

ESQUEMA DE LA TENTATIVA.

Autor: Diego Alejandro Peretti Ávila.

“Exegi monumentum aere perennius,
regalique situ pyramidum altius,
in situ quod non imber edax,
non Aquilo impotens
possit diruere aut innumerabilis
annorum series et fuga temporum”¹.

Horatius

PROLOGO:

El siguiente es un trabajo sencillo que está destinado sobre todo a los estudiantes, regulares o libres, de la asignatura Derecho Penal -Parte General-; a los fines de aportar nuestro pequeño grano de arena que les permita afrontar en los exámenes esa “compleja bolilla” que es nada más y nada menos que la que comprende a la tentativa.

Estructuramos este escrito con un breve desarrollo histórico de la institución el cual, dicho sea de paso, no pretende abarcar en lo absoluto el devenir de la tentativa, puesto que se saltean en el mismo muchas etapas del desarrollo de su teoría, hasta llegar a la redacción actual del art. 42 C.P. .

Considero que es útil, para entender una institución el saber de donde viene y como fue que llegó a nuestras manos. La exposición histórica es, por así decirlo, como la biografía de un instituto, que ayuda a “comprender” el mismo en el real sentido de la palabra y, como tal no puede ser obviada en ningún caso.

Seguidamente, abordaremos el concepto del instituto, apartado en el cual

¹ “*He levantado un monumento más perenne que el bronce y más alto que las regias pirámides al que ni la voraz lluvia, ni el impotente viento podrán destruir, ni la innumerable sucesión de los años ni la fuga de los tiempos*”. Texto que dedico a mis maestros del derecho y de la vida.

se citan distintas definiciones que aportan diversos enfoques de la tentativa que, unidas entre sí, nos permite adquirir el “principio general” del cual deriva toda la teoría de la institución.

El concepto de la tentativa, más que la definición en sí misma, oficia como una verdadera hoja de ruta que, en muchos casos, nos permitirá no sólo conocer, sino también anticipar, por así decirlo, las respuestas que propone la doctrina a los intrincados problemas que plantea esta milenaria construcción jurídica.

Una vez clarificado el concepto, podremos entrar en la etapa del “iter criminis” a los fines de ubicar temporal y metodológicamente a la tentativa, individualizando en modo específico el segmento de tiempo que la constituye. La definición de “iter criminis” o su conceptualización y la ubicación de la tentativa dentro del mismo suele ser frecuente pregunta de examen por parte de los profesores.

Posteriormente ingresaremos en una de las partes más difíciles, que es donde se presentan los mayores problemas -no sólo para los alumnos en los exámenes, sino que también para los profesionales, jueces y juristas- que son los llamados “elementos constitutivos de la tentativa”.

Al tratar este punto se verá que hago más hincapié en la exposición de las elaboraciones doctrinarias principales respecto al “comienzo” de la tentativa criminal.

Me extiendo un poco más en este punto porque estoy convencido de su naturaleza medular, el cual, una vez comprendido, permitirá entender en modo más acabado los fundamentos de su castigo.

Fundamento de la punibilidad de la tentativa y comienzo de ejecución del delito son dos puntos que interactúan en modo recíproco, con esto quiero decir que, de acuerdo a cual sea para un autor el fundamento del castigo de la tentativa, el comienzo de ejecución estará señalado en un momento determinado y, de acuerdo a cuando considere este autor que tiene origen la conducta punible

a título de intento criminal, se podrá comprender cuales serán las bases que éste señale como justificadoras del castigo del mismo.

A los fines prácticos, en la última parte del punto “III.B” hemos realizado un pequeño cuadro que le permitirá al estudiante individualizar las principales posturas al respecto, pero que sólo podrá comprender acabadamente luego de haber, al menos, leído el breve desarrollo de las distintas posiciones teóricas.

A este respecto cabe una aclaración, en cuestiones de tentativa como de Derecho en general, no existen lo que algunos autores refieren como “tesis correctas” o “posturas superadoras”; cada posición es histórica y, en su momento, tiene o a tenido su razón de ser.

Por esto he decidido exponer las más representativas, aunque brevemente, a los fines de permitir al alumno “dialogar” con cada una y “tomar posición” por la que considere más adecuada -el conocimiento sin compromiso personal por parte de quién lo transmite no es verdadero conocimiento, sino que deviene la exposición de fonemas sin sentido para, al menos, aquél que la realiza-.

Hago votos para que este desarrollo, aunque breve insisto, brinde los elementos necesarios para el estudiante a los fines del abordaje crítico y comprometido de esta compleja institución, en la que, ni por asomo, se han dado respuestas absolutas a todos los enigmas que plantea a los hombres del Derecho, tanto en la teoría como en el andamiaje de la praxis judicial.

Finalmente, llevaremos a cabo un también somero tratamiento de las principales corrientes que fundamentan el instituto de la tentativa, que hemos llevado a cabo al término de este trabajo para facilitar al alumno la actividad de relacionar los contenidos allí expuestos con los ya aprehendidos, respecto de los elementos que constituyen esta institución y su “comienzo de ejecución” -podrá entonces ver el alumno que deviene lógico que Núñez, por ejemplo, sostenga por un lado su criterio subjetivo-objetivo en cuanto al “comienzo de ejecución” y que sustente una postura “objetiva” en relación al fundamento de la tentativa,

al igual que Carrara, por su parte; como así también resultará a todas luces lógico que, si Zaffaroni propugna “el plan del autor” como uno de los criterios relevantes para determinar el comienzo de la tentativa, esto -y no una teoría objetiva basada en el “peligro”- asonará en modo absoluto con su posición frente al fundamento de punibilidad de la misma que es el “miedo del Derecho por el sujeto”-.

Los puntos que aquí exponemos y los que hemos soslayado como “el delito imposible”-haremos una brevísima referencia obligada por el contexto-, “el desistimiento voluntario” y “el castigo de la tentativa”, entre otros -cada uno de los cuales, por su importancia y extensión, sería motivo de trabajos mucho más extensos que este; pero que “dejamos de lado” porque, al menos en los exámenes, según lo veo, no han sido motivo de mayores inconvenientes- se encuentran, a su vez, relacionados en modo directo con las “escuelas penales”, por lo que recomiendo el estudio o repaso de las distintas corrientes, siempre relacionándolas con la “escuela” a la que pertenecen sus respectivos autores -ha de facilitar esto en no poco el trabajo de aprendizaje y fijación de los conceptos-.

Como corolario quiero referir a los destinatarios de esta monografía que quizás la misma pueda llegar a ser un intento fallido por ayudar a Uds. a la comprensión y aprendizaje de la tentativa, mas no por ello dejará de ser la consumación de un verdadero acto de amor por la docencia y por Uds., el estudiantado – la “Juventud Universitaria” a quién el eximio maestro de abogados, el Dr. De La Rúa, dedica su principal obra- ya con eso ha cumplido con sus verdaderos objetivos y, si puede ayudar a sortear el escollo de un examen parcial o final a alguno de vosotros, mucho mejor ha de ser.

Este simple trabajo, como hemos dicho, es un acto de amor y vaya también como un pequeño homenaje a todos los maestros que son, que han sido y que habrán por siempre de ser, los sonoros, los inolvidables, los que han vivido, viven y contagian a diario, con el testimonio de sus vidas, a quienes de ellos tratamos de aprender un poco sus hondos sentimientos por la enseñanza y

el alumnado.

Aquellos que, aunque ya no transitan el espacio físico de las aulas, los ecos de sus pasos y de sus voces han quedado grabados a fuego eterno en los pasillos de las distintas universidades que los han cobijado. La historia, sabia y perenne justiciera, ha de preservar sus leyendas de los oscuros senderos del olvido.

Estudiante que hoy recorres “con el libro hacia el honor” las instalaciones de tu Casa de Altos Estudios en algún lugar del país, hoy me toca a mí exaltarte y referir a tí -sin su finísimo talento pero creo que con el mismo sentimiento que éste profesaba- las palabras que una vez escuchara de uno de aquellos maestros de abogados, uno de esos grandes a quiénes, a veces, la vida nos regala el privilegio de conocer y disfrutar, el entrañable y queridísimo Dr. Roger Garay Murúa que así decía a sus alumnos: *¡ Divina juventud, hoy te celebro en el vino, en el queso y en la miel!*.

El autor.

I.-INTRODUCCION:

I.1.- BREVE EVOLUCIÓN HISTORICA DE LA TENTATIVA:

La palabra tentativa, proviene del verbo latino “tentare” (1ra. Conjugación intransitivo) que significa tratar, intentar, pero también atacar, asaltar, asediar.

Este concepto de “intento imperfecto” -perfecto era si se consumaba el resultado-, ya se conocía en el derecho el Derecho Romano², en el que si bien no se desarrolló una teoría de la tentativa; es indudable que existieron las bases de esta institución; aunque debemos reconocer que los rudimentos de la idea del castigo del “conato criminal” son mucho más antiguos que la misma Roma³.

Sin embargo, es recién en la Edad Media, cuando se comenzó a dar forma al desarrollo doctrinario de este instituto, llamada por el legislador medieval “conatus”.

Siguiendo a Edmund Mezger, podemos decir que la teoría de la tentativa se remonta esencialmente al siglo XIV, refiriendo el autor que: “*Los estatutos italianos fijaron verdaderas reglas acerca de la tentativa, pero sin dejar de reconocer la concepción antigua. También tiene importancia la jurisprudencia de la Iglesia. Bajo la influencia de la práctica, también la teoría propicia que la tentativa sea castigada más levemente que el hecho consumado*”⁴.

2 “El que hubiere persuadido a un joven para estuprarlo, habiéndole quitado o corrompido su acompañante, o hubiere solicitado a una mujer o a una doncella, o hubiere hecho alguna cosa por causa de deshonestidad, hubiere hecho regalo, o dado precio para persuadir, cometido el delito, es condenado a penal capital, y, no habiéndose consumado, es deportado a una isla; los acompañantes que fueron corrompidos son condenados al último suplicio” -Qui puero stuprum, abducto ab eo vel corrupto comitē, persuaderit, aut milierem. Puellamve interpellaverit, quidve impudicitiae gratia fecerit, donum praebuerit, pretiumve, quo is persuadeat, dederit, *perfecto* flagitio punitur capite, *imperfecto* in insulam deportatur; corrupti comites summo supplicio afficiuntur” . Digesto, L. XLVII, T. XI, I, § 2; trad. García del Corral, ed. Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, Barcelona, España, 1897. La negrita, el subrayado y la cursiva en el texto latino me pertenecen, lo hago a los fines didácticos para así destacar la diferencia remarcada por Paulo en cuanto a delito “perfectus” e “imperfectus”; ambos vienen del verbo latino “perficio” que significa consumir, terminar o lograr el resultado propuesto.

3 Podría citarse, por ejemplo, el libro del Exódo, capítulo XXII, vers. 2: “Si el ladrón, sorprendido de noche forzando una casa, es herido mortalmente, el que lo mató no será culpado”.

4 MEZGER, Edmund: “Derecho Penal” -Parte General-, de. Bibliográfica Argentina, Bs. As. 1955, pág. 277. Para profundizar más, véase MALO CAMACHO, “Tentativa del Delito” -con referencias de derecho comparado-, Universidad Autónoma de México -Dirección de Publicaciones-, primera edición, México D.F., 1971, págs. 39-43.

El antecedente más importante de nuestro contemporáneo artículo 42 -en cuanto a la fórmula “comienzo de ejecución” que deja en el terreno de la impunidad los actos preparatorios, como veremos adelante- es el art. 2 del Código Napoleónico que expresa: *“Toute tentative de crime qui aura été manifestée par un commencement d’exécution, si elle n’a été suspendue ou si elle n’a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, est considérée comme le crime même”*⁵.

I.2.- CONCEPTO DE TENTATIVA:

Existen muchas definiciones de lo que es la tentativa, tantas quizás como el número de las mentes más brillantes de todos los tiempos que se han ocupado del asunto, es por esto que elegiremos sólo algunas, que estimo adecuadas a los fines de este pequeño trabajo.

Entre ellas mencionamos a la dada por el gran maestro Giuseppe Maggiore quién refiriéndose a esta institución expresa: *“Entre todas las definiciones, es insuperable -por su precisión digna de Tácito- la de Impallomeni: tentativa punible es la ejecución frustrada de una determinación criminosa..Para conservar mayor adherencia a la configuración dogmática legal, podemos decir que la tentativa (conatus delinquenti) es un delito iniciado y no cumplido por interrupción de la acción o por la irrealización del resultado.”*⁶.

En la doctrina alemana se dice que *“..La tentativa es pues una acción comenzada pero no consumada en la que el delincuente, según su representación de los hechos, se ha aplicado directamente a la ejecución del hecho típico. La tentativa, pues, se caracteriza por la deficiencia del tipo objetivo -resultado-, junto con el cumplimiento de los requisitos del tipo*

⁵ “Toda tentativa de crimen que se haya manifestado por un comienzo de ejecución, si no se ha suspendido o ha dejado de surtir su efecto, sino por circunstancias independientes de la voluntad del autor, es considerada como el mismo crimen”. Esta es la fórmula del Código Penal de 1810, modificado por la Loi du 28 d'avril 1832.

