp. 7 ss., 50 ss; QUINTERO OLIVARES, G., «Acto, resultado y proporcionalidad», *Libro Homenaje al Profesor Antón Oneca*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, pp. 377 ss; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pról. Diego-Manuel Luzón Peña, Universidad Complutense, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1994, pp. 37 y 38; SOLA RECHE, E., *La problemática asociada a la llamada «tentativa inidónea» de delito*, Universidad de La Laguna, Tesis Doctoral, 1994, p. 101; SOTO NIETO, F., «Tentativa relativamente inidónea: punibilidad», *La Ley*, núm. 7, 2000, pp. 1498 a 1499; TORÍO LÓPEZ, A., «Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa», *Presupuestos para la reforma penal*, Tenerife, vv.AA., Centro de Estudios Criminológicos de la Universidad de La Laguna, 1992, pp. 169 ss. En Alemania, von LISZT, F., *Tratado de Derecho Penal*, III, trad. Jiménez de Asúa, 3.ª ed. de la 20.ª ed. alemana, Reus, Madrid, 1929. En la doctrina italiana, CARRARA, F., *Teoría de la tentativa y complicidad o del grado en la fuerza física del delito*, trad. Romero Girón, Centro Ed. de Góngora, Madrid, 1926, p. 71; PETROCELLI, B., *Il delitto tentato*, CEDAM, Padova, 1955, p. 29.

ría de la impresión y teoría expresión) considera que la peligrosidad de la acción configura por sí sola la antijuridicidad.

En este sentido, cobra vital importancia la perspectiva jurídico-penal para determinar el fundamento de punibilidad. Las posturas anteriores, si bien parecen irreconciliables, presentan características comunes que sirven para hallar un fundamento común de la punibilidad del delito de tentativa.

II. FUNDAMENTOS CLÁSICOS DE PUNIBILIDAD

Con Feuerbach se comenzó a considerar que la *probabilidad objetiva de producción del resultado* desde una perspectiva *ex ante*, aquella en la que todo hombre inteligente con los conocimientos del autor se hubiese representado como probable el resultado, era el fundamento de punibilidad de la tentativa. De esta manera se dio comienzo a las teorías objetivo-clásicas, antesala de la moderna teoría objetiva(6).

En concreto, las teorías *objetivo-formales*(7) basan su fundamentación en la realización parcial del delito o falta del tipo o *estrictamente objetiva*. La teoría iniciada por Binding, entre otros(8) considera que solo las acciones u omisiones que adecuadamente son susceptibles de realizar el tipo pueden considerarse tentativa punible. La crítica fundamental a esta teoría es la imprecisión de la misma tentativa, pues si la problemática viene dada por no solo fundamentar la punición o impunidad, sino también por el momento inicial y discernimiento con el acto preparatorio, recurrir al tipo y a su acción es una reducción al absurdo que no salva la problemática, sino que la engrandece. Para esta teoría, por ejemplo, salir de casa con una pistola con el objetivo de matar, no es comienzo de la acción de matar ya que no se está comenzando a matar,

(6) V. LISZT, F., *Tratado, op. cit.*, III, pp. 17 ss. En la doctrina italiana, CARRARA, F., *Teoría de la tentativa y complicidad, op. cit.*, pp. 57 ss; PESSINA, E., *Elementi di diritto penale*, presso Riccardo Margheri di Gius editore, Napoli, 1882, pp. 239 ss; VANNINI, O., *Il problema giuridico del tentativo (art. 56 del codice penale)*, 2.^a ed., Giuffrè, Milano, 1950, p. 11. A favor, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E. / HUERTA TOCILDO, S., *Derecho penal, Parte General*, 2.^a ed., corregida y aumentada, Rafael Castellanos, Madrid, 1986, p. 445.

(7) Solo las acciones que son susceptibles de realizar el tipo pueden considerarse tentativa punible, por lo que la realización parcial debe ser impune, v. LISZT, F., *Tratado, op. cit.*, III, p. 129.

(8) En el mismo sentido se pronunciaron: v. BELING, E. L., *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, pp. 245 ss; v., LISZT, F., *Tratado de Derecho Penal*, III, *op. cit.*, p. 129; MITTERMAIER, C. J., «Über den Anfangspunkt der Strafbarkeit der Versuchshandlungen», *Neues Archiv des Kriminalrechts*, II, 33, Halle, 1818, pp. 602 ss.

no existe principio de ejecución, y en consecuencia no existiría quebrantamiento del ordenamiento jurídico. En el mismo error incurre la *teoría de la falta de tipo* de zu Dohna(9), la cual además de exigir la falta de resultado, precisa haber realizado algún elemento del tipo, no solo la acción injusta o desvalor de la acción. Pero a estas teorías les falta la apreciación exterior de lo que adecuadamente y socialmente es peligroso, es decir, la susceptibilidad de la acción para el resultado.

Frank(10) y los autores que lo siguieron desarrollaron la concepción de la tentativa basada en el verbo o acción típica, esgrimiendo para ello, una ampliación del concepto jurídico-penal de tentativa en aquellas acciones directamente relacionadas con la acción u omisión típicas, lo que constituye una ampliación que quebranta tanto la seguridad normativa, como el discernimiento entre tentativa y actos preparatorios. Al contrario de las teorías objetivo causales que veremos posteriormente, para esta teoría, considera a los actos preparatorios como acción típica, lo que produjo en su tiempo una nebulosa-conceptual entre los actos preparatorios y los ejecutivos de la tentativa.

La teoría de Frank fue posteriormente desarrollada por Baumann(11), añadiendo un elemento subjetivo, el *plan del autor*, como criterio o posición de enjuiciamiento, objetivando la solución de la delimitación entre tentativa y acto preparatorio. Así, para dicho autor, existirá tentativa y no acto preparatorio cuando un espectador objetivo, conociendo o considerando el plan del autor, entienda que existe conexión causal, típica, y natural.

Estas teorías(12) abandonan el criterio formal para establecer otro que nos parece demasiado ambiguo, como es el argumento de la causalidad necesaria de la acción precedente y peligrosidad *ex ante* para el bien jurídico. El criterio de discernimiento entre acto preparatorio y tentativa (principio de ejecución) se centra aquí en la condición y la causa respectivamente. La *condición* es el comportamiento por el que se fundamenta el primer acto que lleva al delito, mientras que la *causa*, entendida como principio de ejecución, tentativa, es aquel acto que aumenta la probabilidad del resultado. Es decir, parece que estas doc-

(9) Zu DOHNA, G., «Der Mangel am Tatbestand», *Festgabe für Güterbock*, Berlin, 1910, pp. 35 ss.

(10) FRANK, R., *Das Strafgesetzbuch für Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*, 18.^a ed., J. C. B. Mohr, Tübingen, 1931, p. 87; KOHLRAUSCH, E. / LANGE, R., *Strafgesetzbuch mit Erläuterung und Nebengesetzen*, 39-40.^a ed., De Gruyter, Berlin, 1950, pp. 82 ss.

(11) BAUMANN J. / WEBER U. / MITSCH W. / EISELE J., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7.^a ed., Giesecking, Bielefeld, 1975, p. 523.

(12) En Alemania, BIRKMEYER, K.v., *Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen reichsgerichts*, Berlin, 1980, pp. 94 ss.

trinas apelan a un plus natural-causal en la tentativa en comparación con el simple acto preparatorio, lo que minimiza el ámbito propio de estos y lo que lleva, en nuestra opinión, a no explicar el comienzo de la tentativa y, mucho menos, lógicamente, el comienzo de la tentativa omisiva. Críticamente, cabe afirmar, como bien resalta Polaino Navarrete, que la teoría objetiva clásica «(e)s una emanación del –ya supe- rado– dogma causal»(13).

El debate puramente dogmático recobró fuerza con las *teorías clásicas subjetivas* (las teorías de la peligrosidad del autor(14) y las teorías de la voluntariedad de contravenir la norma(15)). En este sentido, coincidimos críticamente con Farré Trepát(16) que todas ellas parecen incapaces de adecuarse a la fórmula «dar principio de ejecución», porque estas teorías ampliaban de forma desmesurada el ámbito de los actos preparatorios.

Welzel, en cambio, con su *teoría individual objetiva (Ansatz-formel)*, consideraba que la acción humana tiene una finalidad: «la tentativa como tal está construida finalmente» y por tanto el dolo está inmerso en el injusto. De este modo, el desvalor del resultado desaparecía en la configuración *welzelriana*(17), pues la tentativa nace con

(13) POLAINO NAVARRETE, M., «Injusto de la tentativa y vigencia de la norma desde una perspectiva penal funcionalista», *El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs*, Flores Editor y Distribuidor, S. A. de C. V., México D. F., 2007, p. 731.

(14) Mayor revuelo levantaron estas teorías al normativizar la potencialidad delictiva del autor y basar la punibilidad en la posibilidad futura de peligro delictivo (*Wiederholungsgefahr*). De estos postulados vinieron diferentes teorías, pero críticamente todas ellas fallan en fundamentar la punibilidad con conceptos ambiguos como el de objeto, medio o sujeto, SALDAÑA, Q., *Adiciones a la traducción del Tratado de Derecho Penal de von Liszt*, t. III., 3.^a ed., Reus, 1906, p. 33; SAUER, W., *Derecho penal, Parte general*, trad. Juan del Rosal y José Cerezo Mir, Bosch, Barcelona, 1956, pp. 166 ss. pp. 172 y 176. Desarrollos ulteriores, pero sin admitirse en exclusiva, CEREZO MIR, J., *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid, 1964, p. 27; NÚÑEZ BARBERO, R., *El delito imposible, op. cit.*, pp. 55 y 171.

(15) Jurisprudencia del Tribunal del Reich, especialmente SS 24 de mayo de 1880, 15 de octubre de 1888. En España, CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal. Parte general*, t. II, vol. 2, 18.^a ed., Bosch, Barcelona, 1981, p. 648. En sentido similar la doctrina italiana, FERRI, E., *Principios de Derecho penal*, trad. José Arturo Rodríguez Muñoz, Reus, Madrid, 1933, pp. 490 ss; afirmaba que la voluntad y el hecho son independientes (*teoría sintomática*), GAROFALO, R., *Criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión*, trad. Pedro Dorado Montero, La España Moderna, Madrid, 1890, pp. 414 ss. En Francia, GARRAUD, R., *Traité Théorique et pratique de droit pénal français*, 3.^a ed., Larose et Forcel, Paris, 1924, p. 31 y pp. 514 ss; VIDAL, G., *Cours de Droit Criminelle*, I, Rousseau, Paris, 1947, pp. 161 ss.

(16) FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito, doctrina y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 220 ss.

(17) WELZEL, H., *Derecho penal alemán, op. cit.*, p. 224.

el comienzo de la ejecución del plan delictivo valorado desde la perspectiva del *hombre medio*.

Para fundamentar la punibilidad de la tentativa inidónea Welzel utilizó el concepto de *intensidad de la energía criminal* (integrado en el desvalor de la acción), a diferencia de la supersticiosa en la que la voluntad, por intensa que fuere, no merece punición por falta de capacidad –desvalor de la acción– para quebrantar objetivamente al ordenamiento jurídico: falta el merecimiento de la pena.

Las mencionadas teorías fueron progresivamente abandonadas, sin perjuicio de ser utilizadas parcialmente, por fundamentos normativos que tratan, como veremos, de ser sistemáticos.

III. FUNDAMENTOS ACTUALES

Si bien hay diversos postulados para fundamentar la punibilidad de la tentativa (el enjuiciamiento de la acción peligrosa, desde su inicio, durante, en el fin de la acción o con posterioridad al resultado; desde la perspectiva de valoración *ex ante* –asumida mayoritariamente por la doctrina penal española(18)–, *ex post*(19) o *ex tunc*(20)), lo

(18) ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea*, *op. cit.*, pp. 173 y 177; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español, Parte General I, Introducción. Teoría jurídica del delito*, 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 1996, pp. 94 ss; considera punible la tentativa inidónea absoluta siempre y cuando exista peligrosidad *ex ante* y sea dolosa, ÍD., «La regulación del «*iter criminis*» y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal Español», *RDPC*, 2.ª época, núm. 1, 1998, p. 23; FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito, doctrina y jurisprudencia*, *op. cit.*, p. 36; MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1982, pp. 64 y 65; MUÑOZ CONDE F. / GARCÍA ARÁN M., *Derecho penal, Parte general*, *op. cit.*, p. 440; SOLA RECHE, E., *La llamada «tentativa inidónea» de delito, Aspectos básicos*, Comares, Granada, 1996, pp. 68 ss; SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 389.

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

(20) POLAINO NAVARRETE, M., «Injusto de la tentativa y vigencia», *op. cit.*, p. 732.

cierto es que gran parte de la doctrina y jurisprudencia en España defienden la *teoría del paradigma del bien jurídico*(21), detractora de la *teoría de la impresión*(22) y de la *teoría de la expresión*, cuyo fundamento como se verá es dual.

La teoría del paradigma del bien jurídico argumenta que lo penalmente relevante en la tentativa es la *peligrosidad concreta de la acción* desde una perspectiva *ex ante*, por lo que el desvalor del resultado es necesario en cuanto afecta inmediatamente al bien jurídico protegido. Amén de ello, se defiende que en la tentativa ya hay un resultado: el peligro de afección al bien jurídico. *De lege lata* ello determina la atenuación preceptiva de la pena bajo criterios cualitativos de un menor desvalor del resultado y una atenuación facultativa para la inacabada (art. 16 CP).

Cabe criticar, brevemente, a esta posición doctrinal por varios motivos: a) la peligrosidad inherente(23) así como el grado de ejecución o la proximidad son únicamente elementos que ayudan a la determinación de la pena pero no fundamentan la punibilidad; b) permite una escasa aplicabilidad del desistimiento en los delitos de peligro concreto –y en otros delitos– pues para esta teoría el peligro se ha consumado, lo cual hace negar a sus seguidores la *retroactividad del injusto* o la *modificación actual del hecho* (modificación de los riesgos y de la obligación del autor)(24); y c), asimismo, la doctrina crí-

(21) Íd., *ibídem*, *op. cit.*, nota 4.

(22) Se denuncia contra esta teoría que permite un adelantamiento punitivo que vulnera el principio de *ultima ratio*. FARRÉ TREPAT, E., «Consideraciones dogmáticas y de *lege ferenda* en torno a la punibilidad de la tentativa inidónea», *Estudios de Derecho Penal y Criminología, Libro Homenaje al Prof. Rodríguez Devesa*, vol. 2, UNED, Madrid, 1989, pp. 259 ss; SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 131 y 132; BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 117 ss.

(23) También haciendo referencia a la peligrosidad exteriorizada del autor, ECHARRI CASI, F. J., «Tentativa y desistimiento: límites entre punibilidad e impunidad», *La Ley*, núm. 7, 2002, p. 1.681.

(24) JAKOBS, G., *Derecho penal, Parte general, Fundamento y teoría de la imputación*, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2.^a ed., Marcial Pons, Madrid, 1997, 26/19. Se refiere a que el desistimiento es una figura impune cuando se *modifica el hecho*, no así, por ejemplo, cuando se dispara a un sujeto asumiendo la probabilidad de matarle instantáneamente, pero sí se le causa heridas ya no es modificable el riesgo de muerte instantánea, lo que en tal caso hará que *la evitación no supone desistimiento sino una conducta post-delictiva*; en sentido similar, JÄGER apela a la disminución del peligro, considerando que los riesgos no se abandonan mientras el sujeto tenga dominio sobre todos ellos, JÄGER, C., «El elemento volitivo en el desistimiento de la tentativa. Aportación para la asimilación de las Teorías de la Autoría y el Desistimiento», *ADPCP*, vol. 56, 2003, pp. 17 a 44.

tica(25) denuncia también la desproporcionalidad punitiva entre la tentativa y los delitos de peligro concreto.

Más interesante es la propuesta de otros autores(26) que defienden el *peligro abstracto* como fundamento, lo que no deja de ser criticable porque no puede identificarse el tipo subjetivo de la tentativa inidónea y el de los delitos de peligro abstracto al no exigirse en estos el dolo(27). Otros(28) atribuyen el fundamento de punibilidad a la *estadístico* o a la *prognosis posterior*. No obstante, estas posturas doctrinales también carecen de argumentos en nuestra opinión por dos razones: a) es posible la tentativa en los delitos de peligro abstracto aunque en improbables casos(29); b) existe una desproporción ilegítima del *quantum* de la pena en unos y en otros delitos, por ejemplo, en los delitos de emprendimiento.

Entonces: ¿un mismo fundamento en la tentativa idónea e inidónea es bastante argumento para fundamentar la punibilidad de la inidónea? Quienes(30) defienden un fundamento basado en la peligrosidad para

(25) DEMETRIO CRESPO, E., *La tentativa*, op. cit., p. 51.

(26) En España, BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa*, op. cit., p. 118; BUSTOS RAMÍREZ, J., «Castigo o impunidad de la tentativa inidónea», op. cit., pp. 91 ss. y pp. 97 ss; FUENTES OSORIO, J. L., «Formas de anticipación de la tutela penal», *RECPC*, núm. 8, 2006, pp. 9 y 10. Equipara algunos tipos de tentativa (325 y 472 CP) a los delitos de peligro, en concreto los delitos preparatorios y los de tentativa de participación a los de peligro abstracto, si bien reconoce que no se puede equiparar el tipo subjetivo de la tentativa y los de peligro, Íd., ibídem, op. cit., p. 33; SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, J. R., «Fundamento de la punición en la tentativa», *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Granada, 1999, pp. 546 ss.

(27) ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea*, op. cit., p. 228.

(28) CEREZO MIR, J., «Lo objetivo», op. cit., pp. 20 ss; Íd., «La regulación del «iter criminis» y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal Español», op. cit., pp. 21 ss; Íd., «Actos preparatorios y tentativa», Adela Asúa Batarrita (coord.), *Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995*, celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Servicio de Publicaciones, País Vasco, 1998, p. 46; DEMETRIO CRESPO, E., *La tentativa*, op. cit., p. 55; FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa*, op. cit., p. 389; Íd., «Consideraciones», op. cit., pp. 273 ss; MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte general*, 10.^a ed., 2.^a reimp. actualizada y revisada, con la colaboración de Víctor Gómez Martín y Vicente Valiente Iváñez, Reppertor, Barcelona, 2016, 13/81 ss; MUÑOZ CONDE F. / GARCÍA ARÁN M., *Derecho penal, Parte general*, op. cit., p. 484; SOLA RECHE, E., *La llamada*, op. cit., p. 176; SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *El nuevo Código penal*, op. cit., pp. 130 ss.

(29) En contra gran parte de los defensores del bien jurídico, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., «Sobre autoría, participación, tentativa, peligro e imprudencia», *La Ley*, núm. 5, D-292, 2003, p. 2053.

(30) ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea*, op. cit., pp. 176 ss. y pp. 466 ss; BACIGALUPO ZAPATER, E., «Sobre la tentativa inidónea en el Derecho vigente y en el Proyecto de Código penal», *La Ley*, núm. 2, 1981, p. 971; BLANCO LOZANO, C., *La omisión del deber de socorro en Derecho penal*, Bosch, Barce-

el bien jurídico lógicamente no aceptan la punibilidad de la tentativa inidónea que no sea peligrosa *ex ante*, precisamente porque la asimilan a la absolutamente inidónea. Por otro lado, quienes⁽³¹⁾ –como en este trabajo– defendemos la punibilidad de la tentativa no peligrosa o inidónea *ex ante* objetivamente para el bien jurídico –sin aceptarse por ello la punibilidad de la irreal, supersticiosa– partimos del fundamento de la capacidad comunicadora del comportamiento.

