



LA TENTATIVA INIDÓNEA O DELITO IMPOSIBLE.

UNA VISIÓN INTEGRAL

Silvio José Castellanos Herrera

La tentativa inidónea o delito imposible.
Una visión integral

Silvio José Castellanos Herrera

**La tentativa inidónea o delito imposible.
Una visión integral**

© Autores:

Silvio José Castellanos Herrera

Docente de la Universidad Católica de Cuenca

© Editorial Universitaria Católica de Cuenca

© Universidad Católica de Cuenca

ISBN: 978-9942-27-110-5

Edición y Corrección

Lic. Marilin Balmaseda Mederos, MSc.

Diagramación y Maquetación

Ing. Rodolfo Barbeito Rodríguez

Diseño de cubierta

DG. Alexander Campoverde Jaramillo

© Sobre la presente edición

Primera Edición, 15 de noviembre 2021

Impresión

Editorial Universitaria Católica de Cuenca (EDUNICA)

Esta obra cumplió con el proceso de revisión por pares académicos bajo la modalidad de doble par ciego.

Queda prohibida la reproducción total o parcial de la obra sin permiso por escrito de la Universidad Católica de Cuenca, quien se reserva los derechos para la primera edición.

Índice general

Introducción	1
Capítulo I	
Consideraciones Previas	5
Noción y fundamento del delito imposible	5
La tentativa inidónea en el <i>iter criminis</i>	6
La cuestión terminológica	9
Gráfico del <i>iter criminis</i>	10
Capítulo II	
Breve Reseña Histórica	13
Teorías Objetivas	15
Teorías Subjetivas	29
Teorías Mixtas	37
Teoría de la unificación	41
Capítulo III	
Punición de la tentativa inidónea	43
Tentativa inidónea y fin de la pena	43
Libertad, Responsabilidad y Delito Imposible	51
Misión y fines del derecho penal y punición del delito imposible	62
Aspectos constitucionales de la punición	64
¿Cómo castigar este ilícito?	73
Consideraciones Interpretativas	80
Algunas opiniones en la doctrina venezolana en cuanto a la punición de la tentativa inidónea	89
La tentativa inidónea en el anteproyecto del código penal venezolano	91
Análisis Jurisprudencial	95
Una proposición concreta para el código penal venezolano	101
Capítulo IV	
Delimitación entre la tentativa inidónea y otras figuras jurídicas	105
Tratamiento eficiente de la tentativa inidóneas	107
Conclusiones	117
Referencias Bibliográficas	123

Introducción

El tema del delito imposible o tentativa inidónea luce interesante tanto por su contenido, profusión terminológica y de ópticas con que se trata, como por la variedad de metodologías para su manejo. Veremos en este trabajo cómo la doctrina se ha ocupado del tema de diferentes formas que hacen difícil una definitoria en cuanto a su tratamiento. El concepto de tentativa inidónea ha sido estudiado desde principios del siglo XIX sin que todavía se haya llegado a una solución sobre ello. De ahí es como en el año 1908 afirmaba Frank, que ninguna cuestión criminal ha sido tan tratada como la penalidad de la tentativa inidónea¹.

Uno de los aspectos más discutidos actualmente en la doctrina y en los diferentes ordenamientos jurídicos sobre este instituto penal, se centra en el aspecto relativo a su punición. En tal sentido, se exponen en este trabajo las posiciones dogmáticas más importantes sobre ello, incluyendo la doctrina nacional, abordando temas como la inidoneidad de medios, inidoneidad de objeto e inidoneidad de sujeto, desde ópticas basadas en las teorías objetivistas, subjetivistas y mixtas, para luego arribar a conclusiones en las que se muestra posición al respecto.

Preliminarmente, a manera de marco teórico y dentro de las consideraciones iniciales, veremos las variantes terminológicas, desde el punto de vista semántico. Así un sector de la doctrina conviene en llamar a este presunto ilícito como *tentativa inidónea*, otro sector lo denomina *delito imposible*, mientras que en los códigos penales se utiliza una u otra expresión. En este trabajo lo citaremos de manera indistinta.

También revisaremos el delito imposible dentro del iter críminis. Realizaremos después un recorrido que mostrará las diferentes tendencias sobre

¹Farré Trepat. 1986. Pág. 277

su punición, luego examinaremos la norma relacionada con el tema en nuestro ordenamiento jurídico, la doctrina y la jurisprudencia nacional, así como también la norma propuesta en el ante proyecto de Código Penal del Tribunal Supremo de Justicia, lo analizaremos a la luz otras figuras jurídicas para finalmente arribar a las conclusiones a que hubiere lugar.

Partiremos de que a través de los tiempos las sociedades han debatido sobre las conductas que deben ser objeto de castigo. Las comunidades pasaron por momentos en los que se penaba la simple posibilidad de agredir un bien jurídico. Por ejemplo una persona era susceptible de condena por amenazar de muerte a otra en un arrebato de rabia. Esta reacción se basaba en la presunta peligrosidad del agente, al predicar su deseo momentáneo de arremeter en contra del bien jurídico máspreciado para él como lo era la vida. Sin embargo, después de siglos de discusión los pueblos resolvieron penar conductas y no dichos², exceptuando aquellos que de por si constituyan delito³ por afectar bienes jurídicos como el honor y la reputación.

Con relación al presunto ilícito que nos ocupa, se ha encontrado la sociedad y la doctrina con el problema de cómo tratar una conducta que a los ojos de la sociedad es reprochable pero que no afecta y ni siquiera pone en peligro un bien jurídico.

En cuanto a la metodología a utilizada, se trata de una investigación documental. Por tanto, abordar el problema de la tentativa inidónea pasa por analizarlo desde la perspectiva de que la sociedad siente que sus bienes jurídicos fundamentales, vale decir, vida, integridad física, libertad, honor y propiedad, están protegidos y que cualquiera que arremeta contra ellos, bien sea afectándolos, poniéndolos en peligro o creando zozobra con su accionar amenazador, sufrirá los rigores de una pena. Esta aseveración, toca varios temas como: el bien jurídico, el fin de la pena y la peligrosidad de los individuos que actúan adecuando su conducta al supuesto de hecho de una norma penal o que muestran su manifiesta rebeldía a la norma (desvalor de acción)⁴.

En este contexto podemos definir el delito imposible, como *la conducta de un agente que tiene la voluntad de ejecutar un tipo legal, quiere producir un resultado delictuoso, está convencido de poder lograrlo de la manera como lo ha planeado y realiza actos encaminados a tal fin, pero la consumación de la infracción es imposible por la inidoneidad de los medios empleados o del objeto o sujeto hacia el que dirige la acción*. Adicionalmente señala un sector

²Frías Caballero. 1996. Pág. 19

³Artículos 442 (difamación) y 444 (injuria) y 175 (violencia psicológica), del Código Penal Venezolano, entre otros.

⁴Alcácer. 2000. Pág. 476

de la doctrina que habría tentativa inidónea cuando se presenta la inexistencia del ente pasivo del delito (objeto o sujeto)⁵.

En pocas palabras: *es tratar de cometer un delito por un medio, contra un objeto o sujeto pasivo tal que su realización es imposible*. En tal sentido, surge la pregunta *¿hasta qué punto debe ser sancionado un individuo, que a sabiendas de que su conducta se adecua al supuesto de hecho de una norma penal, no llega a afectar o a poner en peligro un bien jurídico?, ¿cuán importante es ese castigo para nuestra sociedad?*

Esta problemática se debate entre teorías objetivas, subjetivas y mixtas. Por eso será necesario determinar si la conducta representa un ilícito y si debe ser penada, con el fin de evaluar las situaciones que hacen dudar acerca de su carácter delictivo. Esto ha traído como consecuencia que la disputa sobre el delito imposible históricamente haya sido revestida de cierta irracionalidad a pesar de su profuso desarrollo teórico. Por ejemplo, pareciera evidente la distinción entre un disparo a corta distancia que no acierta y el intento de asesinar a otro con una pistola de fogueo, de lo cual no se percató el agente. Más notorio es el intento de homicidio con veneno que fracasa por la fuerte constitución del sujeto pasivo y el intento de matar a un enemigo mediante el llamado de fuerzas maléficas. Aquí la cuestión que se plantea es, en qué medida esas conductas son punibles⁶.

Igualmente se pasea este trabajo por el fin de la pena y los fines del derecho penal, con el objeto de verificar bajo la iluminación de estos temas, si se compagina una punición o una exculpación técnica. ¿Cuál será el beneficio social o el robustecimiento del derecho penal si no se sanciona a un individuo que se alzó contra el derecho? ¿Se lesiona la confianza que tiene la comunidad en el sistema del derecho penal? Si esto sucede ¿qué debemos hacer todos, cuál debe ser el papel de los administradores de justicia?

Otro tópico interesante que abordamos aquí se refiere a la medida en que una sociedad interfiere en el desenvolvimiento de un individuo cómo para afectar su libertad de acción y por ende su responsabilidad a la hora de llevar a cabo un delito imposible. Nos preguntamos entonces hasta dónde el determinismo hace insoslayable para ese ciudadano la comisión de una tentativa inidónea. ¿Puede exculparse por su falta de libertad, o realmente a pesar de sus condiciones ambientales él si tiene libre albedrío y responsabilidad por lo tanto?

Tomaremos en cuenta también los aspectos interpretativos que nos ayudarán a plantear la solución para la redacción de una norma, que no deje lugar a dudas en el tratamiento de lo que consideramos pudiera ser un delito pasi-

⁵rteaga. 2012. Pág. 368

⁶Maurach. 1962. Pág. 146

ble de sanción. Por esto proponemos aquí una metodología que desconfigura el cúmulo de confusiones que pudieran presentársele a un juez, a la hora de decidir un caso en el que esté presente el delito imposible.

Capítulo I

Consideraciones Previas

Noción y fundamento del delito imposible

En principio hablamos de delito imposible cuando el agente tiene la voluntad de ejecutar un tipo legal, quiere generar un resultado delictuoso, está convencido de poder lograrlo como lo ha planeado y realiza todos los actos encaminados a tal fin, pero la consumación de la infracción es imposible por la naturaleza inidónea de los medios empleados, del objeto o del sujeto pasivo hacia el cual se dirige la acción. Es importante aquí, tomar en cuenta que, aunque ex post toda tentativa demuestra no haber sido adecuada para consumar el delito, pueden distinguirse las acciones que en un principio eran capaces de la consumación, aunque luego sean insuficientes por circunstancias ajenas a la voluntad del agente surgidas antes, durante o con posterioridad a la realización de todos los actos que le eran previsibles al sujeto activo para la ejecución del delito; y aquellas que aparecen como incapaces de lesión desde un primer momento⁷

Como veremos en la exposición de las teorías sobre el delito imposible, se destacan como componentes de la noción de este instituto, el elemento subjetivo y el objetivo. El primero de ellos está representado por la voluntad criminal del individuo que quiere concretar un hecho delictivo y el segundo, materializado por los actos realizados dirigidos a la producción del injusto, que no ocasionan el resultado por la inidoneidad de medios, de objeto o del sujeto pasivo. Sobre estas caras del ilícito se han vertido durante más de dos

⁷Mir Puig. 1996. Pág. 346

siglos teorías objetivas y subjetivas relativas a su punición, aspecto que trataremos con detalle más adelante, pero sobre el cual adelantaremos a efectos de cimentar la noción, que las posiciones subjetivistas consideran que toda tentativa es conceptualmente inidónea puesto que está ausente en ella la condición que hubiera determinado el resultado, siendo irrelevantes las condiciones restantes. Esta orientación considera indiferente que el agente se valga de medios idóneos o inidóneos para la relevancia de su objetivo, o que haya dirigido esos medios a un objeto idóneo o inidóneo; lo que realmente subyace es la voluntad y en ella debe basarse la pena⁸.

En dirección contraria se han debatido las teorías objetivistas en donde si es importante la distinción entre inidoneidad absoluta y relativa de los medios empleados. En atención a este criterio, el daño es el elemento fundamental del delito, consistente este en la real puesta en peligro de un bien jurídico⁹. Es así como según haya o no peligro, será punible o no la tentativa inidónea, razón por la cual se divide a la idoneidad en absoluta y relativa. Serán entonces absolutamente inidóneos los medios que no habrían tenido nunca capacidad de agredir el bien jurídico de un sujeto pasivo cualquiera; y serán relativamente inidóneos los medios que no hayan tenido en sí la posibilidad de llevar a término el delito querido, bien sea por las condiciones del sujeto pasivo o por las circunstancias que acompañan la acción, pero que podrían conducir a una consumación si se hubiesen dirigido a sujetos u objetos pasivos pero en otras circunstancias.

La tentativa inidónea en el *iter criminis*

Tal y como ya comentamos, es necesario también contextualizar el delito imposible en el *iter criminis*, concretamente en el entorno de la tentativa, para una mejor comprensión del injusto.

En este sentido, establece la doctrina que en el *iter criminis* pueden apreciarse dos fases, una interna y otra externa. La fase interna, que está exenta de sanción penal y en la que sólo afloran en la mente del autor las ideas sobre el delito, está la ideación, deliberación y resolución, llamada por los escolásticos “*la tentación*”. En ella el individuo se debate entre actuar o no, puede rechazar su idea criminal y volverla a tomar hasta arribar a una decisión que aún no exterioriza pero que puede llevarlo a transitar los dos procesos siguientes de preparación y ejecución¹⁰.

⁸Sancinetti. 1995. Pág. 49

⁹Alcácer. 2000. Pág. 130

¹⁰Jiménez de Asúa. 1951. Págs. 217 y 218

En relación a la punibilidad de las ideas, no nos adentraremos en el tema por estar fuera del alcance de este trabajo, sin embargo podemos referir que por razones relativas a la dignidad humana, no se persiguen los pensamientos, aunque sí existieron juristas que en algún momento del desarrollo del derecho penal¹¹ justificaron su castigo¹².

En la fase externa, la resolución trasciende al exterior a través de actos preparatorios o de ejecución. Los primeros no implican el comienzo de ejecución del delito y como regla general no son punibles.

La fase externa del *iter críminis* relativa a los actos ejecutivos, contiene a su vez dos o tres estados en los que la acción delictiva pudiera finalizar, esto dependiendo del sector de la doctrina que lo analice. Una primera posición de la doctrina incluye en la tentativa, al conjunto de actos idóneos previos a la consumación, bien sea que el actor los haya llevado a cabo todos o que haya realizado sólo algunos, siempre y cuando estos últimos sean considerados idóneos. Vale decir, que en el contexto de los hechos punibles, no hay conducta que no sea tentativa o consumación.¹³ La segunda, contempla dentro de los actos previos e idóneos para la consumación, dos posibilidades: la tentativa propiamente dicha y la frustración. Esta última dirección se manifiesta en el Código Penal venezolano, al distinguir claramente la tentativa de la frustración, requiriéndose para ambas, que el agente haya comenzado a realizar actos ejecutivos¹⁴. En efecto, para este enfoque, la característica fundamental de la tentativa, es haber iniciado los actos ejecutivos y paralizarlos por causas ajenas e independientes de la voluntad del agente; mientras que en la frustración, tal y como lo establece el Código Penal venezolano, la voluntad de cometer el delito debe manifestarse en la realización de todo lo necesario para la consumación del mismo, de tal forma que el curso natural de los actos realizados, deberían producir la consumación del delito, no obstante este no se produzca debido a circunstancias independientes de la voluntad del sujeto activo que impidieron la consumación.¹⁵

Pero también son parte del *iter críminis* dos institutos interesantes: el **desistimiento** y el **arrepentimiento**¹⁶. En el primero el infractor lleva a

¹¹Ferri. 1907. Pág. 148.

¹²Muller. 2006. Pág. 314

¹³Jiménez de Asúa. 1951. Págs.241 y 242.

¹⁴Artículo 80. Código Penal Venezolano

¹⁵Arteaga. 2012. Págs. 365, 366 y 367

¹⁶“...se deduce claramente que en el desistimiento *sensu stricto*, el agente se detiene por propia voluntad en la práctica de actos ejecutivos, que no realizó aún en su totalidad. Por eso se habla de desistimiento. En cambio, cuando el agente ha practicado todos los actos ejecutivos que producirán como efecto el resultado anticipado, y se impide éste por la voluntad del sujeto activo, **hay arrepentimiento**. Pero en un caso como en otro el delito

cabo un acto de contrición en la etapa correspondiente a los actos ejecutivos, pero antes del último de ellos que se manifiesta en el mundo exterior. Es necesario que experimente una compunción por el mal que está haciendo, sin que causa alguna lo lleve a tomar esa determinación; nos referimos a una actividad del espíritu, una actividad interior resultado de un resurgir de la conciencia que obliga al individuo a detener su quehacer inhumano. Cronológicamente, el desistimiento con relevancia penal opera sólo en la etapa de actos ejecutivos, en la fase de tentativa puesto que como se dijo, se presenta sólo antes del último acto ejecutivo¹⁷. Este comportamiento, por política criminal, no es penado puesto que premia al hombre que se arrepiente y se detiene en su desvío social.

En cuanto al arrepentimiento propiamente dicho con relevancia penal, el mismo puede ser posible en dos estadios: después del último acto ejecutivo previo a la consumación y luego de la consumación. A su vez distinguimos dos fases dentro del arrepentimiento previo a la consumación, las cuales denominamos arrepentimiento activo y arrepentimiento eficaz¹⁸. Aclaramos, no basta con el arrepentimiento (activo) sino que hay que llevar a cabo acciones para que no se produzca el resultado típico (eficaz). Así, quien después de completar el camino del delito, se arrepiente sin que medie motivo externo que lo empuje a evitar la consumación (arrepentimiento activo), no sería sancionado si evita la consumación (arrepentimiento eficaz) y solo se le puniría por los otros delitos asociados, si acaso los hubiera¹⁹. También es factible un arrepentimiento post consumación, en el que el acto de retracción sucede después de que la víctima ha sufrido completamente la acción criminal²⁰. Aquí

no estaba consumado, y es su consumación la que se impide desistiendo o arrepiéndose voluntariamente de su producción, si bien el desistimiento se opone a la consumación del delito interrumpiendo la realización de los actos ejecutivos, mientras el arrepentimiento se opone a la consumación, interponiéndose entre la acción ya realizada y el resultado del tipo delictivo que el agente se propuso efectuar.” (resaltado nuestro). Jiménez de Asúa. 1970. Tratado de Derecho Penal. Tomo VII. Pág. 848.

¹⁷A manera de ilustración, es el caso de una persona que penetra en una casa para robar y una vez que toma las joyas, se arrepiente y desiste voluntariamente sin que algún agente exterior lo induzca a recapacitar, debido a que la casa y las joyas son de un amigo suyo. Abandona así la casa y no deja huellas de su accionar.

¹⁸Mayer. 2007. Pág. 372.

