

JUAN PABLO MAÑALICH R.

LA TENTATIVA COMO DELITO IMPERFECTO

Una investigación de teoría de las normas

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2026

ÍNDICE

Pág.

RECONOCIEMIENTOS Y AGRADECIMIENTOS.....	9
ABREVIATURAS.....	21
INTRODUCCIÓN. TENTATIVA, NORMAS Y AGENCIA	23
1. EL «ARGUMENTO DE LA TENTATIVA».....	23
2. IMPERFECCIÓN DELICTIVA COMO MARCA DE LA TENTATIVA.....	30
3. LAS NORMAS DE COMPORTAMIENTO COMO ARTEFACTOS DEÓNTICOS	33
4. LA RIGIDEZ DE LA ANTINORMATIVIDAD	36
5. NORMAS, ALIENACIÓN Y AGENCIA	38
PRIMERA PARTE. EL FUNDAMENTO DE PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA BAJO EL MODELO DEL DELITO IMPERFECTO	41
CAPÍTULO I. EL MODELO DEL DELITO IMPERFECTO	43
1. LA ANOMALÍA DE LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA.....	43
1.1. EL DÉFICIT DE ANTINORMATIVIDAD DE LA TENTATIVA DE DELITO.....	43
1.2. LA INSENSIBILIDAD EPISTÉMICA DE LA ANTINORMATIVIDAD	45

	Pág.
1.3. LA «ATIPICIDAD» DE LA TENTATIVA DE DELITO.....	49
2. LA CONSTITUCIÓN DEL HECHO PUNIBLE POR VÍA DE IMPUTACIÓN.....	52
2.1. EL MODELO DEL SILOGISMO PRÁCTICO.....	52
2.2. EL DOLO COMO CRITERIO DE EVITABILIDAD.....	54
3. EL DELITO TENTADO COMO DELITO IMPERFECTO.....	59
3.1. EL DELITO TENTADO COMO DELITO NO CONSUMADO.....	59
3.2. LA NATURALEZA DERIVATIVA DE LA SIGNIFICACIÓN CRIMINAL DE LA TENTATIVA	63
3.3. MERECIMIENTO Y SUERTE RESULTATIVA	66
3.4. LA SUFICIENCIA DEL DOLO EVENTUAL.....	69
3.5. TRES CONSECUENCIAS	73
CAPÍTULO II. TENTATIVA, ERROR Y DOLO.....	79
1. LA TENTATIVA COMO ERROR.....	79
2. EL «ERROR SOBRE EL DELITO» Y SU INVERSIÓN.....	81
2.1. LA ANTINORMATIVIDAD COMO PROPIEDAD SUPERVENIENTE.....	81
2.2. LA IMPOTENCIA MODIFICATIVA DEL ERROR	82
2.3. LA INVARIABILIDAD DE LA EXTENSIÓN DEL TIPO DE DELITO	85
3. EL DOLO COMO CREENCIA PREDICTIVA REFERIDA A LAS CONDICIONES DE APLICACIÓN DE LA NORMA DE COMPORTAMIENTO	86
3.1. EL DOLO COMO REPRESENTACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS REALIZADORAS DE LAS PROPIEDADES FUNDANTES-DE-ANTINORMATIVIDAD	86
3.2. LAS CIRCUNSTANCIAS REALIZADORAS DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO COMO OBJETO DE REFERENCIA DEL DOLO.....	89
3.3. ERROR EXTENSIONAL VERSUS ERROR INTENSIONAL.....	93
3.4. LA IRRELEVANCIA DE LA JUSTIFICACIÓN EPISTÉMICA DE LA CREENCIA PREDICTIVA	94

3.5.	LA IRRELEVANCIA DE LA VERDAD DE LA CREENCIA PREDICTIVA	99
4.	¿FUNDAMENTACIÓN DE LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA A TRAVÉS DEL «ARGUMENTO DE LA INVERSIÓN»?	101
4.1.	EL MÉTODO DE LA INVERSIÓN Y LA FUNDAMENTACIÓN SUBJETIVISTA DE LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA	101
4.2.	LA RECONSTRUCCIÓN LÓGICA DEL ARGUMENTO DE LA INVERSIÓN Y SU REFUTACIÓN.....	104
CAPÍTULO III. LA TENTATIVA FRENTE AL DELITO PUTATIVO.....		111
1.	«TENTATIVA IDÓNEA» COMO <i>CONTRADICTIO IN ADJECTO</i>	111
1.1.	EL JUICIO DE (IN)IDONEIDAD DE LA TENTATIVA DESDE UNA PERSPECTIVA <i>EX POST</i>	111
1.2.	¿IDONEIDAD DE LA TENTATIVA POR IDONEIDAD DEL OBJETO?	114
1.3.	¿IDONEIDAD DE LA TENTATIVA POR IDONEIDAD DEL MEDIO?	118
1.4.	LA TENTATIVA DE DELITO COMO DELITO CIRCUNSTANCIALMENTE IMPOSIBLE.....	120
2.	EL DELITO PUTATIVO Y LA OBJETIVIDAD DE LA ADSCRIPCIÓN DE DOLO	126
2.1.	¿SOLIPSISMO EN LA ADSCRIPCIÓN DE DOLO?	126
2.2.	LA OBJETIVIDAD DE LA FUNDAMENTACIÓN DEL DOLO.....	128
3.	LA «TENTATIVA IRREAL» O «TENTATIVA SUPERSTICIOSA» COMO DELITO PUTATIVO	129
3.1.	EL PROBLEMA DE LA «CAUSALIDAD PUTATIVA»	129
3.2.	ANÁLISIS CAUSAL Y ADSCRIPCIÓN DE DOLO	131
3.3.	LA «TENTATIVA IRREAL» COMO DELITO PUTATIVO.....	136
3.4.	LA «TENTATIVA SUPERSTICIOSA» COMO «TENTATIVA IRREAL» ..	141
3.5.	¿LA TENTATIVA «CRASAMENTE INSENSATA» COMO PSEUDOTENTATIVA?	143