⁶ MAGGIORE, Giuseppe: “Derecho Penal”, T. II, Temis-Depalma, Bogotá, 1954, pág. 77.-

*subjetivo.*⁷.

Es de hacer notar que nuestra legislación no distingue entre tentativa - “inacabada”- o delito frustrado - “tentativa acabada”-.

El delito frustrado se da cuando el autor lleva a cabo todas las acciones necesarias para la realización de la figura típica; pero, por razones ajenas a su voluntad -error de cálculo, intervención de un tercero o cualquier otra causa dotada de idoneidad frustrante- no se llega a la consumación del resultado. Ejemplo de delito frustrado sería el caso de una persona que se encuentra apuñalando a otra con intenciones de matarlo y que, en ese preciso momento, es sorprendido por un vecino de la víctima, que da la voz de alerta y pone al delincuente en fuga, no consiguiendo éste su objetivo criminoso.

La tentativa inacabada o “propriadamente dicha” refiere el caso en el que el agente no ha desarrollado todas las acciones adecuadas para la realización de la figura típica, mas el resultado tampoco deja de producirse -como en el caso de la frustración- por causales ajenas al querer del actor. Un ejemplo de esta segunda hipótesis sería el caso de alguien que intenta matar a otro con un revolver y que, antes de efectuar el primer disparo es detenido por la intervención de un tercero, que le quita el arma de sus manos.

Esta distinción, como ya hemos referido no tiene incidencia legal en nuestro Derecho, dado que el Código Penal ha asimilado a los dos institutos bajo la misma figura jurídica.

Tal es así que el art. 42 del citado cuerpo normativo al definir a la tentativa refiere: “*El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad..*”. Este último resulta ser el concepto que nos aporta la legislación vigente sobre la institución cuyo análisis hoy nos convoca.

7 “Der versuch ist somit die begonene, aber nicht vollendete Tat, bei der der Täter nach seiner vorstellung von der Tat zur verwirklichung des gesetzlichen tatbestandes unmittelbar abgesetzt hat. Der Versuch zeichnet sich also dadurch aus, dass ein Mangel am objektiven tatbestand fehlt, jedoch die subjektiven tatbestandsvoraussetzungen erfüllt sind”. PLITT, Franz: “StGB Strafgesetzbuch” -Versuch- was ist das?-, Leipzig, 2000, publicación online: www.recht-in.de/kommentar/begriffsbestimmung/_paragraph_22_stgb_strafgesetzbuch_kommentar_11.html.

II.- EL “ITER CRIMINIS”.

La tentativa se encuentra ubicada dentro de lo que se da en llamar en doctrina penal “iter criminis”. Esta es una expresión latina conformada de dos palabras “iter- itineris” -sustantivo de tercera declinación- que significa: viaje, trayecto, marcha, camino o ruta y el segundo vocablo que es “crimen- criminis” -sustantivo también de tercera declinación- que significa delito y que, al ser “criminis” el modo genitivo de este vocablo, se traduce literalmente “del delito”; es por esto que, en su conjunto “iter criminis”, significa, de modo literal en latín, “la ruta o el trayecto del delito”.

El Dr. Jiménez de Asúa, en el prólogo que lleva a cabo de la obra de Frías Caballero sobre la tentativa, se refiere al iter criminis de la siguiente manera: *“..supone la investigación de las fases por las que pasa el delito, desde la ideación al agotamiento. Todo lo que ocurre desde que la idea nace en la mente del criminal hasta el agotamiento del delito, esto es, todo lo que pasa desde que la idea entra en él hasta que consigue el logro de sus afanes..”*⁸.

Entonces decimos que el “iter criminis”, como la expresión misma lo señala, es todo lo que ocurre en el proceso delictivo, desde que la **idea** se le ocurre al sujeto, pasando por la **acción**, la **consumación** del resultado típico -por ejemplo, desapoderamiento ilegítimo con violencia: robo- y el **agotamiento** del delito que se produce cuando el sujeto ha alcanzado su fin último -esto podría ser, por ejemplo, vender la mercancía sustraída-.

El iter criminis, consta de dos fases, una llamada “interna” y la otra “externa”.

La fase “interna”, consta de tres etapas básicas que son: a) **la ideación**, b) **la deliberación**, y c) **la resolución**. Estas tres etapas se desenvuelven en la vida interna del individuo del siguiente modo: *“..Surge primero lo que los*

⁸ FRIAS CABALLERO, Jorge: “El Proceso Ejecutivo del Delito”, ed. Valerio Abeledo, Bs. As., 1944, pág. 14.

escolásticos llamaban la tentación. La idea de delinquir aparece en la mente del sujeto. Este puede rechazarla o no y en el primer caso, la idea puede volver. El sujeto ya delibera. Piensa el pro y el contra. De esta deliberación puede salir rechazada la idea de nuevo. Pero puede determinar una resolución criminal, que aun no manifestada exteriormente, es capaz de sufrir dos procesos. Uno, quedar anulada en el agente. Otro, salir de él; por ejemplo: propone a otro el robo, provoca, incita, conspira..con esto ha quedado agotado el proceso interno y se entra en los actos externos..”⁹.

Respecto de la fase “externa”, decimos, junto con el Dr. Gustavo Malo Camacho: “..está integrada por **dos momentos**: a) el periodo que transcurre desde **el principio de la exteriorización de la voluntad hasta el momento anterior a la consumación**, es decir, la actividad realizada con el fin de cometer un delito, y b) la etapa de **consumación del delito**, o sea, en donde el efecto buscado ha sido realizado..”¹⁰.

El desarrollo de la tentativa, se sigue, se encuentra circunscripto -pasando por la “fase interna”-entre el primer momento de la fase “externa” de la acción, esto es el comienzo de exteriorización de la voluntad hasta el instante mismo anterior a la consumación del resultado típico.

Si bien es fácil ubicar a la tentativa dentro del universo del “iter criminis”, es aquí donde se origina el problema puesto que existe un límite entre ésta, que se encuentra constituida por los **actos llamados “ejecutivos”** del hecho delictivo, y los **actos “preparatorios”**, que no la conforman y que, por ende, no son castigados por la ley penal y se encuentran en la esfera de la impunidad.

9 FRIAS CABALLERO, Jorge: Op. Cit., pág. 15. Del mismo prólogo de Jiménez de Asúa.

10 MALO CAMACHO, Gustavo: Op. Cit., págs. 28-29. La negrita me pertenece y es sólo puesta a los fines didácticos.

III.- ELEMENTOS DE LA TENTATIVA:

En esta sección desarrollaremos las condiciones necesarias para que se de la posibilidad de la tentativa en el plano jurídico, haciendo principalmente hincapié en el segundo elemento constitutivo que es el “comienzo de ejecución” , concepto que trae aparejadas no pocas consecuencias prácticas, como acabamos de señalar más arriba y es, juntamente con el fundamento de la punibilidad de esta institución, el punto donde existe la mayor cantidad de opiniones encontradas, como veremos, en el campo de la doctrina.

Octavio Gonzalez Roura sintetiza en su obra los ingredientes necesarios para admitir la posibilidad de la tentativa del siguiente modo: “..*En resumen, la tentativa punible supone las siguientes condiciones: resolución de cometer un delito determinado; actos materiales que la pongan claramente de manifiesto; que estos actos importen el comienzo de la realización; que esta interrupción responda a causas extrañas a la voluntad del delincuente, aunque en virtud de ellas haya desistido de consumarlo.*”¹¹.

Cuando Gonzalez Roura hace referencia a “interrupción” entre los elementos de la tentativa es porque está distinguiendo a la misma de la “frustración”, concepto que ya desarrollamos precedentemente, ahora bien; teniendo en cuenta esa diferencia, estimo que el catálogo que hace este jurista se aplica de manera perfecta a la primera. En cuanto a la hipótesis de “frustración”, la no realización del fin propuesto por el agente quedará englobada dentro del requisito de “falta de consumación involuntaria”.

Entonces, haciendo esta salvedad, decimos que los ingredientes constitutivos de la tentativa son tres: a) **elemento intencional**, b) **comienzo de ejecución**, y c) **falta de consumación involuntaria**. A continuación los explicaremos someramente a cada uno por separado.

11 GONZALEZ ROURA, Octavio: “Derecho Penal” -Parte General-, Valerio Abeledo Editor, Bs. As., 1922, T. II., pág 136.

A.- ELEMENTO INTENCIONAL:

Es reconocido en forma unánime por nuestra doctrina, puesto que deviene directamente de la fórmula del art. 42 que, cuando hacemos referencia al aspecto subjetivo de la tentativa, estamos hablando solamente de dolo, excluyéndose la figura culposa.

El problema que se plantea entre los científicos del derecho y que genera mayores discusiones es acerca de si la hipótesis de la tentativa admite el “dolo eventual” y el “dolo de ímpetu”; respecto del “dolo directo” e “indirecto”, la opinión afirmativa es abrumadoramente generalizada.

La postura mayoritaria en la doctrina nacional y en la jurisprudencia de los tribunales, respecto del dolo eventual, expresa que el mismo no es admisible en la figura de la tentativa, al respecto Jorge De La Rúa, partidario de esta corriente, comenta: “..El uniforme criterio de que no hay tentativa a título de dolo eventual (implícitamente, autores y jurisprudencia al analizar la intención), fue enérgicamente atacado por el finalismo, en base, especialmente, al rechazo de la interpretación de las expresiones “delito determinado” como excluyente de tal forma de dolo...No adscribiéndose a la teoría finalista, la expresión “fin” que el legislador ha impuesto como condición en la tentativa, es regularmente interpretada como un componente de tipo intencional que especializa al dolo, resultando incompatible con modalidades eventuales..”¹².

Asimismo, respecto del dolo indirecto el célebre jurista refiere: “Los autores no se plantean el problema de la tentativa con dolo indirecto. Así, en el caso de quien arroja la bomba contra su enemigo que va acompañado por un tercero; o el que desbarranca el vehículo a un precipicio para matar a su enemigo, que se conduce con otras personas. Parece evidente que en estos casos es factible la tentativa, pues de lo contrario resultaría sinonimizar pura y

12 DE LA RUA, Jorge: “Codigo Penal Argentino” -Parte General-, Ed. Depalma, 2ª edición, Bs. As., 1997, págs. 744-745.-

*simplemente el término “fin” con el de “intención” en un sentido no solamente intelectual y volitivo, sino emocional..”*¹³.

Respecto del llamado “dolo de ímpetu” -reacción inmediata, súbita, no premeditada-, este maestro cordobés adhiere a su vez a la tesis mayoritaria que lo admite “*..en la medida en que su intencionalidad comprenda la comisión de un delito determinado..En cambio cuando el dolo es eventual no habrá tentativa..*”¹⁴.

En la postura que admite el dolo eventual en la tentativa se enrolan aquellos que sostienen que no existe diferencia entre el dolo requerido por la ley para el delito consumado -que como sabemos admite su hipótesis “eventual”- y el constitutivo del delito tentado.

Como autores internacionales que abogan a favor de la posibilidad del dolo eventual, podemos citar a Hans Welzel quién refiere : “*..La tentativa es la acción de llevar a efecto un crimen o un simple delito. En la tentativa el tipo objetivo no está completo. Por el contrario, el tipo subjetivo debe darse íntegramente, y por cierto del mismo modo como tiene que aparecer en un delito consumado. Si, por eso, para la consumación es suficiente el dolo eventual, entonces también es suficiente para la tentativa...*”¹⁵.

En concordancia con lo dicho por Welzel y entre los autores nacionales, el eminente Eugenio Zaffaroni, expresa: “*..Hemos visto que un sector de nuestra doctrina rechaza la posibilidad de tentativa con dolo eventual, basado en la palabra “determinado” del artículo 42 y hemos rechazado ese argumento, objetándole que de ninguna manera puede haber un “fin de cometer un delito indeterminado”, lo que sería una monstruosidad lógica, puesto que no puede concebirse el “fin de cometer cualquier delito”. Menos aún puede aceptarse que esa pseudo-proposición carente de sentido -que es una verdadera*

13 DE LA RUA, Jorge: Op. cit., pág. 746.

14 DE LA RUA, Jorge: Op. cit., pág. 748.

15 WELZEL, Hans: “Derecho Penal Alemán” -Parte General-, Ed. jurídica de Chile, 11ª edición, pág. 262, citado por: LARRAIN, Federico: “¿La tentativa de homicidio admite dolo eventual?” ; publicación online: Terragnijurista.com.ar/doctrina/dolo.htm.

*contradictio in adjectio*¹⁶- sea la definición del dolo eventual..¹⁷.