¹⁹A manera de ejemplo, tenemos el caso de alguien que después de suministrar un veneno a su invitado a tomar café, luego de verlo retorcerse en el suelo, se arrepiente (arrepentimiento activo) y le da a beber el antídoto (arrepentimiento eficaz), volviendo la víctima a su estado normal. Pero si el sujeto pasivo no muere pero sufre graves lesiones intestinales, sería punible la actividad del agente por lesiones leves, o graves dependiendo del caso.

²⁰En relación al robo, establece: “... si ya está en poder del sujeto activo, si ya se ha apoderado de ella, el delito está perfecto y sólo cabrá arrepentimiento reparador y aunque quepa admitir según las circunstancias y los textos legales, si éste es también una excusa

la punición es efectiva, sin embargo, el arrepentimiento opera como atenuante en la imposición de la pena respectiva²¹, tal y como podría desprenderse del artículo 74 numeral 4to. del Código Penal venezolano.²²

A este nivel de detalle, en la doctrina venezolana Mendoza Troconis (1973) no distingue el arrepentimiento pre consumación con el arrepentimiento post consumación al expresar que se aprecia como una atenuante la conducta de quien “*con su acción nueva impide o anula el resultado*”²³, así se infiere puesto que de acuerdo a lo ya analizado, cuando impido el resultado ya finalicé los actos ejecutivos y realizo acciones que imposibilitan la consumación (arrepentimiento eficaz), mientras que cuando anulo, ya se consumó el delito y ejecuto acciones para retrotraer la situación al estadio previo a la consumación (arrepentimiento post consumación). En ambos casos el tratamiento es totalmente diferente puesto que en el primer caso la víctima no ha sufrido el delito y no hay punición para el delincuente sino por las consecuencias colaterales de su accionar, mientras en el segundo escenario, ya la víctima experimentó la consumación por lo que hay punición con la posible atenuante.

El mismo desconcierto nos lo trae De Miguel (1981)²⁴, mientras que su hijo De Miguel Serrano (1957)²⁵, no solamente distingue claramente estos dos institutos del párrafo anterior, sino que los diferencia conceptualmente del desistimiento. Gráfico del *iter criminis*:

La cuestión terminológica

Podría entenderse como contradictoria la denominación delito imposible puesto que algunos autores consideran que si una conducta dolosa carece de

absolutoria posterior, nos hallamos, a nuestro juicio, únicamente ante una atenuante.” Pérez. 1985. Págs. 321, 322.

²¹A manera de ilustración, es el caso de una persona después de robar un vehículo lo devuelve a los tres días porque considera que su dueño lo necesita más que él, o el caso de quien invade un terreno y luego lo devuelve pagando los daños y perjuicios. Nótese aquí que es diferente la devolución por acto de conciencia que devolución porque ya no se necesita. En uno y otro caso la pena varía, teniendo más impacto el acto moral.

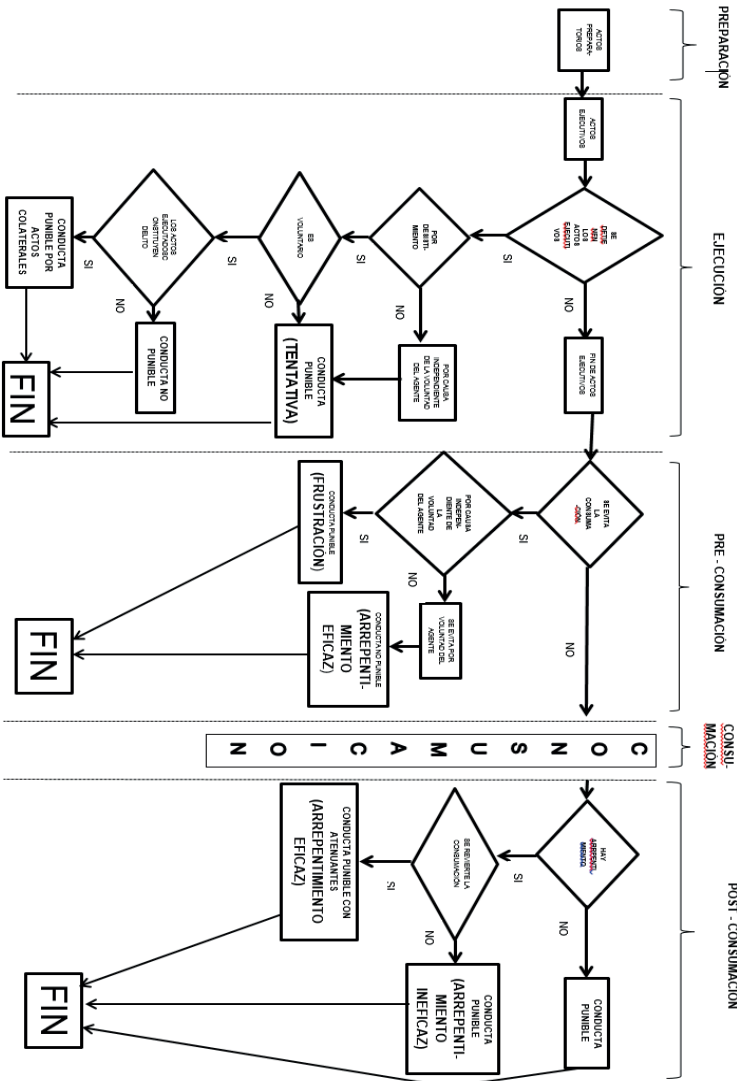
²²“Artículo 74. Se considerarán circunstancias atenuantes que, salvo disposiciones especiales de la ley, no dan lugar a rebaja especial de pena sino a que se las tome en cuenta para aplicar ésta en menos del término medio, pero sin bajar del límite inferior de la que al respectivo hecho punible asigne la ley, las siguientes: . . . 4. Cualquier otra circunstancia de igual entidad que a juicio del tribunal aminore la gravedad del hecho.”

²³Mendoza Troconis. 1973. Pág. 130

²⁴De Miguel Pérez. 1981. Pág. 374

²⁵De Miguel Serrano. 1957. Pág. 84

ITTEB CRIMINIS



aptitud *ex ante* para realizar el tipo objetivo, no debiera calificarse de delito, sino como tentativa²⁶.

En nuestra opinión, no existe ningún contrasentido puesto que al detallar la conducta del actor *ex post*, es imposible la consumación del delito planificado, lo que justifica que algunos autores o códigos penales llamen al ilícito “*delito imposible*” a efectos prácticos. De hecho, en muchos ordenamientos jurídicos tales como los de Alemania, Argentina, Brasil, Bolivia, Cosa Rica, Cuba, El Salvador, Guatemala, Honduras, Italia, Nicaragua y Perú, entre otros, la conducta de haber llevado a cabo todos los actos necesarios para lograr la consumación, está tipificada como conducta susceptible de pena de prisión o de medidas de seguridad, independientemente de que no se alcance la consumación por inidoneidad de medios, de objeto o inexistencia de objeto o inexistencia de sujeto²⁷.

Entonces se trata, en dichas legislaciones, de actos ejecutivos al adecuarse la actividad del agente al supuesto de hecho dispuesto en la norma penal a que se refieran dichos actos, puesto que si realizamos el mismo escudriñamiento *ex ante* sí era posible la consumación, a la vista de un observador imparcial con el conocimiento natural de cualquier individuo²⁸. Esto contraría lo que mantiene un sector de la doctrina²⁹ al expresar que en estos casos, *ex ante* la conducta siempre se mostrará incapaz de producir el resultado ideado.

Entre tanto, el desarrollo de la doctrina sobre la tentativa inidónea, como veremos más adelante, tanto en su perspectiva objetiva como subjetiva, terminan resaltando como un hecho indiscutible la peligrosidad del individuo *ex ante* para justificar la punibilidad de la conducta, razón por la cual, ésta última es pasible de sanción independientemente de la consumación³⁰.

Se trata entonces de que la expresión “*delito imposible*” obedece más a una tradición convenida con origen justificado, que se ha difundido in extenso tanto en la parte legislativa como en la bibliografía dogmática y jurisprudencial, sin que sobre esto se haga punto de honor.

En cuanto a si llamarlo “tentativa inidónea”, “tentativa de delito imposible”, “frustración de delito imposible” o “delito imposible”, vale la pena comentar que en realidad, cualquier cadena de acciones realizadas con el fin de lograr una consumación, que al final no se alcanza, puede llamarse tentativa, por lo que no creemos forzado llamar al delito imposible, tentativa inidónea, más que tentativa de delito imposible o frustración de delito imposible, ex-

²⁶Cavallero. 1983. Pág. 85

²⁷Ver en este mismo texto “Punición de la tentativa inidónea en algunos países”, pag. 85

²⁸Mir Puig. 1996. Pág. 347

²⁹Cavallero. 1983. Pág. 143

³⁰Mir Puig. 1996. Pág. 347

presiones estas últimas que nos parecen alejadas del análisis lógico-causal del ilícito. Sin embargo, en el contexto de la totalidad de los actos previos a la consumación, debe haber una distinción entre el subconjunto de ellos que no completan la secuencia necesaria para la concreción del delito y el conjunto de actos que realizados en su totalidad son suficientes para la consumación; aunque en ambos casos son los elementos externos independientes de la voluntad del actor los que impiden el ilícito.

Capítulo II

Breve Reseña Histórica

Aunque el desarrollo de la tentativa inidónea como instituto penal es resultado de la moderna dogmática, los antiguos fijaron su atención en este instituto, concretamente nos referimos a los juristas italianos del Imperio Romano, de la Edad Media y del Renacimiento. Podemos ver que la tentativa inidónea fue abordada por el derecho romano más por razones de la vida diaria que por exigencias técnico jurídicas, concibiéndose la penalidad desde el punto de vista práctico. Wintritz, citado por Jiménez de Asúa, clasificó a Neratio y Pomponio como subjetivistas por su inclinación a punir la tentativa inidónea y consideró a Ulpiano y Paulo como objetivistas, a pesar de que Ulpiano sostuvo el castigo para la mujer que casada con un hombre cuyo matrimonio era nulo jurídicamente, sostuviere relaciones sexuales con un tercero³¹.

A pesar de que los romanos no iniciaron la utilización del término adecuado, no puede inferirse que la tentativa para ellos fuera impune, más bien lo contrario, la tentativa se castigó en Roma tal cual como el delito consumado en los casos graves como regla general. Si bien siempre se ha tratado de un concepto controvertido, podemos afirmar que la diferenciación entre el delito consumado y el tentado tuvo cierto desarrollo durante el imperio romano. Tenemos conocimiento de que durante el reinado imperial de Augusto: “*los magistrados pudieron sancionar con pena extraordinaria –fuera de los casos castigados por la ley con pena ordinaria-, los casos de delito intentado, basados en que, los actos externos puestos en obra, se considerasen peligrosos para la paz pública o la seguridad individual*”³².

³¹Arenas Candelo. 1998. Pág. 42

³²De otra opinión, en la obra de Fernández de Moreda: Enrico Pessina, para quien hay que hacer las siguientes distinciones: 1) En los más graves de los *delicta publica*, como el

Fueron entonces los juristas italianos los que comenzaron a dibujar el concepto de tentativa, tomando en cuenta los aspectos subjetivo, objetivo o dañoso³³. De ahí que en el siglo XIII, estableció Alberto De Gandino su fórmula en la que: quien ideara, actuara y consumara debía ser penado; pero si ideara y actuara pero no consumara, habría de analizarse si quiso y pudo o si quiso y no pudo; quien quiso y pudo pero no consumó debía ser exculpado; quien quiso pero no pudo debía ser castigado, porque lo que cuenta es la mala voluntad y no el perfeccionamiento³⁴. Obsérvase en este enfoque una posición subjetivista de De Gandino.

A partir del siglo XVI, con los juristas Farinacio y Menocchio, el tema de la tentativa cobra mayor auge. El primero defendía la tesis de que la pena de la tentativa debía adaptarse a la cercanía o lejanía en que se encontraban los actos del agente en relación a la consumación. Pero al referirse en sus escritos a lo que hoy llamaríamos tentativa inidónea, eximía de pena a quien tratara de delinquir de tal forma que de continuar con su intento no pudiera resultar daño para ninguna persona. Hallamos así en Farinacio una posición netamente objetiva. En cambio Menocchio si abogaba por la punición de la tentativa inidónea.

En el mismo siglo XVI en Alemania, bajo la influencia de la tradición medieval italiana que dominó hasta el siglo XIX, en el año 1532, el art. 178 de la Ordenanza de Carlos V exigía que los actos de la tentativa fueran realizados mediante manifestaciones externas que pudieran ser adecuadas para la consumación del ilícito, de donde se infiere que se dejaba a un lado la punición del delito imposible, mostrando entonces una posición netamente objetivista. Ya en el siglo XIX, la dogmática penal tuvo que abordar el problema de la inclusión o no de los actos preparatorios de la tentativa punible y fundamentalmente la cuestión de la tentativa inidónea con una clara posición objetiva y una subjetiva, negando en la primera su punibilidad y justificándola en la segunda con ciertas condiciones. Así, el código Prusiano de 1851, a la par del Código Penal francés de 1810, mantuvo una posición de impunidad de los actos

homicidio y el crimen de lesa majestad en virtud del principio político de la intimidación. Siempre que el propósito criminoso fuese manifiesto, la acción reveladora de tal propósito, por débil que fuera su contenido, era equiparada al propósito realizado. 2) Con relación a los *delicta privata*, por el contrario, el resultado realizado era condición esencial para la responsabilidad del agente. 3) La noción del conato propiamente dicho, según su justa apreciación, como punible pero con pena menor a la señalada para el delito consumado, empieza a presentarse en tiempos del Imperio, pues con respecto a alguno de los crimina extraordinaria se hizo la distinción del delito perfecto y el imperfecto, siendo castigado éste con pena menor. Cavallero. 1983. Págs. 83 y 84, citando investigaciones de Fernández de Moreda, Blasco, pág. 779.

³³Cavallero. 1983. Pág. 84

³⁴Ibid. Pág. 84

preparatorios y de la tentativa inidónea; sin embargo, la posterior influencia de Von Buri inclinó el código por la punibilidad de la tentativa inidónea y la ampliación de la tentativa a ciertos actos preparatorios³⁵. Es evidente entonces, que no son nada recientes las profundas controversias alrededor de la tentativa inidónea.

Teorías Objetivas

Las teorías objetivistas sobre el delito imposible tienen su fundamento en los *principios de necesidad de las penas y de lesividad del bien jurídico*, principios estos que marcan la imprescindible diferencia entre derecho y moral. En esta senda, la imposición de pena a una conducta determinada marca la extracción de esa conducta del ámbito de la moral, por lo que el principio axiológico de la separación entre derecho y moral dispone que la prohibición de comportamientos meramente inmorales, o de estados de ánimos pervertidos u hostiles, impone la tolerancia jurídica de toda actitud o comportamiento no lesivo para terceros. He allí que justo porque la intervención punitiva es la técnica de control social más gravosamente lesiva de la libertad y de la dignidad de los ciudadanos, el *principio de necesidad* exige que se recurra a ella sólo como remedio extremo. Por eso, la medida de las penas es un asunto de vital importancia en el diseño de los códigos, puesto que ésta debe aplicarse en concordancia con el daño real al bien jurídico afectado; un exceso en este pretendido balance nos conduciría a un desequilibrio social con tendencia a la arbitrariedad ya que “... en este exceso de mal debe calcularse la infalibilidad de la pena y la posible pérdida del bien que el delito produciría. Todo lo demás es superfluo y, por tanto, tiránico. Todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no se derive de la absoluta necesidad, es tiránico³⁶”.

En esa misma dirección enunciaba Aristóteles: “*las prohibiciones, no menos que los castigos, son un mal artificial o contra natura*”, quien concluye justificándolas sólo por la necesidad de defender los derechos fundamentales de los ciudadanos³⁷.

Paralelamente, el principio de lesividad constituye también el fundamento axiológico de uno de los elementos sustanciales o constitutivos de delito: la naturaleza lesiva del resultado, esto es, de los efectos que produce. La absoluta necesidad de las leyes penales, resulta condicionada por la lesividad para terceros de los hechos prohibidos, según el principio de la tesis: *nulla recessitas sine iniuria*, y en la consiguiente tesis, *nulla poena, nullum crimen, nulla lex*

³⁵Ibid. Págs. 85, 86 y 87

³⁶Beccaria. 1764. Pág. 112

³⁷Ferrajoli. 1995. Pág. 465.

poenalis sine iniuria. Este principio se manifiesta ya en Aristóteles y Epicuro y es común a toda la producción penal en Hobbes, Pufendorf y Locke, hasta Beccaria, Hommel, Bentham, Pagano y Romagnosi, quienes ven en el daño a terceros la medida y la justificación de las penas, suponiendo así una minimización de la violencia y protección de los débiles contra los ataques de los arbitrarios, en una concepción del derecho penal como medio de protección de los derechos de los ciudadanos³⁸.

El criterio objetivo clásico expresa que el daño es el aspecto esencial del delito, siendo este inmediato o directo y cuya concreción es la agresión directa de un derecho y mediato o moral conformado por la amenaza contra los buenos ciudadanos, el mal ejemplo de los malos y la pérdida de fe por parte de la ciudadanía en cuanto a seguridad pública se refiere³⁹.

Pero no es sino en Alemania a principios del siglo XIX, cuando el jurista de esa nación Feuerbach, por primera vez se acerca a la tentativa inidónea cuando propone un criterio objetivo para punirla “*en el foro de discusión doctrinal de forma sistemática y con una problemática propia*”⁴⁰, al manifestar que entre la acción realizada con la intención de causar el resultado y este último, existe una posible relación causal, que permite afirmar la peligrosidad de la acción y, por lo tanto, de la tentativa. Refirmando lo anterior, asume que una acción externa intencional para la producción de un delito, “. . . *constituye ya infracción en sí misma y se castiga cuando la acción en sí misma, según su naturaleza externa, está (indirecta o directamente, poco o mucho) en relación causal con el delito perseguido.*”⁴¹

Seguidamente, establece Feuerbach que una acción es antijurídica cuando daña o hace peligrar un derecho, es decir, la intención antijurídica por sí sola no genera la antijuricidad; sobre esto comenta que “*quien habla del delito de administrar un supuesto veneno, o bien, de la tentativa de dar muerte a un cadáver, confunde lo moral con lo jurídico, los fundamentos de la Policía de Seguridad con el derecho a la pena, y deberá considerar también culpable de una tentativa de homicidio al bávaro que se dirige hacia una capilla en peregrinaje para rogar allí por la muerte de su vecino.*”⁴²

Es así como desde los principios establecidos por Feuerbach las teorías objetivas enunciaron variadas maneras de enjuiciar el peligro de la conduc-

³⁸Ibid. Pág. 466

³⁹Carrara. 1971. Pág. 137

⁴⁰Alcácer. 2000. Pág. 129

⁴¹Farré Trepát. 1986. Pág. 283

⁴²Feuerbach. 1808. Págs. 71 y 72

ta, originándose las idoneidades absoluta y relativa y los peligros concreto y abstracto⁴³.