4.	EL ERROR DE SENTIDO INVERTIDO ACERCA DE UN ELEMENTO NORMATIVO DEL TIPO COMO DELITO PUTATIVO	144
4.1.	EL «ERROR SOBRE UN ELEMENTO NORMATIVO DEL TIPO» COMO ERROR DE REFERENCIA O ERROR DE SENTIDO.....	144
4.2.	EL ERROR «INVERTIDO» SOBRE EL SENTIDO DE UN ELEMENTO NORMATIVO DEL TIPO COMO DELITO PUTATIVO	147
5.	LA «PUBLICIDAD» DEL FUNDAMENTO DE PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA.....	149
5.1.	RECAPITULACIÓN: LA SUPERACIÓN DEL SOLIPSISMO EN LA FUNDAMENTACIÓN DE LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA	149
5.2.	EL MODELO DE LA VINCULACIÓN A REGLAS PÚBLICAS	151
6.	LA TENTATIVA DE UN DELITO ESPECIAL Y EL PROBLEMA DE LA «INIDONEIDAD DEL SUJETO».....	153
6.1.	LOS DELITOS ESPECIALES Y LA ESTRUCTURA DE LAS «NORMAS ESPECIALES».....	153
6.2.	¿ARBITRARIEDAD DE LA DISTINCIÓN ENTRE NORMAS GENERALES Y NORMAS ESPECIALES?	159
6.3.	LA «TENTATIVA SUBJETIVAMENTE INIDÓNEA» COMO DELITO PUTATIVO	162
7.	LA HETEROGENEIDAD CATEGORIAL DEL «DELITO PUTATIVO»	166
SEGUNDA PARTE. LA ESTRUCTURA DE LA TENTATIVA ACABADA E INACABADA BAJO EL MODELO DE LA OPORTUNIDAD PARA LA ACCIÓN		169
CAPÍTULO IV. ACABAMIENTO DE LA TENTATIVA Y OPORTUNIDAD PARA LA ACCIÓN.....		171
1.	LA DISTINCIÓN ESTRUCTURAL ENTRE LA TENTATIVA ACABADA Y LA TENTATIVA INACABADA.....	171
2.	LA TENTATIVA COMO DELITO NO CONSUMADO.....	174
2.1.	EL <i>ITER CRIMINIS</i> COMO METÁFORA.....	174

2.2.	LA INADECUACIÓN DOGMÁTICA DEL MODELO DEL <i>ITER CRIMINIS</i>	176
2.3.	LA PRIMACÍA DE LA PERSPECTIVA <i>EX POST</i>	178
3.	EL MODELO DE LA OPORTUNIDAD PARA LA ACCIÓN.....	180
3.1.	LAS NORMAS DE COMPORTAMIENTO COMO FUNDAMENTOS DE DEBERES.....	180
3.2.	SÍLOGISMO PRÁCTICO Y OPORTUNIDAD PARA LA ACCIÓN	181
4.	ACABAMIENTO DE LA TENTATIVA Y SITUACIÓN DE DEBER.....	183
4.1.	EL PROBLEMA DE LA IDENTIDAD Y LA INDIVIDUACIÓN DE LA TENTATIVA.....	183
4.2.	EL CRITERIO DE LA IDENTIDAD DE LA SITUACIÓN DE DEBER	185
4.3.	LA POSIBLE REDEFINICIÓN DINÁMICA DE LA SITUACIÓN DE DEBER	188
4.4.	UNA VERSIÓN ESTRICTA DE LA TESIS DE LA CONSIDERACIÓN GLOBAL	192