Más adelante, el autor de mención, desarrolla aun más el argumento de precedencia: “.. con “determinado” la ley quiere insistir en que el dolo requiere siempre de una meta, una dirección, o, lo que es lo mismo, en que no hay un fin sin una dirección hacia un objetivo previamente establecido. La expresión no puede tener otro alcance que el meramente aclaratorio, aunque en la doctrina haya servido para confundir las cosas. Como máximo, puede sostenerse, como ya lo hemos aceptado, que la palabra “determinado” excluya en algunos delitos del dolo de ímpetu del ámbito de la tentativa, pero en modo alguno puede cumplir la función de cancelar al dolo eventual..¹⁸.”

Con la cita que acabamos de transcribir ya hemos adelantado que, respecto de la posibilidad del dolo de ímpetu, el renombrado jurista se encuentra dentro de la corriente que admite parcialmente esta posibilidad, al respecto dice: “..En síntesis, entendemos que no es admisible el dolo eventual como aspecto subjetivo de la tentativa cuando no lo admite el tipo del delito de que se trate para el caso de consumación, y tampoco cuando lo rechaza la ley, tal como acontece cuando es también dolo de ímpetu en los delitos de homicidio y lesiones, algunos de cuyos supuestos tienen una regulación propia en los arts. 104 y 105..¹⁹.”

Dentro la corriente doctrinaria que se expresa en forma contraria a la posibilidad del dolo de ímpetu en la tentativa se encuentra, entre los autores nacionales, Rodolfo Rivarola²⁰.

16 La “**contradictio in adiectio**” -así correctamente escrita- podría ser definida como la oposición lógica dada en una frase entre el sustantivo y el adjetivo que hace que se anulen recíprocamente entre sí en su significación, lo que, en la mayoría de los casos -porque siempre depende del contexto en que se exprese- deviene en un resultado absurdo. El ilustre jurista utiliza aquí el término en relación a la contradicción lógica que existiría entre el sustantivo “fin” y su correspondiente adjetivo “indeterminado”.

17 ZAFFARONI, Eugenio: “Tratado de Derecho Penal” -Parte General-, ed. Ediar, Bs. As., 1982, T. IV., pág. 432.

18 ZAFFARONI, Eugenio: Op. cit., pág. 433.

19 ZAFFARONI, Eugenio: Op. cit., pág. 444.

20 RIVAROLA, Rodolfo: “Derecho Penal Argentino” -Parte General-, ed. Librería Rivadavia, Bs. As., 1910, pág. 278.

B.- COMIENZO DE EJECUCION:

B.1.- PLANTEO DE LA PROBLEMÁTICA:

A los efectos de efectuar claramente el planteo de este tema tan espinoso, estimo que conviene citar desde el principio las afirmaciones del maestro Francesco Carrara, quien expresa con esa grandiosa claridad propia de las mentes más altas de todos los tiempos, el siguiente pensamiento: “..*ante la verdad y el lenguaje común científico, preparar, ejecutar y consumir son tres momentos distintos.*”²¹.

El “Histórico de Pisa”, continúa su exposición con un ejemplo que, por sencillo y didáctico, consideré útil reproducir en este trabajo y es el siguiente: “..*La ejecución del delito es un viaje emprendido por el malvado hacia la violación de la ley.. figurémonos que yo deseo hacer un viaje a París. Mientras preparo el pasaporte y las maletas no he comenzado todavía el viaje a París, pero puesto en camino, de cierto lo comencé, aun cuando los que me vean no sepan si marchó a Génova, a Turín o a París; ni puede decirse que la ejecución de mi viaje comienza sólo cuando alcanzo a divisar la torre de Nuestra Señora.. Podrá dudarse por los demás sobre cuál viaje yo emprendo, pero lo seguro es que he emprendido un viaje.*”²².

La fórmula del artículo 42 del Código Penal expresa: “*El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución..*”, con esto, la doctrina mayoritaria entendió desde los albores que se realiza una distinción legal entre “actos preparatorios” y “actos ejecutivos”, consagrando la impunidad de los primeros y el castigo de los segundos.

Ricardo Nuñez, respecto de esta fórmula citada nos refiere: “..*En el commencement d'exécution del Código francés de 1810 (art. 2º), tiene su origen*

21 CARRARA, Francesco: “Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito”, 2da. Edición -corregida y anotada-, trad. Vicente Romero Girón, Centro Editorial Góngora, Madrid, 1926, pág. 150

22 CARRARA, Francesco: Op. Cit., págs. 155-156. Este ejemplo va a ir anticipando la tesis de la univocidad.

la fórmula definidora de los actos que, para que exista tentativa, deben exteriorizar una conducta presidida por la finalidad de cometer un delito determinado. El commencement d'exécution representó el modelo de evolución legislativa en el siglo XIX, y, con más o menos pureza, fue recibido por la legislación belga, prusiana, bávara, alemana, austriaca, italiana, brasileña y norteamericana. El Proyecto de 1881 introdujo al país, algo modificada la fórmula del Derecho español..”²³.

Rodolfo Rivarola al analizar la regla del art. 42 refiere: “..los actos preparatorios son, sin embargo, actos exteriores; luego, no todos los actos exteriores que indican la resolución de cometer un delito, constituyen tentativa. La diferencia entre los actos exteriores de la tentativa y los preparatorios, está solamente en su relación directa ó indirecta con el delito..Pero ¿cuándo dejarán los actos exteriores de estar indirectamente relacionados con el delito para entrar en relación directa? Esta relación es el resultado de la comparación entre el hecho producido y aquél á que se refería la intención; y esos hechos futuros no están sujetos á clasificación alguna para determinar su correspondencia..”²⁴.

De acuerdo a lo expresado, sabemos que, en nuestro derecho, los actos preparatorios no entran dentro de la órbita de la tentativa; pero, el problema que se les ha planteado a los juristas desde el comienzo es ese mismo, ¿cuándo las acciones dejan de ser preparatorias para transformarse en ejecutivas?.

Zaffaroni con mucho criterio hace referencia a este enigma que “*ha llegado a descorazonar a múltiples autores*” de la siguiente manera: “..La distinción entre actos preparatorios -usualmente impunes- y actos de tentativa, es uno de los problemas más arduos de la dogmática y, con seguridad, el más difícil de la tentativa. Se trata, nada menos, que de determinar cuál es el grado de objetivación en el mundo exterior que debe haber alcanzado la resolución criminal para ser punible.. La fórmula legal del “comienzo de ejecución” no

23 NUÑEZ, Ricardo: “Tratado de Derecho Penal”, 2da. Reimpresión, ed. Lerner, Cba., 1987, T. II.págs.323-324.

24 RIVAROLA, Rodolfo: Op. cit., pág. 275.

pasa de ser un indicador general y fluido, que poco nos aclara en cada caso particular; es decir, cuando se hace menester precisarla para su aplicación..”²⁵.

Como podemos ver, este es un problema de no poca relevancia y de acuerdo a la postura que adoptemos, se podrá derivar una serie indefinida de consecuencias prácticas disímiles en el momento de aplicar la ley penal a un caso determinado.

Ya propuesta la cuestión, ha llegado el momento de adentrarnos en el resumen de las principales posturas que han sido sostenidas por los distintos autores que se atrevieron al abordaje de esta tan complicada cuestión.

B.2.- PRINCIPALES CORRIENTES:

B.2.1.- Las tesis “negativas”:

Este tipo de posiciones son llamadas de este modo debido a que establecen que no se puede, ni resulta útil, fijar una regla demarcatoria de los límites entre actos preparatorios y actos ejecutivos.

Al respecto, Sebastian Soler, quién no adhiere a este sistema, refiere: *“..En cambio, el requisito de la existencia de un peligro real es extraño a la tendencia subjetiva, que trata de alcanzar la intencionalidad delictiva, cualquiera sea su grado de exteriorización, de manera que la diferencia entre acto preparatorio y principio de ejecución se borra, y así resulta punible todo aquello por medio de lo cual el autor quiere llevar a ejecución inmediatamente el hecho..”²⁶*; es decir que, al hacer hincapié en el elemento subjetivo del agente a expensas del “objetivo”, que más adelante desarrollaremos en sus diferentes aspectos, niega la corriente “subjetiva”, como dijimos, la diferencia entre actos de preparación y de ejecución.

25 ZAFFARONI, Eugenio: Op. Cit., págs. 444-445.

26 SOLER, Sebastián: “Derecho Penal Argentino”, 1ra. Reimpresión, Tipográfica Editora Argentina, Bs. As. 1951, T. II, págs. 223-224.

En nuestro país, esta postura fue sustentada por el gran jurista Eusebio Gómez, quien, siguiendo a Garófalo, dice lo siguiente: “..La distinción neta entre actos preparatorios y actos de ejecución del delito no es susceptible de ser precisada...La consideración de la tentativa desde un punto de vista subjetivo, evidencia la inutilidad de todo empeño tendiente a fijar normas para llegar a establecer la distinción entre los actos ejecutivos y los preparatorios. Ningún acto externo, anterior al delito puede ser indiferente, si traduce una intención criminosa...Garófalo decía a este respecto con toda exactitud: “Cuando se trata de un acto simplemente preparatorio hay, pues, que poner en claro dos cosas: primero, si es verosímil que el agente tendiese a otra cosa que a un delito, o si la resolución delictuosa es innegable; después, si no siendo dudosa la dirección del acto, puede haber la persuasión de que el agente habría persistido en él hasta el fin. Esta última indagación es la única necesaria en el caso de una verdadera tentativa..”²⁷.

Respecto de este tipo de corrientes “negatorias” a las que aquí hacemos referencia, Zaffaroni, a modo de crítica, manifiesta: “..La tesis que ha afirmado que no es posible establecer distinción alguna entre actos preparatorios y ejecutivos sólo puede ser sostenida de lege lata, pero no de lege ferenda. Resulta evidente que nuestra ley nos impone formular la distinción, de modo que negar la misma implica pasar por sobre la ley expresa..”²⁸.

B.2.2.- La Posición de Carrara. -objetivismo-:

Una de las elaboraciones más citadas por toda la doctrina en general que se ocupa de este tema de la tentativa es la del célebre Francesco Carrara, su corriente de pensamiento está ubicada, respecto de este tema, dentro de las

27 GOMEZ, Eusebio: “Tratado de Derecho Penal”, Compañía Argentina de Editores, Bs. As., 1939, T. I, págs. 463-464. Cita, a su vez este autor a Garófalo: “Criminología”, traducción de Montero, pág. 299.

28 ZAFFARONI, Eugenio: Op. cit., pág. 446. En este párrafo estimo que se produjo un error de imprenta, para encontrar el sentido correcto de la frase debe esta leerse “al revés”, o sea: “la tesis que ha afirmado que no es posible establecer distinción alguna entre actos preparatorios y ejecutivos sólo puede ser sostenida de *lege ferenda*..”; atento a que esto último implica “para una futura reforma de la ley”.

líneas del objetivismo.

El gran maestro se refiere, ya anticipando su posición, a la tentativa del siguiente modo: “*..El delito es perfecto cuando está consumada la violación del derecho tutelado por la ley penal. Es imperfecto cuando tal violación no ha ocurrido, si bien el culpable, con voluntad dirigida a este fin, ha realizado actos externos hábiles para procurarla..*”²⁹.

El núcleo central de la tentativa, según el punto de vista de este prodigioso autor de decisiva influencia en la fórmula adoptada por el Código Penal Italiano de 1930 -vigente hasta el día de la fecha-³⁰, se encuentra compuesto por el peligro del bien jurídico protegido ocasionado por actos que poseen requisitos constitutivos que son la “idoneidad” y la “univocidad”.

Se dice que los actos son **idóneos** “*..cuando la acción, evaluadas todas las circunstancias del caso concreto que podrían haber sido conocidas por el agente, haya sido adecuada (en referencia al momento en que ha sido ésta puesta en movimiento) para conseguir el resultado hacia el cual fue dirigida..*”³¹; mientras que, serán **unívocos**: “*..cuando la acción en sí misma, por su propia esencia y por el modo en que fuere cumplida, revelare la intención del agente y hubiere alcanzado un grado de desarrollo tal de dejar prever como verosímil la realización del delito querido..*”³².

Esta univocidad o univocación de los actos es para Carrara la única pauta científica válida de diferenciación entre lo que son actos preparatorios y actos ejecutivos, y así lo expresa: “*..La univocación de su tendencia a un acto criminal es, pues, objétese lo que se quiera, bajo el punto de vista ontológico, el único criterio que la ciencia puede suministrar a la práctica de discernir los*

29 CARRARA, Francesco: “Programa del Curso de Derecho Criminal dictado en la Real Universidad de Pisa”, ed. Depalma, Bs. As., 1994, T. I, pág. 232.

30 Artículo 56 C.P.R.I.: “Aquél que desarrollare actos idóneos, dirigidos en modo inequívoco a cometer un delito, responderá por delito tentado, si la acción no se cumpliera o el evento no se verificare..”. Cita extraída de MARINO, Raffaele – PETRUCCI, Rossana: “Codice Penale e leggi complementari” -Editio Minor-, Edizioni Giuridiche Simone, XXII edizione, Casalnuovo (NA), 2010.