Por su parte, esta teoría clásica fue desarrollada en Italia, entre otros, por Romagnosi y Carrara, para quienes conforme al principio de lesividad, para dar vida al delito, es imprescindible la lesión inmediata (mal sensible causado por la violación del derecho), mediata o moral. Ha de observarse entonces que, en cuanto a la tentativa inidónea, Carrara encontró el daño mediato o moral en el peligro corrido (*pericolo corso*) que ha existido realmente como hecho. Por eso, establecía como condición necesaria para que la autoridad social pueda declarar que una acción es imputable a un sujeto, que la acción sea dañosa a la sociedad y que la autoridad civil tiene como fin la defensa del orden externo, no siendo función suya conseguir el perfeccionamiento interno⁴⁴. Coincidiendo con Mittermaier, en cuanto a inidoneidad absoluta y relativa, comenta que la relativa se verifica dependiendo de las circunstancias propias de los hechos. Ilustra su dicho con el ejemplo de la cantidad de veneno que pudiera en algunos casos surtir efecto y en otros no, dependiendo de la constitución física del sujeto pasivo, pero asegura que en ambos casos se está en presencia de tentativa puesto que el acto externo representa un grado de peligro independientemente de la fortaleza o debilidad de la víctima⁴⁵.

Teoría de la realización parcial del delito

Su exponente principal en Alemania fue Binding y *su esencia estriba en que la acción debe ser concretamente adecuada para conducir a la consumación*. En otras palabras, entre la acción realizada y el resultado perseguido debe existir una relación causal concreta. La determinación de los supuestos que contienen realmente la posibilidad de producir el resultado, conduce al examen de la acción concretamente realizada, y, sólo en el caso de que la misma contenga todos los elementos necesarios para producirse la consumación, podrá afirmarse la presencia de una consumación parcial, un principio de ejecución, una parte objetiva de la ejecución. Ilustrando lo anterior, traemos un ejemplo manejado por la doctrina: Si dos personas, A y B, apuntan cada uno de ellos con una pistola con la intención de matar a C, y son detenidas en ese momento por la policía, comprobándose más tarde que la pistola de A estaba descargada sin él saberlo y que la pistola de B si estaba cargada, entonces sólo es punible la acción de B porque la acción de A no suponía en realidad la realización parcial del delito de homicidio ya que la consumación no hubiera

⁴³Alcácer. 2000. Pág. 132

⁴⁴Cavallero. 1983. Pág. 93

⁴⁵Ibid. Págs. 94 y 95

sido posible con una pistola descargada. En cambio si es punible la acción de B porque es idónea para producir el resultado⁴⁶.

Esta teoría no tuvo gran aceptación por la doctrina alemana y fue objeto de críticas tanto por parte de los objetivistas como de los subjetivistas, en vista de que no solo conduciría a la impunidad del delito imposible sino de toda tentativa, puesto que cualquier tentativa de delito se caracteriza por no haber conducido al resultado en el caso específico, por la falta de una relación causal concreta entre la acción y el resultado perseguido por el autor. En general no puede oponerse a la punibilidad del delito imposible la falta de relación causal, porque toda tentativa se caracteriza por su falta de relación causal con el resultado⁴⁷.

Teoría de la falta de tipo

Tiene su origen en el siglo XVIII y surge con el objeto de aplicar una pena disminuida cuando faltase un elemento esencial del delito, limitándose así la arbitrariedad existente en aquel período histórico. En ese sentido, Beling denomina ausencia de tipo, la ausencia de alguno de sus elementos. La impunidad experimenta, según él, en los casos de tal ausencia, una excepción con arreglo al derecho vigente; puede faltar el fin del delito, sin que por eso la tipicidad del acto desaparezca (tentativa punible). En su opinión, para la tipicidad es suficiente la existencia del comienzo del tipo; el comienzo del tipo ha sido configurado por la ley como forma de aparición del tipo que permite la aplicación del “*tipus*” del delito. Cualquier otra ausencia en el tipo excluye dicha aplicación. Por eso la denominada tentativa absolutamente inidónea no es consumación ni tentativa, sino como lo califica Beling “*nada jurídico penal*”⁴⁸, “*un delito putativo*”⁴⁹.

En la misma senda, Binding distingue entre tentativa inidónea y tentativa, en el elemento formal del tipo. Según él, ubicando la tentativa inidónea en la tentativa, las acciones que pueden dar lugar a la tentativa son aquellas en las que pueda haber una parcial conformidad con el tipo determinado. Sobre este tópico es importante acotar que, tal y como lo expresa Figueroa, “*una cosa es la realización de la acción típica y otra la realización del tipo*” por lo que “*en la mayor parte de los delitos no coincidirá la realización de la acción típica con la realización del tipo*”⁵⁰. En estos términos, lo que falta en la ten-

⁴⁶Farret Trepas. 1986. Págs. 284 y 285

⁴⁷Ibid. Pág. 287

⁴⁸Núñez Barbero. 1963. Pág. 92

⁴⁹Alcácer. 2000. Pág. 146

⁵⁰Figueroa. 2008. Pág. 267

tativa es la producción del resultado, la realización del tipo. Interpretamos por tanto que en este enfoque resalta la ausencia de la realización del tipo, puesto que lo que falta en la tentativa inidónea es la identificación del acto con el modelo fijado en la ley, sólo en cuanto a la realización del tipo, puesto que a todas luces se cumple la realización de la acción típica.

En términos de Figueroa, pudiéramos inferir que en la tentativa inidónea se realiza la acción típica mas no el tipo, puesto que igual que en la tentativa, esta *“es una conducta que se acerca de tal manera al tipo que para cualquiera resultaría indudable que va a materializarse”*⁵¹. En la tentativa se da el incumplimiento de un resultado posible, mientras que en la tentativa inidónea habiendo también una ausencia de resultado, este de todas formas es imposible; allí se trata de un menos, aquí de una diversidad. No hay tentativa de delito porque falta el delito en su raíz, por defecto de los elementos esenciales del mismo. En posiciones alrededor de Binding se manifiestan Graf Zu Donha, M.E. Mayer, Liszt-Schmidt, Frank, Sauer y Mezger⁵² aunque con este *“comienza una tendencia intermedia al establecer que es condición necesaria para la punición del delito imposible, la peligrosidad de la acción en relación al bien jurídico de que se trate”*⁵³.

Jakobs expresa que la representación del autor que se arroja un asunto de la víctima podría descansar en un error, lo cual le quita a la tentativa su lado objetivo, puesto que el agente ha intentado dar comienzo a la realización del tipo pero la tentativa se ha desconfigurado. Esto rememora algunos aspectos de la teoría de la falta de tipo. *“Una conducta que tan solo aparece como una arrogación de organización cuando se añade la representación no objetivada del autor es socialmente insignificante y, si se la convierte artificialmente en tentativa, se castigan representaciones, no hechos”*. Esto es de suma importancia al considerar tanto la ausencia de objeto de agresión en el sitio del suceso como en la utilización de medios inidóneos en un examen posterior⁵⁴.

Jakobs reafirma una posición objetiva al referirse a la tentativa burdamente insensata cuando asegura que la misma *“ni arroja ningún peligro ni puede generar delito alguno, pues de lo contrario la representación sería socialmente adecuada y sensata y esto es obvio a la luz de que la manifestación del autor diverge con mucho de lo sensato”*. Sin embargo, más adelante, creemos que sobre el tema aquí tratado, el representante de la escuela de Bonn se manifiesta con una posición plenamente subjetiva⁵⁵.

⁵¹Ibid. Pág. 266

⁵²Farret Trepas 1986. Pág. 289

⁵³Núñez Barbero. 1963. Pág. 98

⁵⁴Jakobs. 1997. Pág. 304

⁵⁵Ibid. Pág. 894

Otro enfoque actual, calificando la tentativa inidónea como tentativa aparente, establece como ausencia de tipo cuando es inocua *ex ante* la cosa elegida como medio, esto es, totalmente inidónea para consumar el delito. Aquí ni siquiera es necesario analizar la lesividad por la absoluta imposibilidad del resultado de la acción, la ausencia de tipo objetivo propiamente dicho, como puede ser la vida en el caso de homicidio, la cosa ajena en el hurto o la mujer ajena en el caso de adulterio, el soborno en caso de quien no es testigo o el soborno en caso de quien se cree funcionario público, entre otros. En estos supuestos la tentativa es indiscutiblemente aparente dado que los elementos del tipo objetivo sólo existen en la imaginación del autor⁵⁶.

De manera similar varios autores se han mostrado partidarios de la teoría de la falta de tipo, entre estos podemos mencionar: Anton Oneca⁵⁷, Quintano⁵⁸, Cerezo Mir⁵⁹, Jiménez de Asúa⁶⁰, Núñez Barbero⁶¹ y Frías Caballero⁶². En Venezuela, Figueroa entraría en esta tendencia al expresar que si la conducta de un individuo se subsume objetiva y subjetivamente en el tipo legal, demuestra de esta manera “*su falta de solidaridad⁶³ social, al irrespetar los valores que inspiran a la norma, faltando sólo determinar si puede o no responsabilizársele penalmente del hecho*”⁶⁴.

De la misma manera, proclama Núñez Barbero que “*en general, en cuanto a la falta de tipo se refiere, el delito imposible es aquel en el cual, a la conducta desplegada le faltan los elementos esenciales exigidos por la particular figura*

⁵⁶Zafaroni. 2000. Pág. 797

⁵⁷Anton Oneca. 1949. Pág. 417

⁵⁸Quintano. 1958. Pág. 232

⁵⁹Cerezo Mir. 1961. Pág. 33

⁶⁰Jiménez de Asúa. 1970. Pág. 778 y ss

⁶¹Núñez Barbero. 1963. Pág. 92

⁶²Frías Caballero. 1996. Págs. 35 y 36

⁶³“La solidaridad la concibo entonces como una actitud racional, como una toma de posición ante la vida, la unión por un objetivo común, el asociarse con los demás para obtener ventajas comunes. La sociedad, viene a ser así, una empresa solidaria encaminada al beneficio mutuo. La solidaridad no es como la libertad, la igualdad, ni siquiera como la fraternidad, una palabra sonora o un puro ideal; la solidaridad es un hecho, por el cual los hombres convienen en agruparse. Pero la solidaridad es también un deber, un deber de permanecer unidos por el objetivo común, colaborando para el beneficio colectivo. La solidaridad entra así dentro de la categoría de los **deberes fundamentales**, es el primigenio de los deberes fundamentales, nacido de aquella actitud de apertura hacia los otros, obligando a mantenerse cohesionado con los demás, haciendo el aporte necesario para el bienestar de todos.” Figueroa. 2008. Pág. 125

⁶⁴Ibid. Pág. 170

*delictiva*⁶⁵ y por otra parte expresa una serie de ejemplos⁶⁶ sobre los cuales comenta que a estos supuestos deberían aplicárseles únicamente una medida de seguridad, en el caso de que revelaran la peligrosidad del delincuente, nunca una pena⁶⁷. El mismo pensamiento lo vemos en Reyes Echandía cuando nos dice, refiriéndose a la tentativa inidónea en el Código Penal Colombiano: “*Por tal razón, bien hizo el legislador de 1980 al suprimirla; su presencia era la consagración de la peligrosidad como fundamento de responsabilidad penal supuesto desechado en el nuevo estatuto, que la cimienta sobre el trípode tipicidad, antijuricidad y culpabilidad*”⁶⁸.

Teorías objetivo-materiales (teorías del peligro)

Estas teorías tienen como base el carácter peligroso de la manifestación de voluntad, aspecto esencial del concepto de tentativa inidónea; constituyen en sí, una continuación del desarrollo iniciado por Feuerbach. En esta tendencia se hacen depender la idoneidad o inidoneidad de los actos, de la posible relación de causalidad, de tal forma que no se hace depender el resultado perseguido, de la acción propiamente dicha, lo cual equipararía tal y como lo proponía Feuerbach, la tentativa inidónea con la tentativa no peligrosa. Su precursor, Mittermaier en Alemania, coincidentalmente con Carrara y Romagnosi en Italia, es seguido por numerosos autores alemanes durante el siglo XIX y parte del siglo XX; asimismo fue asumida por muchos autores en países de habla hispana⁶⁹.

El principal aporte de este enfoque estriba en que realiza un profundo desarrollo para diferenciar con precisión los supuestos punibles y los no punibles en el delito imposible. En general y atendiendo a la relación causal, exponen que la punibilidad de la tentativa inidónea no depende estrictamente de lo que en realidad sucedió sino de lo que en abstracto pudo suceder. Entonces, **si la acción no ha causado en concreto la consumación y tenía al-**

⁶⁵Núñez Barbero. 1963. Pág. 171

⁶⁶No solo concurre delito imposible en el disparo sobre un cadáver, en la comisión por quien no lo es de un delito de funcionarios, en la utilización de una sustancia inofensiva en lugar de veneno, entre otros, como señala la teoría de la falta de tipo, sino también en el disparo realizado a excesiva distancia, o bien con una pistola descargada o el disparar contra otra persona protegida con el chaleco a prueba de balas, o contra un coche blindado, en conclusión él manifiesta que el delito imposible es todo evento en los que el resultado es imposible, bien porque falten los elementos o circunstancias esenciales exigidas por la ley, o bien en todo caso y aun supuestos éstos, faltando sin embargo el peligro para el bien jurídico protegido.

⁶⁷Núñez Barbero. 1963. Pág. 161

⁶⁸Reyes Echandía. 1996. Pág. 127

⁶⁹Farré Trepas. 1986. Pág. 293

ta probabilidad para generarla, debe calificarse como objetivamente peligrosa. En estas reflexiones se cimienta la diferenciación entre el delito absolutamente imposible y el relativamente imposible, siempre teniendo como sustrato que este delito no debe castigarse en función de la mala intención o de la peligrosidad subjetiva sino en los casos en que el delito implique una infracción a la ley, lo que debe necesariamente apoyarse en la naturaleza adecuada de la acción y será adecuada si presenta las características que pertenecen al tipo de delito que el actor quiere materializar⁷⁰.

Aquí entonces es necesario distinguir entre inidoneidad de objeto y de medio en la ejecución de la tentativa inidónea. El objeto deberá ser adecuado para que sea realizable el delito. Un cadáver por ejemplo es un objeto absolutamente inidóneo para cometer un homicidio, por lo que concluyen Mittermaier y sus seguidores que, en presencia de un objeto inidóneo es siempre impune la tentativa inidónea puesto que ni absoluta ni relativamente dicho objeto es adecuado para producir la consumación. Bajo este enfoque, posteriormente Mittermaier consideró la posibilidad de inidoneidad de objeto pero relativamente, diferenciándolo del absolutamente inidóneo en que el primero podría producir la consumación probabilísticamente o al variar las circunstancias. Típicos ejemplos serían: para la inidoneidad absoluta de objeto, el disparar sobre un muerto y para la inidoneidad relativa de objeto, el dispararle a alguien que lleva un chaleco antibalas⁷¹.

En cuanto a la inidoneidad de medios, distingue Mittermaier dos estadios: inidoneidad absoluta, en la cual los medios utilizados nunca podrán producir el resultado deseado por el agente, e inidoneidad relativa, en la cual los medios son potencialmente adecuados. Esta óptica permitió ampliar el espectro de punición a ciertos supuestos de delito imposible cuyas características les hacía merecedores de pena⁷².

En esta misma senda, pero introduciendo una variable en cuanto a la inidoneidad absoluta y relativa, se manifiesta Ferrer Sama cuando habla de imposibilidad e insuficiencia, diferenciación ésta que en esencia no existe ya que en realidad la insuficiencia viene a ser una sub clase de la inidoneidad⁷³. De manera diferente se expresa Bacigalupo cuando emulando a Jiménez de Asúa, nos dice que la diferenciación entre inidoneidad absoluta y relativa ha sido rechazada por la doctrina por ser prácticamente irrealizable, al ser imposible una distinción precisa⁷⁴.

⁷⁰ Alcácer. 2000. Pág. 133

⁷¹ Mittermaier. 1816. Pág. 194

⁷² De la misma opinión, Fernández Carrasquilla. 1995. Pág. 374

⁷³ Ferrer Sama. 1946. Pág. 240

⁷⁴ Bacigalupo. 1999. Pág. 470

Una posición que podríamos llamar más evolucionada en cuanto a la peligrosidad de la acción, la manifiesta Von Liszt cuando dice que el parecer peligroso de la manifestación de voluntad es esencial al concepto de la tentativa punible, por lo que la tentativa no peligrosa (absolutamente inidónea), no es tentativa y, por consiguiente, no es punible. Al respecto aclara: “*Cuando atendidas las circunstancias cognoscibles, o conocidas del autor, en el momento del acto, se manifiesta imposible la realización de los caracteres esenciales del hecho, y, especialmente la producción del resultado, queda la tentativa impune, como no peligrosa*”. Ilustra su afirmación al expresar que la tentativa de aborto en mujer no embarazada, es punible cuando la existencia del embarazo no es completamente imposible; igualmente la tentativa de dar muerte a un niño que nace muerto, es punible si la muerte no es indudable. En otras palabras el juicio de peligro, y ahí está lo novedoso de su posición, además de emitirse conforme a una observación posterior (*ex - post*), quien lo dictamina, tiene que imaginar el peligro existente en el momento del hecho (*ex - ante*), teniendo en cuenta solamente aquellas circunstancias que se conocían en el momento de cometer el hecho y no solamente aquellas que se han conocido con posterioridad⁷⁵.

Se manifiesta Jescheck de manera similar calificando este enfoque como el correcto en un Estado Social y Democrático de Derecho en el que deben pensarse comportamientos que *ex ante* al llevarse a cabo luzcan como peligrosos para bienes jurídicos⁷⁶. Sobre estos particulares, un desarrollo brillante perfeccionando esta teoría de la peligrosidad, fue elaborado por Von Hippel (1930), en su obra “D. Strafrecht vol. II. Pág. 428”⁷⁷, cuando resalta con firmeza el enfoque de “*peligrosidad objetiva, como fundamento de la punibilidad de la tentativa*”, en otras palabras asienta: “*el fundamento jurídico de la punibilidad de la tentativa yace, pues, en el peligro objetivo de la realización del concreto tipo de delito*”.

Alineado con Von Liszt, pero desde una óptica del Derecho Penal orientado a la protección de bienes jurídicos, Bustos y Kratzsch⁷⁸, asumen que los delitos de peligro abstracto y la tentativa inidónea presentan una problemática afín y una estructura idéntica, siempre que se admita para ambas figuras una perspectiva objetiva *ex ante*⁷⁹. Igual se manifiestan entre otros, Serrano-Piedecasa⁸⁰ y el jurista español Santiago Mir Puig. Este último considera que

⁷⁵Von Liszt. 1917. Pág. 16

⁷⁶Jescheck. 1978. Pág. 788

⁷⁷Alcácer. 2000. Pág. 195

⁷⁸Ibid. Pág. Pág. 231

⁷⁹Ibid. Pág. 243

⁸⁰Serrano-Piedecasa. 2001. Pág. 417

existe tentativa inidónea cuando, habiendo inidoneidad de medios, de objeto o de sujeto pasivo, la consumación es realmente imposible. Afianzando la posición de que *ex post* toda tentativa demuestra no haber sido adecuada para consumir el delito, distingue dos estadios posibles: *ex post* las acciones que inicialmente eran capaces de la consumación y las que *ex post* se muestran incapaces de producir lesión, caracterizando como tentativa inidónea sólo las primeras, razón por la cual, esta es peligrosa *ex ante* en la medida en que para un espectador objetivo situado en el lugar del agente, la apariencia de idoneidad le hiciera concluir que la consumación era inevitable.