CAPÍTULO V. RESOLUCIÓN AL HECHO Y TENTATIVA INACABADA 195

1.	EL DÉFICIT DE MATERIALIZACIÓN DE LA TENTATIVA INACABADA.....	195
2.	LA RESOLUCIÓN AL HECHO COMO COMPROMISO PRÁCTICO.....	196
2.1.	¿LA RESOLUCIÓN AL HECHO COMO DOLO?	196
2.2.	LA RESOLUCIÓN AL HECHO COMO INTENCIÓN PREVIA.....	199
2.3.	COMPROMISOS PRÁCTICOS Y PRINCIPIO ENLAZADOR.....	202
2.4.	LA COMPATIBILIDAD ENTRE RESOLUCIÓN AL HECHO Y DOLO EVENTUAL	205
3.	RESOLUCIÓN AL HECHO E INICIO DE LA TENTATIVA.....	207
3.1.	LA ACTUALIZACIÓN DE LA RESOLUCIÓN AL HECHO	207

	Pág.
3.2. LA «INCONDICIONALIDAD» DE LA RESOLUCIÓN AL HECHO.....	210
4. LA TENTATIVA INACABADA COMO DELITO IMPERFECTO.....	212
4.1. ¿ASIMETRÍA NORMATOLÓGICA ENTRE LA TENTATIVA ACABADA Y LA TENTATIVA INACABADA?	212
4.2. EL PRINCIPIO ENLAZADOR Y LA IDENTIDAD PERSONAL DEL AGENTE.....	214
4.3. LA TENTATIVA INACABADA COMO TENTATIVA	217
CAPÍTULO VI. EL INICIO DE LA TENTATIVA BAJO EL CRITERIO DE LA INMEDIATEZ DE ACCIÓN.....	221
1. EL INICIO DE LA TENTATIVA COMO CATEGORÍA DE LA TENTATIVA INACABADA	221
2. EL INICIO DE LA TENTATIVA BAJO EL CRITERIO DE LA ACCIÓN INTERMEDIA	223
2.1. LA INADECUACIÓN DE LA SOLUCIÓN OBJETIVO-FORMAL	223
2.2. APTITUD DE GENERALIZACIÓN COMO EXIGENCIA METODOLÓGICA	226
2.3. EL <i>TEST</i> DE LA ACCIÓN INTERMEDIA	229
3. EL CRITERIO DE LA INMEDIATEZ DE ACCIÓN.....	233
3.1. OPORTUNIDAD PARA LA ACCIÓN E INMEDIATEZ DE ACCIÓN.....	233
3.2. EL FACTOR DE LA SUERTE CIRCUNSTANCIAL.....	238
4. LA RECONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DE LA FÓRMULA DEL «PRINCIPIO DE EJECUCIÓN POR HECHOS DIRECTOS»	244
4.1. DE NUEVO: LA INADECUACIÓN DEL MODELO DEL <i>ITER CRIMINIS</i>	244
4.2. PRINCIPIO DE EJECUCIÓN Y RESOLUCIÓN AL HECHO.....	246
4.3. LA «INTENCIONALIDAD» DEL OBJETO DE LA RESOLUCIÓN AL HECHO	248
4.4. LA FUNCIÓN ESPECIFICATIVA DE LA EXIGENCIA DE «HECHOS DIRECTOS»	252

4.5.	¿«PRINCIPIO DE EJECUCIÓN» COMO INICIO DE LA TENTATIVA DE UN DELITO OMISIVO?	254
4.6.	UNA APLICACIÓN EJEMPLIFICATIVA.....	256
5.	EL INICIO DE LA TENTATIVA IMPUTABLE EN AUTORÍA MEDIATA O EN COAUTORÍA	259
5.1.	LA PREMISA: LAS FORMAS DE AUTORÍA COMO ESTRUCTURAS DE IMPUTACIÓN	259
5.2.	EL PRINCIPIO DE EJECUCIÓN BAJO LA «SOLUCIÓN GLOBAL»...	263
6.	EL INICIO DE LA TENTATIVA DE UN HECHO PUNIBLE COMPLEJO	266
6.1.	LA ESTRUCTURA TÍPICA DE LOS HECHOS PUNIBLES COMPLEJOS.....	266
6.2.	EL PRINCIPIO DE EJECUCIÓN DEL HURTO Y DEL ROBO CON FUERZA EN LAS COSAS.....	270
6.3.	EL PRINCIPIO DE EJECUCIÓN DEL ROBO CON VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN EN LAS PERSONAS	276

CAPÍTULO VII. EL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA COMO REVISIÓN DEL QUEBRANTAMIENTO DE LA NORMA

1.	INTRODUCCIÓN: EL MODELO DE LA REVISIÓN DEL QUEBRANTAMIENTO DE LA NORMA	283
2.	LA BIDIMENSIONALIDAD DEL DESISTIMIENTO	284
2.1.	REFERENCIA A LA CONSUMACIÓN <i>VERSUS</i> REFERENCIA A LA TENTATIVA	284
2.2.	«DESISTIMIENTO <i>DE</i> LA TENTATIVA»: UNA DESAMBIGUACIÓN ...	288
2.3.	¿EL DESISTIMIENTO COMO «MODIFICACIÓN DEL HECHO»? ...	292
3.	EL DESISTIMIENTO COMO REVISIÓN (IMPUTABLE) DEL QUEBRANTAMIENTO DE LA NORMA	294
3.1.	LOS PRESUPUESTOS DE LA TOMA DE POSICIÓN A FAVOR DE LA NORMA QUEBRANTADA	294