A nuestro juicio, el fallo proviene de asimilar la tentativa inidónea que no sea objetivamente peligrosa a la tentativa irreal, supersticiosa o absolutamente inidónea, y quizá la confusión proviene por la derogación del artículo 52.2 CP que penaba la inidónea, hecho del cual algu-

lona, 2009, p. 292; GIMBERNAT ORDEIG, E., «Prólogo a la 2.^a ed. del Código penal de Tecnos», Tecnos, Madrid, 1996, pp. 17 ss; LUZÓN PEÑA, D.-M., *Curso de Derecho penal, Parte general*, I, Universitas, Madrid, 1996, p. 469; MUÑOZ CONDE F. / GARCÍA ARÁN M., *Derecho penal, Parte general, op. cit.*, pp. 439 ss; POLAINO NAVARRETE, M., «Artículo 16», Manuel Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código penal*, vol. 1, Edersa, 1999, pp. 841 ss; SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, J. R., «Fundamento de la punición en la tentativa», *op. cit.*, p. 546; SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *El nuevo Código penal, op. cit.*, pp. 133 ss; SOTO NIETO, F., «Tentativa relativamente inidónea: punibilidad», *op. cit.*, pp. 1498 y 1499. En Alemania, entre otros, ROXIN se acoge a la falta de merecimiento de pena al no ser peligrosa para el bien jurídico, ROXIN, Claus, «Acerca de la punibilidad de la tentativa inidónea», *Revista Latinoamericana de Derecho*, núm. 9-10, 2009, pp. 294 ss.

(31) GRACIA MARTÍN niega que sea necesario el resultado de peligro en la tentativa pues con la peligrosidad de la acción basta, GRACIA MARTÍN, L., «Sobre la punibilidad», *op. cit.*, pp. 348 ss. No obstante, comenta que la acción peligrosa no es el fundamento de la tentativa porque «basta con que el autor haya realizado actos que sean subsumibles en la acción típica», ÍD., *ibídem, op. cit.*, p. 344; si se acredita el peligro estadístico, MIR PUIG, S., «Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo código penal», *RECPC*, núm. 3, 2001, pp. 13 ss; ÍD., *Manuales de formación continuada*, núm. 4, Ejemplar dedicado a Problemas específicos de la aplicación del Código penal, 1999, pp. 13 ss; propone su tipificación *de lege ferenda*, MUÑOZ LORENTE, J., *La tentativa inidónea y el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 135 ss. Concretamente comenta MUÑOZ LORENTE que «es necesario resaltar que la «peligrosidad» es una característica de la conducta, independientemente del estado de peligro en que se encuentre un concreto objeto –*el Derecho penal no desvaloriza concretas situaciones o estados de un bien jurídico sino conductas tendentes y aptas para su lesión*–, y consistente en un juicio de pronóstico sobre la virtualidad, posibilidad o certeza de lesión del bien jurídico», ÍD., *ibídem, op. cit.*, p. 34; PÉREZ DEL VALLE, C., «La individualización de la pena y su revisión», en Bernardo del Rosal Blasco (coord.), *Estudios sobre el nuevo Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 57; pero sin aceptar la punibilidad de la tentativa no peligrosa por razón de la protección al bien jurídico y por razones de intervención mínima, SOLA RECHE, E., *La llamada, op. cit.*; ÍD., «Sobre el concepto de tentativa idónea», Fermín Morales Prats, Gonzalo Quintero Olivares, (coord.), *El nuevo Derecho penal español, Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, 2001, pp. 778 ss.; PESSOA, N. R., *Delito imposible*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, pp. 50 ss.

nos(32) se han servido para defender la impunidad. La pregunta que hay que despejar entonces es la siguiente: ¿es bastante para la punibilidad de la tentativa inidónea el fundamento de la imputación objetiva del dolo típico a un autor racional?

IV. TEORÍAS SUBJETIVO-OBJETIVAS

1. La imputación de lo subjetivo en la representación del autor

La teoría subjetivo-objetiva, mayoritaria en Alemania (especialmente la teoría de la impresión), arguye que la representación del plan del autor sin base a las *leyes causales-naturales* solo refiere un mero deseo. De aquí que esta teoría se sirva de las leyes causales-naturales para determinar la idoneidad de la *objetivación del plan del autor*.

De esta teoría provienen diversas variantes, en especial, la teoría sobre el *error ontológico* y *nomológico*(33) que defiende la trascendencia que supone para la objetivación la diferencia entre el error sobre la causalidad de las leyes naturales (error ontológico) y la propia existencia de las leyes causales-naturales (error nomológico). Así, el primer error, desde este postulado, es punible al representarse el autor la comisión delictiva a través de leyes causales existentes, pues si estas leyes se hubieran desarrollado naturalmente el resultado se habría producido; mientras que en el error nomológico el autor yerra sobre la propia existencia de estas leyes, lo que significa la nula peligrosidad y, por ende, su impunidad. No obstante, críticamente se considera que en ocasiones será imposible discernir si estamos ante uno u otro tipo de error, y que esta distinción es innecesaria porque también la tentativa putativa es impune por un error nomológico(34).

(32) LUZÓN CUESTA, J. M.^a, *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, Dykinson, Madrid, 1996, p. 198; MORA ALARCÓN, J. A., *Suma de Derecho penal, parte general y especial*, Edisofer, Madrid, 1996, p. 155.

(33) GRACIA MARTÍN, L., «Política criminal», *op. cit.*, pp. 348 ss; STRUENSEE exige una causalidad idónea en la representación del autor, STRUENSEE, E., «Dolo de causar y causalidad putativa», *op. cit.*, pp. 934 ss.

(34) Críticamente, ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea*, *op. cit.*, pp. 92 ss; BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa*, *op. cit.*, pp. 117 ss; CUELLO CONTRERAS, J., *PG*, *op. cit.*, p. 63; DEMETRIO CRESPO, E., *La tentativa*, *op. cit.*, pp. 77 ss; ÍD., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, pról. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y Hans Joachim Hirsch, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999, pp. 126 ss. y 159 ss; FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa*, *op. cit.*, p. 330; ÍD., «Consideraciones», *op. cit.*; MORENO-TORRES HERRERA, M.^a R., *Tentativa de delito y delito irreal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999,

2. La desobediencia a la norma: quebrantamiento de la vigencia normativa

Otras teorías defienden que el Derecho penal constituye una norma preventiva u *orientadora* de conductas. Toda norma que estableciese deberes quedaría en saco roto si renunciase a evitar la consumación, por ello, para algunas teorías, el fin del Derecho es *orientar* al ciudadano de tal forma que rechace iniciar lo injusto, esto es, que se adecúe a la norma sin exigir el fatal e hipócrita *moralismo kantiano* consistente en estar de acuerdo con la norma y sentirla como propia. En suma, se defiende desde este tipo de postulados que el *sentido comunicativo de la norma* va más allá de lo ontológico, y su función preventivo-general-positiva adquiere especial relevancia en los estados previos a la consumación.

2.1 LA IMPRESIÓN O ALARMA COLECTIVA COMO FUNDAMENTO DE LA TENTATIVA PUNIBLE

En concreto, la *teoría de la impresión*, mayoritaria en Alemania pero minoritaria en España, parte de un criterio de punibilidad basado en lo que entienda la sociedad como *relevante*. Podría decirse que parte de un criterio *psicológico-social*, apela a que la voluntad exteriorizada tiene capacidad para quebrantar la seguridad y la confianza que la sociedad tiene en la norma. La problemática de dicho fundamento viene de la determinación de lo que se entienda como relevante *psico-social*. Los predecesores de esta teoría defendieron que tanto el criterio de punibilidad en la inidónea como el comienzo de la tentativa se basaban en la *impresión de peligrosidad* o *impresión de amenaza*, valoradas ambas desde la perspectiva del juicio de una persona razonable. Pero paradójicamente esto mismo fundamentaba la impunidad de la tentativa supersticiosa, pues en ésta no se defrauda la confianza al faltar la posibilidad real o potencial de materializarse el resultado. Así, si el medio empleado en la tentativa es inidóneo desde un principio no existirá inseguridad en la colectividad, pero si se emplea uno idóneo y en el último momento por causas ajenas a la voluntad del sujeto el medio se configura como inidóneo, entonces, será punible

p. 333; MUÑOZ LORENTE, J., *La tentativa inidónea*, *op. cit.*, pp. 50 ss; SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *El nuevo Código penal*, *op. cit.*, p. 127; SOLA RECHE, E., *La llamada*, *op. cit.*, p. 106; TAMARIT SUMALLA, J. M.^a, «La tentativa con dolo eventual», *ADPCP*, t. 45, Fasc/Mes 2, 1992, p. 532. En Alemania, JAKOBS, G., *PG*, *op. cit.*, 25/21; JESCHECK H-H. / WEIGEND T., *Tratado de Derecho penal, Parte general*, 5.^a ed., ampliada y renovada, trad. Miguel Olmedo Cardenete, Granada, 2002, 49, II.

porque la inidoneidad se crea por circunstancias ajenas a ese autor con capacidad racional media.

Papageorgious(35) aporta un criterio distinto al del *hombre medio*. Utiliza el concepto *gente sensata*, es decir, lo que considera la sociedad como normal organización. Según este criterio habrá que analizar si la conducta tiene un potencial quebrantador de la vigencia normativa, si comunicativamente se siente como una amenaza por la sociedad y, para ello, ha de utilizarse, ahora sí –comenta Papageorgious– el criterio del *hombre* con conocimientos *medios* sobre lo nomológico y lo ontológico.

Más recientemente la *teoría de la impresión* exige además un verdadero *merecimiento de la pena* (perturbación en la confianza normativa de la sociedad). En tal sentido, cabe resaltar al respecto que el StGB en los § 22 y 23 parece refrendar esta teoría, ya que si bien se criminaliza generalmente la tentativa inidónea se acepta la posibilidad de la atenuación o la eliminación de la pena (§ 23.3.º) en casos de imposibilidad de consumación por *falta burda de entendimiento* del autor (en la tentativa supersticiosa e irreal) por no suponer ejecución alguna, aunque cabe añadir que hay quien admite la punibilidad de la supersticiosa(36).

Críticamente, cabe reprochar a esta teoría –como bien denuncian la doctrina española y parte de la alemana(37)– que falta la argumentación sobre la concreción objetiva de lo que es relevante o perturbable en la sociedad.

(35) PAPAGEORGIOUS-GONATAS, S., *Wo liegt die Grenze Zwischen Vorbereitungshandlungen und Versuch? Zugleich eine theoretische Auseinandersetzung mit dem Strafgrund des Versuchs*, Florentz, München, 1988, pp. 210 ss.

(36) KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, op. cit., p. 240.

(37) En España, ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea*, op. cit., p. 343; DEMETRIO CRESPO, E., *La tentativa*, op. cit., pp. 77 ss; ÍD., *Prevención general e individualización judicial de la pena*, op. cit., pp. 126 ss. y 159 ss; FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa*, op. cit., p. 330; MORENO-TORRES HERRERA, M.^a R., *Tentativa de delito y delito irreal*, op. cit., p. 333; MUÑOZ LORENTE, J., *La tentativa inidónea*, op. cit., p. 198; SOLA RECHE, E., *La llamada*, op. cit., p. 106; TAMARIT SUMALLA, J. M.^a, «La tentativa con dolo eventual», op. cit., p. 532. En Alemania, JAKOBS, G., *PG*, op. cit., 25/21. Critica que «no hay que atender al momento de la conmoción general, sino solo a la conexión con la realización del tipo, lo que no puede llevarlo a cabo la teoría de la impresión en cuanto a su contenido positivo. Ahora bien, negativamente puede establecerse que sin el poder de impresión del hacer no existe motivo alguno para constituir una tentativa», y sin éste el fundamento de punición de los actos preparatorios decaería. Ampliamente sobre el debate doctrinal en Alemania, FRISCH, W., «La atenuación del marco penal en la tentativa», trad. Marcelo A. Sancinetti *ADPCP*, t. 47, mes 2, 1994, pp. 159 a 192, trad. del original «Die Strafrahmnenmilderung beim Versuch», *Festschrift für Günter Spendel*, Berlin, 1992.

2.2 FUNDAMENTO FUNCIONALISTA DE PUNIBILIDAD: LA TENTATIVA COMO EXPRESIÓN DE SENTIDO CONTRA LA NORMA

Los fundamentos de los que parte Jakobs(38) han conseguido relegar a un plano secundario tanto al *paradigma de la protección de bienes jurídicos* como a la *teoría de la motivación de la norma*(39), y esto se debe a que, en verdad, lo que trata de proteger el Derecho penal no es todo ataque al bien (¡imposible normativa y materialmente!) sino su valor como expectativa generalizable, en este sentido su valor normativo para *orientar* la conducta de las personas de forma general en un horizonte de alternativas comportamentales. La doctrina puramente funcionalista(40) se adelanta a la protección de bienes jurí-

(38) HEGEL, G. W. F., *Principios de la filosofía del derecho o Derecho natural y ciencia política*, Edhasa, Barcelona, 1999; LUHMANN, N., *Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general*, trad. Silvia Pappe y Brunhilde Erke, bajo la coordinación de Javier Torres Nafarrate, 2.ª ed., Anthropos, 1998, p. 72; ÍD., *El Derecho de la sociedad*, trad. Javier Torres Nafarrate, 2.ª ed., Herder, Universidad Iberoamericana, Biblioteca Francisco Xavier Clavigero, México, 2005; ÍD., *La sociedad de la sociedad*, trad. Javier Torres Nafarrate, Herder, México, 2007.

(39) ROXIN, C., *Derecho penal, Parte general*, t. I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. y notas Luzón Peña / Díaz y García Conlledo / De Vicente Remesal, de la 2.ª ed. alemana, Civitas, Madrid, 1997, pp. 813 ss; ÍD., «Qué queda de la culpabilidad en Derecho penal», trad. Jesús-María Silva Sánchez, *CPC*, núm. 30, 1986, pp. 688 ss; GARCÍA ARÁN, M., «Culpabilidad, legitimación y proceso», *ADPCP*, t. 41, Fasc/Mes 1, 1988, p. 86; GIMBERNAT ORDEIG, E., «El sistema del Derecho penal en la actualidad», GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de Derecho penal*, 3.ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, p. 174 ss; GONZÁLEZ MATEOS, J. C., «Esencia de la norma penal y antijuricidad de la tentativa», *op. cit.*, pp. 194 ss; MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal: concepto y método*, 2.ª ed. reimp., 1.ª ed. 1976, B de F, Montevideo, 2003, pp. 56 ss; MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1979, pp. 50 ss.

(40) LESCH, H. H., *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, P. Lang, Frankfurt am Main, New York, 1992; MÜSSIG, B., «Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría crítica del bien jurídico hacia el sistema», *RDPC*, núm. 9, 2002, pp. 169 ss; MYLONOPOULOS, C., Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht. *Eine Studie zur Entwicklung der personale Unrechtslehren*, Köln-Berlin-Bonn-München, Heymann, 1981, pp. 84 ss; v. NIEPOTH, B., *Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt*, Frankfurt a. M., 1994, pp. 113 ss; VEHLING, K.-H., *Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, Schriften zum Strafrecht und Strafprozeßrecht, 4, Peter Lang, Frankfurt am Main, Bern, New York, Paris, 1991; ZACZYK, R., *Das Unrecht der Versuchten Tat*, Duncker & Humblot GmbH, Berlin, 1989. En España, BARDAVÍO ANTÓN, C., *Las sectas en Derecho penal: Estudio dogmático de los delitos sectarios*, Bosch, Barcelona, 2018, pp. 320 ss. y pp. 590 ss; POLAINO-ORTS, M., *Derecho penal del enemigo. Desmitificación del concepto*, pról. Günther Jakobs, Revisado por Miguel Polaino Navarrete, Grijley, Lima, 2006, pp. 27 ss; ÍD., *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 47 ss., y 305 ss. y pp. 319 ss; ÍD., *Lo verdadero y lo falso del Derecho penal del*

dicos pero sin llegar a negarlos. Piénsese al respecto que los delitos de peligro concreto, diversas acciones típicas (promoción, facilitación y favorecimiento), los delitos de mera actividad, de omisión pura y de emprendimiento son buenos ejemplos de esa *función preventiva*. Con esto se significa que la tentativa es ya un quebrantamiento normativo de alto calado, es ya una *consumación normativa*, no una anticipación sin más: es un *injusto autónomo*.

De tal suerte resulta secundario el fin de protección de bienes jurídicos pero a su vez también resulta mediato(41) al fin de la prevención general positiva, pues a través de la *comunicación* de la vigencia de la norma se orienta el horizonte de alternativas sobre los deberes normativos y comportamientos que pueden realizar las *personas*, para que —en tanto sujetos racionales a los que se les reconoce derechos y deberes— reconozcan la norma penal adecuando su conducta a la norma.

Algunos(42) también acertadamente compatibilizan ambas tutelas. Especialmente Polaino Navarrete(43) comenta que Jakobs ha sabido diferenciar entre lesiones a bienes y lesiones a bienes jurídicos: «es la norma penal la que crea o reconoce una necesidad, un merecimiento de tutela penal a determinados bienes frente a determinados

enemigo, Grijley, Lima, 2009; aunque a favor de la compatibilidad de ambas tutelas, POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho Penal, Parte General*, t. II, *Teoría jurídica del delito*, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 546 ss; ÍD., *Derecho Penal, Parte General*, I, 5.ª ed., colaboración de Miguel Polaino-Orts, Bosch, Barcelona, 2004, pp. 151 y 152; ÍD., «El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado», *RPJ*, núm. 72, 2003, pp. 59 a 88 (también en Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004); ÍD., «Injusto de la tentativa y vigencia», *op. cit.*, p. 711; REY SANFÍZ, L. C., *Tentativa jurídico-penal: acercamiento al tratamiento doctrinal del fundamento de los criterios de imputación entre naturalismo y normativismo*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 100 ss; REYES ALVARADO, Y., *El delito de tentativa*, B de F, Buenos Aires, 2016, pp. 130 ss. y pp. 202 ss.; SANTA RITA TAMÉS, G., *El delito de organización terrorista: un modelo de Derecho penal del enemigo. Análisis desde la perspectiva de la imputación objetiva*, pról. Miguel Polaino-Orts, Bosch, Barcelona, 2015.

(41) JAKOBS, G., «¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma», trad. Manuel Cancio Meliá, JAKOBS, G., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo José Feijoo Sánchez, 1.ª ed., Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 59 y 60.

(42) En España, ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea*, *op. cit.*, p. 331; GARCÍA AMADO, J. A., «¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal», *DOXA*, núm. 23, 2000, p. 242.

(43) POLAINO NAVARRETE, M., *Derecho Penal, Parte General*, t. II, *Teoría jurídica del delito*, *op. cit.*, pp. 546 ss; ÍD., *Derecho Penal, Parte General*, I, 5.ª ed., *op. cit.*, pp. 151 y 152; ÍD., «El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura», *op. cit.*, pp. 59 a 88 (también en Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004); ÍD., «Injusto de la tentativa y vigencia», *op. cit.*, p. 711.

ataques: a partir de ahí, esos bienes naturales pasan a ser bienes jurídicos»(44). Pero Polaino Navarrete precisa que la *secuencia delito-pena* no se agota en la «autovigencia» de la norma, sino que ya el bien jurídico tiene un aspecto positivo en dicha secuencia que también alcanza esa intensidad de tutela preventiva comunicando al autor que su acción lesiva de «esos concretos bienes jurídicos no será gratuita, y del mismo modo, la protección penal de esos bienes no será en vano»(45). Por eso concluye que la vigencia de la norma no desplaza al bien jurídico a un segundo plano, el Derecho penal no tiene la tarea de impedir resultados lesivos, sería irreal y utópico, sino de seleccionar bienes y valores jurídicos que merecen protección, los bienes jurídicos(46). De esta forma de comprender la sinergia entre ambos postulados, se llega a la comprensión de que la protección de bienes jurídicos es el contenido y la prevención de delitos el fin(47). Dicha sinergia supone una relación entre bien jurídico y vigencia de la norma como medio-fin en la que la norma no tiene una función autoprotectora, sino que salvaguarda «inmediatamente» los bienes y valores relacionados con ella, y de esa forma se protege «mediatamente» la vigencia de la norma(48).