31 PEZZANO, Rocco: “Il Vigile Urbano”, Gruppo Editoriale Esselibri-Simone, XXVI edizione, Asi-Giuliano (NA), 2009, 165.

32 PEZZANO, Rocco: Op. Cit., pág. 165.

actos preparatorios de la tentativa..”³³.

Nuestro eminente tratadista Sebastián Soler -gran conocedor de la obra de Carrara- comenta la tesis del “Maestro de Pisa” en los siguientes términos: “..*El problema está, entonces, en escoger los criterios por los cuales se determinará, por un lado la existencia real de un peligro corrido y, por otro, su reconocibilidad, con lo cual se integrarán los dos elementos que son necesarios para toda tentativa: intención y peligro. El peligro está dado por el requisito de que el acto de tentativa tiene que constituir un principio de ejecución, y por eso, para entender correctamente el pensamiento de Carrara, es preciso diversificar bien la cuestión relativa a la existencia real de un peligro corrido, de la prueba de la intención, de manera que cuando Carrara hace referencia al criterio de la univocidad para distinguir el acto ejecutivo (unívoco) del acto preparatorio (equivoco) ha de entenderse, según él mismo lo aclara en sus trabajos ulteriores, en el sentido de que la univocidad no es lo que funda la punibilidad de la tentativa, sino que solamente es un criterio para apreciar externamente el valor representativo de los actos; su valor es probatorio y no ontológico.*”³⁴.

En verdad, para que no exista contradicción entre lo que venimos afirmando hasta aquí y lo expresado por Soler, decimos que la doctrina de Carrara se fue completando en momentos distintos a lo largo del tiempo, este valor probatorio de la univocidad, como lo señala Frías Caballero, responde a la evolución del concepto carrariano de la tentativa que él esboza a lo largo de sus trabajos posteriores.

Es en este segundo momento carrariano, por así decirlo, es cuando el jurista, en base una distinción entre: **a) sujeto primario** -el agente propiamente dicho, **b) sujeto secundario** -los medios de los que el agente se sirve, **c) sujeto pasivo del atentado** -cosas o personas sobre las cuales, por la naturaleza del hecho, el culpable debe ejercitar ciertos actos, como medio para llegar después a lo que tiene el propósito de consumir-, y **d) sujeto pasivo de la consumación**

33 CARRARA, Francesco: “Teoría de la tentativa...”, Op. cit. Pág. 157.

34 SOLER, Sebastián: Op. cit., T. II, pág. 220.

-el resultado de la acción propiamente dicho-; termina de dar forma a su teoría y diferencia claramente los actos “preparatorios” de lo que son los “ejecutivos” y los “consumativos”.

Para Carrara son **actos preparatorios**: “..*aquellos que se agotan o detienen dentro de la esfera del sujeto activo, sea primario, sea secundario, sin desarrollar su acción sobre el sujeto pasivo, bien del atentado, bien de la consumación. Tal la compra del veneno, la adquisición del arma, la búsqueda del lugar.*”³⁵.

Los **actos ejecutivos** son “..*todos aquellos que penetran en la esfera del sujeto pasivo del atentado: derribar la puerta, introducir la llave, sin tocar al sujeto pasivo de la consumación.*”³⁶-aquí ya nos encontramos, para Carrara, en el terreno de la tentativa-.

Finalmente, los **actos consumativos** han de ser “..*aquellos que caen sobre el sujeto pasivo de la consumación, cosa o persona a la que va dirigida la acción criminal.*”³⁷.

Respecto de esta tesis final se dijo que, por ejemplo, si una persona mandase bombones envenenados por correo, con el objeto de matar a otra, no se tratarían, de acuerdo al criterio sentado por el gran Carrara, de actos propiamente “ejecutivos”, porque no habría entrado, en el momento del envío, esta acción en la esfera del sujeto pasivo del atentado y que, a pesar de ello, ningún tribunal dudaría que en el momento del despacho de los mismos, esta acción ya se encuentra en el terreno dominado por el “conatus” criminal.

Considero, a diferencia de respetadísimos autores, que esta objeción no puede en modo alguno desvirtuar o impugnar desde sus bases la doctrina del perenne maestro sobre la tentativa.

La atinada objeción de Impallomeni de los “bombones envenenados”, de acuerdo a todo lo dicho hasta ahora – recuérdese el ejemplo dado por el maestro

35 FRIAS CABALLERO, Jorge: Op. cit., pág. 141.

36 FRIAS CABALLERO, Jorge: Op. cit., pág. 141-142.

37 FRIAS CABALLERO, Jorge: Op. cit., pág. 142.

del “viaje a París”, que arriba hemos citado-; reviste sólo la condición de una herramienta válida para “ajustar” el concepto carrariano por así decirlo, pero no es poseedora, en lo absoluto, de una entidad tal como para hacer tambalear un esquema tan fino y sólido como son las bases que conforman la teoría de la tentativa del maestro de Pisa.

A modo de crítica, respecto de la univocidad, ha dicho el Dr. Frías Caballero que este criterio no puede dar base a distinción certera, pues no sólo el acto ejecutivo es unívoco: “*..De actos preparatorios típicos como el proveerse de ganzúas, llaves falsas, etc., unívocos sin duda alguna, pueden hallarse otros respecto de los que una simple diferencia de matiz no autorizaría a fuerza de lógica el negarles univocidad: con la intención de robar, en horas de la noche, dos sujetos, provistos de ganzúas e instrumentos aptos para forzar las cerraduras y de sacos en los cuales han de depositar los efectos sustraídos, son hallados en actitud inequívoca sin que su conducta haya iniciado la ejecución rondando entorno de la casa en donde han de efectuar el delito. Se trata indudablemente de actos preparatorios, pero ¿no es dable encontrar en ellos una dirección inequívoca hacia el delito que han planeado realizar?..*”³⁸.

Asimismo, el noble Jiménez de Asúa refiere respecto del postulado de la indubitabilidad del fin que “*..con ello se ofrecen como presupuestos de la pena circunstancias que sólo son relevantes en el orden procesal en la prueba del dolo malo; y por último, con ello se ofende groseramente al derecho positivo, ya que es absurdo identificar el principio de ejecución con el carácter indudable del propósito..*”³⁹.

Para finalizar con este punto, digamos que la doctrina de Carrara ha sido compartida, entre los autores nacionales, por el Dr. Rodolfo Rivarola⁴⁰, pero no llegó a tener gran influencia en el Derecho Argentino en materia de tentativa.

38 FRIAS CABALLERO, Jorge: Op. cit., págs. 131-132.

39 FRIAS CABALLERO, Jorge: Op. cit., pág. 54.

40 RIVAROLA, Rodolfo: Op. cit., págs. 273-277.

B.2.3.- Tesis de Beling -criterio formal-objetivo-:

Para esta postura, existe comienzo de ejecución cuando se ingresa dentro del área del “núcleo del tipo legal” específico de cada delito; no existe “la tentativa” en sí misma, existen “tentativas” -de homicidio, de robo, de hurto, de estafa etc.-, ergo, ingresaremos en la órbita de los actos ejecutivos cuando se comiencen a desarrollar las acciones que componen el “*núcleo del tipo*” respectivo del delito que se trate-**comenzar a robar, comenzar a matar, comenzar a estafar**, etc.-.

Frías Caballero expone esta posición con gran inteligibilidad del siguiente modo: “*..Ahora bien dentro del tipo legal (para ser más simples en la terminología), hay un núcleo, constituido del conjunto de actos que realizan el verbo activo principal del tipo. Pero hay una zona (zona periférica), más o menos extensa, que está fuera del “núcleo”. Todo el primer grupo de actos, es decir, todos aquellos que están dentro del núcleo, son actos de ejecución, actos preparatorios. El art. 79 del Código Penal habla de quien “matarse a otro”. Aplicándole el leitbild⁴¹ de la forma de la tentativa tendremos que “comenzar a matar”. El principio del proceso ejecutivo está pues constituido por aquellos actos que constituyan un “comenzar a matar”; todos los actos anteriores no penetran en el ámbito de la tentativa punible y quedan en la esfera de simples actos preparatorios..”⁴².*

Entonces vemos que la primera parte de esta teoría consiste en ejercitar actos que son propios del núcleo del tipo, como por ejemplo comenzar a ejercer fuerza sobre la cosa, para que se ingrese en el plano de la tentativa de robo o comenzar a promover el error, en el caso de la estafa.

A este punto de partida, que es la base de esta corriente, Beling le agregó, a los fines de perfeccionar su tesis y advertido de las críticas formuladas a la

41 Leitbild puede traducirse como “modelo”, “idea” o “concepto conductor”.

42 FRIAS CABALLERO, Jorge: Op. cit., pág 164.

misma, lo que son los llamados “*complementos de acción*”⁴³ que son aquellos que permiten incorporar a la esfera de los actos ejecutivos los actos inmediatamente anteriores a la realización de las conductas que integran el núcleo del tipo, que si bien no constituyen un “comenzar a matar” o “comenzar a robar”, se entiende que deben ser incorporados dentro del ámbito de la tentativa.

A estos complementos de acción los dividió en tres grupos: a) las fuerzas naturales – por ejemplo: sería ya tentativa de homicidio cuando ya encendí la mecha de la bomba-, b) tercero inocente -tomando la enseñanza del ejemplo de Impallomeni, sería ya tentativa de homicidio cuando mando bombones envenenados sirviéndome de un tercero inocente como es el correo-, y c) la conducta del autor o un tercero culpable -preparo mi propia bomba y tengo que llevarla mañana a su lugar de destino o le doy el veneno a un cocinero cómplice-.

Sebastián Soler, quién adhiere a esta teoría, al respecto manifiesta: “..*El problema de la tentativa tiene que ser resuelto en concreto, con referencia a la figura que se tiene en consideración y por eso desde el comienzo hemos destacado el carácter relativo de los actos de ejecución. Esa relatividad es sobre todo referida a la figura delictiva que está en consideración; un criterio general y válido para todos los casos no solamente es imposible, sino que contraría el sentido de la necesaria tipicidad delictiva de toda acción, que hace del problema aquí tratado un problema estrechamente vinculado a la parte especial, a cada figura en particular..El texto de nuestra ley es claro y terminante: requiere que con el propósito de cometer un delito determinado se comience su ejecución. De esta noción se desprende que el simple acto preparatorio no es suficiente; que el comienzo de ejecución debe ser considerado con relación al delito propuesto.*”⁴⁴.

Jiménez de Asúa, en concordancia con Frías Caballero, llevando a cabo la

43 FRIAS CABALLERO, Jorge: Op. cit., pág 166.

44 SOLER, Sebastián: Op. Cit., pág. 222-223.

crítica de esta posición refiere: “..*Quién promueve un error en la estafa, quién en el hurto agravado mete la llave falsa en la cerradura, se encuentra más allá de la zona preparatoria. Esta doctrina es correcta pero su manejo es seguro tan sólo en los pocos casos en que la ley destaca una determinada forma de ejecución o en los que construye un delito en dos actos. En cambio, cuando sólo se describe un resultado, resulta difícil decidir si una acción cae ya en el tipo...Por tanto, es necesario retroceder desde el criterio formal al de hecho. Acciones de ejecución son aquellas que atacan el bien jurídico; la primera acción que lleve en sí un ataque es el principio de ejecución. Los actos preparatorios no contienen ataque alguno “y dejan en consecuencia inalterado el estado de paz del bien jurídico. A esta categoría corresponden (y así es reconocido generalmente, teniendo en cuenta el resultado) la búsqueda y preparación de los medios e instrumentos, el acecho y la vigilancia secreta del sujeto pasivo, el estudio de la ocasión, el acuerdo con cómplices y auxiliares, también el aseguramiento de la retirada y otras conductas parecidas. La razón interna de esta diferencia se halla de modo indudable en el hecho de que el bien jurídico sólo es hostilizado por el hecho a partir del comienzo del ataque; antes de ello no tiene otro enemigo que la mala intención del agente..”⁴⁵.*

Zaffaroni, al respecto nos dice: “..*Este criterio tiene sobre la tesis subjetiva la ventaja de ser mucho más respetuoso de la legalidad y de la seguridad jurídica, pero deja fuera de la tentativa actos que todos tenemos la idea de que son ejecutivos. Su mero enunciado parece revelar que hay en él una exagerada estrechez..”⁴⁶.*

De La Rúa se ha referido a esta tesis formal-objetiva de la siguiente manera: “..*Soler y Fontán Balestra receptan la teoría en sus términos formales: sólo hay comienzo de ejecución cuando se comienza a ejecutar la acción típica referida en la figura legal (comenzar a “matar”, comenzar a “apoderarse”, etc.). Tal formalismo lleva a Soler a una posición que da margen a un*

45 FRIAS CABALLERO, Jorge: Op. cit., pág. 55.

46 ZAFFARONI, Eugenio: Op. cit., pág. 448.

subjetivismo que como fundamento él mismo desecha, en cuanto a la punición de la tentativa, pues si bien el “comienzo típico” es un límite, llega a considerar que “el problema que la tentativa plantea es el de la suficiencia o insuficiencia del elemento objetivo, externamente apreciable, para que sirva como expresión bastante o no de la intención que el sujeto tenía. En el mismo sentido, considera punto extremo de la teoría objetiva al peligro corrido de Carrara..”⁴⁷.