	Pág.
3.2. EL SIGNIFICADO DEL DESISTIMIENTO COMO CONTRADECLARACIÓN.....	296
3.3. LAS DOS MODALIDADES DE LA TOMA DE POSICIÓN A FAVOR DE LA NORMA Y LOS DOS NIVELES DE SU IMPUTACIÓN.....	298
4. EL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA COMO EXCUSA LEGAL ABSOLUTORIA.....	301
CAPÍTULO VIII. EL DESISTIMIENTO COMO EVITACIÓN O IMPEDIMENTO DE LA CONSUMACIÓN.....	305
1. ACABAMIENTO DE LA TENTATIVA Y OPORTUNIDAD PARA EL DESISTIMIENTO	305
2. EL ESTATUS DEÓNTOLOGICO DEL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA	308
2.1. EL DESISTIMIENTO COMO EVITACIÓN OBLIGATORIA O IMPEDIMENTO SUPEREROGATORIO DE LA CONSUMACIÓN.....	308
2.2. LA RELATIVIDAD SITUACIONAL DE LA CARACTERIZACIÓN DEÓNTOLOGICA DEL DESISTIMIENTO.....	312
3. LOS PRESUPUESTOS DEL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA INACABADA.....	317
3.1. EL PROBLEMA: LOS CASOS DE REALIZACIÓN DE UNA «FINALIDAD EXTRATÍPICA».....	317
3.2. LA «INCONDICIONALIDAD» DE LA RESOLUCIÓN AL HECHO.....	322
CAPÍTULO IX. LA IMPUTACIÓN DEL DESISTIMIENTO.....	327
1. LA RACIONALIZACIÓN POSITIVA DE LA EVITACIÓN O EL IMPEDIMENTO DE LA CONSUMACIÓN.....	327
1.1. LA AUTONOMÍA FUNCIONAL DE LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN	327
1.2. DOS NIVELES DE IMPUTACIÓN DEL DESISTIMIENTO: IMPUTATIO FACTI E IMPUTATIO IURIS.....	329
2. LA IMPUTACIÓN DE LA EVITACIÓN O EL IMPEDIMENTO DE LA CONSUMACIÓN COMO DESISTIMIENTO.....	332

2.1.	LA IMPUTACIÓN DE LA EVITACIÓN DE LA CONSUMACIÓN COMO DESISTIMIENTO DE UNA TENTATIVA INACABADA.....	332
2.2.	LA IMPUTACIÓN DEL IMPEDIMENTO DE LA CONSUMACIÓN COMO DESISTIMIENTO DE UNA TENTATIVA ACABADA	334
2.3.	LA IMPUTACIÓN DEL DESISTIMIENTO DE LA TENTATIVA IMPUTABLE A VARIOS COINTERVINIENTES	339
3.	LA VOLUNTARIEDAD DEL DESISTIMIENTO COMO CONDICIÓN DE SU IMPUTACIÓN COMO RECONOCIMIENTO POSITIVO DE LA NORMA	341
3.1.	LA VOLUNTARIEDAD DEL DESISTIMIENTO COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN	341
3.2.	VOLUNTARIEDAD COMO MOTIVACIÓN «ORTÓNOMA».....	343
3.3.	INDICADORES DE (FALTA DE) VOLUNTARIEDAD	346
	BIBLIOGRAFÍA.....	351

INTRODUCCIÓN

TENTATIVA, NORMAS Y AGENCIA

1. EL «ARGUMENTO DE LA TENTATIVA»

En su muy influyente escrito *El nuevo sistema del derecho penal*, publicado originalmente en 1951, WELZEL articulaba como sigue lo que en la historiografía de la teoría general del hecho punible se conoce como el «argumento de la tentativa»¹:

Al examinar los tipos penales, en busca de elementos subjetivos del injusto, se advirtió, además, que en la tentativa [...] el dolo es uno de ellos. En efecto, en la tentativa, desde un punto de vista puramente «objetivo», es decir, sin atender a la resolución de voluntad del autor, no es posible saber qué tipo es el que concurre.

Si alguien hace un disparo que pasa junto a otro, este proceso causal externo puede ser una tentativa de asesinato, una tentativa de lesiones corporales, o un disparo en lugar prohibido [...], según cuál sea el dolo del autor. El dolo es, sin duda alguna, un elemento del tipo, sin el cual no puede ser constatada la tipicidad del acontecer externo. El dolo es ya, por ello, según la doctrina dominante, un elemento subjetivo del injusto en la tentativa.