No obstante, el Derecho penal es incapaz por sí solo de proteger la vida, únicamente puede comunicar que tal acto constituye una operación negativa de un deber normativo. El delito no siempre pone realmente en peligro al bien jurídico espiritualmente entendido, pero sí debilita siempre la idea de vigencia normativa(49) o, como más acertadamente explica Polaino-Orts, la tentativa en sí misma ataca «otro bien tan digno y merecedor de protección: la seguridad cognitiva de los ciudadanos en la vigencia de la norma»(50). En los postulados funcionalistas no es el acto negativamente valorado de matar lo que se prohíbe, sino la comunicación del *sentido injusto del acto* y su *exteriorización en el mundo y especialmente en el código justo/injusto* del subsistema del Derecho penal. Por lo tanto, el *fin*(51) del Derecho

(44) POLAINO NAVARRETE, M., *Acción, omisión y sujetos en la Teoría del delito (De la posición de garante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas)*, Grijley, Lima, 2009, pp. 160 y 161.

(45) ÍD., *ibídem*, *op. cit.*, pp. 162 y 163.

(46) ÍD., *ibídem*, *op. cit.*, pp. 164 y 165.

(47) ÍD., *ibídem*, *op. cit.*, p. 166.

(48) ÍD., *ibídem*, *op. cit.*, p. 168.

(49) V. NIEPOTH, B., *Der untaugliche*, *op. cit.*, p. 121.

(50) POLAINO-ORTS, M., *Derecho penal del enemigo. Fundamentos*, *op. cit.*, p. 353.

(51) JAKOBS, G., «¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma», *op. cit.*, pp. 50 y 51. En concreto, ZACZYK sin negar la trascendencia

penal como estructura propia y diferencial de otros sistemas, es comunicar un horizonte de alternativas orientativo a la *persona*.

Entonces, la pena, desde estos postulados supone la comunicación del restablecimiento de la vigencia de la norma. Jakobs argumenta que el delito no es el quebrantamiento del bien jurídico sino la defraudación de la expectativa normativa (*Enttäuschung der normativen Erwartung*), la lesión de deber. No es el hecho material lo que comunica la negación de la norma sino lo *simbólico*(52) del acto, su expresión comunicante, lo que se toma del raciocinio de los sujetos como *social y comunicativamente relevante*(53) por la *racionalidad* del sistema del Derecho penal (*intercomunicación*). Por eso la teoría funcionalista entiende la norma como *subsistema funcional* del ordenamiento y de la Sociedad para asegurar las expectativas normativas de los ciudadanos. La defraudación de la *norma de flaqueo* –aquella que es protectora de la principal– es en sí misma ya un injusto, y de aquí que ciertas conductas preparatorias y la tentativa en general sean *estructuras normativas funcionales* para el mantenimiento del Sistema y de su diferenciación comunicativa: es o no es punible.

Amén de ello, la tentativa es ya en sí *un quebranto normativo o infracción*(54), un desvalor del resultado causado por una expresión negativamente relevante, el desvalor de la acción. De aquí subyace que el desvalor en la tentativa y el desvalor en lo consumado sea el mismo, únicamente se añade en este último un *plus cuantitativo*(55), el *resultado mayor de quebrantamiento normativo*(56). En lógica, el

del bien admite la unidad de la tentativa objetiva y subjetiva como quebrantamiento de la *relación interpersonal de la libertad*. La tentativa no viene configurada por la lesión parcial al bien jurídico sino por el quebrantamiento de la relación o idoneidad de la acción para desvirtuar la relación de confianza, ZACZYK, R., *Das Unrecht*, *op. cit.*, pp. 119 ss. En aquellos casos en los que la idoneidad dependa del sujeto pasivo y no de lo naturalístico, el injusto nacerá del quebrantamiento de la confianza normativa interpersonal. ÍD., *ibidem*, *op. cit.*, p. 251. De otra opinión, MYLONOPOULOS entiende que la tentativa supersticiosa no es punible por insuficiencia del grado de lesión al bien, lo que incapacita la comunicación de la negación normativa, MYLONOPOULOS, C., *Über das Verhältnis*, *op. cit.*, p. 87.

(52) Al respecto, LESCH, H. H., *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, *op. cit.*, p. 256.

(53) VEHLING, K-H., *Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, *op. cit.*, p. 130.

(54) Sobre ello, VEHLING, K-H., *Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, *op. cit.*, p. 87; POLAINO-ORTS, M., «Imputación objetiva: esencia y significado», KINDHÄUSER Urs / POLAINO-ORTS Miguel / CORCINO BARRUETA Fernando, *Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho Penal*, Grijley, Lima, 2009, pp. 43 a 50.

(55) LESCH, H. H., *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, *op. cit.*, pp. 257 ss.

(56) JAKOBS, G., *PG*, *op. cit.*, 25/15: «El fundamento de punición de la tentativa es exactamente el mismo de la consumación». Particularmente, MYLONOPOULOS, C.,

desvalor del resultado en la inidónea es también el quebranto de la vigencia normativa(57), y de aquí que el resultado entendido como parte objetiva de la graduación ejecutiva del delito fundamente la *graduación de la pena* pero no la antijuridicidad(58), pues el resultado material –en sentido ontológico– solo se aprecia en el injusto consumado(59). De tal modo –como argumenta Polaino Navarrete– es posible la tentativa en los delitos de mera actividad simple y en los delitos de omisión pura, siempre y cuando sea posible –en virtud del grado de relevancia social– la *partición* de los actos(60).

Por el contrario, la *crítica*(61) al funcionalismo considera que el desvalor de la acción y del resultado se difuminan en el quebrantamiento de la vigencia de la norma.

Dicho todo lo anterior, es hora de plantearse precisamente una cuestión: ¿qué dota de sentido o relevancia penal objetivamente hablando a la tentativa? Explica Jakobs que «la libertad de organización interna que compete a cada persona responsable se sostiene sobre un sinalagma: la persona tiene que preocuparse de que su esfera de organización no salgan procesos causales dañosos... El abandono del dominio en perjuicio potencial de otro es, una tentativa en sentido material»(62). En su virtud, la punibilidad de la tentativa inacabada refrenda el postulado preventivo positivo que cumple la norma penal en contra del paradigma dualista –desvalor de la acción y del resultado– sin necesidad de esperar al inminente peligro de lesión al bien

Über *das Verhältnis*, *op. cit.*, pp. 84 ss. Considera MYLONOPOULOS que en la tentativa se aprecia tanto un desvalor de la acción (debilitación de la vigencia normativa) como un desvalor del resultado (lesión en la consideración social del bien jurídico), pero solo en los casos en los que la acción quebrante el fin de la norma, el deber de no lesionar. ÍD., *ibídem*, *op. cit.*, p. 59. En contra, aunque con ciertas reservas, POLAINO NAVARRETE, M., *Acción, omisión y sujetos*, *op. cit.*, pp. 169 ss. Aprecia que «esa diferencia de penalidad viene originado por el plus de peligrosidad o de lesividad que se refleja en el injusto consumado que –por lo general– es más contundente y más reprochable que en la tentativa».

(57) LESCH, H. H., *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, *op. cit.*, pp. 257 y 258.

(58) ÍD., *ibídem*, *op. cit.*, p. 202.

(59) ÍD., *ibídem*, *op. cit.*, p. 204.

(60) Por ejemplo –comenta el citado autor– en el delito de falso testimonio puede darse una tentativa ya sea porque no termina de pronunciarse la última palabra o, ya sea porque lo falsario se expresa con un monosílabo y éste se malinterpreta por un error acústico, POLAINO NAVARRETE, M., «Injusto de la tentativa y vigencia», *op. cit.*, p. 739. Esto también es apreciable en los delitos de *tentativa autónoma*, por ejemplo, en el inciso segundo del artículo 262 CP que tipifica la tentativa de apartar a «postores en concurso y subastas públicas», y en otros tipos como en los artículos 495.1 y 595 CP, ÍD., *ibídem*, *op. cit.*, pp. 740 y 741.

(61) ALCÁCEER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea*, *op. cit.*, pp. 314 ss. y pp. 324 ss.

(62) JAKOBS, G., *PG*, *op. cit.*, 25/21.

jurídico (tentativa acabada). De este modo, lo que configura el desvalor de la acción es la vulneración de un ámbito de organización asumido por los sujetos o atribuido según su *rol común* o *especial*(63): el rol establece reglas y niveles de actuación u omisión en el riesgo permitido. Por ende, el *quantum* de la defraudación del riesgo permitido (libertad) del que cuenta la esfera de competencia del rol producirá el mayor o menor desvalor(64). No obstante, esto último (el quebrantamiento del rol) no es suficiente para imputar la tentativa, sino que faltará conocer el título de imputación (dolo o imprudencia) para atribuir relevancia penal al sentido de la acción, esto es, más allá de la mera casualidad o infortunio.

Con un ejemplo que expone Jakobs: «La tentativa inidónea por falta burda de entendimiento es una tentativa comunicativamente relevante pero la *cantidad* de su relevancia tiende a cero; por el contrario, en los casos de las «tentativas» que aquí se consideran atípicas, el autor incurre en un error de categorías: no alcanza la *cualidad* de lo comunicativamente relevante. Por supuesto que el error cualitativo también puede fundamentarse en la falta burda de entendimiento (los delitos putativos...), pero el § 23 apartado 3 StGB no regula un error burdo *que no alcance* el dolo típico, sino que regula el dolo típico burdamente erróneo. Ejemplo: si en una hoja informativa sobre plantas venenosas se incluyen por error las ortigas, una persona sin ningún tipo de conocimientos de biología se atenderá al contenido informativo de la hoja; dado que nada entiende sobre la materia –ni tan siquiera advierte los errores burdos– actúa de manera burdamente equivocada en el sentido de que no conoce lo que parece evidente. Sin embargo, es prudente atenerse a las hojas informativas en materias sobre las que se carece de conocimientos. Si hubiese prestado atención a sus sueños o hubiese deducido el carácter venenoso en función de haber encontrado alguna vez un animal muerto entre unas

(63) Ampliamente, JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho penal*, estudio preliminar Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, trad. Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1996, pp. 145 ss; ÍD., «La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales «riesgo permitido», «prohibición de regreso» y «principio de confianza»», trad. Enrique Peñaranda Ramos; JAKOBS, G., *Estudios de Derecho penal*, 1.ª ed., Civitas, Madrid, 1997, pp. 209 ss.; CARO JOHN, J. A., *La imputación objetiva en la participación delictiva*, reedición 2009, Grijley, Lima, 2003; PIÑA ROCHEFORT, J. I., *Rol Social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal*, pról. Jesús-María Silva Sánchez, Bosch, Barcelona, 2005; POLAINO-ORTS, M., *Derecho penal del enemigo. Fundamentos*, op. cit.; ÍD., *Lo verdadero y lo falso del Derecho penal del enemigo*, op. cit.; ÍD., «Imputación objetiva», op. cit., pp. 27 ss.

(64) VEHLING, K.-H., *Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, op. cit., pp. 124 ss. y p. 147.

ortigas, su dolo hubiese errado el tipo»(65). De aquí que la representación del autor puede ser comunicativamente relevante cuando se expresa racionalmente organizada, y ese ámbito de organización externo y concomitante al hecho objetivo y subjetivo es vital para hallar el *sentido social comunicante*, es decir, la seriedad de la perturbación *cognitiva-normativa* en la seguridad jurídica, el dolo típico, su ejecución y su punibilidad. Por el contrario, en la *tentativa supersticiosa* o *burdamente insensata* se excluye la pena o se rebaja altamente en el § 23.3 StGB, cuando el autor se representa el proceso causal del resultado desconectado totalmente de lo sensatamente establecido social y naturalmente, y por esto según dicha insensatez la pena se gradúa o elimina.

Esto es razón bastante para concluir que el comportamiento racional-comunicante fundamenta la punibilidad y la irrelevancia de la comunicación(66) la excluye. Como expondremos más detalladamente *infra*, la ejecución de lo cognitivo que supone el *dolo típico* fundamenta la punibilidad(67), pues sin éste estaríamos ante una tentativa irreal/supersticiosa, no así en uno putativo, pues, como acertadamente expone Jakobs, la *diferencia entre tentativa y delito putativo* no está en el conocimiento de lo prohibido, cuestión que trasciende en el delito putativo, sino en los límites marcados entre ambos(68), la ejecución típica.

(65) JAKOBS, G., «Representación del autor e imputación objetiva», trad. Carlos J. Suárez González, JAKOBS, G., *Estudios de Derecho penal, op. cit.*, p. 239, nota 32; ÍD., *PG, op. cit.*, 25/30; VEHLING, K-H., *Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch, op. cit.*, p. 124.

(66) Comenta JAKOBS que «(e)l autor no parte de una configuración del mundo comunicativamente irrelevante sólo en la tentativa supersticiosa, sino siempre que sustenta una visión del mundo incorrecta en cuanto a sus principios, es decir, cuando deriva sus conocimientos a partir de fuentes inadecuadas por principio (sueños, sentimientos intuitivos, inspiraciones, etc.) o los «procesa» de modo inapropiado por principio... Por eso, solo la organización racional puede constituir organización relevante», JAKOBS, G., *PG, op. cit.*, 25/22.

(67) JAKOBS, G., «La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal», trad. Manuel Cancio Meliá del manuscrito *Die Idee der Normativierung in der Strafrechtsdogmatik*, JAKOBS, G., *Sobre la normativización de dogmática jurídico-penal, op. cit.*, pp. 34 y 35; POLAINO NAVARRETE, desde una posición intermedia pero en armonía a lo anterior, considera que el injusto de la tentativa se constituye formalmente por una «desautorización de la norma», y materialmente por «una puesta en peligro de un concreto bien jurídico protegido», concepción que para nada —comenta— sea contradictoria. Por ello «(c)uando los elementos realizados para la consecución del resultado normativo son idóneos, entonces no es que sea el injusto irreal, ideal o representado, sino normativamente real y existente», POLAINO NAVARRETE, M., «Injusto de la tentativa y vigencia», *op. cit.*, p. 73.

(68) JAKOBS, G., *PG, op. cit.*, 25/41 a 25/42.

Así las cosas, la teoría funcionalista justifica un menor ámbito de punición de la tentativa inidónea, supersticiosa o irreal en comparación con la teoría de la impresión, en la que el simple hecho de matar con medios burdos *puede ser punible* para algunos, aunque según el grado de lo burdo puede rebajarse o eliminarse la pena (menor merecimiento de la pena). Así también, en los postulados funcionalistas la esencia de la *delimitación* entre *preparación* y *tentativa inacabada* está en la disposición a realizar el comportamiento, es decir, en la representación del autor sobre el comienzo de la acción injusta se revela el comienzo de la ejecución más allá de lo preparado, más allá de los pensamientos o deseos, lo que fundamenta que el concepto de peligro inminente o potencial(69) es únicamente descriptivo pero significativo para la determinación de la pena. De este modo el concepto de *inmediatez* no ha de ser entendido como criterio cuantificable en lo potencial, temporal o material, sino como criterio subjetivo del plan(70) (*representación*) del autor objetivamente probado mediante la organización irrogada por los roles suscritos en cada caso concreto. No es de extrañar, entonces, que Jakobs establezca unas *directrices*(71) sobre el comienzo de la tentativa, pues *una fórmula general no es válida*: la sociedad provee de infinitos contextos y ámbitos de organización posibles.

La teoría funcionalista constituye una oposición frontal a los partidarios ortodoxos del paradigma de los bienes jurídicos quienes se ven abocados a entender la tentativa como un desvalor de la acción sin resultado, y precisamente esta incoherencia les dificulta la explicación de la punibilidad de tentativa inidónea no peligrosa. Ahora es entendible que en un sistema funcional la *pena* constituye la restitución proporcional del quebranto normativo(72), es simbólica y su comunicación se dirige tanto al autor como a la generalidad de una determinada

(69) Íd., *ibídem*, *op. cit.*, 25/56 y 25/57.

(70) Se puede utilizar el término *plan* por ser más comprensible, sin embargo, es sabido que puede actuarse dolosamente sin un plan preconcebido, «en un estado de arrebató pasional», Íd., *ibídem*, *op. cit.*, 25/24.

(71) Íd., *ibídem*, *op. cit.*, 25/64 a 25/70.

(72) También se dice que la pena es la reacción al quebrantamiento de una norma (*Reaktion auf einen Normbruch*), JAKOBS, G., *Sobre la teoría de la pena*, Cuadernos de conferencias y artículos, núm. 16, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 16. Críticamente, FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Prevención general positiva: estabilización normativa mediante imposición de males. Una réplica a la teoría de la pena de Günther Jakobs», pról. Günther Jakobs, Manuel Cancio Meliá y Bernardo José Feijoo Sánchez (coords.), *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad*, Seminario con Günther Jakobs en la UAM, Cizur Menor, Thomson-Civitas, Navarra-Madrid, 2008, pp. 148 y 153. En concreto considera que «(e)l propio autor en sus últimos trabajos considera que la prevención general negativa se halla contenida en la positiva.

sociedad. Lo *relevante del delito* es que en la representación del autor exista una racional idoneidad(73) del ámbito de organización objetivamente(74) configurado, pero a su vez, subjetivamente intercomunicado (*plan/representación*). Esto significa que la punibilidad se fundamenta primigeniamente en que el plan ejecutado contenga un *mínimo de racionalidad con capacidad comunicativa de negación de la norma (idoneidad intercomunicativa)*, a pesar de una inidoneidad objetiva.

V. CONSIDERACIONES PROPIAS

1. Introducción

La Sociedad como Sistema de los demás subsistemas (Política, Derecho, etc.) fundamenta la configuración normativa, su vigencia, lo que no quiere decir que «las personas –comenta Jakobs– queden sometidas al colectivo», pues precisamente en virtud de la configuración normativa de la Sociedad «(l)as personas, que son constituidas por el reconocimiento social en portadoras de derechos y obligaciones, adquieren en esta vinculación social una existencia real y no meramente imaginada»(75). Por esto mismo, lo imaginario, aunque pueda constituir un plan con fin delictivo, constituye lo irreal o supersticioso(76) porque no supera la *mínima racionalidad* o, superándola

Si esto es así, en sociedades donde la tendencia dominante sea la infidelidad parece que el recurso al dolor y al sufrimiento debe ser mayor».

(73) ZACZYK, R., *Das Unrecht*, op. cit., p. 252. Comenta que «(c)uando menos se establezca la relación jurídica por medio de fuerzas trascendentes, menos puede constituir injusto conjurar tales fuerzas»; JAKOBS, G., *La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva*, Cuadernos de conferencias y artículos, núm. 15, Universidad Externado de Colombia, 1.ª ed., Bogotá, 1996, p. 9; ÍD., *PG*, op. cit., 25/36; ÍD., «Representación del autor», op. cit., pp. 223 ss; ÍD., «Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico», trad. Enrique Peñaranda Ramos, JAKOBS, G., *Estudios de Derecho penal*, op. cit., pp. 293 ss.

(74) JAKOBS, G., *PG*, op. cit., 25/1a.