Aprecia igualmente Mir Puig que un Derecho Penal preventivo debe castigar comportamientos que *ex ante* luzcan como peligrosos para bienes jurídicos. Expone entonces que estamos en presencia de una peligrosidad estadística del hecho y lo califica como un peligro abstracto, diferente al peligro concreto inherente a la tentativa idónea, de tal forma que, “*como en todo delito de peligro abstracto, no es preciso que un concreto bien jurídico haya resultado estar en peligro, sino que basta la “peligrosidad típica” de la conducta*”. Presenta como casos emblemáticos el hecho de disparar a la víctima que parece dormir y que sólo es un almohadón y el caso del que conduce en estado de embriaguez, en los cuales tenemos una conducta peligrosa sin que se halle presente una posible víctima⁸¹.

Entre otras opiniones que tuvieron trascendencia dogmática pero que consideramos que de alguna forma giran alrededor de lo analizado, podemos mencionar la de Sauer quien considera que en una acción donde falta un carácter del tipo no existe delito puesto que este es la realización del tipo y la acción debe llevarse a cabo de un modo objetivo y no sólo en la imaginación del autor⁸².

En la misma dirección se manifiesta Mezger al decir que “*si falta el objeto o el sujeto que la ley exige, o el medio de ejecución específicamente exigido por la ley, o la referencia local, temporal o de otra índole... entonces existen circunstancias conforme a las cuales es de antemano imposible la realización del tipo del delito*”⁸³. En otra óptica afirma C. Dicke: “*Cuando el medio, una parte esencial de la acción es inidóneo, falta la causalidad potencial y la tipicidad. Ya que no se causó ningún daño y no existió nunca un peligro abstracto, falta también el fundamento para la antijuricidad*”⁸⁴.

En concordancia con la apreciación *ex ante* y *ex post* del peligro, Spendel, en el mismo camino que Von Liszt y Mir Puig, declara la necesidad de tomar

⁸¹Mir Puig. 1996. Pág. 346

⁸²Sauer. 1956. Págs. 174, 175 y 176

⁸³Mezger. 1957. Pág. 261

⁸⁴Farré Trepát. 1986. Pág. 307

en cuenta tanto la posición *ex ante* como la posición *ex post* para poder comprender el peligro ya que el hecho pudiera no parecer peligroso *ex ante* pero comprobarse su peligrosidad *ex post*⁸⁵.

Teorías objetivas y esquemas del delito

No pretende este trabajo desarrollar los elementos propios de la estructura del delito como conducta típica, antijurídica y culpable⁸⁶, la cual es común en los textos, sino hacer ver a cuál esquema del delito se asocia la tentativa inidónea a la luz de las teorías objetivas expuestas. Previamente, es oportuno comentar que la definición de delito antes mencionada, se logró luego de un largo recorrido histórico, en el que se aprecia como hito más importante, el esquema de Carrara en el que: “*una acción es imputable a un sujeto, si y solo si, esta se comete con voluntad inteligente y libre; se le puede imputar a un agente como acto reprochable; es dañosa a la sociedad y consta en una ley promulgada*”⁸⁷. De manera concordante, estamos hablando de que la conducta, como género, es una acción u omisión humana que en abstracto realiza el hombre con conciencia o sin ella y que puede o no estar sancionada por las leyes penales⁸⁸. Previamente asentaba Maurach (1962) que “*presupuesto de todo delito es que exista una acción. Si falta, no hay que plantear ya la cuestión referente a dolo o culpa, ni relativa al cumplimiento de un tipo concreto de delito*”⁸⁹. Así Nino (1980)⁹⁰, Cerezo Mir (1997)⁹¹

No menos importante pero en otra dirección, la Escuela Positivista en cabeza de Ferri, defendía la independencia del derecho penal de quienes pretendían subordinarlo a la Sociología Criminal, como supuesta “*ciencia general*

⁸⁵Ibid. Pág. 304

⁸⁶Comportamiento típico por acción u omisión (conducta), encuadrado en un tipo legal (típica), que contradice el ordenamiento jurídico al lesionar o poner en peligro un bien jurídico (antijurídica), cuyo comportamiento puede ser objeto de reproche por su contenido material y psicológico.

⁸⁷Carrara. 1971. Pág. 37

⁸⁸Atienza. 1987. Pág. 8

⁸⁹Maurach. 1962. Pág. 187

⁹⁰“el requisito de la acción fue diseñado para excluir las siguientes situaciones: 1) meras condiciones o estados de los hombres; 2) actitudes sin libertad física; 3) movimientos del cuerpo u omisiones en estado de inconciencia, o que resulten de la intervención de terceros; 4) actividades de animales, personas jurídicas, etcétera”. Nino. 1980. Pág. 40-41:

⁹¹“el primer elemento del concepto de delito en el derecho penal español es la existencia de una acción o una omisión. De este requisito deducíamos que no pueden constituir delito el mero pensamiento, ni la mera resolución delictiva no puesta de manifiesto por hechos externos, ni una simple disposición de ánimo o talante.” Cerezo Mir. 1997. Pág. 26

de la que el derecho es sólo un capítulo, el capítulo jurídico”⁹². El objeto de estudio del derecho penal, antes que el delito desde el punto de vista jurídico, era el hombre delincuente y el delito como un fenómeno de hecho, condicionado por causas endógenas y exógenas, entre las que se distinguían causas climáticas, físicas, políticas y económicas.

Se construyó luego un esquema dogmático clásico⁹³ en el que la acción es la modificación voluntaria del mundo exterior para la producción causal⁹⁴ de un resultado y después un esquema dogmático neoclásico donde la acción es un comportamiento socialmente relevante en el que lo importante para su determinación era el que hubiese voluntariedad y el contenido de la voluntad, lo que quiso el sujeto⁹⁵. En este sistema se separó el injusto objetivo (valorándolo desde la óptica de la dañosidad social), de la culpabilidad, valorada esta desde el punto de vista de la reprochabilidad; nótase así, que la característica básica de esta estructura es la filosofía de los valores neokantiana al referir la realidad a ciertos valores del espíritu⁹⁶. Luego nació como evolución de los anteriores, un esquema finalista⁹⁷, donde nos muestra el ilustre profesor de la Universidad alemana de Bonn y padre del finalismo penal, Hans Welzel, que “*la acción humana es ejercicio de actividad final*” no sólo causal. Esto

⁹²Ferri. 1907. Pág. 11

⁹³Esquema Lizt-Beling, así denominado por Welzel, en su texto “Derecho penal alemán”. 1980. Pág. 62

⁹⁴“... Bergson ha distinguido entre tres sentidos distintos de causalidad. “Una causa –escribe– puede actuar por *impulsión*, por *disparo* o por *desenvolvimiento*”. Lo primero está ejemplificado por la bola de billar; es el ejemplo en el que se piensa cuando se habla de causa física. El segundo está ejemplificado por la chispa que hace estallar un depósito de pólvora. El tercero está ejemplificado por la distensión gradual del resorte que hace girar al fonógrafo. Para Bergson, lo que distingue los tres casos es la mayor o menor solidaridad entre la causa y el efecto. “En el primero, la cantidad y la cualidad del efecto varían según la cantidad y la cualidad de la causa. En el segundo, ni la cualidad ni la cantidad del efecto varían con la cualidad y la cantidad de la causa: el efecto es invariable. En el tercero, finalmente, la cantidad del efecto depende de la cantidad de la causa, pero la causa no influye sobre la cualidad del efecto.” Solo en el primer caso, por consiguiente, la causa explica el efecto. Ferrater Mora, José. Diccionario de filosofía. 1984 (5ª edición). Pág. 468. CAUSA. (*L'Évolution créatrice*, 1907, Págs. 79-80)

⁹⁵Agudelo Betancourt, Nodier. 1995. Págs. 41 y 42

⁹⁶Roxin. 1997. Págs. 198, 199 y 200

⁹⁷“... (c) en sentido de “intención”, o “cumplimiento de intención”, como propósito, objetivo, finalidad. Desde Aristóteles se ha entendido con frecuencia la noción de fin (y la de finalidad) en relación con la idea de causa (v.). El fin es “causa final”, o “aquello por lo cual” algo se hace. Así, la salud es fin (o causa final) del pasear, pues se pasea *con el fin* de conseguir o mantener la salud. A veces es difícil distinguir entre el fin como causa final y la causa eficiente. A veces en cambio, como sucede con las acciones humanas, el fin como causa final es primer principio del obrar (Ética a Nicómaco). Conviene distinguir entre el ser para el cual algo es un fin y el fin mismo...”. Ferrater Mora. 1984. Pág. 1252. FIN, FINALIDAD.

se fundamenta en la capacidad del hombre de prever, dentro de lo que le es humanamente posible, las consecuencias de su actuar de acuerdo a su plan para el logro de los objetivos propuestos. Puede entonces el hombre direccionar su actividad orientando el acontecer causal hacia un fin que él previamente determinó. Entonces, “*actividad final es un obrar orientado conscientemente desde el fin, mientras que el acontecer causal no está dirigido desde el fin, sino que es la resultante causal de los componentes causales existentes en casa caso. Por eso, la finalidad es vidente, la causalidad es ciega*”⁹⁸. Sobre el particular acotaron con precisión Hormazábal Malaré (1980)⁹⁹, Bustos Ramírez (1987)¹⁰⁰ y Gimbernat Ordeig (1990)¹⁰¹, que los problemas de causalidad deben ser desplazados a la antijuricidad típica.

Es claro entonces lo crucial de la “*conducta típica*” en el derecho penal, principalmente para la doctrina finalista a efectos de promover sanciones para acciones u omisiones que pudieran no generar resultado, lesión o puesta en peligro de bienes jurídico-penales, al analizar en la acción típica subjetivamente, sólo los elementos contenidos en el concepto de “acción”, soslayando cualquier discusión sobre el resultado y el desvalor de resultado, minimizando o eliminando así el principio de ofensividad¹⁰². Al respecto y en la misma línea de Welzel se pronuncian también Kaufmann (1977)¹⁰³ y Zielinski (1990)¹⁰⁴. Kaufmann asocia el bien jurídico al “*desvalor de acción*” y opina que “*por regla general la actividad finalista que está vinculada con el desvalor de acto, trae consigo la lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico*”. De manera similar Morales Valdés (2009)¹⁰⁵ nos dice: “*El derecho penal pretende, en primer lugar, la protección de determinados bienes vitales para la comunidad. Pero para la valoración del hecho particular ya no interesa que éste esté “referido” reiter, es decir, a través de la causalidad, a un bien jurídico; lo decisivo aquí es únicamente el valor (o desvalor de acto)*”. Asimismo, la corriente finalista ha visto reflejados sus postulados en la teoría de los delitos de peligro al tener como único parámetro la verificación del “*desvalor de acción*”. Colegi-

⁹⁸Welzel. 1980. Pág. 53

⁹⁹Hormazábal Malaré. 1980. Pág. Pág. 554

¹⁰⁰Bustos Ramírez. 1990. Pág. 138

¹⁰¹Gimbernat Ordeig. 1966. Págs. 22 y 109

¹⁰²Véase cómo en la doctrina finalista el concepto de acción encierra el contenido de voluntad, anticipando las consecuencias como factor rector del acontecer exterior, haciendo de la acción un proceso lleno de sentido por cuanto los elementos anímicos-subjetivos que integran la antijuricidad, misma que es agotada antes de llegar al estudio de la categoría mencionada. Morales Valdés. 2009. Pág. 47

¹⁰³Kaufmann. 1977. Pág. 94

¹⁰⁴Zielinski. 1990. Págs. 1 y ss

¹⁰⁵Morales Valdés. 2009. Pág. 46

mos entonces que la conducta típica es una acción u omisión que el legislador debe suponer lesiva al bien jurídico, una conducta que supuestamente causará un daño, por lo que debe calificársela de “*desvalor de acción*”, porque estadísticamente producirá un “*desvalor de resultado*”.

Nótese que a pesar de las diferencias del esquema clásico con el neoclásico y el finalista, podemos decir que tienen la misma estructura pero con diferente contenido, aunque también coinciden en mantener la relación de causalidad como condición necesaria, puesto que como aseguraba Welzel, la relación de causalidad en el delito es una realidad ontológica que el derecho no puede desconocer¹⁰⁶.

Lo anterior cobra aún más relevancia si hablamos de un derecho penal de garantías en el que su función no sólo es la protección de bienes jurídicos sino el control del poder punitivo del Estado. La relación de causalidad entonces concebida como un aspecto ontológico “*permite aplicar la certeza (que no seguridad) de las ciencias naturales en la determinación del sujeto material del delito (de resultado)*”. No significa esto que la causalidad apreciada desde el punto de vista ontológico cumpla la función de garantía, sino que el derecho penal al tomar en cuenta un aspecto ontológico como la causalidad, alcanza con mayor certeza la concreción del autor material de un delito concreto. “*Dicha certeza, en determinados supuestos, sólo puede lograrse gracias a la naturaleza ontológica de la causalidad.*”¹⁰⁷

Ahora bien, tomando como referencia el contexto antes comentado, podemos ubicar la orientación objetivista de la tentativa inidónea, perfectamente en el esquema clásico. En el esquema clásico porque, al identificar como elementos básicos de la acción: la manifestación de voluntad, el resultado y la relación de causalidad, la tentativa inidónea como un todo, encuadra en las posturas de avanzada de las teorías objetivas desarrolladas a partir de Von Liszt. También con el esquema neoclásico debido a que en la tentativa inidónea es clara la manifestación de voluntad, los resultados representados por la situación de peligro creada observable *ex ante*, la peligrosidad típica de la conducta desplegada por el agente, la “*impresión social*”¹⁰⁸, la preocupación social, la conmoción social¹⁰⁹ y una relación de causalidad. Creemos entonces que al desvalor de resultado deben asignársele dos consecuencias: la social y

¹⁰⁶ Welzel. 1980. Pág. 66

¹⁰⁷ Modolell. 2001. Pág. 103

¹⁰⁸ Roxin. 1998. Págs. 268 y ss

De la misma opinión, Núñez Paz. 2003. Pág. 35

¹⁰⁹ “*para que se verifique la antijuricidad de una acción no solo es decisiva la voluntad que la preside, sino también aquello que ésta ha originado; y es que para la importancia del injusto se diferencia el modo en el que se manifiesta la voluntad hostil al derecho y, especialmente, si ha lesionado o no el objeto de la acción protegido por la disposición penal.*”

la jurídica, esto debido a que la producción de la conducta definitivamente genera una sensación de inseguridad pública y de afectación de la paz jurídica¹¹⁰.

Resalta entonces que la variante fundamental que tenemos en el esquema neoclásico con respecto al esquema clásico con relación a la acción, está materializada en que ésta ya no es una simple modificación del mundo exterior perceptible por los sentidos, sino que es un comportamiento socialmente relevante. Esto implica que el análisis realizado para el delito imposible en el esquema clásico, es perfectamente aplicable al enfoque neoclásico, aunque no pareciera lógico hablar de conducta omisiva en el delito imposible, por las características propias del presunto ilícito. Veremos más adelante como el punto de vista finalista, en cuanto a esquema del delito se refiere, se compadece con las concepciones subjetivas, sin perjuicio de que “*La opinión predominante en la dogmática reciente se mueve con sus proyectos sistemáticos dentro del marco prefigurado por el sistema neoclásico y el finalista*”¹¹¹.

Teorías Subjetivas

La tentativa inidónea se configura por parte de la teoría subjetiva como la manifestación de la voluntad delictiva, sustentando la punición sólo en esa voluntad. Por esa razón, si la voluntad fue realizada con medios idóneos o no, es indiferente desde el punto de vista jurídico. En general sostienen que toda tentativa se caracteriza porque no se produce el resultado perseguido por el autor, lo que le da el toque distintivo de inidónea. Esto implica, según ellos que no tiene sentido hablar de tentativa inidónea o de delito imposible. Así, quien dispara sobre una persona sin saber que ésta ya ha fallecido, pone de manifiesto su voluntad de cometer un homicidio, con igual claridad de que si el individuo estuviera vivo.

Los autores que defendieron estas tesis mantuvieron que lo esencial para el delito y la pena no es la parte material del hecho, sino la voluntad del autor, por lo tanto, toda tentativa es inidónea en tanto que no conduce a la consumación del delito.

Este enfoque se inicia en Alemania y Austria con Tittmann, Luden, Hertz, Críb, Schwarze, Jenul, Rosshirt, Bauer, Trummer, Eggger, Knapp, Heschel, Henke, Hepp, Oersted, Hälschner, Köstlin, Häberlin, Lammasch, Habicht,

Por esta razón la norma jurídica no es sólo norma de valoración, sino también en relación con el desvalor de resultado.” Jescheck. 2000. Pág. 255.

¹¹⁰Silva Sánchez. 1992. Pág. 420

De la misma opinión, Pozuelo Pérez. 2003. Págs. 283 y ss

¹¹¹Roxin. 1997. Pág. 201

Rosenberg (con algunos paliativos), Delaquis, Bar y Burchardt¹¹². En una segunda etapa resurge defendido tenazmente por Von Buri, quien pertenecía al Tribunal Supremo Alemán. Este por primera vez castigó la tentativa de aborto con medio inidóneo de forma muy clara, argumentando que en la tentativa la voluntad aflorada es el aspecto esencial contra el cual se dirige la ley penal, frente al resultado surgido de la voluntad delictiva en la consumación (24 de mayo de 1880). Con igual basamento en sus decisiones, Von Buri apreció la esencia de la tentativa en que concurre el tipo subjetivo del delito consumado en toda su extensión, contrariamente a lo que sucede con el tipo objetivo, al que le falta alguno de sus momentos. Esta falta en el tipo objetivo convierte a la realidad objetiva en absolutamente irrelevante ya que objetivamente no existe ninguna lesión jurídica completa ni parcial¹¹³.