La consecuencia lógica de ello debería ser [...] que si el dolo pertenece al tipo y no sólo a la culpabilidad en la *tentativa*, tiene que preservar la misma función cuando la tentativa pase al estadio de la consumación. ¿Cómo podría depender de que el disparo dé o no en el blanco, el que el dolo sea un elemento de lo injusto o de la culpabilidad?²

El argumento así presentado pretendía volver irresistible la aceptación de la proposición sistemática según la cual el dolo ocuparía el lugar de un «elemento» (general) del tipo de todo delito doloso³. Por esta vía, WELZEL buscaba minar la plausibilidad de la tesis («clásica») según la cual, por

¹ Véase MOLINA (2001, pp. 459 y s.; también MOLINA (2017), pp. 747 y s., caracterizando el argumento en cuestión como «sutilmente incorrecto». Al respecto, véase también SERRANO-PIEDRASAS (1998), pp. 38 y 58.

² WELZEL (2001), pp. 99 y s.; coincidentemente, WELZEL (1967), pp. 57 y s.

³ Así ya WELZEL (2001), pp. 100 y s.

ejemplo, un homicidio doloso y un homicidio imprudente se corresponden con la realización de uno y el mismo tipo de delito. Antes bien, el tipo de un delito imprudente sería necesariamente distinto del tipo del «correspondiente» delito doloso, exhibiendo el primero, asimismo necesariamente, el carácter de un «tipo abierto»⁴. Las comillas circundantes del adjetivo «correspondiente» son imprescindibles aquí, puesto que la disociación de los tipos realizados, por ejemplo, tratándose de un homicidio doloso y de un homicidio imprudente, supone renunciar a la premisa que hace posible postular semejante relación de correspondencia. No estaría de más recordar que es justamente el aseguramiento del postulado de la identidad típica entre un delito doloso cualquiera y el *correspondiente* delito imprudente lo que, ya desde su génesis, animaba el programa teórico de BINDING⁵:

Veo ante mí un centenar de delitos en todas sus posibles formas comisivas, desde aquellos de considerable gravedad descendiendo hasta los más leves, todos perpetrados de manera no dolosa, pero sí culpablemente, todos constituidos por contravenciones de las mismas normas que sus *Doppelgänger* dolosos⁶.

Esto llevaba a BINDING a impugnar, con especial vehemencia, las diferentes versiones de la tesis según la cual un delito doloso y su correspondiente delito imprudente se corresponderían con el quebrantamiento de normas diferentes⁷.

Para preservar este compromiso teórico fundamental con la homogeneidad típica de cada delito doloso y su correspondiente delito imprudente, es imprescindible resistir el giro «finalista» resultante en hacer del dolo un elemento del pretendido tipo del respectivo delito doloso. Esto exige identificar el dolo y la imprudencia como criterios o títulos de imputación subjetiva que, en cuanto tales, son *externos* al tipo que especifica la forma de comportamiento cuya realización puede ser imputable a título de dolo o a título de imprudencia⁸. ¿Pero se ve comprometida la viabilidad de esta

⁴ WELZEL (2001), pp. 112 y ss.; más pormenorizadamente, WELZEL (2002), pp. 101 y ss. Para una fundada refutación de este aserto, anclada en la categorización de la imprudencia como una estructura de imputación extraordinaria, véase REYES (2015), pp. 64 y ss.

⁵ Al respecto, pueden consultarse las palabras vertidas por BINDING tanto en el prólogo a la primera edición del primer tomo como en el prólogo al cuarto tomo de sus *Normen*; véase BINDING (1922), pp. v y ss.; y BINDING (1919), pp. iii y ss.

⁶ BINDING (1919), p. 309. O más sucintamente: «El tipo objetivo de cada delito imprudente es exactamente el mismo que el del delito consciente del mismo género» (ibid., p. 451), donde por «delito consciente» BINDING entiende el respectivo delito doloso; latamente al respecto, BINDING (1914), pp. 324 y ss., 341 y ss.

⁷ BINDING (1914), pp. 370 y ss., refutando los planteamientos favorables a transformar (distorsivamente) la estructura del respectivo delito imprudente en la propia de un delito necesariamente omisivo, o bien en la propia de un delito (doloso) de peligro.

⁸ Esto no pasa, necesariamente, por favorecer un «regreso del dolo a la culpabilidad», tal como esto es postulado por MOLINA (2017), pp. 735 y s., 738 y ss., con cargo a la premisa

última proposición en virtud de la supuesta inevitabilidad del reconocimiento de que el dolo sería, a lo menos, un componente insustituible del «tipo de la tentativa», de manera tal que sin una consideración de aquel no podría ser comprobada la «tipicidad» de la tentativa en cuestión? Con esto aparece la premisa decisiva del argumento presentado por WELZEL, que no deja de tener carácter puramente apodíctico, a saber: la premisa de que cabría hablar de tal cosa como un «tipo de la tentativa»⁹. Si esta premisa es rechazada, el «argumento de la tentativa» queda desprovisto de su aparente plausibilidad.