(75) JAKOBS, G., *El Derecho penal como disciplina científica*, 1.ª ed., Cuadernos Civitas, Thomson, Madrid, 2008, p. 102.

(76) La Sociedad es una entidad distinta a la de las personas que configura en cada tiempo y espacio lo que se reconoce o se comunica. Si acotamos ese ámbito al de una acción injusta intentada también tendremos que determinar lo *relevante*, lo *comunicante* dentro de un espacio-tiempo y sistema determinado. Por ejemplo, el hombre primitivo carecía de responsabilidad propia pero sí de culpabilidad por *ocultación del hecho*. Se le castigaba con una pena destinada a restablecer el orden natural, es decir, no se entendía como una pena personal. Esto tiene reminiscencias en la actualidad: la

la acción no es típica (delito putativo). Por consiguiente, la mínima racionalidad depende del espacio-tiempo social de cada sistema, esto es, del Sistema de la Sociedad y, en consecuencia, gradúa lo normativo. Tal y como expresa Luhmann, la Sociedad se auto-normativa (*sistema autopoietico*(77)) y de tal modo habrá de entenderse que sus características son elementos básicos de la normativización y forman de tal modo «un sistema determinado que tiene vida propia al que se le puede llamar la conciencia colectiva o común»(78).

Lo anterior concuerda con los postulados de Jakobs: «La transición de un estado primitivo carente de normas a un estado regido por el Derecho tiene lugar mediante la institucionalización de derechos y libertades garantizadas»(79). De aquí que se haya comentado que la Sociedad es un sistema propio, autorreferencial y autopoietico(80) que se individualiza y se autonormativa diferenciándose de sus *entornos*, y esto mismo ocurre en cada ámbito concreto, también entre víctima y autor, en el que hay que diferenciar el sentido de la comunicación: competencias, roles, quebrantamiento normativo, confianza, el *sentido de la comunicación*. En definitiva, si una comunicación entra o no en el ámbito del subsistema del Derecho penal y en qué medida.

Los anteriores postulados son aplicables al Derecho penal y al fundamento de punibilidad de la norma y de un comportamiento. El problema sobre la punibilidad de la tentativa viene de que el tradicional concepto de *hombre medio* deja impunes comportamientos que contienen un mínimo de organización racional. En nuestra opinión, tal

pena no tiene una función retributiva, sino la de restablecer la seguridad cognitiva de la sociedad en la vigencia normativa. Similarmente, NIETZSCHE, F., *El crepúsculo de los ídolos o cómo se filosofa con el martillo*, 1.ª ed. revisada, Alianza Editorial, Madrid, 1998, p. 95.

(77) LUHMANN, N., *Sistemas Sociales*, op. cit., pp. 54 ss. y p. 56: «En el caso de los sistemas sociales, el estado de cosas es distinto en un doble sentido: por un lado, no existe ninguna comunicación fuera del sistema de comunicación de la sociedad. Este sistema es el único que utiliza este tipo de operación, y es en esta medida real y necesariamente cerrado, lo cual, por otro lado, no es válido para los otros sistemas sociales».

(78) ÍD., ibídem, op. cit., p. 46.

(79) JAKOBS, G., «Sobre los grados de la incumbencia. Reflexiones sobre el origen y la importancia de los deberes de actuación y tolerancia», JAKOBS, G., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, op. cit., p. 136. Y también le asistía la razón a NIETZSCHE: «Una ley que tiene éxito y es necesaria en un ciclo de leyes, puede estar fuera de lugar y ser probablemente destructora en otro», NIETZSCHE, F., *Mi hermana y yo*, 14.ª ed., Biblioteca Edaf, 2008, pp. 50 ss.

(80) LUHMANN, N., *Sistemas Sociales*, op. cit., pp. 54 ss. Ampliamente sobre dichos postulados, BARDAVÍO ANTÓN, C., *Las sectas en Derecho penal: Estudio dogmático de los delitos sectarios*, op. cit., pp. 55 ss. y pp. 320 ss.

y como desarrollaremos seguidamente, el fundamento de punibilidad del Derecho penal y particularmente de la tentativa es la norma (legitimación) que criminaliza la conducta ejecutada mediante un mínimo cognitivo-social (dolo).

2. Sobre el fundamento de punibilidad en la tentativa idónea y su comienzo

Para la labor que tratamos de fundamentar nos puede servir la delimitación e inicio de la tentativa. Jakobs(81) considera que no pueden formularse reglas fijas para apreciar el inicio de la tentativa sino únicamente *directrices generales*. En concreto comenta las siguientes:

a) *Que la acción se aproxime a la consumación según la representación del autor*. De este modo, el concepto de *inmediatez* ha de ser entendido mediante la objetivación del criterio subjetivo del plan/representación del autor. Esto, en nuestra opinión, solo puede efectuarse analizando el ámbito de organización concreto, el rol y las competencias.

b) *Que la acción sea ya la propia acción de ejecución*. Al respecto Jakobs afirma que no es tentativa –generalmente– dirigirse al lugar del delito. Habrá que analizar la configuración social de dicha acción para discernir entre un acto preparatorio o una tentativa.

c) *La proximidad temporal sin interrupción*. En verdad, y en contra de parte de la doctrina, una alta diferencia temporal entre acción y resultado no impide el inicio de tentativa, pues, como explicaremos, quien intenta puede haber planeado que la consumación se materialice tiempo después.

d) *La propia consideración de la representación del autor en ámbitos de organización en los que la víctima organiza sus derechos de modo socialmente usual*. *Sensu contrario*, si la conducta de la víctima es inusual, habrá concurrencia de culpas o *auto-puesta en peligro*.

De lo dicho se puede extraer que el inicio de la tentativa deviene del quebrantamiento de la competencia del rol y no estrictamente de la acción finalista(82). Con un ejemplo: quien compra una pistola sin conocer el lugar donde vive la víctima únicamente prepara el delito, y quien la compra conociendo el domicilio de la víctima y se dispone hacia éste, comienza a dotar de sentido a los elementos preparatorios (pistola, coche, conocimiento de lugar de la víctima, plan, y acción de

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

(82) En contra, CUELLO CONTRERAS, J., *PG, op. cit.*, pp. 6 y 7.

dirigirse). Solo cuando se termine de dotar de sentido a estos actos preparatorios en un contexto determinado, independientemente de la lejanía temporal y espacial de la lesión, se rebasará la simple sumatoria de elementos preparatorios y, por ende, se iniciará la tentativa conforme a un *potencial de sentido* relevantemente reprochable.

En el ejemplo anterior, el último acto preparatorio activado no contendrá sentido de ejecución hasta que no haya terminado (llegar al domicilio) y, además, se pueda conocer que hay intención entrar. Es decir, el sentido de la ejecución comenzará cuando terminado el último acto preparatorio se inicie una acción independiente, por ejemplo, cuando se llame al domicilio o se intente entrar. Asimismo, quien se presenta de madrugada con una pistola en una gasolinera claramente ha rebasado los actos preparatorios más allá de la simple sumatoria de los mismos (dirigirse a la víctima, pistola, coche, etc.) y, por lo tanto, dicha acción podrá imputarse como tentativa al terminar la *secuencia*(83) preparatoria alcanzando así sentido criminal(84). Entonces, la acción en sí no aporta nada si no se analiza la competencia del rol, pues, por ejemplo, portar un arma nada significa si lo hace un agente de policía durante sus funciones, no así cuando la porta un ciudadano normal en la puerta de una gasolinera en plena noche, sin dinero, y hace el amago de entrar.

De lo anterior también se extrae que no es esencial la temporalidad o la inminencia de afección al bien jurídico para entender ejecutada la tentativa. Con otro ejemplo: A deja preparado un veneno en la limonada de B una semana antes de su vuelta a sabiendas de que B la beberá cuando regrese del viaje. Aquí el autor ha hecho todo lo necesario para esa producción (proximidad temporal sin interrupción), por lo que si bien la temporalidad y el espacio ayudan a comprender la tentativa no resultan esenciales cuando la lejanía temporal o espacial se configuran de forma ininterrumpidas(85).

(83) Amplias referencias, POLAINO NAVARRETE, M., «Injusto de la tentativa y vigencia», *op. cit.*, p. 713, nota 9.

(84) Ejemplo similar al de: VEHLING, K-H., *Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, *op. cit.*, pp. 124 ss, y p. 147; también, JAKOBS, G., *PG*, *op. cit.*, 25/63.

(85) En un sentido metafórico, si la tentativa fuese música, los actos preparatorios serían la partitura y la suma de notas y la tentativa cuando éstas alcanzan armonía en sentido musical, más allá de la simple suma de sonidos. Si las notas adquieren sonido faltará aún por valorar un elemento más para considerarlas tentativa, la *idoneidad* entendida como *intercomunicación*, la *expresión* de sentido musical, que los actos preparatorios, el comienzo de la tentativa y el plan delictivo tengan la mínima racionalidad exigible en el ámbito de organización concreto. En nuestra opinión, como explicaremos *infra*, habrá tentativa a pesar de que la música sea incapaz de conmover o transmitir sentido a la generalidad, esto es, habrá tentativa a pesar de la inidoneidad (falta de peligro) para afectar al bien. Metafóricamente, para

Esto nos lleva nuevamente a negar los tradicionales conceptos de peligrosidad, objeto, medio o sujeto inidóneos, en sustitución de otro que ya hemos perfilado: *la capacidad del autor de dominar la causalidad mediante una racionalidad mínima*. Por consiguiente, la tentativa se inicia penalmente (relevantemente) cuando el autor, según la representación causal del delito concebido, aúna los medios preparatorios en tal sentido que contengan una unidad valorativa relevante para la producción de las consecuencias queridas con la ejecución, más allá de una valoración sumatoria de los mismos, es decir, habrá inicio relevante cuando se terminen de ejecutar los actos preparatorios y se aúnen de tal manera que alcancen un *plus* de *sentido criminal*(86). En un sentido similar se pronuncia muy acertadamente Cuello Contreras. Considera que la tentativa comienza «cuando conforme al plan del autor, se ha creado ya la situación óptima en la que, sin solución de continuidad, puede realizar su propósito, es decir, ejecutar al menos un acto que sin duda representa el comienzo de ejecución del tipo»(87).

Entonces, en nuestra opinión, el fundamento de la punibilidad de la tentativa ya no es la peligrosidad(88) ni la idoneidad(89), sino su imputación: la imputación objetiva del dolo concomitante en la acción o, con otras palabras, la conducta racionalmente desviada de las acciones propias del concreto rol en su estricto ámbito de organización. Ni en la tentativa idónea ni en la inidónea el fundamento de punibilidad se refiere al peligro de lesión, pues la peligrosidad solo describe un contexto criminal que, si bien puede aumentar la penalidad, no es esencial para fundamentar la punibilidad. Por eso dice Jakobs que «(el peligro, como concepto cuantificable, es inidóneo, pues entre preparación y tentativa se pueden distinguir a lo sumo grados de peligro, pero

que exista música no hace falta que alguien la oiga, ni que la generalidad la sienta como tal, únicamente hace falta que cumpla con los requisitos de armonía, que estén configurados racionalmente, por eso una partitura que refleje un conjunto de notas es una tentativa cuando se hace sonar (creación artística) si éstas han rebasado la configuración simple de los sonidos. Con dicho argumento se anula la teoría de la impresión.

(86) En este sentido, CUELLO CONTRERAS, J., «Sobre el tipo de tentativa», *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, p. 260.

(87) CUELLO CONTRERAS, J., *PG, op. cit.*, p. 89.

(88) Así también parte de la doctrina, CUELLO CONTRERAS, J., *PG, op. cit.*, pp. 11 y 12; GONZÁLEZ MATEOS, J. C., «Esencia de la norma penal y antijuricidad de la tentativa», *op. cit.*, p. 205.

(89) SCARANO, Luigi, *La tentativa*, Temis, Bogotá 1960, p. 294: «No vale observar (...) que si la idoneidad demostrada ex ante equivale a la adecuación, terminará ella por identificarse completamente con el peligro. La idoneidad significaría, en resumen, otra cosa que la peligrosidad de la acción».

no... cualitativamente distintos»(90). De tal manera, la *defraudación de las expectativas* que se concretan en la ejecución de un *plan mínimamente racional* constituye una *organización relevante* y el fundamento de la punibilidad.

La defraudación de expectativas y la configuración de la organización sirven para determinar el comienzo de la tentativa y su punibilidad. Debemos aclarar esto con dos postulados:

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

2.º En los casos en los que el sujeto actúa conforme a su rol, es decir, sin defraudar la expectativa generada en la sociedad(91), el peligro no podrá ser imputado porque forma parte de su libertad como rol (esfera de competencia del rol). Con un ejemplo: quien intenta pagar una deuda exigible a sabiendas de que el acreedor la va a utilizar para financiar a una organización terrorista no le es imputable nada, pues si bien esto entraña un peligro *causal*, este no es imputable penalmente al sujeto, que es lo mismo que decir que no hay dolo típico o que es un riesgo permitido (*prohibición de regreso*).

Con otros ejemplos Vehling(92) expone esta idea. Considera que no hay tentativa alguna en el llamado *caso de las bolsas de pimienta* pues la acción de quien intenta robar con estas tirándolas a los ojos de los pasajeros que suban al tranvía y antes de que suban es atrapado no revela por sí misma la realización típica perseguida, no revela ejecución: está socialmente permitido por la generalidad portar bolsas de pimienta. En nuestra opinión, este caso únicamente puede ser entendido como un acto preparatorio y ejemplifica precisamente lo dicho *supra*: si bien los actos preparatorios están acabados no se han utilizado con el sentido prohibido por la norma y, por ende, no se ha iniciado una ejecución propiamente dicha, como sería el caso de intentar lanzarlas a los ojos del dependiente. Mientras que quien se presenta en una gasolinera a altas horas de la madrugada portando armas inicia ya una ejecución, pues no es socialmente adecuado portar armas cuando se quiere entrar en un establecimiento de este tipo. En este caso, si bien no se ha empleado aún el arma, el sentido ejecutivo ha comenzado desde el momento en el que el sujeto se ha colocado en la puerta haciendo amago de entrar.

(90) JAKOBS, G., *PG, op. cit.*, 25/15.

(91) VEHLING, K-H., *Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch, op. cit.*, pp. 124 ss.

(92) ÍD., *ibídem, op. cit.*, p. 147.

3. El fundamento de punibilidad de la tentativa inidónea: la racionalidad mínima en un concreto sistema de comunicación y persona

De lege lata la problemática sobre la punibilidad de la tentativa parte de la derogación del artículo 52.2 CP anterior, en donde se recogía la punibilidad de la inidónea (delito imposible⁽⁹³⁾), pero la problemática también deviene del actual artículo 16 CP con su vocablo *objetivamente*⁽⁹⁴⁾. Cabe decir en armonía con Silva Sánchez⁽⁹⁵⁾ que el artículo 16 CP, en contra de la opinión de parte de la doctrina⁽⁹⁶⁾, no imposibilita la punibilidad de algunas tentativas inidóneas en el sentido objetivista de esta expresión (de ello son buen ejemplo los delitos de emprendimiento⁽⁹⁷⁾, por ejemplo, el artículo 423 CP), pues desde una panorámica estrictamente objetivista, la cual toma *todos* los elementos conocidos *ex ante*, parece claro que la mayoría de tentativas no serían punibles pero más aún toda tentativa sería inidónea desde una perspectiva *ex post*. Así también el requisito «deberían producir el resultado» del artículo 16 CP desde un sentido estrictamente objetivo excluye las tentativas poco probables, con lo que parecería exigirse una alta probabilidad del resultado para la punibilidad, pero este planteamiento dejaría impune muchas de las tentativas, sobre todo aquellas ejecutadas con pocas probabilidades, las *arriesgadas* como explicaremos *infra*.

En otro sentido, desde una interpretación *intersubjetiva* –*intercomunicativa* diríamos nosotros– en la que toda persona mínimamente

(93) Ampliamente sobre el debate doctrinal en España sobre la delimitación entre delito imposible y delito frustrado y recomendando la derogación del delito imposible, RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Delito imposible y tentativa de delito en el Código penal español», *ADPCP*, t. 24, mes 2, 1974, pp. 369 a 389.

(94) Lo equipara al *hombre medio* con los conocimientos defectuosos del autor y los nomológicos y objetivos, GIMBERNAT ORDEIG, E., «Diatriba del Nuevo Código Penal», *La Ley*, núm. 3, 1996, p. 1335; considera que es la adecuación de la representación del autor a los conocimientos sobre lo nomológico, GRACIA MARTÍN, L., «Sobre la punibilidad», *op. cit.*, pp. 358 y 359; SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *El nuevo Código penal*, *op. cit.*, p. 137.

(95) SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *El nuevo Código penal*, *op. cit.*, pp. 133 ss.

(96) GONZÁLEZ MATEOS, J. C., «Esencia de la norma penal y antijuricidad de la tentativa», *op. cit.*, p. 202.

(97) POLAINO NAVARRETE, M., «Injusto de la tentativa y vigencia», *op. cit.*, p. 742. Comenta en concreto que los delitos de emprendimiento «implican sin más la equiparación de la tentativa con la consumación (...) que implica introducir un tratamiento valorativo que es extraño al sistema general incriminador del *iter criminis*» (cursiva del autor); ÍD., *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, t. II, 2.^a ed. corregida y actualizada, Tecnos, Madrid, 2016, pp. 250 ss.

racional habría considerado factible el resultado desde una perspectiva *ex ante*, el objetivismo puro desaparece para reafirmar que el peligro no desempeña un papel *esencial*, sino secundario. Lo relevante es si realmente el comportamiento ha quebrantado racionalmente la norma, si se ha quebrantado el rol de forma racional, si se ha traspasado los actos preparatorios, en definitiva, si se le puede *imputar ese comienzo a una persona racional*, ya sea a título *doloso* (punible) o acabe en *imprudente* (no punible), sin perjuicio de los delitos de peligro, y para esto es preciso conocer el *sentido de la comunicación* en un concreto ámbito: *sistema de comunicación*.

A partir de aquí habrá que comprobar además si dicha comunicación se produce concretamente en el sistema del Derecho penal, es decir, si se produce un *sistema de comunicación* (acoplamiento estructural/interpenetración) entre el comportamiento de autor, la víctima y el Derecho penal (*programas condicionales*)(98), esto es, un *sistema de interacción*, lo cual remite a la pregunta sobre el quebrantamiento de las competencias en un determinado contexto organizacional que vulnere la norma, de forma tal que, negativamente afecte a la previa *orientación positiva* que el Derecho penal ha realizado para que el sujeto obrara conforme a la norma(99). Para ello el concepto de *racionalidad mínima* que tratamos de asentar tiene estrecha vinculación, por no decir que se corresponde, con el *concepto normativo de persona*(100) y no con la doctrina del hombre medio u hombre razona-

(98) Ampliamente sobre los conceptos nada pacíficos de sistema de interacción, acoplamiento estructural e interpenetración, LUHMANN, N., *La sociedad de la sociedad*, op. cit., p. 58, pp. 66 ss., p. 295, pp. 615 ss., pp. 646 ss; sobre lo anterior y los *programas condicionales*, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Teoría de sistemas y Derecho penal: culpabilidad y pena en una teoría constructivista del Derecho penal», Carlos Gómez-Jara Díez (edit.), VV.AA., *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005, pp. 406 ss.

(99) Tampoco resulta pacífica la función del Derecho penal en la propia doctrina funcionalista, entre una función de las normas de *orientación* de conductas o de *aseguramiento contrafáctico de expectativas*, ampliamente sobre la intensa polémica, PEÑARANDA RAMOS, E., «Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito», *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, op. cit., pp. 223 ss.