Binding, sintetiza el pensamiento de Von Buri expresando que el delito consumado contempla un aspecto objetivo y otro subjetivo; el objetivo consiste en la lesión del bien conforme al ordenamiento jurídico y el subjetivo en la intención manifestada y reconocible a través de la acción del agente, razón por la cual la consumación desde el punto de vista subjetivo es harto evidente, justificándose entonces la punición. Sin embargo, aunque desde el punto de vista objetivo no existiría consumación, pues está ausente uno o varios elementos que lesionarían en todo o en parte el bien jurídico, aún así, tomando en cuenta lo esencial del accionar que es la intención, sería irrelevante que el autor se sirviera de medios idóneos o inidóneos o que dirigiera su actividad

¹¹²Jiménez de Asúa. 1970. Vol VII. Pág. 671

¹¹³«Permítasenos insistir en el pensamiento de von Buri, que se halla por vez primera en un estudio recogido en sus *Abhandlungen aus dem Strafrecht* (1862, págs. 53-90) y que, como acabamos de decir, desarrolla después en varios artículos de revista: “El delito consumado consiste en un tipo subjetivo y objetivo. El tipo subjetivo es la voluntad criminal puesta de manifiesto, de modo reconocible, mediante la acción; y el tipo objetivo es el conjunto de todas aquellas características por cuya concurrencia, según las disposiciones de la ley, debe representarse el lado objetivo de la lesión jurídica”. “En la tentativa se encuentra, pues, el tipo subjetivo del delito consumado... en toda su extensión, y justamente por ello la tentativa es punible. Por el contrario el tipo objetivo del delito consumado no se contiene en la tentativa, puesto que la esencia de la tentativa reside naturalmente en que en ella falta alguno de los momentos del tipo objetivo del delito consumado, incluso el más insignificante momento, toda la aparición objetiva carecería de significación; objetivamente no existiría una lesión jurídica, ni en todo ni en la mitad, ni siguiera en parte” (*Abhandlungen cit.*, págs. 53-54). En cuanto a lo que aquí nos interesa, Von Buri dice: “Por eso es indiferente que el agente se sirva de medios idóneos para la realización de su voluntad, o que haya dirigido ese medio contra un objeto idóneo o inidóneo”. La tentativa no pasa de ser una voluntad objetivada, una aspiración hacia el resultado desprovista de causalidad (*in Kausalitätsloses Streben nach dem Erfolge*). Esa voluntad puede inferirse del propio hecho y de sus circunstancias, a despecho de la inidoneidad de los medios o del objeto. Desde el momento en que el agente esté convencido de que son idóneos, no hay razón para su impunidad.» *Ibid.* Pág. 670

hacia un objeto idóneo o inidóneo puesto que, en la tentativa, lo fundamental es la voluntad y en ella debe basarse la sanción.¹¹⁴

En sintonía entonces con la posición de Von Buri, el Tribunal Federal Alemán, formalizando la teoría de la equivalencia de las condiciones¹¹⁵, consideró que no era posible distinguir entre tentativa idónea e inidónea, ya que en el caso concreto, toda acción que no ha logrado la consumación denota su inadecuación para lograrla, resultando así totalmente inidónea toda tentativa. Por esta razón afirma el tribunal que no existe causalidad en un resultado originado por una acción que no tiende en forma unívoca a dicho resultado; si una acción no ha generado el resultado es porque era inidónea desde el comienzo para producirlo. Desde este punto de vista razona el tribunal que si la acción no ha lesionado en el caso concreto el bien jurídico, ello constituye una prueba evidente de que, en el caso concreto, era incapaz de lesionarlo. Así pues, el bien jurídico no fue puesto en peligro en ningún momento a través de la acción, la cual no es, por tanto, peligrosa porque por su intermedio no se ha producido lesión.

Casi contemporáneamente con Von Buri, expone Garófalo en Italia, secundado por Ferri, que al no existir lesión del bien jurídico, sólo hay que castigar la intención, por lo que es indiferente que el actor haya utilizado una vía que presentaba probabilidades mínimas para lograr la consumación. Entonces, tanto para Garófalo como para Von Buri, es imposible tomar en cuenta simultáneamente la voluntad y el hecho, puesto que estos dos tópicos sólo se reúnen para la consumación del delito. Concuerdan entonces, en que el resultado no logrado es manifestación de que había algún aspecto insalvable; asimismo en su opinión, sería inoficioso investigar si el medio que el agente creía adecuado, era suficiente para los demás. En pocas palabras, la parte llevada a cabo de acuerdo al plan del autor carece de valor objetivo¹¹⁶.

En esencia, la tesis de Garófalo, comulgando con Von Buri, deja sin importancia la suficiencia o no de los medios, resaltando que “*lo que hay que investigar primero es si la voluntad se ha manifestado en forma indudable, y después, si esta voluntad es peligrosa, porque la perversidad que no lleva a la acción no reclama represión alguna por parte de la sociedad*”. Deja también en claro que si la elección de los medios por parte del actor asoma una clara torpeza al creer que puede envenenar a otra persona con azúcar, demuestra lo inofensivo del individuo, quien no tiene más que “*veleidades de delito*”, razón por la cual la represión penal no tendría sentido.¹¹⁷

¹¹⁴Cavallero. 1983. Pág. 88

¹¹⁵Gimbernat Ordeig. 1966. Pág. 46

¹¹⁶Garófalo. 1880. Pág. 415

¹¹⁷Garófalo. 1880. Págs. 416 y 417

En el mismo texto, ilustra el autor *in comento* su postura a través de algunos ejemplos¹¹⁸. Según él, estas circunstancias no harán que el delincuente sea menos delincuente, porque el error no prueba absolutamente la ineptitud del individuo para el delito; sin duda el acto en si no es peligroso, pero esto no impide que revela la existencia de peligro. Lo mismo ocurre, según Garófalo, en el caso de error acerca de la cualidad o de la dosis de un veneno. Concluye entonces que “*Un error de esta especie no demuestra lo más mínimo la falta de aptitud por parte del agente; no es posible declarar inofensivo a un envenenador por haber hecho un cálculo equivocado.*”¹¹⁹

Coincidiendo con Garófalo, Ferri considera que la tentativa es la condición mínima para activar el mecanismo de la justicia penal puesto que la violencia contra el derecho manifiesta la personalidad criminal, cuya sanción debe ser graduada en función de las acciones objetivamente realizadas, las cuales son síntoma y expresión de la peligrosidad y personalidad del infractor¹²⁰. Exculpa Ferri sólo la inidoneidad de la tentativa irreal o supersticiosa, por apreciar en el tentador una deficiencia o enfermedad mental, como en el caso de la creencia de que se puede dar muerte a una víctima distante a través de brujería¹²¹.

Por otra parte, en la doctrina francesa desde 1897 hasta la publicación del Código Penal francés en 1944, los autores Saleilles, Vidal Garcón y Garraud asumen prácticamente la misma línea que Von Buri y Garófalo, en el sentido de que, toda tentativa que tenga carácter de principio de ejecución, debe ser castigada, sin que sea necesario examinar si es realizable o no. En armonía con este postulado, el Código Penal francés de 1944, en su artículo 2 dice: “*Toda tentativa de crimen que haya sido manifestada por un principio de ejecución, si ha sido suspendida o si su efecto no ha faltado más que por circunstancias independientes de la voluntad del autor, será considerada como el mismo crimen*”. Observándose aquí la equiparación de la tentativa con el delito consumado. Sin embargo contradictoriamente, el mismo código en su artículo 52, asigna menor pena a la tentativa que al delito consumado¹²². En la actualidad, el Código Penal francés vigente dispone en el Artículo 121-5 lo siguiente: “*Hay tentativa desde el momento en que, habiéndose dado comienzo a la ejecución, ésta se ve suspendida o deja de causar sus efectos por circunstancias ajenas a la voluntad de su autor*”.

¹¹⁸Es diferente la situación en la que el actor haya empleado azúcar en lugar de veneno, creyendo que era arsénico. Similarmente, el caso de que el actor se haya adueñado de un fusil, que él mismo hubiese cargado, y otra persona lo hubiese descargado sin que él supiese, o cuando hubiese disparado a una distancia un poco mayor que la del alcance del arma.

¹¹⁹Garófalo. 1880. Pág. 417

¹²⁰Ferri. 1933. Pág. 597

¹²¹Ibid. Pág. 496

¹²²Núñez Barbero. 1963. Pág. 68

Modernamente, surge la tesis del profesor Hans Welzel con poca variación en relación a la esencia de la teoría subjetiva, en vista de que para él el ordenamiento jurídico es el “*poder espiritual que configura la vida del pueblo*”, cuyo poder al ser vulnerado con acciones ejecutivas de delito genera en la sociedad una situación insoportable¹²³.

Obsérvase aquí de manera cristalina una clara posición en Welzel de igualar el desvalor de acción entre la tentativa idónea y la inidónea, tal y como tendríamos el mismo desvalor de acción entre la tentativa propiamente dicha y la consumación, puesto que para Welzel lo esencial es la agresión a la norma, dado que la exteriorización de la voluntad para cometer un delito es siempre una tentativa, razón por la cual se debe castigar la tentativa inidónea “*con prescindencia de la falta de peligrosidad de la tentativa con medios inidóneos o respecto de un objeto inidóneo, cuando el autor estima idóneos los medios o el objeto*”¹²⁴.

Günther Jakobs, a pesar de haber mantenido inicialmente una posición objetivista que apuntaba a la “*teoría del defecto de tipo*”¹²⁵, con posterioridad realiza una corrección subjetivista evidente cuando dice: “*Un tiro disparado con dolo de homicidio a una persona sólo supuestamente viva es tentativa de homicidio, aun cuando no se haya dejado de respetar un bien individual realmente existente; pues el daño a la vigencia de la norma es perfecto*”¹²⁶. Representa esta una posición subjetiva de Jakobs, un deslindamiento de si la representación del autor es acertada o errónea, posición en la que se prescinde de la existencia de deberes especiales por parte del agente o de los elementos normativos del tipo¹²⁷.

Creemos consecuentemente que Jakobs se identifica con Welzel, cuando considera que la esencia del castigo de la tentativa es la infracción de la norma en sentido material y formal, a través de un comportamiento que el derecho declara externo. Sin embargo, para no extremar el paradigma sobre el “*quebrantamiento de la norma*”, corriendo el peligro de incluir aquí la **tentativa supersticiosa**, señala que “*No se infringe una norma realmente existente cuando el autor, al concebir su dolo, sobre todo al elegir los medios, parte de una situación no relevante desde el punto de vista comunicativo*”. Observamos en general que resalta en Jakobs la esencia del enfoque subjetivo al no considerar la separación entre consumación orientada al resultado y tentativa portadora de la voluntad, asunto este esencial en la teoría subjetiva, pues ve

¹²³Welzel. 1980. Pág. 266

¹²⁴Ibid. Pág. 266

¹²⁵Sancinetti. 1995. Pág. 46

¹²⁶Ibid. Pág. 48

¹²⁷Ibid. Pág. 48

en la tentativa y en la consumación por igual un ataque perfecto a la validez de la norma, como ya se analizó ¹²⁸.

Teorías subjetivas y esquemas del delito

Los esquemas clásico y neoclásico del delito, pudieran también aplicarse a las visiones subjetivistas exhibidas, porque como ya explicamos, los esquemas referidos poseen la misma estructura. Sin embargo, creemos que el énfasis en los enfoques subjetivos se manifiesta más en la actividad interna que en el resultado, así vemos como para Von Buri y otros ya mencionados, es indiferente que el autor se sirva de medios idóneos o inidóneos para la relevancia de su querer, o que haya dirigido esos medios a un objeto idóneo o inidóneo, su visión de la punición se basa en que lo único que en la tentativa subsiste es la voluntad y en ella debe basarse la sanción. Para Garófalo, la medida de la pena está en la perversidad del delincuente, para él, el logro o no del resultado es irrelevante, ya que solo se trata de error de cálculo¹²⁹. Para Ferri, la tentativa de delito constituye, el *mínimum* de actividad antisocial necesario para poner en movimiento el engranaje de la justicia penal, porque su agresión al Derecho pone de relieve la manifestación de una personalidad criminal¹³⁰. Así, para la doctrina comentada es indiferente que el autor se sirva de medios idóneos o inidóneos para la relevancia de su deseo, o que haya dirigido esos medios a un objeto idóneo o inidóneo.

Ahora bien, estas apreciaciones colindaban prácticamente con una tendencia hacia la penalización del pensamiento y de la personalidad criminal, más que a la punición de la acción, razón por la cual surgen posiciones como las de Jakobs y Welzel, quienes mantienen que debe validarse un esquema en el cual el resultado tiene que cristalizarse, bien sea como agresión al orden jurídico (Welzel) o como ataque a la validez de la norma (Jakobs), igualándose de esta forma la perspectivas subjetiva y objetiva en cuanto a esquema del delito se refiere. Pero sobre la esencia de la acción, inferimos que Welzel en consonancia con Bertalanffy¹³¹, padre de la moderna Teoría de Sistemas, al

¹²⁸Jakobs. 1997. Pág. 864

¹²⁹Garófalo. 1880. Págs. 416 y 417

¹³⁰Ferri. 1933. Pág. 496

¹³¹Bertalanffy, Ashby, Weinberg y otros. 1978. Págs. 34-35: "El concepto de teoría general de sistemas fue formulado por primera vez por Von Bertalanffy oralmente en los años treinta y en varias publicaciones después de la Segunda Guerra Mundial:

Existen modelos, principios y leyes que pueden asignarse a los sistemas generalizados o a sus subclases. Independientemente de su carácter particular, así como de la naturaleza de los elementos componentes y de las relaciones o fuerzas que los ligan. Postulamos una nueva disciplina llamada teoría general de sistemas. La teoría general de sistemas es una teoría

intonizarse con éste en cuanto a la existencia de la causalidad y de la finalidad en la naturaleza, hace la diferencia con su enfoque finalista al introducir el aspecto teleológico en la acción, reconociendo de esta manera¹³², su identificación con el pensamiento de Aristóteles¹³³, Hartman¹³⁴ y Von Liszt¹³⁵.

Distingue entonces Welzel en su estructura del delito, dos fases, una interna y otra externa. En la interna el actor anticipa el fin, selecciona los medios y prevé los efectos posteriores tendentes a lograr la consumación y, en la externa, se concretan de manera causal los eventos encauzados a cristalizar el estado de cosas visualizado. Resalta aquí que la finalidad, desde el punto de vista antropológico a diferencia del mundo natural, se basa en la capacidad de prever las consecuencias de la intervención personal en el curso causal y de dirigir este de acuerdo a un plan, al logro de un fin, siendo entonces la base de la acción final la voluntad, consciente del fin y rectora del acontecer causal¹³⁶.

Es claro entonces, por lo anterior, que las doctrinas subjetivistas de la tentativa inidónea se adecuan de manera natural a la perspectiva welzeliana en donde sin soslayamiento de la causalidad, la finalidad y la voluntad representan los aspectos fundamentales de la estructura del delito, puesto que, entre otras cosas, en esta óptica la concepción de la antijuricidad está en íntima relación con la concepción que se tiene del derecho penal al considerarse

lógico-matemática que se propone formular y derivar aquellos principios generales aplicables a todos los sistemas. De esta manera, se hace posible la formulación exacta de términos tales como totalidad y suma, diferenciación, orden jerárquico, finalidad y equifinalidad, etc., términos que aparecen en todas ciencias que utilizan sistemas y que implican la homología lógica de éstos (Von Bertalanffy. 1947, 1955; reimpreso en (15, pág. 32, 253)”

¹³²Welzel. 1980. Págs. 53-58

¹³³Welzel. 1951. Pág. 18

¹³⁴“*la conciencia tiene la asombrosa libertad de poder pensar o imaginar con una anticipación tan grande como quiera lo todavía no efectivo. Lo anticipado tiene entonces la manera de ser de algo existente sólo in mente, pero allí existente de hecho antes de su realización. Es la manera de ser del pensamiento, de la intención, del fin propuesto*”. Hartman. 1964. Pág. 303

¹³⁵“*Todo progreso de la evolución espiritual, tanto del individuo como de la humanidad, estriba en que la acción instintiva se torna acción volitiva, es decir, que se reconoce la utilidad de la acción instintiva y la representación del fin se convierte en móvil del actuar. Es por la idea de fin por la que se distingue la acción volitiva de la acción impulsiva. El impulso se pone al servicio del fin, y la acción se ajusta al fin. Cuanto más claramente se conoce el fin; cuanto más perfectamente se lleva a cabo la adaptación consciente; cuanto más fines remotos e indirectos se proponen, en vez de fines directos y más cercanos; y por último, cuanto más se someta la actuación íntegra con sus actos parciales a un solo fin supremo, que quizás, trascienda la existencia del individuo, tanto más perfecta será la evolución cuya meta última, esto es, la total concordancia de la voluntad individual con la voluntad colectiva ha de establecerse como ideal, pero que precisamente por esto, no se ha dado*.” Von Liszt. 1990. Págs. 32 y 33.

¹³⁶Welzel. 1964. Pág. 25

de manera general como un orden de regulación de la conducta humana que protege bienes jurídicos comunitarios, los cuales se protegen de manera más eficaz influyendo en la conformación de la conciencia ética del ciudadano. En este contexto, **se da prevalencia al desvalor de acción, frente al desvalor de resultado**. Por eso, en esta misma dirección, predicaba Welzel que la misión más excelsa del Derecho Penal es de esencia ético-social puesto que proscribía la inobservancia de los valores que sustentan la conciencia jurídica y el juicio ético-social de los ciudadanos, fortaleciéndose de esta manera la actitud de permanente fidelidad jurídica¹³⁷.

Interpretando lo dicho, podemos coincidir con Welzel en el sentido de que la actividad humana puede ser valorada en sí misma sin tomar en cuenta su resultado, pero sin perder de vista su sentido; esto representa entonces el *valor del acto*. O puede ser valorada según sus logros; esto representa entonces el *valor de resultado*, lo cual rige tanto para acciones positivas como para las negativamente reprobables. La conducta humana es valorada como tal independientemente de que alcance o no el resultado. Así, la actividad del ratero que introduce la mano en el bolsillo vacío ya es valorada como reprochable, independientemente de que el sujeto hubiese podido apropiarse del bien o no, o que la billetera que hubiera podido extraer hubiera sido previamente robada por el agente pasivo de su acción. Paralelamente, afirma Welzel que el derecho penal tiende, aunque no como función primaria, a la protección de ciertos bienes fundamentales de la comunidad: integridad del Estado, vida, salud, libertad, propiedad, etc. Dicha protección de bienes (que por tener el respaldo del ordenamiento de esa comunidad, se denominan bienes jurídicos), se ejerce mejor prohibiendo los desvalores de acto, reforzando la conciencia ético-social del ciudadano para que los respete¹³⁸.