La vía mejor aspectada para impugnar la postulación de un tipo de la tentativa pasa por recuperar el concepto *estricto* de tipo («*Tatbestand*») acuñado por BELING, lo cual supone resistir la propensión doctrinal a multiplicar los sentidos atribuibles a la expresión «tipo» en cuanto *terminus technicus*¹⁰. La adopción de semejante concepto estricto de tipo apenas necesita ser revisada en pos de dar cuenta de la legitimidad categorial de los llamados «elementos subjetivos específicos del tipo»¹¹, sin que ello admita confundirse con la pretensión de hacer del dolo un elemento del tipo

(«clásica») de que todos los presupuestos de la imputación subjetiva tendrían que ser ubicados en un único nivel categorial, que él identifica con el de la culpabilidad. Antes bien, es perfectamente asumible que, si —en la senda marcada por HRUSCHKA— los presupuestos de una imputación jurídico-penal son organizados en dos niveles diferentes, el dolo y la imprudencia queden radicados en el primero de esos dos niveles, de manera tal que la adscripción de dolo o imprudencia condicione la imputación de la realización (antijurídica) del tipo en cuestión como un «injusto personal», cuyo eventual carácter culpable dependa de la satisfacción de los criterios reconducibles al segundo nivel de imputación. Desde este punto de vista, el carácter «personal» del respectivo injusto es función de la satisfacción de un primer conjunto de condiciones de imputación, que como tales —y *esto* es lo decisivo— son externas al tipo del que se trate. Una implicación de este último modelo teórico consiste en que, contra lo favorecido por Molina, el dolo «natural» no quede ubicado «al lado» de la consciencia de la ilicitud (*ibid.*, p. 736), sino *bajo* esta, en el sentido preciso de que una adscripción de dolo es el presupuesto de una adscripción de consciencia de la ilicitud, pero no al revés. Acerca de esto último, véase MAÑALICH (2011a), pp. 98 y ss., 102 y ss.

⁹ Para una defensa de esta construcción, véase, empero, FARRÉ TREPAT (2011), pp. 59 y ss., 62 y ss.

¹⁰ Una muestra paradigmática de esa tendencia semánticamente hipertrófica aparece en la diferenciación, célebremente introducida por ROXIN, entre un pretendido «tipo-garantía», un «tipo del error» y un «tipo sistemático»; véase ROXIN (1970), pp. 106 y ss.

¹¹ Puesto que no tiene sentido convertir la satisfacción de semejantes presupuestos subjetivos del carácter delictivo de un comportamiento en objeto de referencia del dolo o —en su defecto— de la imprudencia en cuanto criterios de imputación subjetiva, BELING se inclinaba por rechazar su admisibilidad como genuinos «elementos» del tipo; véase BELING (1930), pp. 10 y ss. Pero BELING mismo llegó a esbozar una solución alternativa (que caracterizó como «lógicamente posible»), aunque sin favorecerla, para eludir la dificultad así detectada: los llamados «elementos subjetivos» del tipo —que no pueden ser confundidos con el dolo y la imprudencia en cuanto criterios de imputación subjetiva— pueden ser más exactamente entendidos como *condiciones* subjetivas del injusto; véase *ibid.*, p. 12, nota 1. Con ello, se trataría de componentes de la descripción en la que consiste el tipo que remiten a finalidades, motivos u otras disposiciones subjetivas, de cuya satisfacción depende que el comportamiento quede revestido de la distintiva significación que le imprime el tipo, mas sin que su satisfacción haya de ser subjetivamente imputable.

del respectivo delito doloso. Pues, bajo un concepto estricto de tipo *à la* BELING, no hay tal cosa como un «tipo de delito doloso», dado que el dolo y, alternativamente, la imprudencia funcionan como criterios de cuya satisfacción depende la fundamentación de responsabilidad por la realización del tipo del que se trate. En lo que aquí interesa inmediatamente, la recuperación de este concepto estricto de tipo sienta parte de las bases para el modelo de la tentativa (*lato sensu*) a cuya presentación y sustentación está dedicada la presente monografía, a saber: el modelo del delito imperfecto. Tal como BELING lo advirtiera en su *Die Lehre vom Tatbestand*, la tentativa se distingue por estar «referida» al tipo en cuestión, sin por ello ser «adecuada» a ese mismo tipo¹². En esto radica el estatus de la tentativa como un delito no consumado: el comportamiento que se imputa a título de tentativa queda especificado por una descripción que, precisamente, no lo convierte en una instancia de realización (antijurídica) del tipo en cuestión.