Con esto, estimo, podemos pasar a la exposición de la siguiente corriente doctrinaria.

B.2.4.- Criterio material-objetivo:

Como ya lo anticipamos, al tratar el punto de vista anterior cuando citábamos a Jiménez de Asúa y Frias Caballero, el criterio material-objetivo no se atiene exclusivamente al contenido del núcleo del tipo para determinar el comienzo de ejecución de la tentativa; sino que recurre, a su vez, a **elementos materiales, por ejemplo “la puesta en peligro el bien jurídico protegido”**, a los fines de conectar los sucesivos eslabones de la conducta del agente dentro de la órbita de los actos ejecutivos punibles.

El celeberrimo jurista alemán Edmund Mezger sustenta esta posición de la siguiente manera: *“..Efectivamente, el deslinde entre meras acciones preparatorias y acciones de tentativa no puede quedar determinado “subjetivamente” según la intensidad mayor o menor de la voluntad delictiva, por cuanto, de no mediar una firme e incondicional voluntad de actuar (RGSrt. 71,53), la punibilidad no se puede tomar en cuenta (lehrb., 382-383). Ese punto objetivo de apoyo lo da, en primer lugar, el tipo legal; por él se debe juzgar con qué comienza el hecho punible (Lehrb. 383; Grd., 123). Por importante que sea esta demarcación “formal” que se basa en el texto legislativo, no puede solucionar, por sí sola, esta cuestión; en este caso, como en los demás, la*

47 DE LA RUA, Jorge: Op. cit. Pág. 750.

*demarcación formal se debe conectar con criterios materiales..La fórmula de FRANK, muy conocida, que se remonta al año 1897, ha resultado esencialmente útil a los fines de una demarcación realista. El texto de la misma, tal como figura en la 18ª edición de 1931 de su *Kommentar zum Strafgesetzbuch*⁴⁸ (§ 43, II, 2b), es el siguiente: “Se encuentra un principio de ejecución en todos los momentos de actividad, que, en virtud de su necesaria conexión con la acción típica, aparecen como elementos de la misma, según la concepción natural”. También la formulación contenida, por ejemplo, en la sentencia 59, 386 del Tribunal del Reich puede considerarse importante, a saber: respecto del principio de ejecución, se tiene en cuenta si lo que se ha realizado significa una puesta en peligro del bien jurídico que se quiere lesionar con la acción..”⁴⁹.*

Con esto, como el mismo Mezger nos muestra, podemos deducir que este criterio material-objetivo es “complementario”, por así decirlo, de la postura formal-objetiva de Beling.

Zaffaroni se refiere a estas corrientes teóricas expresando: “..Como puede verse, esta fórmula de Frank es una apelación a la “natural concepción”, o sea, al “uso del lenguaje”, conforme al cual, apuntar o extraer un arma sería ya “comenzar a matar”, lo que, ateniéndose a la palabra estricta, aún no lo sería. La apelación al uso del lenguaje tiene el inconveniente que siempre importan tales criterios, es decir, su nebulosidad y general indefinición. De allí que también se haya exigido que la vinculación con la realización típica sea inmediata, en el sentido de que la acción cometida por el autor desemboque en la realización del tipo sin ningún otro acto posterior..Paralelamente se ha intentado también complementar el criterio objetivo formal mediante una apelación al “peligro inmediato”, pero lo cierto es que el peligro es un componente eventual de la tentativa que, cuando se halla presente, comienza con el primer acto preparatorio y permanece hasta el último acto anterior a la

48 La traducción de esa expresión sería “Comentario sobre el Código Penal”.

49 MEZGER, Edmund: Op. Cit., págs. 281-282.

consumación, lo que nos impide valerlos de él como criterio suficiente..”⁵⁰.

Inmediatamente más adelante, el eminente jurista argentino, citando a Jescheck, insiste en que el punto flaco de este tipo de posiciones “materiales”, cuando se elige el “peligro para el bien jurídico” o la “rotura del estado de paz” del mismo, es que en este “peligro”: “*..desde la preparación hasta la consumación puede presentarse un aumento continuo en el que no se pueden señalar los límites..*”⁵¹, por lo cual resulta un criterio insuficiente para delimitar el traspaso de las fronteras del acto preparatorio a las del acto de ejecución, integrante de la hipótesis de la tentativa.

B.2.5.- Criterio objetivo-individual:

Este punto de vista finalista, que tiene su origen en Welzel y en argentina cuenta entre sus principales paladines al Dr. Zaffaroni, trata de solucionar las carencias de la tesis “formal-objetiva”, juntamente con los criterios “materiales-objetivos”, cuyas críticas expusimos arriba.

Esta corriente, a los efectos de determinar el comienzo del acto ejecutivo, amalgama el criterio formal de realización típica, junto con el parámetro subjetivo del “plan del autor” a los efectos de determinar la necesaria inmediatez de la conducta, mas dejemos al propio Zaffaroni explicarnos su posición.

Al respecto, el eximio jurista nos dice: “*..el comienzo de ejecución, hay que establecerlo siempre en relación con los tipos particulares, respecto de los cuales la tentativa es una tipicidad incompleta. No obstante, válidos de los tipos legales únicamente, es imposible determinar su límite..los actos de tentativa sólo pueden ser aquellos que se muestran como amenazantes, como capaces de infundir temor y de perturbar; consiguientemente, la relación de disponibilidad con el ente que el derecho considera que el hombre necesita para su autorrealización...la imagen general del hombre con que el derecho se maneja*

50 ZAFFARONI, Eugenio: Op. cit., págs. 449-450.

51 ZAFFARONI, Eugenio: Op. cit., pág. 450.

no es la de un pusilánime ni la de un héroe, sino la relativa posición media de valor para enfrentar la existencia cotidiana..De allí que deba valerse de este “criterio medio” que nos indica que la acción se hace temible por amenazante cuando ya se halla en una relación directa con la consumación, es decir, en una relación de inmediatez con la misma, o cuando así la pueden percibir ya (ex ante, por supuesto) el sujeto pasivo y el derecho.. Para determinar la inmediatez de la conducta respecto de la realización típica..hay que apelar a la modalidad particular que asume la aproximación típica en el caso concreto, lo que demanda tomar en cuenta en forma ineludible, el plan concreto del autor. En este sentido, lleva razón el criterio objetivo-individual, sostenido por Welzel..”⁵².

Este criterio “objetivo-individual”, según el maestro argentino, se sintetiza con la siguiente fórmula de Welzel: *“la tentativa comienza con aquella actividad con que el autor, conforme al plan del delito, se aplica en forma inmediata a la realización del tipo del delito”*⁵³.

En esta corriente, con algunas variaciones, podemos encontrar también a Marcelo Sancinetti, cuya posición se encuentra sintetizada en modo brillante por el Dr. Jorge De La Rúa, quien nos la presenta del siguiente modo: *“Sancinetti, en el marco de una teoría subjetiva purísima, sostiene que el comienzo de ejecución se da cuando haya concluido la etapa de preparación, y comience la ejecución por un impulso de la voluntad hacia adelante; sólo puede ser definido según -el propio plan del autor-. Pero lo subjetivo lo complementa con una regla objetiva de “realización del tipo”, que es cuestión de política criminal, aunque manifiesta su escepticismo sobre el éxito de las fórmulas (señala los criterios de Welzel, de proximidad y directamente), que deben fijar la barrera de la punibilidad.”*⁵⁴.

Esta corriente, junto con la que expondré a continuación, es una de las

52 ZAFFARONI, Eugenio: Op. cit., págs. 451-452.

53 ZAFFARONI, Eugenio: Op. cit., pág 453. El mismo autor cita a WELZEL 190.

54 DE LA RUA, Jorge: Op. cit., pág. 754.

más extendidas dentro de la práctica de los tribunales argentinos y una de las más aceptadas, en la actualidad, por la doctrina en general.

B.2.6.- Tesis de Núñez (criterio subjetivo-objetivo):

El Dr. De La Rúa, analiza la posición de este prócer de la escuela cordobesa, de este modo: *“..La tesis de Núñez se sustenta en dos puntos capitales I) relaciones entre el elemento intencional y el elemento material. Núñez sostiene que no deben ser confundidos (cita a Carrara, Programma, § 2239), y si bien reconoce que el elemento material exterioriza al intencional, no es su único medio de prueba; II) distinción con actos preparatorios. Rechaza expresamente el criterio de la inequívocidad, pues los preparatorios pueden tener tal carácter (procurar llave falsa)⁵⁵, señalando que existe una diferencia objetiva y subjetiva. La primera, la idoneidad para consumar el delito. La segunda, el ánimo de consumar, y no, como en los preparatorios, de disponer cosas o personas para que sirvan al efecto del delito o desenvolver conductas tendientes a llevarlo a ejecución (ir hacia la víctima, o la cosa)..”⁵⁶.*

Ricardo Núñez, en su tratado, nos explica su tesis manifestando: *“Sólo se podrá lograr una estructuración de la tentativa que consulte las exigencias de la razón de su castigo, vale decir, el peligro corrido por el derecho agredido, si se admite que más allá de la utilización de los medios y de la realización de la acción típicos, el carácter ejecutivo de los actos se puede extraer de la conducta del autor reveladora de su decisión de ejecutar el delito. De otra manera, se corre el riesgo de que la limitación puramente formal emergente del ámbito de comprensión de la figura legal, excluya el castigo en casos en los cuales la apreciación sustancial demuestre que concurre el peligro fundamentador de la imputación delictiva imperfecta...La diferencia entre los actos preparatorios y el comienzo de ejecución es objetiva y subjetiva. Objetivamente los actos*

55 En el mismo sentido que Frías Caballero, cuando critica la tesis de Carrara, conforme ya lo citáramos arriba.

56 DE LA RUA, Jorge: Op. cit., pág. 752.

preparatorios, por su dirección, no son idóneos en sí mismos para realizar el delito: el acto de compara el arma o el veneno, en general, los actos preparatorios de los medios, oportunidad y circunstancias para delinquir, no son idóneos para consumir el delito. Subjetivamente el agente de los actos preparatorios sólo mira a disponer las cosas o las personas para que sirvan al efecto del delito, o sólo mira a desenvolver conductas tendientes a llevarlo a la ejecución..”⁵⁷.

Es el mismo Ricardo Núñez, quién, en su manual, se refiere a su tesis como “subjetiva-objetiva”, agregando a lo dicho: “..El “comienzo de ejecución” no comprende sólo los comportamientos típicos, por ser los adecuados para consumir el delito, sino también, los comportamientos que careciendo en sí mismos de capacidad, por su inmediata conexión con la conducta típica y su sentido demuestran que el autor ha puesto en obra su finalidad de cometer un delito..Concebido así el comienzo de ejecución, se amplían las posibilidades de admisión de la tentativa. Esta no sólo será compatible con los delitos materiales y con los delitos formales, como sucede con la injuria y la revelación de secretos, sino que podrá existir siempre que la naturaleza del delito admita, antes de su consumación, conductas que no siendo de simple preparación del delito, resulten atípicas, pero sintomáticas, por su inmediata conexión y por su sentido, respecto a que el autor ha puesto en obra su finalidad delictiva”⁵⁸.

Respecto de la tesis de Núñez, De La Rúa comenta: “Si se analiza en profundidad la tesis de Núñez, sin dudas ella implica un progreso en relación a las anteriores, atadas, como se vio, al formalismo de raíz beligniana⁵⁹. Pero en sus desarrollos no es clara la relación e importancia asignada al elemento intencional en el campo del comienzo de ejecución, no obstante la cita de Carrara. En efecto, de tal cita pareciera que el comienzo de ejecución se amplía

57 NUÑEZ, Ricardo C.: Op. cit. Págs. 328-329.

58 NUÑEZ, Ricardo C.: “Manual de Derecho Penal” -Parte General-, Marcos Lerner -Editora Córdoba-, 4ª reimpresión, Cba. , 1987, págs. 268-269.

59 Estas afirmaciones las lleva a cabo antes de comenzar a analizar el criterio finalista “objetivo-individual”, por lo que, estimo, no se refieren a esta última postura.

en la medida que sea exteriorización del elemento intencional (aunque hace la salvedad probatoria, ello no niega la premisa)...Por otra parte, no es suficientemente claro el novum subjetivo del acto de ejecución al diferenciarlo del acto preparatorio”⁶⁰.