(100) HEGEL, G. W. F., *Fundamentos de la filosofía del Derecho*, trad. Carlos Díaz, 1.ª ed., Ed. K. H. Iltting, Libertarias/Prodhufi, 1993, p. 178: «La personalidad contiene en general la capacidad jurídica y constituye el concepto y el fundamento también abstracto del derecho abstracto y por ello *formal*. El precepto jurídico reza, por ende: *Sé persona y respeta a los demás como personas*»; JAKOBS, G., «La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal», JAKOBS, G., *Sobre la normativización de dogmática jurídico-penal*, op. cit., pp. 18 ss; ÍD., *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Civitas, Madrid, 1996, p. 63; PIÑA ROCHEFORT refiere que

bles, puesto que con tal criterio se trata de objetivar las características comunes de todos los hombres, lo cual pertenece más a una valoración moralista o psicológica y deja sin respuesta precisamente ese mínimo constitutivo. Sin embargo, con nuestro concepto se acepta a la persona normativamente como tal, así, como sistema de interacción en cada uno de los sistemas sociales, en nuestro caso en el sistema penal de lo justo/injusto, salvo que su comportamiento sea impropio, esto es, irracional, desnaturalizado, impropio, ya no del común de los hombres, sino de la *persona en relación a la norma y a la Sociedad*. Así las cosas, la *racionalidad* habrá de contarse como propia de la persona, es decir, su mínimo constitutivo en la comunicación social.

La cuestión subsiguiente a resolver es la imputación subjetiva del dolo o la imprudencia en dichas infracciones pues su diferenciación tiene claras repercusiones punitivas y, además, nuevamente se relaciona con la racionalidad mínima y el concepto normativo de persona. En este sentido, si bien en los delitos de comisión el dolo se refiere a una causalidad *no improbable* de que se realice el tipo, en los delitos de omisión el dolo se refiere a una apreciación por parte del sujeto (consciencia) de una oportunidad *no improbable* de que el tipo se va a realizar *completamente*, pero mientras para la imputación del resultado en los delitos de comisión hace falta comprobar *cierta* relación de *causalidad* o, mejor, de la *representación*, en los de omisión se ha de comprobar la *causalidad hipotética* del comportamiento: en la decisión de omitir, cuestión que aparece solo cuando hay opción de comportamiento y no en los restantes casos(101). Y es que en verdad cuando se omite, a diferencia de los delitos de comisión en los que el

«ser persona» es el rol más general del individuo, el rol más básico, PIÑA ROCHEFORT, J. I., *Rol social y sistema de imputación*, *op. cit.*, p. 276; añade que «el individuo jamás forma parte de la sociedad si no es como persona», ÍD., *ibidem*, *op. cit.*, pp. 278 y 279; PÉREZ DEL VALLE, C., «La persona del Derecho penal en la filosofía de Hegel», Jacobo López Barja de Quiroga y José Miguel Zugaldía Espinar (coords.), *Dogmática y Ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. I, Instituto Universitario de Investigaciones Ortega y Gasset, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 625 ss; POLAINO-ORTS, M., *Funcionalismo normativo. Bases dogmáticas para el nuevo Sistema de Justicia penal, Fundamentos y Función del Derecho penal*, t. I, 1.ª ed., Centro de Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Criminológicas (CES-CIJUC), México, 2014, pp. 110 ss.

(101) Al respecto: «(e)n ocasiones, se postula que el dolo en el delito de omisión consiste en una resolución o en una decisión de omitir. Pero es desacertado, ya que una resolución o decisión –si éstas han de ser más que el conocimiento de lo venidero– solo se ejecutan por parte del autor en caso de alternativa de comportamiento en la que no hay desde el principio solo una variante que sea digna de consideración. Por tanto, ni siquiera para el delito de comisión es constitutiva la decisión», JAKOBS, G., *PG*, *op. cit.*, 29/82.

querer y la acción tienen un fin causal, ese querer se dirige al *no actuar* pues *falta un objeto idóneo* sobre el que causar algo, es decir, el querer se circunscribe a no realizar una acción salvadora, y por este motivo comenta Jakobs que en verdad el dolo en los delitos de omisión es un *cuasi-dolo*, es algo más grave y diferencial a la imprudencia en los delitos de omisión, pues el dolo no se completa sobre la causación probable del resultado, sino en la causación segura del no hacer como representación de la probabilidad del resultado(102).

No obstante, tanto en los delitos de omisión como de comisión, la imputación pasa por saber si un comportamiento ha *condicionado* el resultado jurídico (fin de protección de la norma/vigencia de la norma) con la ayuda de la experiencia. En los comisivos el comportamiento ha de ser una condición del resultado que realmente se dé sin ser relevante su *forma concreta*, sino el *tránsito* a esta probabilidad, y en lo omisivos no improbablemente, por eso, entre *variación del riesgo y creación de un nuevo riesgo* (también un cambio incluso insignificante), las circunstancias *concomitantes* son irrelevantes, no así la creación o desatención de riesgos por el competente. Entonces, puede decirse que la relación de imputación en los delitos de omisión es más amplia que la relación causal en los de comisión, pues en aquéllos la falta de suceso es el fundamento de la imputación («una omisión no es causal»), lo cual no es ápice para negar la imputación ni para sostenerla, pues si bien cierta causalidad es un principio de la imputación no su fundamento jurídico-penal, sino: el quebrantamiento del deber de aseguramiento o salvación, así, la relación jurídica entre comportamiento y resultado(103). De esta manera, tanto en unas como en otras

(102) Y comenta JAKOBS que «(a) partir de este desacoplamiento con respecto a la forma de evitabilidad y este acoplamiento a lo material, la dolosidad (entonces ya solo cuasi-dolosidad) de la omisión no solo no tiene nada que ver con una resolución o con un querer activo, sino tampoco necesariamente con el aspecto de consciencia del dolo, es decir, con el conocimiento de la realización del tipo. En función de su gravedad, se argumenta, la omisión de arbitrar un medio de auxilio en una situación de necesidad apreciada como tal, es prevalente (o al menos de igual rango) frente a la omisión de utilizar una posibilidad de auxilio percibida, pues precisamente al indiferente o al de mentalidad hostil su actitud le impedirá representarse una posibilidad de evitación. Por consiguiente, para lo más grave, es decir, para el comportamiento cuasi-doloso, no hay que exigir el conocimiento de la capacidad de evitación (de la causalidad salvadora hipotética), sino solo la cognoscibilidad», Íd., *ibídem*, *op. cit.*, 29/83. Pues «pues quien no avisa a la policía para que en cuyo caso hubiera evitado el delito «ni siquiera busca una posibilidad de evitación (...), no merece un juicio de valor menos grave que aquel que no utiliza una posibilidad de evitación que ha advertido», Íd., *ibídem*, *op. cit.*, 29/83.

(103) Ampliamente y siguiendo a: Íd., *ibídem*, *op. cit.*, 7/12 ss., especialmente 7/27 y 7/29.

formas delictivas, los límites del conocimiento del infractor en relación con su constitución de persona, mínimamente como tal, resulta la base de la imputación, esto es, de la comunicación de sentido como quebrantamiento.

En este sentido, el quebrantamiento de la norma puede ser algo puntual por una comunicación defectuosa por parte del ciudadano, por eso el ordenamiento jurídico le impone una pena que resulta proporcional en la confianza de que dicho quebrantamiento ha sido puntual, es decir, se le trata como *persona*, no en sentido ontológico sino normativo, con derechos y obligaciones dentro del marco de la Sociedad, de manera que es la persona el destinatario de la norma como elemento autorreferencial de la misma. Sin embargo, en otras ocasiones, hay ciudadanos que presentan una *autoexclusión social* que comunica un «déficit general de garantía cognitiva» de tal manera que se desconecta del «acuerdo normativo *in totum*, atentando contra las «normas de flanqueo» de la sociedad, con lo cual se autoexcluye del sistema social (se «despersonaliza» (...) siendo combatido como enemigo», como atinadamente recuerda Polaino-Orts(104). Y, también, hay ciudadanos que se comportan como simple naturaleza, no como personas, sin mínima racionalidad, como azar o simple superstición o irrealidad, en estos casos las llamadas tentativas supersticiosas e irrealles en las que precisamente el sujeto no comunica sentido normativo ni quebrantamiento penal.

Lo paradójico es que se criminalizan hoy conductas que suponen un *peligro concreto*, lo que tiene un gran paralelismo con la tentativa idónea, pero también comportamientos que suponen únicamente un *peligro abstracto*, esto es, acciones con un escaso o nulo peligro. Sin embargo, algún sector que admite la punibilidad de los delitos de peligro abstracto niega –creemos que sin fundamento– la punibilidad en la inidónea. De este modo, si abogamos por la punibilidad de los delitos de peligro abstracto es lógico hacerlo también en la tentativa inidónea en el sentido expuesto: una organización racional con sentido criminal. De aquí que sea posible afirmar que la falta de comprensión del fundamento de punibilidad de la tentativa proviene, en parte, de la impunidad general de la tentativa imprudente, pues si como consideramos el fundamento de punibilidad es la ejecución mínimamente racional en los delitos dolosos, este fundamento también sirve en la imprudencia pero en un sentido negativo: por la inaplicación de la racionalidad mínima exigible al sujeto. Cuestión distinta es si se merece o no criminalizarse la tentativa de los delitos imprudentes,

(104) POLAINO-ORTS, M., *Funcionalismo normativo*, op. cit., p. 72.

cuestión que en los últimos años nuestro Código penal está empezando a introducir mediante fórmulas de delitos de peligro, de emprendimiento y de tentativa autónoma. Por ende, el fundamento de punibilidad no puede ser el peligro objetivo, sino la ejecución del *dolo típico* mediante un plan mínimamente racional y su imputación objetiva (pero ¡también hay racionalidad en la imprudencia, esto es, sentido comunicativo!). Con varios ejemplos:

a) *Sobre la irrelevancia del resultado de peligro en la tentativa idónea*. A dispara a B y el arma que utiliza tiene un defecto de fábrica que produce una gran desviación en el tiro, tanto que la bala pasa a muchos metros de B(105). En este ejemplo como en el famoso caso *Thyrén* –en el que el arma no tiene capacidad objetiva para alcanzar el blanco–, está claro que no hay un resultado de peligro ya que no se pone efectivamente en peligro al bien jurídico, por eso mismo –y en contra de lo dicho por la teoría dualista– el resultado de peligro no puede ser el fundamento de punibilidad. En tal sentido, estamos en parte de acuerdo con Gracia Martín quien niega que sea necesario el resultado de peligro en la tentativa idónea: «basta con que el autor haya realizado actos que sean subsumibles en la acción típica»(106) mediante el *dolo típico*.

b) *Nula semejanza estructural entre la tentativa inidónea y los delitos de peligro abstracto*. Respecto al caso anterior lo que habrá que decidir es si la acción es punible o no. Si dejáramos que A volviese a intentar el disparo es probable que en el segundo también fallase, pero a buen seguro que tras muchas repeticiones alguno de ellos encontrase el blanco. Si se analizan los casos individualmente, por ejemplo, en los delitos de tráfico rodado (conducir bajo los efectos

(105) Al respecto, SAP de Zaragoza de 24 de mayo de 1996, *vÍd.* GRACIA MARTÍN, L., «Sobre la punibilidad», *op. cit.*, pp. 335 ss.

(106) GRACIA MARTÍN, L., «Sobre la punibilidad», *op. cit.*, p. 344. Comenta que «debe resultar que si se dan todos los elementos esenciales o constitutivos del desvalor de la acción se habrá realizado ya un fundamento de punibilidad (un injusto) aunque estén ausentes todos los demás que no hayan sido reconocidos como esenciales», *Íd.*, *ibídem*, *op. cit.*, p. 348. En tal sentido lo que concurre en la idónea e inidónea es el *dolo típico* del desvalor de la acción, lo que constituye en sí un fundamento. Mientras que la idónea es peligrosa, al menos en la acción, la inidónea no es peligrosa pero sí punible, porque el autor ha iniciado la acción conforme a la representación del plan (*dolo típico*) de materialización de los elementos objetivos del tipo. El juicio sobre la inidoneidad impune debe de partir del juicio de un hombre inteligente que colocado «en la posición del autor en el momento de la acción y teniendo en cuenta las circunstancias del hecho cognoscibles para esa persona inteligente más las conocidas por el autor y la experiencia común de la época sobre los cursos causales, apreciara, de acuerdo con la fórmula de *Engisch*, que la producción del resultado aparece *ex ante* como absolutamente improbable», *Íd.*, *ibídem*, *op. cit.*, p. 354 (cursiva en original).

del alcohol o de sustancias o, conducir temerariamente) se comprueba que en muchos casos reales no existe ni peligro abstracto pues la acción objetivamente valorada es inidónea (no hay personas a 100 km. a la redonda) pero se criminalizan igualmente. Entonces ¿por qué se criminalizan las conductas de peligro abstracto? En nuestra opinión no es porque repetidas estas conductas en el tiempo aumenten la probabilidad del resultado (criterio estadístico) a pesar de la inexigibilidad del dolo típico, esto es, únicamente una consecuencia, sino porque se ha quebrantado el rol de conductor con claro sentido contrario a la norma. Quien conduce un coche ebrio o a altas velocidades deja de ser un conductor conforme a la norma que lo habilita, por ende, con mayor razón son punibles las tentativas inidóneas ejecutadas bajo un plan mínimamente racional.

c) *Sobre la posibilidad de una mayor peligrosidad en la tentativa inacabada que en la acabada.* Considera Alcácer Guirao(107) que la tentativa acabada supone más peligro que la inacabada porque en aquella el autor ha abandonado el control del riesgo. Esta opinión creemos que no es del todo correcta. Con un ejemplo: A quiere introducir en el desayuno de B un veneno con cantidad suficiente para matar, pero debido a un nerviosismo patológico e incontrolable que era desconocido hasta ese momento por el autor, comete un error e introduce una bebida inocua. En nuestra opinión esta acción supone mayor peligro que la acción de A que deja el veneno preparado en la bebida de B, creyendo que cuando vuelva del fin de semana se la tomará, pero desconociendo que B no va a volver, siendo que dicho desconocimiento se debe a una imprudencia (olvidó que cambió de domicilio). Si bien en este caso la tentativa está acabada pues el autor ha hecho todo lo necesario y ya no tiene dominio del hecho, en el primer caso el peligro es mayor precisamente porque el plan ejecutado es más racional (mayor contenido del sentido de la comunicación normativa), esto es, los límites del conocimiento con base a la racionalidad mínima marcan el sentido de la comunicación normativa del quebrantamiento. El resultado no se produce porque el error no es imputable al raciocinio del autor sino a una circunstancia ajena a ese raciocinio, lo cual es más inevitable que en el segundo caso, en el que el resultado no se produce por una mala suerte evitable si se hubiese aplicado una sensata racionalidad en el plan criminal. Esto nos lleva a concluir que existe la posibilidad(108) de una menor peligrosidad en la tentativa acabada que en la inacabada y, de este modo, el resultado

(107) ALCACER GUIRAO, R., «Tentativa y desistimiento en la comisión por omisión», *La Ley*, núm. 5, 2002, p. 1454.

(108) También, entre otros, CUELLO CONTRERAS, J., *PG, op. cit.*, p. 107.

de consumación solo añade un *plus* a la completa realización típica que constituye la tentativa acabada(109).

d) *Sobre la inexistencia de peligrosidad objetiva ex ante en algunas tentativas inidóneas pero punibles*: En el ejemplo del disparo decíamos que la probabilidad del acierto era mínima o nula, y si bien parte de la doctrina no lo consideran punible, contradictoriamente aprecian un fundamento de punibilidad en los delitos de peligro abstracto referenciados, arguyendo que su punición se basa en la función motivadora de una conducta o en lo estadístico, pero lo paradójico es que ese mismo argumento –que tampoco consideramos verdaderamente válido– no se utiliza en la inidónea. Si se analiza individualmente el comportamiento del caso del apartado b) (un único disparo) se aprecia que *objetivamente* y *ex ante* no hay peligro, pero esto no niega que el plan sea idóneo *intercomunicativamente*, pues, por ejemplo, podría haber sucedido también que el vendedor del arma entregase por equivocación otro con menor recorrido o con un defecto. Entonces ¿acaso niega la falta de peligrosidad objetiva la punibilidad de un plan configurado y ejecutado con una mínima racionalidad? Sostenemos que no según lo apuntado y, en tal medida, habrá que dejar impune al autor irracional que se gana su mala suerte por un plan irracional, es decir, porque ha preferido las malas razones, pero sin *motivo jurídico*: porque *no ha utilizado la racionalidad constitutiva de las personas*, esto es, su expresión carece de sentido comunicativo en el sistema penal.

De lo anterior se deduce que si el plan es racional e idóneo y en el último momento un elemento del plan se convierte en inidóneo por causas no atribuibles a la racionalidad del sujeto, no desaparece el fundamento de punibilidad, el plan sigue siendo objetivamente racional *intercomunicativamente*. Es decir, en toda tentativa falla algo y no por ello se reconduce a la inidoneidad impune. Distinto es el caso en el que el autor no comprueba algún elemento esencial del plan antes de su ejecución, por ejemplo, no comprobar que un arma antigua encontrada en casa de los abuelos está cargada. En este caso, dicha acción es inidónea porque la racionalidad exige esa mínima comprobación, pero será punible si la mala suerte es ajena a la racionalidad mínima empleada en ese ámbito determinado, por ejemplo, cuando el cooperador dice al autor haber cargado el arma y no es así, es decir, en este reparto funcional del plan criminal también aparece el *principio de confianza* aunque en un sentido criminal. Por eso, si la mala suerte viene causada por la irracionalidad del plan preconcebido esto debe llevar a la impunidad.