A manera de desarrollo, surgió a partir de año 1970, el esquema “*racional-final (o teleológico)*” o “*funcional*”. En esta se sustituyen las orientaciones neokantianas por las bases políticocriminales de la teoría del fin de la pena. Explica Roxin que este enfoque se basa en dos aspectos, el primero es “*la teoría de la imputación al tipo objetivo*” y el segundo lo constituye la ampliación de la “*culpabilidad*” a la categoría de la “*responsabilidad*”¹³⁹

¹³⁷ Welzel. 1980. Pág. 13

¹³⁸ Ibid. Pág. 12

¹³⁹ “**La teoría de la imputación al tipo objetivo:** Mientras que el tipo objetivo –que para el sistema clásico agotaba el contenido del tipo, y al que los proyectos neoclásicos le añadieron sólo los elementos subjetivos del tipo y el finalismo le añadió el dolo– para las tres concepciones sistemáticas en los delitos de resultado quedaba reducido en lo esencial a la mera causalidad, en cambio, el punto de partida teleológico ha hecho depender la imputación de un resultado al tipo objetivo de la “*realización de un peligro no permitido dentro del fin de la protección de la norma*”, sustituyendo con ello por primera vez la

Teorías Mixtas

Vista la realidad de que a través de los esquemas objetivo y subjetivo no se había podido llegar a una solución aceptada universalmente para los supuestos del delito imposible, surgieron históricamente posiciones que de una u otra forma, integran ambas teorías. En general, podemos decir que estas ópticas arrancan de un enfoque subjetivo, tratan de disminuir los límites de la punición a lo que este planteamiento conduce, pero tomando también en consideración aspectos objetivos, con el fin de buscar posiciones intermedias que, igualmente excluyan la tentativa irreal y/o supersticiosa del ámbito de la punición.

Teoría de la idoneidad objetiva del plan del autor

La primera manifestación de esta óptica, presentada por Kohler, ya había sido expuesta en el siglo XIX por Kostlin, Hälschner y Von Bar, quienes veían la punibilidad del delito imposible si y solo si la acción en la forma en que el autor la había planeado era idónea para producir la consumación, aunque en realidad y a la luz de las leyes de la naturaleza, dicha cadena de eventos no era capaz de llegar al resultado¹⁴⁰. Esto es, el hecho es doloso y sin embargo el resultado no es posible porque entre lo planeado y el resultado ideado no hay relación causal. Si alguien desea envenenar a otra persona con arsénico y por equivocación, en lugar de suministrar arsénico mezcla azúcar, comete un delito imposible pues el plan de la forma como lo había ideado era idóneo conforme a las leyes de la causalidad para generar la consumación. Ahora bien, si el agente quiere envenenar a otra con azúcar, su actividad no sería reprochable ya que administrar azúcar es una acción que de forma natural no es capaz de producir el fin concebido. “*Lo decisivo para nosotros –afirma Kohler– es la esfera de pensamiento del autor; esta esfera de pensamiento es algo concreto: en las circunstancias concretas pensadas por el delito, según las circunstancias imaginadas por el autor debe desarrollarse el hecho. La*

categoría científico-natural o lógica de la causalidad por un conjunto de reglas orientado a las valoraciones jurídicas.

La ampliación de la “culpabilidad” a la categoría de la “responsabilidad”. La culpabilidad como condición ineludible de toda pena se le debe añadir siempre la necesidad preventiva (especial o general) de la sanción penal, de tal modo que la culpabilidad y las necesidades de prevención se limitan recíprocamente y sólo conjuntamente dan lugar a la “responsabilidad” personal del sujeto, que desencadena la imposición de la pena.”. Roxin. 1997. Pág. 204.

¹⁴⁰Farré Trepát. 1986. Págs. 326-327

*cuestión de la idoneidad ... (es): ¿puede el delito, según las circunstancias imaginadas por el autor, desarrollarse hasta el final?*¹⁴¹.

El tener en cuenta la causalidad desde una perspectiva objetiva, permitió a estos autores excluir del concepto de tentativa inidónea aquellos supuestos cuya impunidad parecía justificarse, ya que a través de los mismos el actor había demostrado no tener ni siquiera conocimiento del funcionamiento de las leyes naturales. Sin embargo, la introducción de una valoración objetiva, difícilmente podía compatibilizarse con una fundamentación subjetiva. La exposición hecha por Kohler podía resolver esta dificultad, pues para él, “... la punición de la tentativa inidónea no debe buscarse únicamente en la voluntad delictiva manifestada, ni tampoco en el peligro objetivo al bien jurídico, sino en la puesta en peligro del ordenamiento jurídico”¹⁴², con lo que se acercaba a la teoría de la impresión. No sería entonces suficiente que el actor quiera llegar a la meta punible, adicionalmente, es necesario que su voluntad se exteriorice de tal forma que, si fuera como él la muestra, sería adecuada para producir el resultado¹⁴³.

Teoría del error nomológico y ontológico

Como un desarrollo de la teoría de la idoneidad del plan del autor, plantean Finger, Dohna y Frank que para poder determinar si nos encontramos ante una tentativa inidónea, se debe partir del conocimiento de los hechos (conocimiento ontológico) que posee el autor, junto con el saber experimental (conocimiento nomológico) que la generalidad posee. Para los citados autores, el Estado no está interesado en prohibir las acciones en las que la causalidad no tiene efecto, esto es: si el agente falla en el aspecto ontológico de su accionar, el hecho será punible, dado que de haber sucedido las cosas tal y como el actor la concibió, la acción hubiera desencadenado el resultado esperado. Pero si en cambio él parte en su representación de leyes causales inexistentes (invocación de las fuerzas del mal, poder lesivo del cilantro cosechado en menguante), la acción es impune. Aflora aquí entonces que lo importante no es exactamente lo hecho por él sino lo que quiso hacer; no la acción realizada sino la acción representada¹⁴⁴.

A manera de ilustración podemos decir que si A pretende matar a B con un arma que él cree cargada, su actividad debe ser punible pues según sus conocimientos el arma está cargada y sabe también de acuerdo a su experiencia

¹⁴¹ Alcácer. 2000. Pág. 84

¹⁴² Farré Trepas. 1986. Pág. 326

¹⁴³ Alcácer. 2000. Pág. 85

¹⁴⁴ Ibid. Pág. 86

que si dispara con una arma cargada, de manera adecuada causará la muerte. Concorre esta teoría en que el aspecto esencial de la punición de la tentativa inidónea es la voluntad del autor de llevar a cabo un delito, pero tomando en cuenta que no toda manifestación de voluntad debe castigarse sino solamente aquella significativamente peligrosa. Por eso, los representantes de esta tesis acogieron como criterio determinante de la peligrosidad, no solamente el conocimiento que el autor posee de los sucesos que conforman su plan, puesto que esto encajaría la punición desde un punto de vista meramente subjetivo, en los casos en que objetivamente la acción no sea peligrosa; sino que introducen una nueva variable: el saber experimental de la generalidad. De esta manera podrían evitarse arbitrariedades en la determinación de las acciones peligrosas¹⁴⁵.

Pero otra es la opinión de Bacigalupo, quien siguiendo a Jakobs considera inútil la diferenciación entre los tipos de error citados puesto que los límites entre uno y otro son absolutamente imprecisos¹⁴⁶.

Teoría de la impresión

El jurista Kohler, citado por Alcácer (2000)¹⁴⁷, desde una óptica hegeliana con relación al fin de la pena, pregonaba que “*el ordenamiento jurídico es algo en sí tan sagrado, que un atentado contra el mismo se hace merecedor de represión, sin que sea precisa la necesidad de que la acción haya puesto en peligro una cosa o una persona determinada*”. Esta teoría tiene como esencia, la penalidad de cualquier manifestación de voluntad contraria al derecho, siempre y cuando la misma genere en la mayoría de las personas la impresión de conmoción del ordenamiento jurídico y, por lo tanto, se afecte la confianza de la comunidad en la preeminencia del orden jurídico y en la seguridad jurídica. Independientemente de que el hecho haya tenido éxito o no, la sociedad experimentará siempre una sensación de intranquilidad y angustia que hace pensar que la paz jurídica está en peligro, resquebrajándose la confianza en el ordenamiento jurídico. Esto implica que, en principio, la acción se debe tratar de igual manera que si el daño se hubiera materializado. Previamente, Merkel ya venía refiriéndose a lo imperioso de separar el peligro concreto sobre el bien jurídico de la alarma que produce el ataque, por las siguientes razones: 1) Es una acción contraria a un precepto jurídico; 2) Es un delito de peligro y 3) Por la circunstancia demostrable de que se trata de una agresión contra bienes jurídicamente protegidos. Esto sin lugar a dudas, para Merkel, cons-

¹⁴⁵Farré Trepal. 1986. Pág. 328

¹⁴⁶Bacigalupo. 1999. Pág. 470

¹⁴⁷Alcácer. 2000. Pág. 245

tituyen actos que revelan desprecio del derecho ajeno, los cuales causan ira, odio y en general reacciones incongruentes con un orden social pacífico¹⁴⁸.

Esta línea de pensamiento fue defendida abiertamente por Frank, pero es Mezger quien la sostiene de manera más contundente. En ese sentido planteó que el presupuesto para punir la tentativa es la peligrosidad en cuanto al bien jurídico de que se trata, en el contexto del fin de prevención general del derecho punitivo, para lo que sería suficiente la impresión que la actividad del actor causaría en las personas y la conmoción que se produciría en cuanto a la seguridad del bien jurídico se refiere¹⁴⁹. Sólo quedaría superar la debilidad presentada por esta teoría en cuanto a la ambigüedad asociada a si la exteriorización de una voluntad realmente creará una alarma que justificará el castigo del acto tentado¹⁵⁰. Particularmente, aunque entendemos y aceptamos la impresión y la conmoción social producida por el acto disvalioso, nos pronunciamos por una punición más asociada con la peligrosidad de afección del bien jurídico, observada *ex ante*, independientemente del resultado obtenido. De esta manera, además de castigar la osadía, se da un aviso a los posibles agresores, reforzando así la prevención general como fin de la pena.

Sobre la base de lo anterior, pero haciendo énfasis en la exigencia de un peligro abstracto para fundamentar la punición, se pronunció Maurach, quien propone “*ampliar la punición a un mayor número de supuestos en los cuales generalmente se afirma la falta de peligro concreto para el objeto de protección jurídica pero si es manifiesta la existencia de peligro abstracto para el bien jurídico*”¹⁵¹.

En general consideramos que esta postura se refuerza con los enfoques de Welzel y Jakobs¹⁵², al defender ellos la punición de la tentativa inidónea por el hecho de la lesión a la validez de la norma y al exponer que el ordenamiento jurídico en un sentido amplio representa el poder espiritual que configura la vida del pueblo, el cual se lesiona con una voluntad que emprende acciones de ejecución consideradas idóneas para la concreción de un delito¹⁵³. Así las cosas, enfatiza Jakobs que el fundamento de la punición es la infracción a la norma a través de un comportamiento externo¹⁵⁴, concretándose de esta manera en el autor un cambio desde su antigua posición sobre la falta de tipo¹⁵⁵

¹⁴⁸Merkel. 1892. Págs. 187-189

¹⁴⁹Mezger. 1926. Pág. 248

¹⁵⁰Pesoa. 2001. Pág. 397

¹⁵¹Maurach. 1962. Pág. 41

¹⁵²Alcácer. 2000. Pág. 303

¹⁵³Welzel. 1980. Pág. 267

¹⁵⁴Jakobs. 1997. Pág. 864

¹⁵⁵Sancinetti. 1995. Pág. 46

hacia una posición más subjetivista. Esto se observa claramente cuando citado por Sancinetti dice que, un disparo efectuado sobre una persona que se cree viva es tentativa de homicidio puesto que se dejó de respetar un bien jurídico realmente existente y el daño a la vigencia de la norma fue perfecto¹⁵⁶.

Este giro de Jakobs representa lo que para un sector de la doctrina se denomina *Teoría de la Expresión*¹⁵⁷. En esta ya no es la impresión que produce el hecho delictivo en la sociedad sino la expresión de contradicción y la lesión del deber demostrada por el agente al quebrantar la norma lo que genera el castigo. Con la manifestación contraria a la norma, niega la vigencia del ordenamiento jurídico, la norma no vale para él. Vale decir en esta teoría que, el sustento de la punición de la tentativa ya no es la potencial afectación de un bien jurídico por la acción de un individuo, sino el hacer externo y notorio un quebrantamiento de la norma¹⁵⁸.

Teoría de la unificación

Finalmente, en cuanto a las teorías mixtas se refiere, los autores han llegado a la llamada “Teoría de la unificación”, en la cual se integran elementos de la “Teoría objetiva”, de la “Teoría subjetiva”, de la “Teoría de la impresión” y la “Teoría de la expresión”. Esta teoría “*explica la tentativa idónea con la nueva teoría de la peligrosidad y fundamenta la punibilidad de la tentativa inidónea, en sentido subjetivo, con ayuda de la teoría del autor, y en sentido objetivo, mediante la teoría de la impresión*”¹⁵⁹, con el aditamento de la Teoría de la Expresión.

Visto esto así, esta teoría no puede encuadrarse con predominio en una concepción subjetiva u objetiva, sino como una integración de aspectos objetivos y subjetivos de la tentativa. Denotamos entonces como aspectos característicos de este enfoque, en primer lugar, que la tentativa idónea se iguala a la tentativa inidónea en la necesidad preventivo-especial de la pena, porque aunque en la tentativa inidónea los actos ejecutivos solo existen en la imaginación del autor, éste demuestra su capacidad y deseo de cometer el ilícito, por lo que su punición no equivaldría a penar actos internos en vista de que el agente ha exteriorizado actos de ejecución; y en segundo lugar en que, igualmente puede sustentarse la punición de la tentativa inidónea en la dañosidad que causa el infractor a través de una perturbación de la paz que altera el sentimiento de seguridad, y de una demostración de su sentir acerca de la

¹⁵⁶Ibid. Pág. 48

¹⁵⁷Ibid. Pág. 46

¹⁵⁸Jakobs. 1997. Pág 293 y ss

¹⁵⁹Roxin (1). 1998. Pág. 264

invalidez de la norma para él, a través de su expresión de disconformidad con el ordenamiento jurídico, situación esta que desemboca en una impresión de conmoción jurídica. La tentativa inidónea es entonces un ilícito de perturbación de la paz ciudadana a través de una expresión contraria al deber, sin poner en peligro bien jurídico alguno¹⁶⁰.

¹⁶⁰Ibid. Págs. 261, 262 y 263

Capítulo III

Punición de la tentativa inidónea

El fin de la pena, la misión del derecho penal y su finalidad, constituyen por sí mismos temas profundos y fascinantes, pero en realidad no son el centro del presente desarrollo. Por esta razón llevaremos a cabo una breve reseña sobre ellos, a fin de poderlos relacionar con los aspectos alusivos a la punición del delito imposible. De la misma forma revisaremos la punición desde un ángulo constitucional en el que resaltaremos los derechos y bienes jurídicos afectados; tocaremos también algunos aspectos psicológicos que enlazan al infractor, librándolo de justificación alguna en su proceder, para luego pasearnos por aspectos interpretativos de la norma asociada. En este recorrido, mencionaremos las diferentes posiciones de la doctrina venezolana para continuar con el análisis de una proposición emanada de nuestro más alto Tribunal. Finalmente, como resultado de lo antes planteado, propondremos una redacción de la norma sancionadora que supere los problemas interpretativos discutidos.

Tentativa inidónea y fin de la pena

Apreciamos que la sanción penal surge como consecuencia de la relación irregular y/o violenta entre los miembros de la sociedad, violencia esta que históricamente ha existido y que escapa al control natural. Entonces, es necesaria la intervención del Derecho Penal, que luego de haber señalado los delitos en un catálogo, castiga a su autor con una pena. Esto no es más que un “*control social*”¹⁶¹ que emplea el Estado, en un contexto legal y consti-

¹⁶¹Entendemos como control social al conjunto de medios sociales o con repercusiones sociales que sirven para ordenar y regular el comportamiento humano externo en muy

tucional. Pero ¿qué es una pena?, consideramos, en la misma línea que Von Liszt, que no es más que la imposición por parte del Estado, de una pérdida temporal o permanente de un bien jurídico personal, a través de un proceso judicial al autor de un delito, para expresar el rechazo social con respecto a él y a su proceder¹⁶². Se identifican aquí pues, los elementos de la pena, que son: el delito (*nulla pena sine crimine*), la ley (*nulla poena sine lege*), el mal (*malum passionis quod infligitur ob malum actionis*) y su carácter público (*poena publica*). La escuela positiva, en lugar de considerar la pena como un castigo del delito, la refiere al delincuente y la estima como “remedio a la falta de adaptación de éste”¹⁶³

Todo esquema social utiliza medios de control para lograr que los derechos de unos no sean afectados por los abusos de otros. Esto resulta obvio, puesto que los grupos sociales siempre están a la búsqueda de una estandarización normativa que logre la convivencia y la tranquilidad social. En este contexto surge la pena como control, impuesta a quienes, como ya se dijo, con su abuso, interfieren en los derechos de otros, alterando la paz social. Así, según Villa Stein (1998): “*El derecho penal moderno ha humanizado sus penas, desapareciendo con ello la afectación de la integridad corporal (torturas, azotes, mutilaciones), o las penas infrahumanas como la de la picota (el rollo) del sentenciado, y ha reemplazando este tipo de penas, por la de privación de la libertad personal, para delitos graves y fórmulas alternativas de punición a la privación de la libertad, como multas u otras privativas de variados derechos, para delitos menores o faltas*”¹⁶⁴. Es, entonces, el derecho penal un medio de control social legítimo formalizado que utiliza el Estado para aplicarlo a los infractores en forma proporcional y legal.

La pena, luego, es el medio tradicional y más importante, dada su gravedad, que utiliza el Derecho. La pena se justifica al servir para mantener el orden jurídico que se ha implantado, para evolucionar ordenadamente en paz. Sin embargo, es innegable el aspecto negativo de la imposición de una pena para quien la sufre puesto que se disminuye su capacidad de actuación dentro de la sociedad, parcial o totalmente. Al implicar la limitación libertad, ataca uno de los bienes jurídicos más preciados por el hombre y esto se da cuando la sociedad se siente intimidada o agredida por la conducta de uno de sus integrantes.

diversos aspectos. El control social no solo establece los límites de la libertad sino que es un instrumento que tiene como fin, que sus miembros puedan vivir en sociedad.

¹⁶²Von Liszt. 1917. Tomo III. Pág. 129

¹⁶³Garófalo, citado por Mendoza Troconis. 1973. Pp. 185.

¹⁶⁴Villa Stein. 1998. Pág. 449

Inferimos, entonces, que sin la pena, la paz social sería imposible. Su razón de ser no es una cuestión religiosa ni filosófica, sino una inexorable necesidad. En este contorno de concepciones y justificaciones, se han controvertido los aspectos relativos al fundamento y fines de la pena. Al respecto se han debatido diferentes perspectivas durante muchos años, sobre lo cual de manera resumida, exhibiremos de seguidas los tres principales enfoques que han subsistido, para relacionarlos con el delito imposible, con el fin de preparar el terreno para el análisis sobre la punición del mismo.