Pero lo dicho hasta aquí no basta para desactivar la premisa de que la tentativa tendría su «propio tipo» y que el dolo necesariamente formaría parte de este tipo. Pues sería perfectamente sostenible que, para ser constitutivo de una tentativa del delito X, un comportamiento tuviera que satisfacer una doble condición: la de no ser imputable como la realización antijurídica del tipo del delito X, por un lado, y la de realizar antijurídicamente el correspondiente tipo de la tentativa, por otro. Pero esta estrategia conduce a un dilema: o bien se abandona, por esa vía, un concepto estricto —y con ello: unívoco— de tipo, o bien se renuncia a entender la tentativa en cuestión como la tentativa del delito X.

Al primer cuerno del dilema, consistente en el abandono de un concepto estricto de tipo, se llega si, en la defensa de la existencia de un «tipo» de la tentativa, se enfatiza el carácter *dependiente* que este pretendidamente exhibiría respecto de cualquiera sea el tipo en cuya realización imputable consista el respectivo delito consumado. Así entendido, el «tipo» de la tentativa se distinguiría por carecer de autosuficiencia para especificar la forma de comportamiento cuya realización puede ser constitutiva de una tentativa, necesitando, en cambio, ser puesto en relación con algún tipo de delito para adquirir un contenido diferenciado¹³. El punto está, empero, en que la función de cada tipo *stricto sensu* consiste, precisamente, en servir como «esquema rector» (*Leitbild*) para una determinada especie de hecho punible, especificando así una forma de comportamiento autónomamente dotada de relevancia jurídico-penal¹⁴. Si se asume, empero, que existe tal

¹² BELING (1930), pp. 7 y s., 17 y s. Detalladamente al respecto, *infra*, cap. 1.

¹³ Para una presentación crítica de semejante enfoque, véase FARRÉ TREPAT (2011), pp. 59 y s., en referencia al planteamiento de FERRER SAMA.

¹⁴ BELING (1930), pp. 2 y 7.

cosa como un «tipo» de la tentativa, a pesar de que este no lograría, por sí mismo, especificar en qué consistiría la correspondiente forma de comportamiento punible, entonces ello supone un abandono de un concepto estricto de tipo.

Si se asume, por el contrario, que el «tipo» de la tentativa sí sería autosuficiente en el sentido recién explicado, entonces se enfrenta el segundo cuerno del dilema, consistente en renunciar a la identificación de la tentativa como un delito no consumado. Esto puede mostrarse analizando el planteamiento de FARRÉ TREPAT, según quien el «tipo» de la tentativa se obtendría recién de la modificación del correspondiente tipo de delito (consumado) operada a través de la fórmula —usualmente plasmada en una disposición de la «parte general» del respectivo código penal— «que define la fase previa de que se trate»¹⁵. En estos términos, que el «tipo» de la tentativa se obtenga de la puesta en relación del respectivo tipo de delito y la descripción modificatoria de alcance (más o menos general), no representaría más que un dato de la técnica legislativa así empleada para dar forma a la correspondiente tipificación. Y si se asume que —en el ámbito de los delitos de resultado— el condicionamiento del resultado tendría que entenderse como un presupuesto típico del respectivo delito consumado, entonces habrá que concluir que «las formas de imperfecta ejecución constituyen una “falta de tipo” en relación al delito consumado, pero [...] también constituirán a su vez tipicidades distintas de aquél»¹⁶. El problema está en que si, bajo una concepción como la presentada por FARRÉ TREPAT, se entiende que el «tipo» en cuya realización puede consistir una tentativa es un «tipo autónomo», entonces la constatación de que un comportamiento constitutivo de tentativa es atípico bajo el tipo del «correspondiente» delito consumado no deja de ser puramente anecdótica, en lo que respecta a la conceptualización de la tentativa *qua* forma de comportamiento punible.

La comprensión de la tentativa como la realización imputable de un tipo autónomo lleva a que deje de tener sentido concebirla, más precisamente, como una *tentativa de delito*. Pues en consideración al pretendido «tipo» en cuya realización imputable ella consistiría, la tentativa se correspondería, en rigor, con un delito consumado (y así, con un delito *perfecto*). En estos términos, la tentativa no es tentativa de delito, sino más bien *delito de tentativa*¹⁷. Esta última conceptualización es, sin embargo, extraordinariamente difícil de reconciliar con algunos aspectos del régimen jurídico al

¹⁵ FARRÉ TREPAT (2011), p. 61, haciendo suya la concepción defendida por MIR PUIG.

¹⁶ FARRÉ TREPAT (2011), p. 68.

¹⁷ Esta categorización es explícitamente defendida por REYES ALVARADO (2016), pp. 91 y ss., 98 y ss.

que, de manera más o menos generalizada, quedan sometidas la punibilidad y la penalidad de una tentativa. Aquí basta con observar lo siguiente: si el injusto de un homicidio tentado —lo cual querría decir: en cuanto delito consumado de tentativa de homicidio— queda asociado a la realización de un tipo de delito diferente de aquel en cuya realización consiste un homicidio consumado, ¿entonces qué explica que la punibilidad de ese homicidio tentado pueda verse excluida por un desistimiento de esa misma tentativa, consistente en la evitación o el impedimento («voluntarios») de la consumación del homicidio en cuestión? La manera más obvia de dar cuenta de esta eficacia excluyente de la punibilidad de la tentativa, atribuida al desistimiento¹⁸, pasa por reconstruir adecuadamente la dependencia que, en cuanto a su significación delictiva, la tentativa exhibe respecto del correspondiente delito consumado. Y para preservar esta conceptualización de la tentativa *qua* tentativa de delito, el modelo del delito imperfecto nos brinda el aparato teórico más adecuado.