B.2.7.- Posición de Jorge De La Rúa:

Este eximio jurista cordobés, considero, que no se encuentra enrolado en ninguna de las dos corrientes predominantes tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia argentina. Si bien reconoce el valor del criterio “subjetivo-objetivo” de Nuñez, destaca la imprecisión del mismo en cuanto a la definición del elemento subjetivo como, así también, en caso que hubiese estado adecuadamente circunscripto desde el punto de vista teórico, sostiene que el criterio subjetivo, en sí mismo, no es un elemento idóneo para establecer el límite del acto ejecutivo -lo mismo dice del “plan del autor”, lo que lo separa del criterio finalista.

De La Rúa sostiene que el criterio para develar los confines de la tentativa se encuentra, básicamente, compuesto por dos elementos, a saber: a) el formal del tipo delictivo y b) el hipotético examen de consumación de la acción; mas hagamos silencio al respecto y dejemos a este maestro desarrollar su postura con sus propias palabras: “..el peligro es el fundamento prelegislativo del castigo de la tentativa, y es, a su vez, estructurante de ella como tipo delictivo subordinado, pero a través del “comienzo de ejecución”. El legislador castiga la tentativa por el peligro de lesión a bienes jurídicos (en esta fase -valoración del legislador- se aprecia el peligro en términos amplios). Pero al estructurar el tipo, lo hace de modo restringido, con exigencias subjetivas y objetivas. Las primeras, de dolo directo, en tanto en relación al resultado como a los medios (conducta) utilizados. La exigencia objetiva es ya una noción restringida, en la

60 DE LA RUA, Jorge: Op. cit., págs. 752-753.

que el peligro concreto (actos idóneos in fieri, para diferenciar el delito imposible), es un componente (no exclusivo) de un factum normatizado, pues presupone, limitativamente, que los actos peligrosos relevantes son sólo los ejecutivos, con lo cual resulta que el concepto de peligro es insuficiente para conceptualizar al acto ejecutivo. El plan del autor es un elemento coadyuvante, que permitirá en la mayoría de los casos advertir la ejecutividad del acto, pero no resulta suficiente frente a resultados anticipados o postergados y ofrece el riesgo de un relativismo extremo. El criterio decisivo en la apreciación objetiva de la ejecutividad del acto derivará de un análisis de las causalidades comprendidas en el tipo delictivo y de un hipotético examen de consumación. El tema del comienzo de ejecución se completa necesariamente -y así lo ha desenvuelto la dogmática (y los precedentes)- en relación al delito imposible, sobre la idoneidad..”⁶¹.

A continuación, antes de pasar al tercer elemento de la tentativa haremos un breve “cuadro” que sintetice las principales corrientes que abordan el inicio de los actos ejecutivos que la constituyen.

Decimos, entonces, que las principales posiciones a las cuales nos hemos referido precedentemente son, a saber:

1) **Corriente:** Negativista

Principales expositores: Raffaele Garofalo y Eusebio Gómez.

Comienzo de la tentativa: No resulta posible ni útil distinguir los actos preparatorios de los ejecutivos debido a que ambos revelan la intención criminosa del autor. La tentativa comienza desde el primer acto preparatorio con finalidad delictiva.

61 DE LA RUA: Op. Cit, págs 756-757.

2) **Corriente:** Objetivista.

Principales expositores: Francesco Carrara

Comienzo de la tentativa: La tentativa comienza con los actos ejecutivos. Estos actos ponen en *peligro* el bien jurídico protegido, son *unívocos* -revelan la indudable intención criminal, no dejan lugar a dudas-. Los actos ejecutivos son “..*todos aquellos que penetran en la esfera del sujeto pasivo del atentado: derribar la puerta, introducir la llave, sin tocar al sujeto pasivo de la consumación..*”.

3) **Corriente:** Formal – objetiva.

Principales expositores: Ernest Von Beling, Sebastián Soler.

Comienzo de la tentativa: La tentativa comienza con los actos ejecutivos. Se dice que opera la fórmula “comienzo de ejecución” cuando **se da inicio** al desarrollo de alguna de las hipótesis que prevé el “**núcleo del tipo**” específico – por ejemplo: **robo (comenzar a ejercer violencia)**, estafa (promover el error), etc.- **no existe “tentativa”, sino “tentativas”**, habrá que estarse a cada delito específico. Beling agrega los “**complementos de acción**” que completan el concepto -fuerzas de la naturaleza, 3ro inocente, 3ro. cómplice y la propia conducta-.

4) **Corriente:** Material-objetiva.

Principales expositores: Frank, Mezger, Mayer y Frías Caballero.

Comienzo de la tentativa: La tentativa comienza con los actos ejecutivos. El primer criterio de delimitación, al igual que la tesis formal-objetiva, **comienza por el tipo** -mas este es insuficiente-. La tentativa se extiende a aquellos actos en los que, **sin ser típicos**, se “**rompe el estado de paz del bien jurídico protegido**” -se lo comienza a poner en peligro-. Este momento se determina de acuerdo a la “**naturaleza de las cosas**” o al “**peligro inminente**”; hay que estar

a cada caso concreto.

5) **Corriente:** Objetivista - individual

Principales expositores: Welzel, Zaffaroni, Sancinetti

Comienzo de la tentativa: La tentativa comienza con los actos ejecutivos. El límite de estos actos está dado por el **tipo penal específico** -requisito objetivo- junto con “**plan del autor**” -requisito subjetivo. El comienzo de la tentativa no es el comienzo de la acción típica, sino que abarca aquellos actos, que, **según el plan del autor**, son **inmediatamente anteriores** al inicio de ejecución de las acciones típicas.

6) **Corriente:** Objetiva-subjetiva.

Principales expositores: Ricardo C. Nuñez.

Comienzo de la tentativa: La tentativa comienza con los actos ejecutivos. Los actos ejecutivos poseen dos elementos esenciales: a) **material -idoneidad para consumir el delito-** y b) **subjetivo -intención del autor o ánimo de consumir-**. El elemento material exterioriza el intencional. En los actos preparatorios -impunes-, las acciones exteriorizan un ánimo distinto -disponer cosas o personas para que sirvan al efecto del delito o desenvolver conductas tendientes a llevarlo a cabo-.

8) **Corriente:** Formal-objetivo-analítica

Principales expositores: Jorge De La Rúa.

Comienzo de la tentativa: La tentativa comienza con los actos ejecutivos. El **tipo penal está estructurado** con nociones **objetivas** -peligro concreto que implica **actos** peligrosos relevantes o **ejecutivos** - y **subjetivas** -**dolo**, referido a los **finés** y a los **medios**-. El criterio de **apreciación de la ejecutividad** de los actos se deriva: a) de un **análisis de las causalidades** comprendidas en cada tipo y b) de un **hipotético examen de consumación**.

C.- FALTA DE CONSUMACION INVOLUNTARIA:

Hemos llegado, finalmente, al tercer elemento constitutivo de la tentativa que es, como dijimos la ausencia de consumación del resultado típico ajena a la voluntad del autor, es por esto que el problema aquí consiste en saber cuándo podemos atribuir o no a la voluntad del agente la falta de concreción del injusto penal al cual, en un comienzo, iba dirigida su conducta.

Debido a esto que hemos señalado en el precedente párrafo, podemos decir junto con el maestro De La Rúa: *“La tercera exigencia de la tentativa es una noción correlativa con el desistimiento (C.P., art. 43): habrá tentativa en todo caso de no consumación que no obedezca a un desistimiento voluntario. Éste se trata separadamente.”*⁶².

Al abordar este tercer elemento Núñez explica en modo por demás claro en su manual: *“La tentativa existe desde que el autor, con el fin de cometer el delito, comienza a ejecutar su propósito delictivo, y puede prolongarse mientras el delito no se haya consumado. A diferencia de las legislaciones inspiradas en los clásicos italianos, el Código penal no distingue entre tentativa y delito frustrado, según que el autor no haya hecho todo lo necesario para lograr la consumación (tentativa) o lo haya hecho (delito frustrado)..La consumación del delito consume su tentativa, y, entonces el castigo se determina por aquél y no por ésta..La tentativa requiere que la falta de consumación del delito se deba a circunstancias ajenas a la voluntad del autor. Tienen este carácter las circunstancias subjetivas (como la impotencia, el error de cálculo, el temor, etc.) u objetivas (como la resistencia de la víctima o los obstáculos), que siendo extrañas a la intención del autor, lo determinan a abandonar la ejecución del delito, impiden que la prosiga o que, agotada la ejecución, se produzca el resultado”*⁶³.

62 DE LA RUA: Op. cit, pág. 759.

63 NUÑEZ, Ricardo C. : “Manual de Derecho Penal”, Op. cit., págs. 270-271.

De La Rúa profundiza aun más en estos conceptos y explica: “..Hay impedimento objetivo cuando el resultado no acaece por la acción de terceros, o de la autoridad, o de la víctima, o de razones fácticas, como animales, motor que se ahoga cuando se intenta llevar el automotor; veneno en vaso donde hay sustancia que lo neutraliza, bomba que no explota, carga de revólver que se termina, acción homicida que sólo lesiona..Pero objetivamente se han señalado límites. Si la resistencia de la víctima carece de entidad impeditiva en relación al autor; el abandono de éste es desistimiento”⁶⁴.

Respecto de los impedimentos subjetivos, el maestro cordobés señala: “..son tales que en cuanto operan moralmente en el autor, como el peligro concreto de ser descubierto antes de consumar el delito o inmediatamente de cometido, sea por demanda de auxilio, o por ladridos de un perro creyendo que lo va a acometer. El concepto se ha sintetizado señalándose que basta que el impedimento aparezca ante el autor como “impuesto”..También en el orden subjetivo hay límites. **El temor abstracto a ser descubierto, o a la pena, no suponen la concurrencia del requisito y, por ende, no quitan el carácter de voluntario al desistimiento, porque la ley no puede castigar a quien la obedece. Lo mismo cuando el autor no continúa su acción por el consejo de un tercero..Se ha señalado correctamente que el requisito concurre cuando el autor, frente a un determinado obstáculo, dispone cambiar de vía, utilizando otra en la cual encuentra el impedimento.**”⁶⁵.

En este trabajo no abordaremos, como dijimos, el problema del “**desistimiento voluntario**”, simplemente reproduciremos el concepto de Nuñez quién dice que: “..existe desistimiento voluntario del delito si el autor impide su consumación. Sucede así si, agotado el proceso ejecutivo del delito desenvuelto por el autor, por arrepentimiento o sin él, aquél ha evitado o ha contribuido eficazmente a evitar que se consume el delito, pues en ambos casos, a la no consumación se agrega la voluntad del autor, oportuna e idóneamente

64 DE LA RUA, Jorge: Op. cit., págs. 761-762.

65 DE LA RUA, Jorge: Op. cit., pág. 762. La negrita me pertenece.

manifestada, de que aquella no suceda..”⁶⁶.

Con esto, ya nos sentimos en condiciones de abordar la última parte de este pequeño trabajo que trata sobre los fundamentos de esta complicada institución que hasta aquí venimos desarrollando.

IV.- FUNDAMENTOS DE LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA:

Teniendo en cuenta lo acotado de esta exposición trataremos aquí las principales vertientes, de las cuales abrevan la mayoría de los autores acerca de los fundamentos del castigo de la tentativa.

Estas líneas de pensamiento más importantes, siguiendo aquí a Zaffaroni, son, más o menos, cuatro, a saber:

A.- TEORIA OBJETIVA:

Refiere el citado jurista: *“Para la teoría objetiva la ley pena a la tentativa porque implica **un peligro para el bien jurídico**. Fue una teoría sumamente difundida entre autores antiguos⁶⁷, aunque también fue defendida por autores más contemporáneos⁶⁸. La consecuencia de esta teoría no es sólo la atipicidad de la tentativa inidónea, sino también la de cualquier tentativa en que el bien jurídico en concreto no haya corrido peligro alguno: el que penetrase en una habitación en la que no hubiese nada que hurtar, no cometería tentativa de hurto..”⁶⁹.*

Respecto de la atipicidad de la tentativa inidónea que propugna esta corriente, estimo, que conviene realizar una aclaración.

Entre los defensores de esta corriente, en la doctrina argentina, se

66 NUÑEZ, Ricardo C.: “Manual de Derecho Penal”, Op. cit. Pág. 272.

67 Cita a Feuerbach, 43; Berner, Lehrbuch - “Compendio”- -, 153 y Binding, Normen - “Las Normas”.

68 Cita a Spindel, Zur Notwendigkeit des Objektivismus im Strafrecht - “La necesidad del objetivismo en el Derecho Penal”- 1953, p. 519; Treplin, Der Versuch - “La Tentativa”-, 1964, 441.