Teoría absoluta (retributiva)

La teoría absoluta o retributiva tiene como sus principales exponentes a Kant y Hegel. Ven ellos que, **el fundamento de la pena radica en la mera retribución**. Es la aplicación de un mal por el mal cometido. Aquí termina la función y fin de la pena. A través de la retribución se hace justicia al culpable de un delito. Deducimos aquí que lo subyacente en esta teoría es el antiguo principio del talión –ojo por ojo, diente por diente–

Kant, al mostrar su histórico ejemplo consistente en que, *“si todos los miembros de una comunidad acordaran por unanimidad disolverla, antes de que ello se llevara a cabo, debería ejecutarse al último asesino que estuviera en prisión, para que todo el mundo supiera el trato que merece sus hechos”*¹⁶⁵, asevera que la pena tiene sentido si es retribución de la culpabilidad, por lo que, no puede aplicarse como medio para lograr otro bien ni para el delincuente ni para la sociedad. O sea, la existencia de la pena depende única y exclusivamente de la existencia a su vez de un mal cometido por un delincuente.

Tiempo después, Hegel concibe al delito como la *“negación del derecho”*, y a la pena, como la *“negación de la negación”*. Sosteniendo que la pena según representa la voluntad social y niega con la pena la voluntad particular del delincuente puesta de manifiesto en la agresión jurídica que se anula por la superioridad moral de la comunidad, descalificando la persecución de fines distintos a la mera retribución del derecho lesionado mediante la pena¹⁶⁶.

Claus Roxin, citado por Maier (1993), al evaluar la visión retribucionista de Kant y Hegel, nos dice que: *“... la teoría de la retribución hoy ya no es sostenible científicamente. Si tal como se mostró... , la misión del derecho penal consiste en la protección subsidiaria de los bienes jurídicos, entonces para el cumplimiento de esa tarea, no puede servirse de una pena que prescinda de toda finalidad social. Dicho de otro modo, el Estado como institución humana,*

¹⁶⁵Kant. 1989. Pág. 165

¹⁶⁶Hegel. 1956. Págs. 15, 83, 243, 255, 277 y 292

*no está capacitado ni legitimado para realizar la idea metafísica de justicia. La idea de que puede compensar o eliminar un mal mediante la imposición de otro mal (el sufrimiento de la pena) sólo es accesible a una creencia a la cual el Estado no puede obligar a nadie, a partir de que él ya no deriva su poder de Dios sino del pueblo.*¹⁶⁷”

A pesar de la opinión de Roxin y de otros pensadores, creemos que es un hecho cierto el fuerte arraigo del retribucionismo en la sociedad, que reacciona frente a los delitos pidiendo sanción para los infractores, el paradigma de que "el que la hace, la paga", la necesidad de venganza y la exigencia de castigo, están vivas y creciendo. De hecho en general ninguna persona en la sociedad quiere de vuelta a un asesino atroz que ha violado a una niña y luego la ha descuartizado; si se le preguntara al común de la gente, qué hay que hacer con un individuo de esta clase, estamos seguros de que a excepción de la madre del culpable, a nadie le pasará por la mente la idea de resocialización y a muchos se les ocurrirá casi de inmediato la posibilidad de la pena de muerte. **Compartimos entonces el claro mensaje retribucionista: o te conformas con el sistema o sufrirás un castigo;** el fin de la sanción no tiene que ver entonces a nuestro parecer con política criminal, prevención o resocialización. La contención del delito no está en la pena, por eso es un hecho público y notorio que la pena de muerte, en donde está instaurada, no ha demostrado utilidad alguna para detener el delito.

En Venezuela y Latinoamérica en general, las cárceles son lo más parecido al infierno de Dante, sin embargo el creciente acoso de las hordas del mal agobiando a la sociedad de manera implacable, son un hecho público y notorio, al extremo de que particularmente no conocemos a ninguna persona de nuestro entorno que no haya sufrido algún contacto con el ejército del mal, asunto este inconcebible en otros países. La interrogante es automática: ¿acaso no conocen los delincuentes los diabólicos sufrimientos que les esperan en prisión? Por supuesto que sí: sus compañeros de andanzas están allí; sin embargo esto no detiene sus maléficos proceder. No creemos entonces que la pena tenga algún fin social más allá de castigar al infractor. La prevención, disminución y control en general de la delincuencia, tiene su desarrollo en la criminología y no en la punición. No creemos luego que la pena tenga fin social alguno más allá que el de satisfacer a la comunidad informándole sobre los resultados de un sistema que sí castiga al transgresor. De manera análoga, en nada han variado las concepciones religiosas, que ven la pena como la expiación necesaria del mal (delito) cometido y como forma de congraciarse con Dios.

Como último comentario con relación a las teorías referidas, cabe destacar el llamado de alerta que hace Raúl Zaffaroni (1987), en cuanto a la

¹⁶⁷Maier. 1993. Pág. 19

garantía para los justiciables respecto de que, “*ellas implicaron en su tiempo una limitación al poder absoluto del Estado, pero que no condujeron a una proporcional reducción de la crueldad*¹⁶⁸”; pero no aprecia Zaffaroni según nuestro entender, que la pena en este enfoque retribucionista no tiene como fin disminuir la crueldad, la cual está fuera de contexto en esta discusión, así como tampoco tuvo ni tiene como fin, un beneficio social, como puede ser la disminución de la delincuencia, tópicos estos que no fueron ni son la esencia de las teorías analizadas

Teorías relativas (preventivas)

Estas teorías están cargadas de teleología, suponen un fin en la aplicación de las penas, por lo que son opuestas a las teorías absolutas. Ellas (las relativas), no tienen como objetivo la justicia en sí misma, sino la protección de la sociedad. La pena no es un fin en sí mismo sino una vía para un beneficio social como lo es la prevención.

Esta visión de la prevención se observaba ya en los albores del Derecho. Platón decía: “... *nadie es justo de grado, sino por fuerza y hallándose persuadido de que la justicia no es buena para él personalmente...*¹⁶⁹”. Luego a diferencia del camino retribucionista, la perspectiva de la prevención, es teoría “relativa”, puesto que tiene su fin en el amedrentamiento social para evitar las conductas prohibidas. A su vez, las teorías de la prevención se ramifican en: teorías de la prevención general y teorías de la prevención especial.

Las de la **prevención general** ven el aspecto teleológico de la pena en la disuasión de los individuos y uno de los más importantes defensores fue el penalista alemán de principios de siglo XIX, Feuerbach, quien, citado por Roxin¹⁷⁰ pregonaba que para él, la finalidad de la imposición de una pena reside en la efectividad de la amenaza penal, ya que sin esta amenaza sería inefectiva, dado que la ley debe amilanar a todos los integrantes de la sociedad, no agregando nada nuevo a la apreciación de Platón. Luego, la pena es como una “*compulsión psicológica*” que se ejercía en todos los ciudadanos para que se alejaran de la comisión de delitos.

Las teorías de la **prevención general especial** ven en la pena una manera de alejar de la comisión de hechos delictivos a quien ya ha violado la ley, con el fin de que no cometa futuros delitos, a través de su corrección, intimidación o inocuización por intermedio de su aseguramiento, apartándolo

¹⁶⁸Zafaroni. 1987. Pág. 84

¹⁶⁹Platón. La República. 360c

¹⁷⁰Roxin. 1981. Pág. 38

de la vida social¹⁷¹. Lo mismo pregonaba, Franz Von Liszt, quien consideraba al delincuente como el objeto central del Derecho Penal, y a la pena como una institución que se dirige a su corrección, intimidación o aseguramiento. Sintetizando, en esta visión de la pena, el delincuente no debe volver a delinquir para ello se hace necesario concebir la pena en una triple dimensión: intimidación, resocialización e inocuización. Se fundamenta la primera en que se le da un mensaje al delincuente de la sanción de que puede ser objeto (**prevención general especial negativa**), dado que la asignación de una sanción para el acto penalmente antijurídico, no sólo es imprescindible para el caso de la producción del hecho, sino que desde el punto de vista preventivo, tiene un efecto claro, a decir de Silva Sánchez (1992)¹⁷²; la resocialización, en que el delincuente es susceptible de corrección mediante la educación durante el tiempo que cumple la sanción y, por último, se precisa que la inocuización está dirigida a la anulación del delincuente habitual, con una sanción penal por tiempo indeterminado e incluso la pena de muerte.

Sobre lo dicho, Hurtado Pozo (1987), en franca contradicción con la prevención y en el camino de la retribución nos dice: *“No se impone una pena porque es necesario intimidar a delincuentes en potencia o porque se estime que es necesario someter a tratamiento al agente. Se le castiga porque culpablemente ha cometido una infracción. El “para qué” se castiga, puede determinar una disminución o suspensión de la sanción; pero no sobrepasar en intensidad los límites de la culpabilidad”*¹⁷³.

Teorías mixtas

Las teorías mixtas proponen un amalgamamiento entre las teorías absolutas y relativas. Pero como toda solución de mediación concluye en un eclecticismo, adoptando posturas suavizadas; recogen de una y otra lo mejor y no llegan a satisfacer totalmente a nadie. Esto debido a que las teorías de retribución y prevención son opuestas radicalmente, por lo que mal puede una someterse a la otra asomando entonces sólo la opción de complementariedad. La retribución mira al pasado, al delito cometido; la prevención, al futuro, a evitar que se vuelva delinquir.

Como una manifestación de esta mixtura de enfoques, Roxin se pronuncia manifestando que la retribución no es el único efecto de la pena, sino uno más de sus diversos caracteres que incluso no se agota en sí mismo, sino que, al demostrar la superioridad de la norma jurídica sobre la voluntad del delin-

¹⁷¹Beccaria. 1764. Pág. 111

¹⁷²Silva Sánchez. 1992. Pág. 420

¹⁷³Hurtado Pozo. 1987. Pág. 50

cuenta que la infringió, tiene un efecto preventivo general en la comunidad. Se habla en este sentido de **prevención general especial positiva** también llamada prevención general estabilizadora o integradora (adhesión del ciudadano a los valores jurídicos, preponderancia de la norma)¹⁷⁴, que más que la intimidación general, persigue el reforzamiento de la confianza social en el Derecho¹⁷⁵.

En tal sentido, en nuestra visión sobre el fin de la pena, podemos afirmar que de manera fundamental y esencial, el aspecto teleológico de la misma está representado por la retribución aunque no negamos, que, de manera marginal, aflora la idea de **prevención general especial negativa** cuando el legislador prohíbe una conducta amenazándola con una pena, pues, es indiscutible un efecto aunque insignificante, de intimidación sobre los miembros de la comunidad, para que se abstengan de realizar la conducta prohibida. De igual manera, pero de forma tangente nos manifestamos en la misma dirección del jurista español Santiago Mir Puig (1994) cuando asienta, en relación al fin de la pena en un estado social y democrático de derecho, que el Derecho Penal debe sustentarse en el consenso de los ciudadanos y en las convicciones jurídicas de la mayoría respetando la minoría, de tal forma que se prevenga no solo con el castigo, sino implantando en el pueblo el sentimiento jurídico¹⁷⁶.

Finalmente, plantea este esquema que, durante la ejecución de la pena, prevalece, sobre todo si se trata de una pena privativa de libertad, la idea de **prevención especial**. Ello debido a que, el delincuente estando recluido en prisión, debe recibir la educación y socialización suficiente para alcanzar un grado evolutivo que al devolverlo a la vida en comunidad no vuelva a delinquir. Aspecto este que ha representado un profundo fracaso a nivel mundial por las insalvables contradicciones que se originan en las diferentes concepciones sobre el derecho penal¹⁷⁷.

Realizado este breve paseo por el tema, opinamos que ninguna de las posiciones sobre el fin de la pena colide con la punición de la tentativa inidónea, siendo que su sanción va más allá del tradicional enfoque de los fines del Derecho Penal. Esto en virtud de que al configurarse su función como conformadora de la estabilidad social, a la par de la protección de bienes jurídicos, su finalidad se orienta hacia la protección de la vigencia de la norma y el restablecimiento del orden cuando este ha sido violentado por medio del delito. Tenemos, entonces, que el fin de protección de bienes jurídicos está totalmente imbricado con el fin de protección de la vigencia de la norma y con el fin de

¹⁷⁴Mir Puig. 1994. Pag. 38.

¹⁷⁵Roxin. 1976. Pag. 19.

¹⁷⁶Mir Puig. 1994. Pág. 39

¹⁷⁷Ibid. Pág. 144.

fortalecer los valores del ordenamiento jurídico, los valores morales y sociales en la psique de los seres humanos. Nuestra conclusión se debe a que ninguno de ellos puede realizarse sin el otro.

Al efecto nos preguntamos: ¿debe ser sancionado aquél que irrumpió en el derecho traicionando la vigencia de la norma, convulsionando la sociedad con desasosiego tratando de agredir un bien jurídico así no haya logrado su fin por errores de cálculo? Por supuesto que sí, independientemente de que ex post el bien jurídico no estuvo en peligro. No hacerlo sería decirle al delincuente: NO TIENES SANCIÓN, PARA LA PRÓXIMA VEZ, PLANIFICA Y EJECUTA MEJOR EL DELITO Y SÓLO TE CASTIGAREMOS SI TE DESCUBRIMOS. De esta forma nos plegamos firmemente a Kant y a Hegel con sus enfoques retribucionistas.

El desvalor de acción es lo que priva en el delito imposible y aunque aparentemente no se evidencie un desvalor de resultado, por no lesionarse ningún bien jurídico ex post, las consecuencias sociales y jurídicas sí plasman una marca en el conglomerado que desea vivir en paz, como se explicará más adelante en la profundización de la justificación de la punición para este injusto, en razón de que realmente se agrede el bien jurídico “*seguridad individual*”, de la misma forma en que sucede en la tentativa y en la frustración. En definitiva, creemos que el castigo debe imponerse, debe infligirse una lesión en la esfera de derechos subjetivos del infractor, por el solo hecho del desvío, para que se cumpla la función y la finalidad del Derecho Penal.

De esta manera, también nos alineamos con Kohler cuando critica el concepto de delito emitido por Feuerbach, quien lo reduce a la “*lesión de un derecho subjetivo*” en el sentido de que esto más bien representa un “*individualismo injustificado*”; Continúa Kohler: “*con él se subestima el peligro social que conlleva el delito... La influencia del delito va más allá: la intranquilización general, el pánico, la alteración de la seguridad, el mal ejemplo... El ordenamiento jurídico es algo en sí tan sagrado, que un atentado contra el mismo se hace merecedor de represión sin que sea precisa la necesidad de que la acción haya puesto en peligro una cosa o una persona determinada*”¹⁷⁸ (resaltado nuestro). A los mismos efectos, Merkel (1892) diría para justificar la punición del delito imposible lo siguiente:

“*lesiona como tal el sentimiento de seguridad de la comunidad*”, por lo que su sanción es imperativa para deshacer el “*daño a la paz jurídica*”¹⁷⁹.

Por otra parte, no aplicar un castigo tratando de justificar al delincuente a través de los enrevesados enfoques expuestos por la teoría del etiquetamien-

¹⁷⁸Kohler. 1897. Págs. 20-23

¹⁷⁹Merkel. 1892. Pág. 133

to¹⁸⁰ (Labeling Approach), el psicoanálisis o la criminología crítica, las cuales consideran que es la sociedad a quien hay que cambiar y no el delincuente, por el hecho de que es ésta quien lo genera, equivaldría a eliminar la libertad y responsabilidad del individuo, así como también fortalecer el *locus* de control externo¹⁸¹ que ya exhiben casi siempre los delincuentes¹⁸². Es así como la pena funciona como un recordatorio al infractor de que si hace uso indebido de su libertad, tiene responsabilidad por sus hechos.

Libertad, Responsabilidad y Delito Imposible

Ahora, ¿en qué sentido hablamos aquí de libertad y responsabilidad? Tenemos que comenzar de manera deductiva hablando de la libertad total, natural. A la sazón viene entonces la noción de “**Estado Natural**”, en el cual según Hobbes, la libertad consistía en la facultad que tenemos de servirnos de las fuerzas que nos da la naturaleza, sin medida, para proteger nuestra vida y cuerpo, utilizando todos los medios posibles que se nos ofrece en detrimento o no de nuestros congéneres. La libertad es entonces, el derecho total de gozar de todo lo que tenemos a nuestro alcance, independientemente de que otros lo pretendan sin más limitación que nuestra fuerza. En pocas palabras es el derecho de todos a todo. Es obvio entonces que en ese estado natural antes de

¹⁸⁰“La teoría del etiquetamiento, considera que la criminalidad no procede de una cualidad intrínseca de la acción del delincuente, sino que es el producto de un “etiquetamiento social”, una etiqueta que determinadas “instancias criminalizadoras” asignan a través de los “procesos de criminalización” a conductas en sí mismas neutras. El Psicoanálisis ofrece, con su teoría del chivo expiatoria, otra vía que siguen algunos autores para afirmar que el delincuente no es más que el chivo expiatorio en el que se proyectan las culpas de la sociedad. Por último, la criminología crítica sostiene, desde una perspectiva marxista, que el Derecho penal burgués no es más que defensa de los intereses de la clase dominante y que dicha defensa recae, de forma discriminatoria, en el proletariado. En todas las corrientes citadas se traslada, como se ve, la culpa o, al menos la causa del delito a la sociedad.” Mir Puig. 1994. Págs. 144 y 145.

¹⁸¹Locus de control: “Constructo mental, o variable de la personalidad identificada en el marco de las teorías del aprendizaje social, que se puede definir como la percepción que un sujeto tiene respecto del origen de determinados sucesos y la creencia que tiene sobre el control de estos. Si una persona percibe los sucesos como resultado de su conducta, se dice que tiene *locus de control interno*. Cuando sucede lo contrario y el sujeto interpreta que los sucesos ocurren de manera impredecible o por acción de otros, se dice que tiene *locus de control externo*.” Bello Porras. 2008. Pág. 149.

¹⁸²“Porque si bien es cierto que al fijar el corte causal en la acción imputable a la persona la reconocemos como tal, a la vez hemos de aceptar que las razones profundas que configuran el yo no proceden (no pueden proceder) del propio yo, sino de antecedentes que le son ajenos. La suerte se convierte así en un factor decisivo en la conformación de la personalidad, y somos conscientes de ello porque intelectualmente podemos situarnos en la perspectiva externa.” Molina. 2003. Pág. 280

que el hombre decidiera constituirse en sociedad, la libertad no era otra cosa que la guerra de todos contra todos¹⁸³.

De esa manera dramática Hobbes describe la libertad total, la cual desaparece cuando el hombre decide sacrificarla, en pro de mantener la especie, al realizar pactos. Esto cual representó el origen de la norma como instituto más importante en la humanidad, al permitir que el ser humano no se autodestruyera como especie. Este “pactar”, “normar”, “legislar”, determina el paso del salvajismo a la barbarie y luego a la civilización¹⁸⁴. En este contexto, podemos decir que se estableció una libertad en el marco de la costumbre, la moral, la norma y la religión. Aclarando que siempre existió la moral aunque no se conociera como disciplina objeto de estudio, sino a partir de la introducción de la misma como categoría filosófica por parte de Aristóteles¹⁸⁵.