(109) POLAINO NAVARRETE, M., «artículo 15», Manuel Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código penal*, vol. I, Edersa, 1999, p. 733.

e) *Tentativas inidóneas intercomunicativamente* más peligrosas *ex ante* que *en las tentativas idóneas*. La STS de 23 de septiembre de 1996 reconduce la punibilidad de la inidónea al grado de peligro inherente al intento, según lo preceptuado en el artículo 62 CP(110). Esto quiere decir también que para una línea jurisprudencial podríamos encontrarnos casos penados más altamente en las inidóneas que en las idóneas, con lo que estamos de acuerdo, aunque el fundamento de punibilidad de la tentativa inidónea no sea el grado de peligrosidad al que se refiere el artículo 62 CP, sino en todo caso la imputación objetiva del artículo 16 CP. Por ejemplo:

1.º Si como exponíamos *supra*, A y B conspiran matar a C, y A dispara a C con el arma que B le ha proporcionado diciéndole que está

(110) *Vid.*, y así, MIR PUIG, S., «Sobre la punibilidad», *op. cit.*, pp. 13 y 14. Con anterioridad al CP de 1995 también el TS afirmaba, al igual que hasta ahora (ver nota pie núm. 111) la punibilidad de la tentativa inidónea: por todas, STS 648/1996 de 4 de octubre (Roj: STS 5286/1996 – ECLI: ES: TS:1996:5286). Críticamente MUÑOZ LORENTE expone que la penalidad de la tentativa inidónea debe ser la de menos dos grados porque «el concepto de tentativa (...) se encuentra recogido en el artículo 16.1 del Código penal y no en el artículo 62 del mismo *que es tan solo una regla de determinación de la pena, esto es, un precepto adjetivo*. Por el contrario, el artículo 16.1 es un precepto sustantivo que (...) considera punible toda aquella tentativa en la que *ex ante* la acción revista peligro para el bien jurídico (...) si el peligro al que se refiere el artículo 62 fuera un peligro *ex ante* no tendríamos ninguna posibilidad de discriminar a efectos de pena entre la conducta, por ejemplo, del sujeto que dispara con una pistola cargada y la bala pasa a escasos milímetros rozando la cabeza de la víctima –tentativa inidónea– y la de aquel otro que –sin saberlo– dispara con un arma descargada o cargada con balas de fogeo –tentativa inidónea si existe peligro *ex ante*–. La pena a imponer en ambos supuestos, si se sostiene que el artículo 62 hace referencia a un peligro *ex ante*, habría de ser idéntica aunque, desde un punto de vista valorativo o de justicia material, ambas conductas no merezcan un tratamiento análogo (...) Esta circunstancia se evita, sin embargo, si se mantiene una denominación objetivista de la tentativa inidónea y, a la par, se sostiene que el peligro al que se refiere el artículo 62 es un peligro *ex post* entendido, también, en un sentido intersubjetivo y no como peligro científico de lesión». Por eso termina diciendo que «(s)i nos referimos ahora a la segunda hipótesis que hemos planteado –esto es, la de estimar que el artículo 62 se refiere al peligro *ex post* o, a la verificación de lo que denominamos como estado de peligro en el que se ha encontrado el bien jurídico– podemos observar cómo, desde esta perspectiva (...) sí es posible discriminar a efectos de pena e imponer, siempre y en todo caso, en los supuestos de tentativa inidónea la pena inferior en dos grados a la del delito consumado», MUÑOZ LORENTE, J., *La tentativa inidónea, op. cit.*, pp. 132 y 133. De lo anterior extrae que el fundamento de la tentativa es el *concepto legal de injusto* y, por ende, la tentativa inidónea es el *injusto primigenio y básico* con la *mera presencia de un desvalor de acción (injusto completo)* sin desvalor del resultado, «o, si se prefiere, una acción con capacidad (ex ante) de resultado pero sin poder de resultado pero sin poder para poner en peligro real y concreto bienes jurídicos; en definitiva, una conducta en la que solo existe un desvalor de la decisión», Íb., *ibídem*, *op. cit.*, pp. 211 ss.

cargada pero no es cierto, no resultará ilógico pensar que efectivamente el plan es más racional que en el siguiente caso.

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

La diferencia en ambos casos es que en el primero el plan y la seguridad del resultado desde la representación del autor tienen mayor racionalidad comunicativa (sentido) que en el segundo. A pesar de esto algunos concluirían en el primer caso una tentativa inidónea impune por la inidoneidad del medio, pero dicha conclusión no sería coherente con lo expuesto por nosotros ni con las propias bases doctrinales de los que defienden la idoneidad con base al bien jurídico.

f) *La inidoneidad absoluta puede ser punible independientemente de que no exista una acción objetivamente peligrosa.* Por ejemplo, A, sabiendo que su enemigo B vive en una determinada calle, entra en su domicilio dos horas antes de que salga a trabajar y dispara sobre un bulto de la cama creyendo erróneamente que era la víctima, pero el resultado no se produce porque B ha salido. En este caso, a pesar de la mal llamada *falta de objeto* –entendida erróneamente por la doctrina tradicional como inidoneidad absoluta– no puede concluirse que *intercomunicativamente* falte el objeto, pues *existe* verdaderamente (está en el mundo), es decir, B vive, únicamente ha sucedido que ha salido del lugar de ejecución del delito, B no solo existe en la configuración racional mínima del autor sino también en la realidad biológica, lo que significa que a pesar de que la acción sea inidónea por falta del objeto, el plan efectivamente es racional comunicativa y, por ende, existe fundamento de punibilidad(111).

(111) También en el caso de quien incendia la casa creyendo que estaba la víctima, STS 992/2000, de 2 de junio de 2000, Rec. 2991/1998, Ponente Puerta Luis, Luis Román (ROJ: STS 4541/2000 - ECLI: ES: TS:2000:4541). Más recientemente y respecto a los medios (uso de pistola sin munición en una tentativa de homicidio), el Acuerdo adoptado en Sala general, por el Pleno de la Sala Segunda, en su reunión de 25 de abril de 2012 refiere: «El artículo 16 del Código Penal no excluye la punición de la tentativa inidónea cuando los medios utilizados valorados objetivamente y ex ante son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico». Cabe señalar que la línea jurisprudencial del TS se mantiene en las últimas décadas. Las SSTS 379/2000 de 13 de marzo (Roj: STS 1966/2000 – ECLI: ES: TS:2000:1966), 1124/2001 de 13 de junio (Roj: STS 5063/2001 - ECLI: ES: TS:2001:5063) y 1250/2002 de 5 de julio (Roj: STS 4991/2002 – ECLI: ES: TS:2002:4991), ratificaron que el código penal de 1995 no despenalizaba la tentativa inidónea. Este criterio,

Racional entonces significa comunicación en el sistema penal, que el plan, en este caso, ha observado los dos mínimos elementos imprescindibles para un resultado, a saber: la existencia de B y el lugar donde se halla. En el mismo sentido, si A conoce que es probable que B salga de casa porque tiene una cena de empresa, y A conoce que no suele faltar, la tentativa de A de matar a B en su caso aun faltando finalmente el objeto (B ha ido a la cena fuera de casa), también es mínimamente racional en esa organización, si bien es cierto que en este caso *A se la ha jugado más*. *Sensu contrario*, quien pretendiese matar a su vecino en una ciudad diferente de la que se halla porque no cuenta con dato alguno al respecto, habrá configurado un plan manifiestamente irracional precisamente porque no ha insertado en el plan la configuración mínima sobre lo cognitivo exigible en dicho espacio y tiempo.

Con un último ejemplo al respecto. Si A quiere matar a B, y éste poco antes muere en su cama, la tentativa de A disparando sobre el que es ya un cadáver no tiene sentido criminal, pues por un lado B no existe como sujeto de este delito, pero es que además ya no existirá en la organización criminal de A, renunciará, como no, a volver a ejecutar otro día el disparo. Así, el mundo ontológico *per se* es insuficiente para concretar el mundo normativo, ha de penetrar en este, así, en la configuración organizacional, esto es, con *sentido*. Cuestión distinta es que A quiera matar a cualquier persona, y para ello se introduce en una casa elegida al azar y tras disparar se percata de que la víctima está muerta. Aquí a pesar de la idoneidad absoluta el plan sigue siendo racional y alcanza su sentido por cuanto quería matar a quien fuese. Entonces, el posible infortunio de B, recuérdese él es *fungible*, no puede beneficiar a A con la impunidad, ya no por una cuestión de peligrosidad futura de que vuelva a intentarlo en otra vivienda contigua y en encuentre a la víctima viva, sino porque la ejecución del sentido criminal sigue estando presente por mucho que B estuviera muerto.

Asimismo, la problemática sobre el *autor inidóneo* la resolvemos brevemente de la misma forma. Si un sujeto aplicando una racionalidad mínima cree ser el funcionario competente de un asunto y comienza a dictar una decisión injusta, en nuestra opinión no comenzará una acción típica⁽¹¹²⁾ (no quebranta su rol competencial) y, por ende, será impune su conducta, pues no se pena la racionalidad mínima por sí misma, sino solo cuando está tipificada la conducta racional en una determinada organización.

a fecha de hoy, se mantiene en nuestra opinión, lo cual demuestra que el fundamento y alcance de la punibilidad de la tentativa se precisa determinar a través de delimitaciones dogmáticas.

(112) En el mismo sentido, CUELLO CONTRERAS, J., *PG, op. cit.*, p. 69.

En conclusión, las anteriores reflexiones ponen de manifiesto que la tentativa inidónea absoluta, objetivamente hablando, puede ser *intercomunicativamente* más peligrosa que la tentativa idónea y que inclusive el grado de ejecución puede ser mayor objetivamente en aquella que en la idónea. Así, la escasa probabilidad del resultado en el plan del autor tampoco niega la *idoneidad intercomunicativa*, lo que significa entonces que es innecesario hablar de tentativas idóneas o inidóneas(113). Así las cosas, la *racionalidad mínima* o la *racionalidad comunicativa* no depende estrictamente de los deseos, mayor argumentación o estructura exitosa de un comportamiento. Considerar la acción comunicativa *per se* nada aporta a la imputación objetiva que interesa al Derecho penal, bajo pena de incurrir en teorías subjetivistas o de consenso sobre la alarma social o la impresión. La racionalidad no se refiere a la entidad subjetiva del autor en la comunicación con la víctima/bien jurídico, sino al *sistema de interacción o acoplamiento estructural/interpenetración* (persona, competencias concretas en dicho contexto) que dicha comunicación produce en el subsistema del Derecho penal. La comunicación que produce el autor ha de llegar no solo a la víctima y referirse a un bien jurídico, sino que ha de ser capaz de transformarse (*acoplamiento estructural/interpenetración*) en una comunicación que interactúe además de con las propias competencias de los sujetos y contextos concurrentes (sistema de interacción) con el sistema del Derecho penal, de modo tal que el comportamiento (operación) produzca una comunicación que interese positiva o negativamente (justo/injusto) al Derecho penal. Por esto, ni la racionalidad subjetiva del autor (sistema psíquico/racionalidad psíquica), ni las interpretaciones sensibles, aunque racionales, del consenso sobre la afección al bien jurídico (racionalidad colectiva), conmueven ni entran por sí solas en la comunicación estricta de la propia operatividad diferenciada del Derecho penal (*racionalidad/reflexividad del sistema*). Hace falta que tal comportamiento (comunicación) irrumpa negativamente en la orientación positiva (¡justo!) que realiza el Derecho penal, y para ello es preciso la *imputación objetiva* de tal comunicación en la *unidad de la diferencia del código justo/injusto* y la consideración final sobre la *transmisión* del injusto personal (dolo/culpa, controlabilidad o evitabilidad)(114), siendo cuestión

(113) Similarmente, ÍD., *ibídem*, *op. cit.*, pp. 30 y 59.

(114) BLECKMANN comenta que «(p)uesto que conforme a la concepción aquí defendida no es decisivo, por ejemplo, qué es lo que concurrió *de hecho* subjetivamente (de acuerdo con el entendimiento tradicional: en el plano interno) u objetivamente (externamente, de modo perceptible), sino solo lo que puede hacerse plausible o (sobre todo en Derecho penal) evidente *en la reconstrucción*, tipo objetivo y subje-

para otro análisis la antijuridicidad(115), la culpabilidad, la exigibilidad y la necesidad final de una pena.

4. La punibilidad de la tentativa acabada e inacabada en comisión por omisión e imputación objetiva

4.1 TENTATIVA ACABADA E INACABADA EN COMISIÓN POR OMISIÓN: DELIMITACIÓN

Otro problema surge de la determinación del inicio de la tentativa en comisión por omisión, pues en ésta al tratarse de la imputación de un comportamiento omisivo resulta más dificultoso delimitar el momento de la comisión como decíamos *supra*, cuestión que adquiere trascendencia tanto en la imputación como en la determinación de la pena(116).

Al respecto, un sector doctrinal utiliza el criterio de la última posibilidad de *evitación* y de aquí que solo se acepte la posibilidad de la tentativa acabada. Otro sector defiende (*teoría de la diferenciación*) que para apreciar la tentativa inacabada no se precisa aplicar por el sujeto medidas extraordinarias y/o de mayor exigencia en caso de intentar desistir, y en este sentido un desistimiento ineficaz llevaría a la imprudencia. Y otro sector de la doctrina defiende el criterio del *control del riesgo*(117), al que nos adherimos pero con matices como veremos.

Por ejemplo, respecto al criterio del control del riesgo, Alcácer Guirao considera que la tentativa en comisión por omisión comienza al ponerse en peligro al bien jurídico, más exactamente como tentativa

tivo no se refieren a ámbitos diversos de la realidad, la naturaleza exterior y la conciencia interna, sino solo tratan dos aspectos diferentes del comportamiento de transmisión *a identificar socialmente*: la cuestión de *qué* es lo que entra en consideración como comportamiento de transmisión y la cuestión *de si* se produjo esa transmisión. La primera cuestión se refiere a la *competencia* por un determinado estado del mundo, la segunda a la *controlabilidad o evitabilidad* de tal estado», BLECKMANN, F., «Derecho penal y teoría de sistemas», *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación, op. cit.*, pp. 361 y 362.

(115) Ampliamente y con acertadísimas apreciaciones sobre la teoría de la antijuridicidad que completa la comprensión de lo justo/injusto, COLINA RAMÍREZ, I., «Análisis histórico-jurídico sobre la teoría general de las causas de justificación: Un estudio sobre su naturaleza jurídica y sus diversas funciones», *CPC*, núm. 127, 2019, pp. 57 ss.

(116) CUELLO CONTRERAS, J., *PG, op. cit.*, p. 79 y pp. 125 ss. Ampliamente, REYES ALVARADO, Y., *El delito de tentativa, op. cit.*, pp. 447 ss.

(117) Alcácer Guirao, R., «Tentativa y desistimiento en la comisión por omisión», *op. cit.*, pp. 1453 a 1465.

acabada cuando el autor «abandone voluntariamente un control seguro del riesgo», es decir, cuando se pierda objetivamente ese control(118) «dejando su integridad en manos del azar (...) hasta el punto de que ya no sea posible una evitación segura del riesgo»(119), esto es, cuando la salvación del bien jurídico dependa de medidas extraordinarias y urgentes, y de aquí que el citado autor concluya que no le es imputable al garante la falta de salvamento cuando aún puede salvar el bien o cuando se demora la acción sin aumentar el riesgo desde el primer momento de evitación porque, concluir lo contrario, supondría un adelantamiento de la barrera punitiva injustificado.

Pero en nuestra opinión ha de repararse que con el inicio de la tentativa comienza la ejecución del dolo típico o, con otras palabras, la falta de ejecución genera un riesgo del que es competente el autor si bien el riesgo puede nacer tiempo después del comienzo de la omisión. Esta es la problemática. Con un ejemplo: si un padre lanza a su hijo recién nacido al aire, lo relevante penalmente hablando, esto es, la obligación de cogerlo para que no sufra daños al caer, no nace al soltarlo, sino cuando comienza a caer. Con otro ejemplo: si un médico quiere matar a un paciente con la omisión de medicamentos el deber de actuar no comienza, salvo casos extremos, el primer día en que se dejan de suministrar sino cuando desde el plan racional del autor se infiera un *riesgo posible* o de *posible creación*, en concreto al menos cuando así venga determinado por la *lex artis*. En ambos casos, según el contexto criminal (ámbito de organización) la acción es exigible cuando nace el deber normativo o, dicho de otro modo, cuando se quebranta la esfera de competencias del rol de padre o de médico, en el primero cuando comienza a caer el bebé pues es en ese mismo momento cuando surge la obligación de salvamento y, en el segundo cuando se deja de actuar en contra de la *lex artis*, esto es, no se trata de delimitar la mayor o menor peligrosidad, cuestión que acaba muchas veces siendo psicológica, sino cuándo surge el deber.

En concreto, en el primer caso la racionalidad mínima ordena que si, por ejemplo, hay un viento excesivo no se pueda lanzar al bebé de poco peso a una gran altura, precisamente porque a todos nos es exigible –mínimamente– saber que si se lanza a un bebé de poco peso y con determinado viento fuerte no se podrá coger con medidas simplemente ordinarias sino mediante la aplicación de destrezas extraordinarias. Esto se aplica igualmente en el caso del médico. Su deber de actuar depende de lo normativo, de la *lex artis*, que precisamente se vincula con la racionalidad mínima exigible a ese rol especial. De

(118) Íd., ibídem, *op. cit.*, p. 1461.

(119) Íd., ibídem, *op. cit.*, p. 1459.

aquí se puede extraer que lo normativo, como venimos argumentando, se relaciona con la mínima racionalidad que constituye el concepto normativo de *persona*. *Sensu contrario*, los conocimientos que no son exigibles son los *especiales*, los ajenos al rol determinado en el caso, salvo que dichos conocimientos se utilicen para modificar el destino. Comenta Jakobs que «(s)i en el ejemplo (...) del camarero que descubre en la ensalada una fruta venenosa, éste retiene el plato hasta que se presente una persona a la que odia, entonces no consuma un destino que se ha generado con independencia de su persona, sino que manipula el destino y lo convierte en objeto de su organización, por lo que debe responder de las consecuencias»(120).

Pues bien, llegados a este punto para la distinción entre tentativa acabada e inacabada en la comisión por omisión, como también en la comisión propia, habrá que valorar además de la diferenciación comentada *supra* entre dolo e imprudencia la *retroactividad del injusto o modificación actual del hecho* (modificación de los riesgos y de la obligación del autor) y la *posibilidad del desistimiento* (121). Estamos de acuerdo que lo relevante no es el momento en el que se ejecuta la decisión (primer momento de evitación para la inacabada y última posibilidad de evitación para la acabada), sino si realmente se puede modificar el riesgo desde la perspectiva del plan racional mínimo configurado por el autor y de exigible conocimiento para su evitación. Si el autor se representó mediante un plan racional mínimo las formas extraordinarias de evitación del resultado y pudo hacer uso de éstas pero no modifica el riesgo, únicamente podrá imputársele lo acabado dolosamente. Por ejemplo, si A, normativamente obligado a salvar, se percató de que B se ha quedado atrapado inconsciente entre hierros en su coche en una vía de tren, y sabe que el tren pasa en varias

(120) JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho penal*, *op. cit.*, p. 140; POLAINO-ORTS, M., «Imputación objetiva», *op. cit.*, pp. 80 y 81. Expone el siguiente ejemplo: «un escribano da fe de unos documentos que acreditan determinadas operaciones fiscales. Posteriormente esa documentación es empleada por otros sujetos para cometer una infracción tributaria. Pero al dar fe de los mismo, descubre que existe un error en el balance, siendo así que dicho dato no lo sabe en tanto notario público sino en tanto experto en economía».

(121) Ampliamente sobre los fundamentos de impunidad del desistimiento, BUSTOS RUBIO, Miguel, «El desistimiento de la tentativa como forma de comportamiento postdelictivo: Naturaleza y fundamento», *RECPC*, 19-08, 2017, pp. 1 a 31, disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-08.pdf>. Sobre el fundamento de impunidad del desistimiento, BUSTOS RUBIO concluye que se trata de una combinación de varios, en concreto, y desde una concepción de los fines de la pena, está a caballo entre la falta de necesidad de penar, el interés en reparar a la víctima, y el principio de mínima intervención del Derecho penal, hacen que el desistimiento se ubique como medida postdelictiva, ÍD., *ibídem*, *op. cit.*, pp. 31 y 32.

horas y que con varios empujones de su coche es fácil moverlo, si no hace nada en el momento de percatarse no nace tentativa alguna según nuestros planteamientos hasta que no nazca una mínima exigibilidad de conocimiento normativo en relación con el plan racional y el rol, por ejemplo, a 5 minutos de la llegada del tren A sabe que tiene tiempo para sacarlo pero si surgiere un contratiempo no previsible le exigiría las medidas extraordinarias.