69 ZAFFARONI, Eugenio: Op. cit., pág. 422. La negrita me pertenece

encuentra el insigne maestro Ricardo Nuñez, quién cuando se refiere al fundamento de la institución explica, según su criterio: “..*La imputación delictiva perfecta que tiene por objeto un delito consumado, encuentra su fundamento político en el daño del derecho que protege la respectiva pena. Por su parte, la imputación delictiva imperfecta que tiene por objeto la ejecución delictiva sin consumación del pertinente delito, tiene ese fundamento en el peligro efectivo de aquel daño. Pero cuando se habla aquí de daño del derecho protegido por la ley penal, se hace referencia al derecho que mira cada infracción y que se ofende o daña al consumarse la misma aunque la consumación no consista en la ofensa real del derecho protegido. Por consiguiente, la imputación delictiva imperfecta también se puede fundar en el peligro efectivo de producir el resultado de peligro abstracto o concreto que consume la ofensa del derecho protegido, como sucede, por ejemplo en los delitos formales. De aquí que la punibilidad de la imputación delictiva imperfecta no se pueda excluir por el principio tan comúnmente utilizado, que rechaza la imputación de un peligro de peligro*”⁷⁰.

Cuál es el principio que defiende el célebre maestro: que existen, en este caso, tres entidades diversas y, como tales, poseen fundamentos diferentes de su punibilidad, como son el delito consumado por una parte, el tentado y el imposible -o tentativa inidónea, como le llama Zaffaroni-.

El fundamento del injusto consumado se encuentra en la “ofensa al bien jurídico”, mientras que el del tentado se halla en el “peligro”⁷¹.

Nuñez, respecto del delito imposible o tentativa inidónea dice: “*La amplia concepción del delito imposible mencionada supra, no es admisible en un derecho penal que, como el nuestro, está regido por principio nullum crimen nulla poena sine lege poenali. Este principio exige que, lo mismo que la tentativa, el delito imposible no sea nada más que una ampliación de la*

70 NUÑEZ, Ricardo C.: “Derecho Penal Argentino”, de. Bibliográfica Argentina Omeba, Bs. As., 1960, pág. 312.

71 En cambio, el fundamento del castigo de la tentativa inidónea, este autor lo encuentra en la “peligrosidad del delincuente” -conf.: NUÑEZ, Ricardo Cayetano: “Manual de Derecho Penal”, Op. cit., pág 280.

imputación penal dentro del ámbito correspondiente a la consumación de un tipo delictivo comprendido en el elenco de los hechos punibles. La admisión de la atipicidad del delito imposible importaría ampliar ese elenco mediante una regla general represiva de conductas indeterminadas. Pero, como la tentativa, el delito imposible sólo es compatible con la finalidad del agente de cometer un delito determinado, determinación que sólo es posible a través de los tipos legalmente individualizados”⁷².

El gran maestro cordobés define aun más los límites de esta atipicidad, en otra obra, de la siguiente manera: “*Herrera ha distinguido estos casos de **imposibilidad de derecho del objeto del delito**, en los cuales el objeto no existe o le falta alguna cualidad esencial para su existencia (en los términos de la ley), de aquellos otros de **imposibilidad de hecho** de dicho objeto. “**La imposibilidad de hecho -dice HERRERA- no obsta a la existencia de la tentativa**, porque ella figura entre las causas meramente accidentales independientes de la voluntad del agente, representa lo fortuito impediendo de la consumación del delito”. Como **ejemplos de la imposibilidad de hecho del objeto del delito**. HERRERA menciona el caso del **ladrón que abrió la alcancía de una iglesia para robarla y la encontró vacía**, y el del ladrón de bolsillos que metió la mano en el bolsillo del traje de su víctima y no encontró nada..La doctrina alemana moderna también ha hecho esta distinción y parte de ella la ha hecho para sostener **la impunidad de lo que HERRERA denomina imposibilidad de derecho del objeto del delito**. En efecto, la teoría de la falta de tipo (*mangel am tatbestande*), ya expuesta entre nosotros , no es sino una exposición más acabada de la idea fundamental rectora del concepto de la primitiva teoría de la **imposibilidad de derecho del objeto del delito**”⁷³.*

Qué significará esto, que por atípica ¿la tentativa inidónea en contraposición con lo que describe el art. 44 no será punible en ningún caso por atípica, atento a que las posturas “objetivas” sostienen esta tesis?. La respuesta

72 NUÑEZ, Ricardo C.: “Manual..”, Op. cit., pág. 276.

73 NUÑEZ, Ricardo C. :“El Castigo del Delito Imposible”; LL. T. 90, 1958, pág. 604. La negrita me pertenece.

es, decididamente, no.

La tesis de la “atipicidad”, que también comparte Zaffaroni⁷⁴, se refiere a ciertos casos de imposibilidad subjetiva u objetiva en los que, por tratarse de un impedimento “grosero” y apreciable “ex ante” por el hombre medio, que imposibilita que el resultado se concrete de ninguna manera como consecuencia de la conducta seguida autor, hace que este accionar se considere atípico, y que devenga impune y *no incluido en la hipótesis del art. 44 -no es tentativa inidónea ni delito imposible, sino que es un caso de atipicidad-*.

A este respecto Ricardo J. Cavallero, desarrolla su tesis refiriendo que estaremos dentro del campo del art. 44 C.P., cuando el error sea “vencible” -previsible-, pero **no “grosero” -burdo, que no tenga entidad alguna como para preocupar en modo alguno al orden jurídico- y habrá atipicidad, cuando este error sea “exagerado”** -en los términos que venimos refiriendo-, que haga que el resultado pretendido no tenga la más mínima posibilidad de consumarse⁷⁵, la situación se apreciará con un análisis de la conducta en sí misma -teniendo en cuenta el criterio de previsibilidad del hombre medio- en cada caso concreto.

Estimo que esta aclaración es válida a los fines de dejar sentado que no por el sólo hecho de ser “objetiva” una corriente en cuanto al fundamento de la institución de la tentativa consagra la impunidad de las situaciones comprendidas en el art. 44 C.P.; puesto que, en el caso de cualquier autor argentino -como Núñez, por ejemplo- se trataría de una verdadera contradicción.

74 ZAFFARONI, Eugenio: Op. cit., pág. 477-479

75 CAVALLERO, Ricardo Juan: “El Delito Imposible” -La Tentativa Inidónea en el Derecho Penal Argentino-, Editorial Universidad, Bs. As., 1983, págs. 141-144. Este autor presenta un ejemplo que nos ilustrará un poco más la situación: “Para mayor claridad, van dos casos: Primero: **a)** Supongamos que el autor quiere matar a su enemigo con un revólver cuya mirilla se encuentra desviada. Naturalmente que con buen criterio y conforme a las circunstancias generalmente cognoscibles, el tercer observador percibirá el peligro para el bien jurídico. Hay tentativa idónea. **b)** En cambio, si realiza el disparo a distancia mayor que la del alcance del arma, su error (vencible) pudo ser superado y el juzgador no percibe el peligro para el bien jurídico, pero el hecho impresiona y perturba. Hay tentativa inidónea. **c)** Por fin, si el autor dispara su revólver contra un avión que vuela a seis mil metros de altura incurre en un error grosero, de modo que el juez no lo puede tomar en serio, el hecho no impresiona a nadie, no afecta bien jurídico alguno. Hay atipicidad”. Op. cit., pág. 141.

B.- TEORIA SUBJETIVA:

Retomando el esquema propuesto por Zaffaroni, en contraposición con las corrientes objetivas, encontramos los defensores del fundamento subjetivo de la tentativa, que basa la punibilidad de la misma “*..en la voluntad contraria o enemiga del derecho del autor, o sea que el legislador, con la fórmula de la tentativa ha querido combatir la voluntad criminal.*”⁷⁶.

Respecto de este punto de vista “subjetivo-monista”, como lo clasifica el jurista alemán Georg. Freund, dice que el fundamento jurídico de la responsabilidad penal se encuentra en la activación de una intención delictiva como tal. Esta teoría, refiere el profesor, conduce a la expansión de la punibilidad de la tentativa al ámbito de los actos preparatorios. “*En una tentativa no consumada el delincuente activa su intención criminal al igual que en un intento exitoso, por ello es que la tentativa no consumada es punible, de acuerdo con la teoría subjetiva. Sobre todo porque los elementos subjetivos en el hecho tentado se encuentran presentes de la misma manera que en el caso del delito consumado, por ello considera la teoría subjetiva que ambos son merecedores de castigo. En consecuencia, existe un pena más leve si se trata de una tentativa inadecuada*”⁷⁷.

Zaffaroni, en concordancia con lo expuesto, refiere: “*Si bien esta teoría salva el inconveniente de la posición objetivista en cuanto a que da un fundamento para la punición de la tentativa inidónea, tampoco es admisible en nuestro derecho, porque conduce a una disminución puramente facultativa de la pena en el delito tentado, lo que nuestra ley rechaza, toda vez que la escala*

76 ZAFFARONI, Eugenio: Op. cit., pag. 422. La negrita me pertenece.

77 FREUND, Georg: “Der Versuch als Straftat” -Seminar zum Straf und Strafprozessrecht-; Sommersemester 2001, publicado online en: www.prof-freund.de/material/ss01/seminar/sem3.rtf. “*Diese Theorie führt zur Ausdehnung der Versuchsstrafbarkeit in den Bereich der Vorbereitungshandlung.¹⁹ Bei einem untauglichen Versuch betätigt der Täter seinen verbrecherischen Wille genauso wie bei einem tauglichen Versuch, so dass auch der untaugliche Versuch nach der subjektiven Theorie strafbar ist. Zumal der subjektive Tatbestand bei der versuchten Tat im gleichen Maße vorliegt wie bei der vollendeten Tat, betrachtet die subjektive Theorie beide Fälle als gleich strafwürdig. Demnach ist eine mildere Bestrafung beim versuchten Delikt nicht angebracht*”.

reducida de pena es obligatoria para el juez..”⁷⁸ y termina el jurista por rechazarla, además, por autoritaria diciendo: “A lo dicho cabe agregar que la teoría subjetiva tiene un sentido general bastante autoritario, que la acerca a la punición del ánimo y que, en definitiva, extiende el ámbito de lo punible a actos preparatorios, lo que dentro de esta tesis es poco menos que inevitable. La equiparación de la pena de la tentativa con la del delito consumado obedece a un desprecio por el aspecto objetivo del injusto que no es una consecuencia de la tesis del injusto personal y complejo, sino hijo dilecto del derecho penal de ánimo, que abandona lo objetivo para desvalorar una voluntad “enemiga del derecho”, “contraria al deber”, que nos lleva al terreno de la más pura arbitrariedad..”⁷⁹.

Lo dicho por Zaffaroni encaja de modo perfecto con lo expuesto por el profesor Freund cuando se refiere a la tesis subjetiva *-die subjektive Theorie der Strafgrund des Versuchs-*, debido a que si se lee atentamente la exposición, no se deriva lógicamente de las premisas por él expuestas, el por qué la tentativa viene penada en un modo más leve que el delito consumado.

C.- TEORIA DE LA IMPRESION-*Eindruckstheorie*-.

Esta corriente de pensamiento, que según Zaffaroni, a pesar de haber sido desarrollada con mayor profundidad por la escuela alemana, tiene su origen en la doctrina italiana clásica⁸⁰.

Esta posición llamada también “mixta” por la dogmática germana, expresa que la tentativa surge de la combinación de elementos subjetivos y objetivos, estableciendo el fundamento de su represión en la “impresión” -*druk-*negativa que ocasiona la conducta del “enemigo del derecho” en la comunidad.

En cuanto al elemento objetivo de la tentativa, está constituido por la

78 ZAFFARONI, Eugenio: Op. cit. Pág. 422.

79 ZAFFARONI, Eugenio: Op. cit. Pág. 423.

80 ZAFFARONI, Eugenio: Op. cit., pág. 425. Cita a Romagnosi y Carmignani.

inmediata preparación para la ejecución del delito o “actos ejecutivos” -*das unmittelbare ansetzen zur tatbestandsverwirklichung (objektiv)*-; mientras que como ingrediente subjetivo encontramos a la representación en la mente del delincuente del hecho típico - *der Vorstellung des Täters von der Tat (subjektiv)*-.

Respecto de esta tesis que fundamenta el castigo de la tentativa en la “impresión social”, se dice que surgió a los efectos de cubrir las falencias de las posturas llamadas “monistas” -*die monistischen theorien*- como resultan ser tanto la doctrina “subjetiva” como la “objetiva”.

En relación con esta postura el Dr. Geog Freund expresa: “..*Por estas razones la doctrina ha desarrollado un criterio intermedio (mixto subjetivo-objetivo) que ahora es el dominante. Esto supone que los fundamentos (del castigo) de la tentativa se encuentran en la activación de las intenciones hostiles del delincuente, pero más allá de la culpabilidad, sólo puede afirmarse (éste) cuando el delito ataca (o sacude) la confianza de la comunidad en la validez del sistema jurídico y la sensación de seguridad jurídica, trayendo como consecuencia que la paz social pueda verse afectada.*”⁸¹.