Recapitulando: si de la tentativa de un delito cualquiera es definitoria una referencia, mas no una adecuación, al tipo en cuya realización imputable consistiría el respectivo delito consumado, sin que sea necesario postular un tipo diferenciado de aquel, entonces con ello cae la premisa decisiva del argumento welzeliano. Pero esto no es suficiente para neutralizar la constatación que le confiere su plausibilidad intuitiva, a saber: la constatación de que sería imposible caracterizar un comportamiento como constitutivo de una tentativa sin prestar atención al dolo atribuible al agente. En los términos del ejemplo ofrecido por WELZEL, se trata precisamente de que un comportamiento consistente en efectuar un disparo con un arma de fuego es, objetivamente considerado, ambiguo en cuanto a su posible significación delictiva¹⁹. Esto último es enteramente correcto, pero de ello no se sigue que, en jerga finalista, el dolo tenga que ser entendido como cofundante de la «materia de la prohibición».

La razón por la cual la forma de punibilidad propia de la tentativa es exclusivamente compatible con el dolo en cuanto criterio de imputación subjetiva radica en que solo en atención a una determinada creencia predictiva, atribuible al agente, será posible identificar qué descripción se habría visto realizada por su comportamiento si esa misma creencia se hubiera mostrado, *ex post*, verdadera²⁰. En lo que aquí importa, esto fue debidamente advertido por HART cuando notaba que, en la fundamentación de la punibilidad por una tentativa de delito, la «intención» (*intention*) del agente cumpliría un doble rol: «ella fija lo que

¹⁸ Latamente al respecto, *infra*, cap. 7.

¹⁹ WELZEL (2001), p. 99.

²⁰ En detalle sobre esto, *infra*, cap. 2.

ha de contar como un *actus reus* y es también un elemento de *mens rea* requerido para la punibilidad»²¹. El uso del término «intención» para aludir al correspondiente presupuesto subjetivo de la punibilidad puede dar lugar a algunas dificultades en este preciso contexto, las cuales se disipan una vez que se distingue, consistentemente, entre el dolo como título de imputación subjetiva, por un lado, y la llamada «resolución al hecho» en cuanto requisito privativo de la punibilidad de una tentativa inacabada, por otro²². Y es la creencia predictiva fundante del dolo lo que, de acuerdo con la observación de HART, cumple la función (heurística) de hacer reconocible un comportamiento eventualmente imputable a una persona como tentativa de un delito determinado. En esta *función de identificación*, sin embargo, esa creencia predictiva *no* se convierte en un componente de aquello de cuya eventual imputación se trata. Esto basta para preservar la distinción analítica entre el objeto y los criterios de la imputación, en términos de la cual el dolo funciona como un criterio de imputación, en circunstancias de que la peculiaridad de la tentativa, en contraste con el correspondiente delito consumado, concierne al objeto de la imputación: lo que se imputa a título de tentativa del delito X se corresponde con un comportamiento especificado bajo una descripción que no lo convierte en una instancia de realización antijurídica del tipo en cuestión.

Hay un último aspecto de la manera en que WELZEL introducía su «argumento de la tentativa» que amerita una mínima consideración en el marco de esta introducción. Se trata de una sugerencia, tampoco ulteriormente fundamentada, de que, cuando llega a configurarse un delito consumado, es la tentativa lo que «pas[aría] al estadio de la consumación»²³. Esto último equivale a sostener que aquello que se consuma, cuando el delito alcanza la consumación, no es otra cosa que la tentativa del delito del que se trata. Esto es literalmente incompatible con la caracterización de la tentativa como un delito no consumado, pero es precisamente lo que subyace a la todavía muy extendida articulación de la dogmática de la tentativa con base en el modelo del *iter criminis*. Uno de los propósitos de la presente monografía consiste en demostrar que este modelo conspira contra una adecuada reconstrucción de los presupuestos de existencia de una tentativa punible, siendo incompatible con el modelo del delito imperfecto²⁴. En lo que resta de este capítulo introductorio se ofrecerá una presentación preliminar de este último modelo, orientada a hacer explícitas algunas de sus implicaciones más sobresalientes en dos planos de análisis: la conceptualización

²¹ HART (1981), p. 163.

²² Al respecto, *infra*, cap. 5.

²³ WELZEL (2001), p. 100.

²⁴ Detalladamente sobre ello, *infra*, cap. 4.