Lo dicho puede ser mejor explicado si consideramos la posibilidad del desistimiento impune. En tal sentido le asiste la razón a Jakobs cuando afirma que «(e)l desistimiento está también excluido cuando el autor ya no puede evitar la consumación *con seguridad*, sino con mayor o menor probabilidad. Y ello por la siguiente razón: Si el autor puede disminuir aún el riesgo de resultado, pero no eliminarlo, queda un resto de riesgo creado imputablemente por el autor, y ya no influyente. Si se realiza este riesgo, se da consumación (indiscutido); y si no se realiza, hay una tentativa que ha fracasado (...). Si el resto de riesgo no se valorara como tentativa, tampoco se podría valorar como consumación, consecuentemente, cuando se realiza. El esfuerzo del autor por evitar el resultado, que no surte efecto con seguridad, solo cabe valorarlo, pues, como comportamiento *general* posterior al hecho, pero no como desistimiento»(122). Por ello, cuando el *desistimiento* es *eficaz* y la tentativa está acabada, lo que no podrá modificarse, por ejemplo, es el riesgo inminente de muerte (*conducta post-delictiva*), y en consecuencia le será imputable dicho riesgo por tentativa dolosa acabada de homicidio, no así en la tentativa inacabada porque no se ha completado el dolo, o con otras palabras, porque no puede imputarse a título doloso aquello que el autor no se ha representado, sino únicamente una tentativa imprudente que hoy por hoy es impune. Así también, en el *desistimiento malogrado* lo importante será determinar si efectivamente el autor se ha representado y comenzado a ejecutar un desistimiento idóneo *intercomunicativamente* hablando *ex ante* y, si ha conseguido además *modificar el riesgo*(123).

4.2 IMPUTACIÓN OBJETIVA DE LA TENTATIVA EN LA COMISIÓN POR OMISIÓN Y EN LA OMISIÓN PURA DE SIMPLE ACTIVIDAD

Los ejemplos comentados expresan la importancia del sentido social o expresión de sentido del comportamiento en la imputación objetiva de la tentativa. La cuestión precisamente deviene de ese sentido de la ejecución que, a nuestro modo de ver, se determina en el

(122) JAKOBS, G., *PG, op. cit.*, 26/19.

(123) En contra, CUELLO CONTRERAS, J., *PG, op. cit.*, p. 135.

quebrantamiento de la competencia del rol y, este quebrantamiento depende de conceptos puramente normativos: riesgo permitido, principio de confianza, prohibición de regreso (accesoriedad), ámbito de organización, competencia de organización (rol común y especial), competencia de la víctima (*autopuesta* en peligro)(124) y *el plan* mínimamente racional *de la persona normativa*. Si analizamos la diferenciación normativa de las conductas de omisión pura o propia y las de comisión por omisión o impropias podemos llegar a esta conclusión(125).

La omisión pura (por ejemplo, el artículo 195 CP) se criminaliza bajo el fundamento del quebrantamiento de la *solidaridad mínima*(126) como un deber hacia la comunidad o hacia terceros concretos, es decir, por el quebrantamiento de un deber que afecta a todos por igual (quebrantamiento del rol común de personas/ciudadanos). Por el contrario, el deber de los delitos de comisión por omisión depende de un deber que proviene de una norma jurídica, de la creación de un riesgo precedente (*injerencia*), por asunción fáctica (*confianza*), por el quebrantamiento de una *expectativa social* (por ejemplo, la niñera que abandona) o, por el quebrantamiento de una *comunidad de intereses*. De ahí, por ejemplo, que si un cajero de una tienda, fuera de su jornada laboral o extinguido su contrato (rol común de ciudadano) se presenta en la tienda y el responsable en ese momento sale dejando la tienda sola, en caso de que dicho cajero (ahora como comprador) también la abandone y se produzca un robo, ya no solo sería imposible imputar una omisión pura a A sino tampoco una comisión por omisión, pues, respectivamente, por un lado, no está tipificado dicho comportamiento y, por otro, no ha quebrantado –esto es lo importante– su rol de comprador (libertad). Ahora bien, si está cumpliendo su rol de cajero (está trabajando en sus horarios, etc.), el abandono del puesto de trabajo *podría* imputarse en caso de conocer la no improbabilidad de que con su ausencia un ladrón robará, y esto precisamente porque A defrauda un deber.

La imputación a título doloso dependerá de si A se representó un peligro que bajo una mínima racionalidad fuere *no improbable su creación*. Por el contrario, la representación de un *peligro de imposi-*

(124) Más ampliamente sobre estos conceptos, JAKOBS, G., *La imputación objetiva en Derecho penal*, op. cit.; POLAINO-ORTS, M., «Imputación objetiva», op. cit. pp. 19 a 83.

(125) Ampliamente, REYES ALVARADO, Y., *El delito de tentativa*, op. cit., pp. 430 ss. y pp. 461 ss.

(126) Concepto que entendemos que aún hoy es un resquicio de la vieja moral *kantiana*.

ble creación no se podría imputar porque el plan no cuenta con una mínima racionalidad en ese contexto. Por ejemplo, no se puede imputar la creencia de A relativa a que simplemente por apartar la mirada sobre un cliente o pestañear se genere un riesgo. Asimismo, la *imprudencia*(127) dependerá de si A no se representó el riesgo y debió (exigibilidad) apreciarlo –o representándose no lo aceptó como posible– por inaplicación de esa mínima racionalidad en el planeamiento, ejecución o enjuiciamiento.

No obstante, este razonamiento también se aprecia en los escasos ejemplos de omisión pura y de simple actividad tipificados en el Código penal (por ejemplo, en la omisión del deber de socorro del artículo 195 CP). A nuestro juicio se puede hablar de tentativa(128) y se iniciará –en contra de la opinión de la doctrina mayoritaria(129)– cuando el autor conozca el *no improbable* peligro para la vida o integridad de la víctima y omita la acción de salvación. Con un ejemplo: si A se percata del accidente de B y pasa de largo, a nuestro juicio, hay tentativa en la acción de alejarse, mientras que la consumación adquirirá sentido cuando se aleje de tal forma que signifique su negativa a auxiliar o, lo que es lo mismo, cuando se aleje de tal forma que exprese que abandona el dominio sobre la posibilidad de auxiliar. Pero también habrá tentativa cuando A se represente un riesgo de *posible creación*. Por ejemplo, A se percata de que B está atrapado entre los hierros de su vehículo y de que está ileso, pero sabe además que el vehículo está oculto, si A comienza a abandonar el lugar sin clara intención de ayudar o de avisar a terceros se generará un riesgo de posible creación, de muerte por inanición, del que A no es competente de evitar el resultado sino de obrar conforme a deber de solidaridad.

Negar la posibilidad de la tentativa en los delitos de omisión pura llevaría a conclusiones absurdas, por ejemplo, la de considerar el comportamiento debido como una conducta post-delictiva en el caso,

(127) A favor de la punibilidad a título de imprudencia en la comisión por omisión, POLAINO NAVARRETE, M., *Acción, omisión y sujetos*, *op. cit.*, p. 88: «a) negligencia en el planteamiento o en la ejecución de la conducta evitadora del resultado (...) y b) por negligencia en el enjuiciamiento de la situación típica de peligro». No obstante, comenta que ello exigiría –también en casos en que el peligro creado sea fortuito– la tipificación de cláusulas para responder «con la pena del delito imprudente o con la pena inferior en grado», ÍD., *ibídem*, *op. cit.*, p. 96.

(128) JAKOBS, G., *PG*, *op. cit.*, 30/5; POLAINO NAVARRETE, M., «Injusto de la tentativa y vigencia», *op. cit.*, p. 739; ÍD., *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, t. II, *op. cit.*, pp. 247 ss. Así en su tiempo, JESCHECK H-H. / WEIGEND T, *Tratado de Derecho penal, Parte general*, *op. cit.*, 2, 49, VII.

(129) Entre otros, BLANCO LOZANO, C., *La omisión del deber de socorro en Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 289 y 290. La reconduce a la atenuante de reparación espontánea del daño, ÍD., *ibídem*, *op. cit.*, pp. 266 ss.

por ejemplo, de que se regrese al lugar sin haberse alejado significativamente y sin que se hay abandonado el dominio del auxilio, esto es, siempre que se pueda secuenciar los comportamientos según el contexto organizacional y normativo. En consecuencia, lo contrario negaría la posibilidad de la *modificación del riesgo* que supone el desistimiento impune. Entonces, si utilizamos los fundamentos del comienzo de la punibilidad tradicionales sobre la consumación en los delitos de simple actividad se negaría la posibilidad del desistimiento voluntario impune, lo cual carece de sentido cuando el autor aún puede cumplir el deber.

De ahí también, y con mayor razón, que se pueda apreciar la posibilidad de la tentativa, por ejemplo, en el abandono del servicio por un facultativo cuando se deriva un riesgo para la salud (art. 196 CP), y esto por la siguiente razón: habrá tentativa cuando el facultativo abandone el centro alejándose de forma significativa y conociendo que hay un *riesgo posible* o de *posible creación*, esto es, conociendo que en caso de que acuda un paciente grave, solo él por sus conocimientos pueda salvarlo. Si el tipo del artículo 196 CP exige para la consumación que el abandono (omisión) equivalga al riesgo, esto quiere decir que para atribuir la consumación a título doloso se exige que dicho riesgo nazca, exista y que además se conozca por el autor(130), precisamente esto afirma que en la conducta descrita hay un principio de ejecución, en este caso, alejarse significativamente de las funciones de su rol y de la observación de un *riesgo de posible creación*, valorados, tal y como venimos argumentando, desde la racionalidad mínima. La diferencia entre el simple abandono para tomar café y la conducta descrita es el quebrantamiento del rol de facultativo (*expectativa social-normativa*) unido a dicha racionalidad mínima vinculada al concepto normativo de persona.

Así las cosas, si comparamos los casos de tentativa de omisión pura e impropia de simple actividad (omisión pura agravada) puede concluirse que en ambos puede ejecutarse la tentativa en dolo eventual(131), pues basta con la creación de un riesgo del que es competente dicho rol y la representación de dicho riesgo desde la racionalidad mínima (*intercomunicación*). Evidentemente no habrá consumación si se desiste eficazmente (*modificación del riesgo*), ni podrá hablarse de tentativa dolosa si el dolo no se ha formado completamente como en la

(130) La STS de 9 de diciembre de 1981 apreció este delito en un médico que, avisado del inminente parto de una mujer en el domicilio, se negó a acudir y no solicitó que fuera trasladada.

(131) A favor, FARRÉ TREPAP, E., *La tentativa*, op. cit., pp. 77 ss. En contra, TAMARIT SUMALLA, J. M.^a, «La tentativa con dolo eventual», op. cit., pp. 547 ss.

tentativa inacabada (imprudencia), o cuando la representación es irreal, supersticiosa o putativa, es decir, sin racionalidad mínima (atipicidad).

Podemos concluir tras lo expuesto que el quebrantamiento del rol fundamenta la imputación objetiva de la tentativa en la comisión por omisión, pero a lo que habrá que sumar para superar el simple infortunio atípico un elemento subjetivo de la conducta exigible que forme parte del rol(132) (conocimiento de la exigibilidad desde la racionalidad mínima para los delitos dolosos).

4.3 LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA INIDÓNEA EN COMISIÓN POR OMISIÓN

Cabe ahora plantearse la punibilidad de la tentativa inidónea en comisión por omisión. Asentados los anteriores postulados no habrá inconveniente en llegar a las mismas conclusiones. Quienes defienden su impunidad(133) se basan en la falta de resultado de peligro. Entienden que el artículo 11 CP exige que la no evitación del resultado equivalga a su causación, es decir, un resultado material, pero el artículo 11 CP no exige un resultado material sino un *resultado jurídico*(134). En coherencia con los postulados expuestos, el fundamento de punibilidad de la tentativa inidónea en comisión por omisión se refiere también a la ejecución típica mínimamente racional, en concreto, cuando la falta de acción de evitación que equivaldría a la ejecución, es decir, el riesgo del que es competente el sujeto, haya sido apreciado mediante un plan racional mínimo, entonces, cuando se haya representado la no improbable *creación* del peligro.

Con un ejemplo: si un sujeto planea matar a su paciente dejándole de suministrar el medicamento vital pero creyendo erróneamente que –aun con la *aplicación de una mínima racionalidad*– la falta de éste producirá su muerte pero, desconociendo a la vez –a pesar de aplicar una racionalidad mínima– que otro médico se lo está suministrando, se podrá imputar la tentativa inidónea porque la falta de resultado, inclusive de riesgo objetivo, es ajena a la defraudación de expectativas de dicho rol, es decir, el plan es *intercomunicativamente relevante*, existe fundamento de punibilidad al igual que en similares

(132) POLAINO-ORTS, M., «Imputación objetiva», *op. cit.* pp. 41 y 42.

(133) Por ejemplo, SILVA SÁNCHEZ, J. M.³, «Comentarios al artículo 11», Manuel Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código Penal*, vol. 1, Edersa, Madrid, 1999, pp. 482 ss.

(134) Entre otros, POLAINO NAVARRETE, M., *Acción, omisión y sujetos*, *op. cit.*, pp. 84 a 86.

casos de comportamientos activos, y esto se justifica por la intercambiabilidad de la acción y de la omisión(135).

VI. CONCLUSIONES

Resumo mis consideraciones en las siguientes conclusiones:

1. La *racionalidad mínima* está ineludiblemente unida al concepto normativo de persona y, por ende, sirve de criterio de imputación objetiva cuando el comportamiento produce una comunicación negativa (*injusto*) respecto la orientación positiva (*justo*) que la norma, en este caso el Derecho penal, realiza. De aquí que no se puede considerar un criterio de impunidad (inexigibilidad típica) la falta de mediana comprensión/racionalización de todo el proceso causal de las leyes necesarias para la producción del resultado, pues, no se puede exigir a todos una racionalidad media. La valoración de si el sujeto ha aplicado una racionalidad mínima, la mínima que constituye *per se* a la persona, dependerá del *sistema de interacción* entre autor, víctima y norma, esto es, del contexto organizacional criminal, de la exigencia de un determinado nivel de racionalidad por pertenencia a uno u otro tipo de rol, del quebrantamiento de éste y de la confianza, en definitiva, si ha producido una comunicación típicamente negativa contra la orientación positiva que exige el Derecho penal. Desde esta perspectiva la diferenciación entre el error nomológico y ontológico resulta inútil.

2. Consideramos que parte de la confusión de los que abogan por la impunidad de la tentativa inidónea es el propio término que se ha asemejado tradicionalmente a la falta de peligrosidad objetiva, pero dicha falta simplemente supone un *quantum* de lo injusto, no su fundamento.

3. La tentativa se inicia (imputación) cuando tras finalizados los actos preparatorios o, cuando no fueren necesarios éstos, se expresa la

(135) Jakobs, G., *PG, op. cit.*, 20/27: «(n)o existe diferencia alguna de las modalidades de explicación entre la comisión y la omisión, y tal diferencia no se podría mantener en el ámbito de la competencia organizativa debido a la *intercambiabilidad del hacer y del omitir*. Naturalmente, los supuestos de falta de responsabilidad por la situación serán a menudo los de omisión. Además, la situación de conflicto surgirá antes en los deberes de obrar que en los deberes de omitir, pues la manifestación de la propia persona mediante una acción (es decir, mediante la observancia de un mandato) será con frecuencia más inequívoca que la realizada mediante omisión (es decir, mediante observancia de prohibiciones); sobre todo, el ámbito en el que a pesar de la causalidad no se imputa un resultado a una acción es más reducido en la práctica que aquel en que, a pesar de la capacidad para evitar el resultado por medio de la acción, no se produce la imputación del resultado».

ejecución del *sentido* típico (comunicación criminal de la racionalidad mínima), esto es, con la *imputación objetiva* del quebrantamiento del rol (*inescindibilidad* del tipo objetivo y subjetivo). La imputación objetiva del quebrantamiento del rol nace del quebrantamiento doloso de la esfera de competencia del rol. No obstante, existen los mismos argumentos a favor de la punibilidad de la tentativa imprudente, en concreto, la inaplicación de la exigible racionalidad mínima a cierta persona, al menos en los resultados no improbables y graves, y cuestión distinta es la política criminal al respecto.

4. En la *tentativa dolosa en comisión por omisión, idónea e inidónea* solo se puede imputar al autor el haber dejado de actuar cuando desde su plan/representación, es decir, desde la racionalidad mínima se pudo representar la no improbabilidad de un riesgo para la causación (comienzo de la tentativa dolosa).

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

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

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALCACER GUIRAO, R., «Tentativa y desistimiento en la comisión por omisión», *La Ley*, núm. 5, 2002, pp. 1453 a 1465
 — *La tentativa inidónea: fundamento de punición y configuración del injusto*, Comares, Granada, 2000.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., «Sobre la tentativa inidónea en el Derecho vigente y en el Proyecto de Código penal», *La Ley*, núm. 2, 1981, pp. 969 a 973.
- BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa. Un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda*, Bosch, Barcelona, 1994.
- BARDAVÍO ANTÓN, C., *Las sectas en Derecho penal: Estudio dogmático de los delitos sectarios*, Bosch, Barcelona, 2018.

- BAUMANN J. / WEBER U. / MITSCH W. / EISELE J., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 7.^a ed., Gieseking, Bielefeld, 1975.
- BELING, E. L. V., *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906.
- BIRKMEYER, K. V., *Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Deutschen reichsgerichts*, Berlin, 1980.
- BLANCO LOZANO, C., *La omisión del deber de socorro en Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 2009.
- BLECKMANN, F., «Derecho penal y teoría de sistemas», Carlos Gómez-Jara Díez (edit.), VV. AA., *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, 2005, pp. 341 a 384.
- BUSTOS RAMÍREZ, J., «Castigo o impunidad de la tentativa inidónea: un falso dilema», Santiago Mir Puig, Juan Córdoba Roda y Gonzalo Quintero Olivares (coords.), *Estudios Jurídicos en Honor al Prof. Octavio Pérez Vitoria*, vol. 1, Barcelona, 1983, pp. 91 a 101.
- BUSTOS RUBIO, M., «El desistimiento de la tentativa como forma de comportamiento postdelictivo: Naturaleza y fundamento», *RECPC*, 19-08, 2017, pp. 1 a 31, disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/19/recpc19-08.pdf>.
- CARO JOHN, J. A., *La imputación objetiva en la participación delictiva*, reedición 2009, Grijley, Lima, 2003.
- CARRARA, F., *Teoría de la tentativa y complicidad o del grado en la fuerza física del delito*, trad. Romero Girón, Centro Ed. de Góngora, Madrid, 1926.
- CEREZO MIR, J., «Actos preparatorios y tentativa», Adela Asúa Batarrita (coord.), *Jornadas sobre el nuevo Código penal de 1995*, celebradas del 19 al 21 de noviembre de 1996, Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Servicio de Publicaciones, País Vasco, 1998, pp. 43 a 46.
- «La regulación del “íter criminis” y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal Español», *RDPC*, 2.^a época, núm. 1, 1998, pp. 13 a 24.
- *Curso de Derecho penal español, Parte General I, Introducción. Teoría jurídica del delito*, 5.^a ed., Tecnos, Madrid, 1996.
- *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid, 1964.
- COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN T. S., *Derecho penal, Parte General*, 5.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- COBO DEL ROSAL M. / QUINTANAR DÍEZ M., *Instituciones de Derecho penal español, Parte general*, CESEJ, Madrid, 2004.
- COLINA RAMÍREZ, I., «Análisis histórico-jurídico sobre la teoría general de las causas de justificación: Un estudio sobre su naturaleza jurídica y sus diversas funciones», *CPC*, núm. 127, 2019, pp. 57 a 88.
- CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal. Parte general*, t. II, vol. 2, 18.^a ed., Bosch, Barcelona, 1981.
- CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español, Parte General, (PG)*, vol. II, Teoría del delito 2, Dykinson, 2009.
- «Sobre el tipo de tentativa», *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 253 a 266.