Zaffaroni, como crítica a esta corriente refiere: “..*La “teoría de la impresión” pretende penar una supuesta alarma social “suelta”, sin correlato objetivo alguno. Es insostenible que haya una alarma social sin fundamento objetivo cierto. Por otra parte, esta teoría -como carece de fundamento objetivo- quiere reducir la teoría fundamentadora subjetiva apelando a otro criterio que también debe ser subjetivo: la “impresión en la generalidad”. Esta no podrá determinarse -demasiado frecuentemente- sin la apelación al “sentimiento de comunidad” o a otros conceptos igualmente irracionales que, en definitiva, llevan a la relevancia de la “enemistad al derecho”, lo que, al fin, se resuelve en un círculo de apreciaciones intuitivas limitadas por otras apreciaciones intuitivas. No es necesario penetrar mucho la cuestión para caer*

81 FREUND, Georg: Op. cit. La negrita me pertenece.

en la cuenta de que la “teoría de la impresión” pretende relevar la “enemistad al derecho” de la voluntad que el autor pone de manifiesto con su conducta mediante el sentimiento general que la percibe como “enemiga del derecho”, es decir, “la enemistad al derecho” limitada por el “sentimiento del pueblo”..”⁸².

En este punto nos volvemos a apartar de las consideraciones del eximio jurista, debido a que estimamos, por lo que venimos diciendo hasta aquí, que no es cierto que la “teoría de la impresión” carezca de fundamentos objetivos.

Ya hemos referido que la misma surgió como una necesidad de cubrir las “falencias” reduccionistas de las corrientes monistas, es por eso que se le llama también en doctrina “*Die gemischt subjektiv-objektive Theorie*” (teoría mixta subjetiva-objetiva) -remitimos a lo expresado arriba brevitatis causa-.

También consideramos que no es correcta la afirmación de Zaffaroni en cuanto a que “..la tentativa se funda en la “impresión producida en la generalidad”, sin que sea menester que afecte ningún bien jurídico..”⁸³, lo que la haría incompatible con nuestro esquema legal por contraponerse al contenido del artículo 19 CN.; basta para refutar estas consideraciones sólo señalar el elemento constitutivo objetivo de la tentativa, según esta teoría: -*das unmittelbare ansetzen zur tatbestandsverwirklichung*- el cual nos remite en modo directo e inexorable al bien jurídico protegido por la figura típica -*Tätbestand*-.

D.- TEORIA DEL “TEMOR DEL DERECHO POR EL SUJETO PASIVO”:

Esta postura es la que impulsa el eminente Eugenio Zaffaroni en su tratado. El jurista señala: “*Nadie puede negar con seriedad que en la tentativa la “generalidad” ve afectado su sentimiento de seguridad jurídica (que se produce un temor que lesiona el aspecto subjetivo de la seguridad jurídica). Pero ¿es el único temor generado por la tentativa? En modo alguno: así como*

82 ZAFFARONI, Eugenio: Op. cit., pág. 426.

83 ZAFFARONI, Eugenio: Op. cit., pág. 427.

nadie ignorar que la tentativa da lugar a un temor en la “generalidad”, tampoco puede nadie ignorar que produce temor en el sujeto pasivo y que también produce un temor en el derecho”⁸⁴.

Continúa el célebre maestro desarrollando esta tesis del siguiente modo: ***“..el fundamento de la tentativa no puede ser otro que el mismo fundamento por el que se da relevancia penal al delito consumado, que en el caso del delito tentado presenta un menor grado de intensidad: es el temor del derecho por el sujeto pasivo. La prohibición no se extiende mediante la fórmula de la tentativa, como objeto capaz de generar temor, es un objeto amenazador, en concreto: una conducta amenazadora..El temor sólo tiene lugar frente a un mal que puede golpearlos o pasar de largo. Lo inexorable puede generar angustia, pero no es temible..El carácter amenazador de la tentativa no depende del peligro que ella implica; puede no haber aumentado efectivamente las posibilidades del mal, y sin embargo, ser amenazadora porque, valorada ex-ante (como debe ser siempre) aparecía como peligrosa. No se muestra como amenazador y temible sólo lo que aumenta el peligro en forma efectiva, sino también lo que proporciona la vigencia del peligro..Este es el carácter amenazador que el derecho descubre en la tentativa cuando valora ex-ante: es el temor del orden jurídico por el sujeto pasivo..el derecho penal tipifica conductas porque teme por los hombres, porque teme que esas conductas cierren las posibilidades externas de realización en co-existencia y las pena aún cuando, de hecho y en el caso concreto, estas posibilidades no las sienta afectadas el sujeto pasivo..es el orden jurídico que teme por el hombre, por el sujeto pasivo. El orden jurídico teme por quien no se atemoriza..”⁸⁵.***

Finalmente, el autor termina de darle forma a la teoría diciendo: *“La tentativa, vista ex-ante, puede implicar un peligro, es decir, un aumento de las probabilidades de producción del resultado, lo que aumentará el contenido injusto del hecho, en tanto que cuando no lo implique, no pasará de ser una*

84 ZAFFARONI, Eugenio: Op. cit. Pág. 428.

85 ZAFFARONI, Eugenio: Op. cit. Pág. 429-430. La negrita me pertenece.

mera amenaza. De allí que la tentativa inidónea sea penada en menor escala que la idónea, porque al no importar peligro sólo perturba al bien jurídico en la forma de amenaza al mismo...Sin embargo, pueden haber casos en que la tentativa responda a un error tan grosero del sujeto activo, que ya no impresione al orden jurídico como amenazadora. En ese supuesto, la tentativa no afectará bienes jurídicos y, por consiguiente, quedará atípica. Tales son los casos en que nuestro código prescinde de pena, a los que añade otros, en que el error del sujeto activo no elimina del todo el carácter amenazador; pero lo deja muy reducido operando entonces la escasa peligrosidad del autor; como causa personal de exclusión de pena”⁸⁶.

Haciendo un análisis simplista de la postura expresada por Zaffaroni podría criticársele que la teoría desarrollada peca de imprecisión en el sentido que no señala cuándo el derecho considera que se encuentra dada esa “probabilidad de resultado” y el por qué, si se trata de un “temor del derecho por el sujeto pasivo”, los actos preparatorios se encuentran en el terreno de la impunidad. Este análisis sería prácticamente infame, puesto que estaría practicando una gran injusticia con la tesis defendida por el gran maestro.

Para comprender de modo correcto esta posición se la debe concatenar con la opinión de Zaffaroni respecto del comienzo de los actos de ejecución, es decir del comienzo de la tentativa que desarrollamos arriba.

Personalmente, destaco la importancia de esta tesis y adhiero al argumento que el fundamento del castigo de la tentativa no puede ser distinto que aquél que corresponde al hecho consumado y al delito imposible, sin embargo me hago eco la crítica de De La Rúa en cuanto a que el “plan del autor” no puede ser una medida suficiente para establecer el comienzo de la tentativa.

De lo dicho deviene que el temor del derecho por el individuo no puede ser, tampoco, el fundamento principal de la represión del delito; sino que la importancia del mismo es “secundaria”, por así decirlo.

⁸⁶ ZAFFARONI, Eugenio: Op. cit. Pág. 431.

El objetivo fundamental del Derecho es el control social, la búsqueda incesante del mismo se encuentra dirigida a lograr la tan ansiada paz social resolviendo los enigmas que nos plantea la existencia del devenir de la comunidad.

El desarrollo del individuo en la totalidad de sus potencialidades, en concordia y libertad, como así también la defensa de la incolumidad de sus bienes y potencialidades, es un medio, siempre desde la perspectiva jurídica, para obtener la realización efectiva del estado de armonía general de la comunidad, que es el objetivo hacia el cual tiende la estructura jurídica.

La visión del derecho es predominantemente macro-estructural, a diferencia de la perspectiva ética, que si bien fundamenta la primera, es realizada coactivamente, a través de la institución jurídica; mas esta última no deja por lo mismo de ser una herramienta de control social.

La relación del estado con el individuo particular no es la del “padre hacia el hijo”, basada en el amor (en cuyo caso sí que podría aceptarse el fundamento postulado por Zaffaroni), sino que es la del “ordenador-regulador” (basada en la prevención y protección) de los derechos y libertades fundamentales, pero sin perder de vista el objetivo funcional y macro estructural de la institución.

Sólo en base a estas consideraciones que venimos desarrollando es como, por ejemplo, se puede explicar el artículo 21 de la Constitución Nacional cuando dispone que *“Todo ciudadano argentino está obligado a armarse en defensa de la Patria y de esta Constitución...”* -aún a riesgo de perder la propia vida se entiende-; lo que explica claramente que, si bien es un principio que puede ser reconocido, en segundo plano, de gran importancia en la estructura jurídica, el “temor del derecho por el individuo” no es, en sí mismo, la piedra angular axiológica del ordenamiento jurídico represivo y, por ende, tampoco lo es de la tentativa.

V.- BIBLIOGRAFIA:

- *.- CARRARA, Francesco: “Programa del Curso de Derecho Criminal dictado en la Real Universidad de Pisa”, ed. Depalma, Bs. As., 1994, T. I.-
- *.- CARRARA, Francesco: “Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito”, 2da. Edición -corregida y anotada-, trad. Vicente Romero Girón, Centro Editorial Góngora, Madrid, 1926.-
- *.- CAVALLERO, Ricardo Juan: “El Delito Imposible” -La Tentativa Inidónea en el Derecho Penal Argentino-, Editorial Universidad, Bs. As., 1983.-
- *.- CUERPO DEL DERECHO CIVIL ROMANO -DIGESTO-, trad. García del Corral, ed. Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, Barcelona, España, 1897, T. III.-
- *.- DE LA RUA, Jorge: “Codigo Penal Argentino” -Parte General-, Ed. Depalma, 2ª edición, Bs. As., 1997.-
- *.- FREUND, Georg: “Der Versuch als Straftat” -Seminar zum Straf und Strafprozessrecht-; Sommersemester 2001, publicado online en: www.prof-freund.de/material/ss01/seminar/sem3.rtf.-
- *.- FRIAS CABALLERO, Jorge: “El Proceso Ejecutivo del Delito”, ed. Valerio Abeledo, Bs. As., 1944.-
- *.- GOMEZ, Eusebio: “Tratado de Derecho Penal”, Compañía Argentina de Editores, Bs. As., 1939, T. I.-

*.- GONZALEZ ROURA, Octavio: “Derecho Penal” -Parte General-, Valerio Abeledo Editor, Bs. As., 1922, T. II.-

*.- LARRAIN, Federico: “¿La tentativa de homicidio admite dolo eventual?” ; publicación online: Terragnijurista.com.ar/doctrina/dolo.htm.-

*.- MAGGIORE, Giuseppe: “Derecho Penal”, T. II, Temis-Depalma, Bogotá, 1954.-

*.- MALO CAMACHO, “Tentativa del Delito” -con referencias de derecho comparado-, Universidad Autónoma de México -Dirección de Publicaciones-, primera edición, México D.F., 1971.-

*.- MARINO, Raffaele – PETRUCCI, Rossana: “Codice Penale e leggi complementari” -Editio Minor-, Edizioni Giuridiche Simone, XXII edizione, Casalnuovo (NA), 2010.-

*.- MEZGER, Edmund: “Derecho Penal” -Parte General-, de. Bibliográfica Argentina, Bs. As. 1955.-

*.- NUÑEZ, Ricardo C.: “Derecho Penal Argentino”, de. Bibliográfica Argentina Omeba, Bs. As., 1960, T. II.-

*.- NUÑEZ, Ricardo C. : “El Castigo del Delito Imposible”; LL. T. 90, 1958, págs. 602-605.-

*.- NUÑEZ, Ricardo C.: “Manual de Derecho Penal” -Parte General-, Marcos Lerner -Editora Córdoba-, 4ª reimpression, Cba. , 1987.-

*.- NUÑEZ, Ricardo: “Tratado de Derecho Penal”, 2da. Reimpresión, ed. Lerner, Cba., 1987, T.II.-

*.- PEZZANO, Rocco: “Il Vigile Urbano”, Gruppo Editoriale Esselibri-Simone, XXVI edizione, Asi-Giuliano (NA), 2009.-

*.- PLITT, Franz: “StGB Srafgesetzbuch” -Versuch-was ist das?- Leipzig, 2000, publicación online: www.recht-in.de/kommentar/begriffsbestimmung/paragraph_22_stgb_strafgesetzbuch_kommentar_11.html.-

*.- RIVAROLA, Rodolfo: “Derecho Penal Argentino” -Parte General-, ed. Librería Rivadavia, Bs. As., 1910.-

*.- SOLER, Sebastián: “Derecho Penal Argentino”, 1ra. Reimpresión, Tipográfica Editora Argentina, Bs. As. 1951, T. II.-

*.- ZAFFARONI, Eugenio: “Tratado de Derecho Penal” -Parte General-, ed. Ediar, Bs. As., 1982, T. IV.-