- «El estado de la discusión en torno al fundamento de la tentativa», *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, pp. 285 a 298.
- DEMETRIO CRESPO, E., *La tentativa en la autoría mediata y actio libera in causa: una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa*, Comares, Granada, 2003.
- *Prevención general e individualización judicial de la pena*, pról. Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y Hans Joachim Hirsch, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1999.
- DOHNA, G. Z., «Der Mangel am Tatbestand», *Festgabe für Güterbock*, Berlin, 1910.
- ECHARRI CASI, F. J., «Tentativa y desistimiento: límites entre punibilidad e impunidad», *La Ley*, núm. 7, 2002, pp. 1680 a 1688.
- FARRÉ TREPAT, E., «Consideraciones dogmáticas y de lege ferenda en torno a la punibilidad de la tentativa inidónea», *Estudios de Derecho Penal y Criminología, Libro Homenaje al Prof. Rodríguez Devesa*, vol. 1, UNED, Madrid, 1989, pp. 259 a 280.
- *La tentativa de delito, doctrina y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 1986.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., «Prevención general positiva: estabilización normativa mediante imposición de males. Una réplica a la teoría de la pena de Günther Jakobs», pról. Günther Jakobs, Manuel Cancio Meliá y Bernardo José Feijoo Sánchez (coords.), *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad, Seminario con Günther Jakobs en la UAM*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, Navarra-Madrid, 2008, pp. 145 a 158.
- FERRI, E., *Principios de Derecho penal*, trad. José Arturo Rodríguez Muñoz, Reus, Madrid, 1933.
- FRANK, R., *Das Strafgesetzbuch für Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*, 18.^a ed., J. C. B. Mohr, Tübingen, 1931.
- FRISCH, W., «La atenuación del marco penal en la tentativa», trad. Marcelo A. Sancinetti *ADPCP*, t. 47, mes 2, 1994, pp. 159 a 192, trad. del original «Die Strafrahmennmilderung beim Versuch», *Festschrift für Günter Spendel*, Berlin, 1992.
- FUENTES OSORIO, J. L., «Formas de anticipación de la tutela penal», *RECPC*, núm. 8, 2006.
- GARCÍA AMADO, J. A., «¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal», *DOXA*, núm. 23, 2000, pp. 233 a 264.
- GARCÍA ARÁN, M., «Culpabilidad, legitimación y proceso», *ADPCP*, t. 41, Fasc/Mes 1, 1988, pp. 71 a 114.
- GAROFALO, R., *Criminología. Estudio sobre el delito y sobre la teoría de la represión*, trad. Pedro Dorado Montero, La España Moderna, Madrid, 1890.
- GARRAUD, R., *Traité Théorique et pratique de droit pénal français*, 3.^a ed., Larose et Forcel, Paris, 1924.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., «Diatriba del Nuevo Código Penal», *La Ley*, núm. 3, 1996, pp. 1334 a 1338.
- «El sistema del Derecho penal en la actualidad», GIMBERNAT ORDEIG, E., *Estudios de Derecho penal*, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 1990, pp. 162 a 181.

- «Prólogo a la 2.^a ed. del Código penal de Tecnos», Tecnos, Madrid, 1996, pp. 15 a 32.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., «Teoría de sistemas y Derecho penal: culpabilidad y pena en una teoría constructivista del Derecho penal», Carlos Gómez-Jara Díez (edit.), VV. AA., *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, Granada, 2005, pp. 385 a 434.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Principio de ofensividad. Aplicación del Derecho penal y reforma penal», *PJ*, núm. 28. Ejemplar dedicado a: Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, 1992, pp. 7 a 36.
- GONZÁLEZ MATEOS, J. C., «Esencia del injusto penal e injusto de la tentativa», *AP*, núm. 28, 9-15 julio, 2001, pp. 621 a 653.
- «Esencia de la norma penal y antijuricidad de la tentativa», *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad Extremadura, Cáceres, núm. 18, 2000, pp. 183 a 223.
- GRACIA MARTÍN, L., «Sobre la punibilidad de la llamada tentativa inidónea en el nuevo Código penal español de 1995 (Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 24 de mayo de 1996)», *RDPC*, 2.^a Época, núm. 3, UNED, Madrid, 1999, pp. 335 a 360.
- «El «iter criminis». El Código penal español de 1995», *CDJ*, XXVII, ejemplar dedicado a: El sistema de responsabilidad en el nuevo Código penal, José Luis Díez Ripollés (dir.) Escuela Judicial y Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 257 a 279.
- HEGEL, G. W. F., *Principios de la filosofía del derecho o Derecho natural y ciencia política*, Edhasa, Barcelona, 1999.
- *Fundamentos de la filosofía del Derecho*, trad. Carlos Díaz, 1.^a ed., Ed. K. H. Ilting, Libertarias/Prodhufi, 1993.
- HUERTA TÓCILDO, S., *Sobre el contenido de la antijuricidad*, Tecnos, Madrid, 1984.
- JÄGER, C., «El elemento volitivo en el desistimiento de la tentativa. Aportación para la asimilación de las Teorías de la Autoría y el Desistimiento», *ADPCP*, vol. 56, 2003, pp. 17 a 44.
- JAKOBS, G., *El Derecho penal como disciplina científica*, 1.^a ed., Cuadernos Civitas, Thomson, Madrid, 2008.
- «¿Cómo protege el Derecho penal y qué es lo que protege? Contradicción y prevención; protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia de la norma», trad. Manuel Cancio Meliá, en JAKOBS, G., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo José Feijoo Sánchez, 1.^a ed., Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 47 a 74.
- «La idea de la normativización en la dogmática jurídico-penal», trad. Manuel Cancio Meliá del manuscrito *Die Idee der Normativierung in der Strafrechtsdogmatik*, en JAKOBS, G., *Sobre la normativización de dogmática jurídico-penal*, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo José Feijoo Sánchez, 1.^a ed., Thomson Civitas, 2003, pp. 15 a 45.

- «Sobre los grados de la incumbencia. Reflexiones sobre el origen y la importancia de los deberes de actuación y tolerancia», en JAKOBS, G., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo José Feijoo Sánchez, 1.ª ed., Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 135 a 163.
- *Sobre la teoría de la pena*, Cuadernos de conferencias y artículos, núm. 16, Universidad Externado de Colombia, 1998.
- «Criminalización en el estado previo a la lesión de un bien jurídico», trad. Enrique Peñaranda Ramos, en JAKOBS, G., *Estudios de Derecho penal*, 1.ª ed., Civitas, Madrid, 1997, pp. 293 a 324.
- *Derecho penal, Parte general, Fundamento y teoría de la imputación*, (PG), trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997.
- «La imputación objetiva, especialmente en el ámbito de las instituciones jurídico-penales «riesgo permitido», «prohibición de regreso» y «principio de confianza»», trad. Enrique Peñaranda Ramos, en JAKOBS, G., *Estudios de Derecho penal*, 1.ª ed., Civitas, Madrid, 1997, pp. 209 a 222.
- «Representación del autor e imputación objetiva», trad. Carlos J. Suárez González, en JAKOBS, G., *Estudios de Derecho penal*, 1.ª ed., Civitas, Madrid, 1997, pp. 223 a 240.
- *La autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva*, Cuadernos de conferencias y artículos, núm. 15, Universidad Externado de Colombia, 1.ª ed., Bogotá, 1996.
- *La imputación objetiva en Derecho penal*, estudio preliminar Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, trad. Manuel Cancio Meliá, Civitas, Madrid, 1996.
- *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijoo Sánchez, Civitas, Madrid, 1996.
- JESCHECK H. H. / WEIGEND T., *Tratado de Derecho penal, Parte general*, 5.ª ed., ampliada y renovada, trad. Miguel Olmedo Cardenete, Granada, 2002.
- KAUFMANN, A., *Dogmática de los delitos de omisión*, trad. Joaquín Cuello Contreras, José Luis Serrano González de Murillo (Edt.), Marcial Pons, Barcelona, Madrid, 2006.
- KOHLRAUSCH E. / LANGE R., *Strafgesetzbuch mit Erläuterung und Nebengesetzen*, 39-40.ª ed., De Gruyter, Berlin, 1950.
- LESCH, H. H., *Das Problem der sukzessiven Beihilfe*, P. Lang, Frankfurt am Main, New York, 1992.
- LISZT, F. v., *Tratado de Derecho Penal*, III, trad. Jiménez de Asúa, 3.ª ed. de la 20.ª ed. alemana, Reus, Madrid, 1929.
- LUHMANN, N., *La sociedad de la sociedad*, trad. Javier Torres Nafarrate, Herder, México, 2007.
- *El Derecho de la sociedad*, trad. Javier Torres Nafarrate, 2.ª ed., Herder, Universidad Iberoamericana, Biblioteca Francisco Xavier Clavigero, México, 2005.

- *Sistemas Sociales. Lineamientos para una teoría general*, trad. Silvia Pappé y Brunhilde Erke, bajo la coordinación de Javier Torres Nafarrate, 2.ª ed., Anthrops, 1998.
- LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho Penal, Parte General*, Dykinson, Madrid, 1996.
- LUZÓN PEÑA, D. M., *Curso de Derecho penal, Parte general, I*, Universitas, Madrid, 1996.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993.
- MEZGER, E., *Tratado de Derecho penal, I* trad. 2.ª ed. alemana de 1933, y notas de Derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz, Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1935.
- MIR PUIG, S., *Derecho penal, Parte general*, 10.ª ed., 2.ª reimp. actualizada y revisada, con la colaboración de Víctor Gómez Martín y Vicente Valiente Iváñez, Reppertor, Barcelona, 2016.
- *Introducción a las bases del Derecho penal: concepto y método*, 2.ª ed. reimp., 1.ª ed. 1976, B de F, Montevideo, 2003.
- «Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo código penal», *RECPC*, núm. 3, 2001.
- *Manuales de formación continuada*, núm. 4, Ejemplar dedicado a Problemas específicos de la aplicación del Código penal, 1999, pp. 13 a 42.
- *El Derecho penal en el Estado Social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1992.
- *Función de la pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho*, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1982.
- MITTERMAIER, C. J., «Über den Anfangspunkt der Strafbarkeit der Versuchshandlungen», *Neues Archiv des Kriminalrechts*, II, 33, Halle, 1818.
- MORA ALARCÓN, J. A., *Suma de Derecho penal, parte general y especial*, Edisofer, Madrid, 1996.
- MORENO-TORRES HERRERA, M. R., *Tentativa de delito y delito irreal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- MUÑOZ CONDE, F., *Teoría General del delito*, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.
- *Introducción al Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1979.
- MUÑOZ CONDE F. / GARCÍA ARÁN M., *Derecho Penal, Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- MUÑOZ LORENTE, J., *La tentativa inidónea y el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- MÜSSIG, B., «Desmaterialización del bien jurídico y de la política criminal. Sobre las perspectivas y los fundamentos de una teoría crítica del bien jurídico hacia el sistema», *RDPC*, núm. 9, 2002, pp. 169 a 210.
- MYLONOPOULOS, C., *Über das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgswert im Strafrecht. Eine Studie zur Entwicklung der personale Unrechtslehren*, Köln-Berlin-Bonn-München, Heymann, 1981.

- NIEPOTH, B. v., *Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt*, Frankfurt a. M., 1994.
- NIETZSCHE, F., *Mi hermana y yo*, 14.^a ed., Biblioteca EDAF, Barcelona, 2008.
- *El crepúsculo de los ídolos o cómo se filosofa con el martillo*, 1.^a ed. revisada, Alianza Editorial, Madrid, 1998.
- NÚÑEZ BARBERO, R., *El delito imposible*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1963.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., «Algunos límites de la tentativa con arreglo al Código Penal», *RP*, núm. 24, julio, 2009, pp. 142 a 150.
- «Algunas cuestiones sobre autoría, participación, tentativa, peligro e imprudencia, a propósito de «la responsabilidad penal por el producto»», *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Emilio Octavio de Toledo y Ubieta, Manuel Gurdíel Sierra, Emilio Cortés Bechiarelli (coords.), 2003, pp. 825 a 858.
- «Sobre autoría, participación, tentativa, peligro e imprudencia», *La Ley*, núm. 5, D-292, 2003, pp. 2050 a 2060.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO E. / HUERTA TOCILDO S., *Derecho penal, Parte General*, 2.^a ed., corregida y aumentada, Rafael Castellanos, Madrid, 1986.
- PAPAGEORGIOUS-GONATAS, S., *Wo liegt die Grenze Zwischen Vorbereitungs-handlungen und Versuch? Zugleich eine theoretische Auseinandersetzung mit dem Strafgrund des Versuchs*, Florentz, München, 1988.
- PEÑARANDA RAMOS, E., «Sobre la influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del delito», Carlos Gómez-Jara Díez (edit.), VV.AA., *Teoría de sistemas y Derecho penal. Fundamentos y posibilidades de aplicación*, Comares, 2005, pp. 223 a 256.
- PÉREZ DEL VALLE, C., «La persona del Derecho penal en la filosofía de Hegel», Jacobo López Barja de Quiroga y José Miguel Zugaldía Espinar (coords.), *Dogmática y Ley penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. I, Instituto Universitario de Investigaciones Ortega y Gasset, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pp. 625 a 644.
- «La individualización de la pena y su revisión», Bernardo del Rosal Blasco (coord.), *Estudios sobre el nuevo Código Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 41 a 71.
- PESSINA, E., *Elementi di diritto penale*, presso Riccardo Margheri di Gius editore, Napoli, 1882.
- PESSOA, N. R., *Delito imposible*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- PETROCELLI, B., *Il delitto tentato*, CEDAM, Padova, 1955.
- PIÑA ROCHEFORT, J. I., *Rol Social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del derecho penal*, pról. Jesús-María Silva Sánchez, Bosch, Barcelona, 2005.
- POLAINO NAVARRETE, M., *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, t. II, 2.^a ed. corregida y actualizada, Tecnos, Madrid, 2016.
- *Acción, omisión y sujetos en la Teoría del delito (De la posición de garante a la responsabilidad penal de las personas jurídicas)*, Grijley, Lima, 2009.

- «Injusto de la tentativa y vigencia de la norma desde una perspectiva penal funcionalista», *El pensamiento filosófico y jurídico-penal de Günther Jakobs*, Flores Editor y Distribuidor, S. A. de C. V., México D. F., 2007, pp. 707 a 743.
- *Derecho Penal, Parte General*, I, 5.ª ed., colaboración de Miguel Polaino-Orts, Bosch, Barcelona, 2004.
- «El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura. Sobre el concepto jurídico-penal de resultado», *RPJ*, núm. 72, 2003, pp. 59 a 88 (también en Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004).
- *Derecho Penal, Parte General*, t. II, *Teoría jurídica del delito*, Bosch, Barcelona, 2000.
- «Artículo 15», Manuel Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código penal*, vol. 1, Edersa, 1999.
- «Artículo 16», Manuel Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código penal*, vol. 1, Edersa, 1999.
- POLAINO-ORTS, M., *Funcionalismo normativo. Bases dogmáticas para el nuevo Sistema de Justicia penal, Fundamentos y Función del Derecho penal*, t. I, 1.ª ed., Centro de Estudios Superiores en Ciencias Jurídicas y Criminológicas (CESCIJUC), México, 2014.
- *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, Bosch, Barcelona, 2009.
- «Imputación objetiva: esencia y significado», KINDHÄUSER U. / POLAINO-ORTS M. / CORCINO BARRUETA F., *Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho Penal*, Grijley, Lima, 2009, pp. 43 a 50.
- *Lo verdadero y lo falso del Derecho penal del enemigo*, Grijley, Lima, 2009.
- *Derecho penal del enemigo. Desmitificación del concepto*, pról. Günther Jakobs, Revisado por Miguel Polaino Navarrete, Grijley, Lima, 2006.
- QUINTERO OLIVARES, G., «Acto, resultado y proporcionalidad», *Libro Homenaje al Profesor Antón Oneca*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1982, pp. 377 ss.
- REY SANFÍZ, L. C., *Tentativa jurídico-penal: acercamiento al tratamiento doctrinal del fundamento de los criterios de imputación entre naturalismo y normativismo*, Dykinson, Madrid, 2001.
- REYES ALVARADO, Y., *El delito de tentativa*, B de F, Buenos Aires, 2016.
- RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, pról. Diego-Manuel Luzón Peña, Universidad Complutense, Servicio de Publicaciones, Madrid, 1994.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Delito imposible y tentativa de delito en el Código penal español», *ADPCP*, t. 24, mes 2, 1974, pp. 369 a 389.
- ROXIN, C., «Acerca de la punibilidad de la tentativa inidónea», *Revista Latinoamericana de Derecho*, núm. 9-10, 2009, pp. 294 a 307.
- *Derecho penal, Parte general*, t. I, *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. y notas Luzón Peña / Díaz y García Conlledo / De Vicente Remesal, de la 2.ª ed. alemana, Civitas, 1997.

- «Qué queda de la culpabilidad en Derecho penal», trad. Jesús-María Silva Sánchez, *CPC*, núm. 30, 1986, pp. 671 a 692.
- SALDAÑA, Q., *Adiciones a la traducción del Tratado de Derecho Penal de Von Liszt*, t. III., 3.^a ed., Reus, 1906.
- SANCINETTI, M. A., *Teoría del delito y disvalor de la acción: una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Hammurabi, Buenos Aires, 1991.
- SANTA RITA TAMÉS, G., *El delito de organización terrorista: un modelo de Derecho penal del enemigo. Análisis desde la perspectiva de la imputación objetiva*, pról. Miguel Polaino-Orts, Bosch, Barcelona, 2015.
- SAUER, W., *Derecho penal, Parte general*, trad. Juan del Rosal y José Cerezo Mir, Bosch, Barcelona, 1956.
- SCARANO, L., *La tentativa*, Temis, Bogotá 1960.
- SERRANO-PIEDecasas FERNÁNDEZ, J. R., «Fundamento de la punición en la tentativa», *El nuevo Código Penal: Presupuestos y fundamentos, Libro Homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, pp. 521 a 550.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Comentarios al artículo 11», Manuel Cobo del Rosal (dir.), *Comentarios al Código Penal*, vol. 1, Madrid, 1999, pp. 482 ss.
- *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Bosch, Barcelona, 1997.
- *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.
- SOLA RECHE, E., «Sobre el concepto de tentativa idónea», Fermín Morales Prats, Gonzalo Quintero Olivares (coord.), *El nuevo Derecho penal español, Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, 2001, pp. 773 a 786.
- *La llamada «tentativa inidónea» de delito. Aspectos básicos*, Comares, Granada, 1996.
- *La problemática asociada a la llamada «tentativa inidónea» de delito*, Universidad de La Laguna, Tesis Doctoral, 1994.
- SOTO NIETO, F., «Tentativa relativamente inidónea: punibilidad», *La Ley*, núm. 7, 2000, pp. 1498 a 1499.
- STRUENSEE, E., «Dolo de causar y causalidad putativa», trad. José Luis Serrano González de Murillo, *ADPCP*, t. 43, Fasc/Mes 3, 1990, pp. 933 a 960.
- TAMARIT SUMALLA, J. M., «La tentativa con dolo eventual», *ADPCP*, t. 45, Fasc/Mes 2, 1992, pp. 515 a 560.
- TORÍO LÓPEZ, Á., «Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa», VV.AA., *Presupuestos para la reforma penal*, Centro de Estudios Criminológicos de la Universidad de La Laguna, Tenerife, 1992.
- VANNINI, O., *Il problema giuridico del tentativo (art. 56 del Codice penale)*, 2.^a ed., Giuffrè, Milano, 1950.
- VEHLING, K. H., *Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch*, Schriften zum Strafrecht und Strafprozeßrecht, 4, Peter Lang, Frankfurt am Main, Bern, New York, Paris, 1991.

- VIDAL, G., *Cours de Droit Criminelle*, I, Rousseau, Paris, 1947.
- WELZEL, H., *Derecho penal alemán*, trad. de la 11.^a ed. alemana por Juan Bustos y Sergio Yáñez, Santiago de Chile, 1976.
- ZACZYK, R., *Das Unrecht der Versuchten Tat*, Duncker & Humblot GmbH, Berlin, 1989.