Desde el punto de vista meramente psicológico coincide Mira y López con Hobbes cuando dice que las emociones nacen con el ser humano y que son esencialmente el miedo, la ira y el afecto o amor, gigantes estos que ha tenido que moderar a fin de poder convertirse por fuerza, en un “*homo sociales*”. Esta graduación emocional imprescindible para la supervivencia, es lo que ha hecho que el hombre, en contra de su naturaleza, se agrupe y se someta de manera consensual a normas, costumbres, obligaciones, códigos, y mandamientos, entre otros aspectos más o menos coactivos. La sumisión constituye, entonces, una cuarta fuerza, no congénita, no emocional, que de una manera u otra se aprende y apacigua las anteriores, denominada deber¹⁸⁶, el cuarto gigante.

Para Locke, diferenciándose de Hobbes, el estado de guerra se distingue del estado de la naturaleza. En este último, el hombre estaba en perfecta libertad e igualdad, “*en el que todo poder y jurisdicción son recíprocos, y donde nadie los disfruta en mayor medida que los demás.*”¹⁸⁷ Sigue Locke, en contravía con Hobbes, diciendo que aunque en el estado de la naturaleza la libertad es absoluta, está dirigida por una ley natural que obliga a todos como lo es la razón, implantada en el ser humano por un hacedor omnipotente, que enseña a todos que “*que ningún hombre debe perjudicar a otro en cuanto a*

¹⁸³Hobbes. Págs. 68 – 70. 1966.

¹⁸⁴“Salvajismo: Período que predomina la apropiación de producción que la naturaleza da ya hechos; las producciones artificiales del hombre están destinadas, sobre todo a facilitar esa apropiación.

Barbarie: Período en que aparecen la ganadería y la agricultura y se aprende a incrementar la producción de la naturaleza por medio del trabajo humano.

Civilización: Período en que el hombre sigue aprendiendo a elaborar los productos naturales, período de la industria, propiamente dicha, y del arte.” Engels. 1884. En español, Pág. 13.

¹⁸⁵Ferrater Mora. 1984. Págs. 1057 y 2272

¹⁸⁶Mira y López. 1986. Págs. 10 y 11

¹⁸⁷Locke. 2005. I. I. Pág. 11

su vida, salud, libertad y bienes..."¹⁸⁸, dando así un voto de confianza al ser humano. Sin embargo aceptó, que a pesar de la divinidad de la razón, era posible la transgresión de la ley natural.¹⁸⁹

Vemos, entonces, que ese estado de naturaleza libre idealizado por Locke podía ser alterado por el mismo ser humano, lo que indujo el lógico e inescapable camino para el hombre de asociarse para el logro de la seguridad que otorga la paz. Es la comprensión por parte del ser humano de que la agresión hacia su congénere, puede ser tan letal como el ataque reactivo de su posible víctima.

Consideramos, luego, que el relatado temor impulsó a las familias a agruparse, juntar sus fuerzas, disipar sus diferencias de opiniones, establecer objetivos comunes para el logro de beneficios, prestarse ayuda mutua y crear algún mecanismo que permitiera conformar una especie de autoridad autónoma o gobierno, para diseñar normas y hacerlas cumplir, aceptadas por la sociedad, tendentes a mantener la paz, la convivencia y el respeto por los bienes de los demás, materializándose de esta manera el abandono de la potestad de cada quien para castigar las faltas de los otros¹⁹⁰.

Emergió así el imperativo de la creación de normas y del abandono de la libertad total y del derecho a todo, en favor de un subconjunto humano o individuo (gobierno), con poder soberano y coactivo para hacer cumplir las reglas, que velaría por la seguridad de los mancomunados, por el mantenimiento del orden interno del grupo cedente y, en general, por el bien común, con el compromiso acordado de no oponerse a las decisiones del cesionario. Nacieron como consecuencia, las condiciones necesarias para la creación de todas las formas de asociación humana que condujeron al nacimiento del Estado.

De lo anterior, podemos colegir justamente tanto en Hobbes como Locke, una apreciación similar en cuanto a que, **cuando los hombres deciden juntarse en sociedad, renuncian en gran parte a las libertades que antes tenían y que eran suyas en el estado natural**, pero no de manera incondicional sino en acuerdo con todos los integrantes de la comunidad; se decide apoyar el acuerdo de la mayoría y se genera el compromiso de respetar las leyes así formadas por el conjunto de personas designadas para su creación.

Ya el problema no fue precisamente, el abandono del derecho natural, la creación de normas de relación social en todos los sentidos, la entrega de libertades total a favor de un gobierno con miras a la paz, ni la forma de ese gobierno sino, **¿cuántas libertades entregar? ¿cuáles libertades**

¹⁸⁸Ibid. I. II. Pág. 12

¹⁸⁹Ibid. I. VII. Pág. 15

¹⁹⁰Ibid. VIII. VI. Págs. 96 y 97

entregar? y ¿hasta dónde debe llegar el gobierno en la aplicación del poder soberano sin tergiversar el don de mando otorgado?

Ahora bien, si diferenciamos la moral de la norma y de la religión, simplificando un poco, podemos definir la libertad de manera general, como la capacidad del ser humano de tomar decisiones, de actuar, de abstenerse, de obrar en uno u otro sentido, de optar por una cosa o por su contraria sin que nadie se le oponga, en un marco legal y constitucional. Aludimos así a la libertad de acción, a la libertad exterior. Desde un punto de vista religioso-cristiano es el don de la creación¹⁹¹, consistente en el libre albedrío. En este aspecto se diferencia el cristianismo de las religiones politeístas en donde encontramos un fatalismo celeste (dioses del cielo) donde no hay lugar a la libertad por cuanto las decisiones en la vida humana la toman los dioses, a quienes hay que pedirles por el futuro, por nuestro bien, por nuestra familia y por el éxito, entre otras cosas; no hay autodeterminación en esas religiones manifiestamente supersticiosas en las cuales no impera la razón y donde el tránsito por la vida no dependerá nunca de nosotros, sino de la benevolencia de los dioses. Manifiéstase aquí la supeditación de las facultades morales e intelectuales del hombre a funestas concepciones, que aniquilan su condición pensante y lo hacen inhábil para el desempeño de las altas funciones a que está destinado. Un esquema isomorfo lo encontramos en el fanatismo. Aquí la condición racional se quiebra ante las decisiones o emanaciones de lo que funge de líder o de entidad superior. Mi experiencia personal me orienta a que el hombre debe ser libre pensador y actor que fuera del azar, establece el futuro al que quiere llegar y trabajar por ello, sin que tenga que pedir a divinidad alguna que lo lleve hacia el estado de cosas que ha visualizado.

Como hemos visto, siempre hay una libertad relativa externa proporcionada por la norma, independientemente del sistema político imperante. Pero ¿qué papel juegan los factores biológicos, psicológicos y sociales en la libertad relativa antes mencionada? Sobre el particular nos expresa Fromm: “*El análisis del aspecto humano de la libertad y de las fuerzas autoritarias nos obliga a considerar un problema general a saber: el que se refiere a la función que cumplen los factores psicológicos como fuerzas activas en el proceso social; y esto nos puede conducir al problema de la interacción que los factores psicológicos, económicos e ideológicos ejercen en aquel proceso.*”¹⁹²

Es así como la libertad personal de acción no sólo está condicionada por un ordenamiento jurídico, sino que los factores sociales y económicos que allí están presentes, crean un ambiente que determina probabilísticamente la estructura psicológica del individuo que en un entorno específico se desenvuel-

¹⁹¹Ratzinger, Joseph. 2005. Pág. 89

¹⁹²Fromm. 1980. Pág. 29

ve. De esta manera, se compromete la libertad de acción por factores que de alguna forma están prefijados. Al respecto señala Nagel (1979) la irresponsabilidad total cuando los sujetos están sometidos a factores fuera de su control o a vaivenes del temperamento¹⁹³.

Exculpa Nagel luego al ser humano ante su inestable situación en el entrado laberinto social en donde impera la causalidad. Opone Dennett (1992) su tesis del autocontrol como manera de vencer la causalidad, haciéndose del símil **input-caja negra-output** en donde la actividad del autocontrol se impone sobre la introspección para lograr el dominio de las pasiones y alcanzar la rectitud en los actos¹⁹⁴. Aunque Dennett no lo dice, asumimos entonces que da por entendido el logro de la templanza como virtud de tal forma que no haya que autocontrolarse ya, sino que la conducta aflora de manera natural. Afianza de esta manera, lo innecesario del autoanálisis y el hecho de que al considerarnos responsables se activa nuestro yo inmóvil que sí puede tomar decisiones libres aunque en algún momento no las llevemos a cabo por factores físicos o psíquicos¹⁹⁵.

En la misma dirección de Nagel, Edward también contraría a Dennett cuando manifiesta que, para la formación del carácter el primer paso no fue una decisión controlada, por lo que el individuo no toma decisiones libres y, por lo tanto, no es responsable. Para ilustrar su posición, Edward, citado por Dennett¹⁹⁶, expone un ejemplo bastante sólido en el que una persona con determinación previa para mejorar su conducta puede cambiar su carácter, mientras que otra que no tiene esa condición previa, nunca se someterá a tratamiento alguno para evolucionar, concluyéndose que la existencia de esa fuerza previa innata no controlada tendría que ver con la libertad de decisión.

Por supuesto, Dennett contradice lo expuesto al decir que una vez que el individuo forja su carácter, todas sus acciones son resultado del autocontrol y de la posibilidad humana de prever situaciones futuras a partir de las acciones presentes, en un marco moral dado, afirmando así el libre albedrío y por ende, la responsabilidad. En esta aseveración otorga especial importancia al perfeccionamiento humano a través de la reflexión y el autoconocimiento, lo que redundará en un mayor nivel de responsabilidad. Sostiene luego que: *“... una gran parte del “libre albedrío” ya está fijada antes de la aparición del problema de la moral.”* y apoya su dicho en Locke cuando dice: *“Como señaló Locke, un agente tal tiene el “poder de suspender la ejecución y la satisfacción de cualquiera de sus deseos” y por ende, está en libertad de*

¹⁹³Nagel. 1981. Pág. 35

¹⁹⁴Dennett. 1992. Pág. 94

¹⁹⁵Ibid. Págs. 95 y 96

¹⁹⁶Ibid. Pág. 101

*considerarlos, examinarlos por todos lados y compararlos con otros. (ensayo II, XXI, 118)*¹⁹⁷ (resaltado nuestro)

Lleva a cabo Dennett en su afianzamiento sobre el autocontrol, reflexión y autoconocimiento, un análisis sobre “*la suerte*” como único elemento que de manera aleatoria podría influir en nuestro *performance*. Se pregunta entonces: ¿dónde nacimos?, ¿por qué nacimos allí?, ¿qué hicieron nuestros padres por nosotros para formar nuestro carácter?, ¿por qué nacimos con ciertos aspectos caracterológicos y no con otros?, afirmando que algunas respuestas se relacionan con la suerte.

Finaliza su discurso sobre el tema con una muestra increíble de desconocimiento social, por lo menos en lo que respecta a América en general, cuando afirma que de todas formas en la carrera de la vida, los aspectos en cada ser humano que pudieran aventajarlo inicialmente se neutralizan y se promedian tal como en un maratón, algunos corredores pudieran salir de primero y otros después; en el transcurso de la carrera se equiparán las desigualdades.¹⁹⁸

Desdeña entonces Dennett las insalvables diferencias sociales que en estos países van desde la miseria más atroz hasta la opulencia despiadada e inmoral, resultado de una salvaje e indolente distribución de la riqueza que nos apena a todos los venezolanos. Por poner un ejemplo. ¿Creería Dennett que un niño nacido en el barrio “El Carpintero” (Caracas, Venezuela), con cuatro hermanos de diferentes padres, sin posibilidad de acceder al sistema educativo, y una madre que tiene que dejarlos encerrados para irse a prostituir con el fin de mantenerlos, se equipará con otro infante nacido en el seno de una familia clase media con acceso a una educación formal y familiar aceptables? Aunque en realidad nos encuadramos en la línea de pensamiento de Dennett, creemos que, en concordancia con las variadas teorías criminológicas,¹⁹⁹ debe tomarse en cuenta el factor social en sus diferentes dimensiones a la hora de dar explicación al origen del delito.

Sin embargo, a pesar de lo comentado en el párrafo anterior, compartimos con Dennett el hecho de que, a excepción de los delitos culposos²⁰⁰, putativos,

¹⁹⁷Ibid. Pág. 103 y 104

¹⁹⁸Ibid. Pág. 114

¹⁹⁹Goppinger, Hans. 1968. “Criminología: El conjunto ordenado de la ciencia experimental acerca del crimen, del infractor de las normas jurídicas, del comportamiento socialmente negativo y del control de dicho comportamiento, y que se ocupa de las circunstancias de la esfera humana y social relacionadas con el surgimiento, la comisión y la evitación del crimen así como del tratamiento de los violadores de la ley.”

²⁰⁰Código Penal Venezolano. “Artículo 61: Nadie puede ser castigado como reo de delito no habiendo tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye, excepto cuando la ley se lo atribuye como consecuencia de su acción u omisión. El que incurre en faltas, responde de su propia acción u omisión, aunque no se demuestre que haya querido cometer

de los errores de tipo y de prohibición²⁰¹, una vez forjado el carácter en la psique del hombre, en una sociedad tan informada como la nuestra, él puede conocer el bien y el mal, siendo entonces capaz de realizar reflexión y autocontrol independientemente de los factores sociales que lo rodean. Puede actuar de una manera y no de otra, puede anteponer su voluntad a cualquier acto, por lo que en esa posición, es moralmente responsable por lo que hace. Es un hecho que nací en el barrio El Carpintero, pero sé qué es bueno y qué es malo, tengo libertad de acción en el contexto ya referido, llevo a cabo actos inequívocos y necesarios que previsiblemente tenía que realizar para producir la consumación de un delito, conozco las consecuencias de mi proceder y de mi finalidad delictiva, se de la afrenta a la norma y de su punibilidad, tengo conciencia de la conmoción social que mi accionar producirá y de mi falta de solidaridad; también sé que en caso de que me descubran me mostraré ante la comunidad como un delincuente²⁰²; entonces es inevitable chocar con Edward y Nagel en cuanto a la irresponsabilidad de este agente.

Abundando en el caso del párrafo anterior, el aspecto teleológico del delito es insoslayable. En esta senda, vale la pena traer a Welzel, quien emulando a Aristóteles y a Hartman, nos plantea que la conducta humana es ejercicio de actividad final, la acción así es suceso final y causal; el conocimiento causal lleva al hombre a prever, planear y accionar conforme a esto, se mueve en función de lo que predeterminó, siendo entonces la finalidad vidente y la causalidad ciega²⁰³.

Es, luego, nuestra apreciación que coinciden Dennett y Welzel en que, a la luz del libre albedrío, del aspecto teleológico de la acción y de la libertad relativa que ofrece cualquier sistema político, el hombre es responsable sin que la causalidad lo predetermine significativamente para la comisión de delitos, faltas o en general, desvíos con relación a la norma, dando por sentado que el azar o la suerte juega para todos por igual. En otras palabras: el delincuente no es resultado de la causalidad, su libre determinación lo hace totalmente responsable de sus actos.

Ahora aclaremos algo sobre la responsabilidad. Luego de un análisis de los diferentes tipos de responsabilidad expuestos por autores como Hart y Ross, Fernando Molina Fernández, los ha resumido en dos tipos, el causal-

una infracción de la ley. La acción u omisión penada por la ley se presumirá voluntaria, a no ser que conste lo contrario.”

²⁰¹Castellanos. 2011. Págs. 70 y 71. “Delito putativo: Conducta no prohibida pero el agente la cree prohibida. Error de prohibición: Conducta prohibida pero el agente no la cree prohibida. Error de Tipo: Conducta prohibida y por error el agente realiza el tipo penal.” Castellanos.

²⁰²Ibid. Pág. 79

²⁰³Welzel. 1980. Págs. 53 y 54

explicativo que alude a la razón por la cual se produjo un hecho, lo cual mira hacia el pasado; y el atributivo de consecuencias por el hecho, que mira hacia el futuro. En el primero podemos asentar por ejemplo: el responsable del fallecimiento de “A” fue el cáncer que padecía. En el segundo caso, no se apunta a las circunstancias que originaron el hecho sino a las consecuencias que de él se deducen. Entonces cuando decimos en derecho que una persona es responsable civil o penalmente de un hecho lesivo, hacemos referencia a que se le impondrán consecuencias que implicarán una carga consistente en el sufrimiento de una pena o en la reparación del daño causado²⁰⁴. En este trabajo, podemos identificar estas dos facetas de la responsabilidad cuando establecemos que la causa de la realización de un hecho tiene su origen en la voluntad de un hombre, en los términos ya explicados, por lo que tiene la capacidad de sufrir o beneficiarse de las consecuencias del resultado obtenido de su accionar.

Estos razonamientos nos inducen a ver claro un esquema en el que la Criminología y el Derecho Penal conforman una dualidad inexorable. Con la Criminología estudiamos la acción criminal en sus causas, prevención y control, mientras que en el Derecho Penal asignamos consecuencias al hecho delictual²⁰⁵, tomando en cuenta aspectos atenuantes o agravantes. En ambos casos, la sociedad da por sentado que existe libertad y que es la actitud inconforme con el status en cualquiera de sus niveles, la que genera la desviación. En otras palabras, dado un ambiente normativo, moral, religioso conocido por todos los integrantes de la comunidad, es la conducta volitiva, ausente de autocontrol, irreflexiva y totalmente consciente, la que por alguna razón intelectual, me lleva a la decisión de cometer delito, exceptuando los casos de delito putativo, de error de prohibición y de error de tipo, antes definidos.

El estado de cosas antes descrito nos mueve a meditar sobre la posición de Nietzsche, antagónica a Sócrates, a Aristóteles y a Dennett cuando arremete contra el conocimiento de sí mismo, contra la reflexión y contra el autoconocimiento, abogando por el **actuar auténtico** sin que medie contemplación alguna, dejando a un lado el asunto deontológico. Así las cosas, interpretamos que la virtud, según Nietzsche, es un asunto de impulsividad y originalidad que pudiera confundirse con una tendencia hacia la anarquía, peligrosa por su cercanía al delito y al retorno de la guerra de todos contra todos explicada por Hobbes²⁰⁶. No propone este autor, entonces, una vía para el mejoramiento

²⁰⁴Molina. 2003. Págs. 170 - 177

²⁰⁵Arteaga. 2012. Pág. 5

²⁰⁶Nietzsche. 1999. Pág. 366

to de la sociedad a través del mejoramiento personal, sino por el camino del abandono de los acuerdos sociales²⁰⁷.

Nos preguntamos permitiéndonos elucubrar ¿cuántas personas interpretando o mal interpretando a Nietzsche habrán caído en el delito, concibiendo que debemos repensar los pesos de todas las cosas, concluyendo, por ejemplo, que los bienes son de quien los necesita y no de quien los tiene? En esto, siendo sinceros, no queremos ni pensar en una sociedad que en un momento dado estuviera influenciada por este pensamiento. La anarquía estaría a la vuelta de la esquina.

En el contexto anterior, retomando el asunto de la resocialización, vale la pena comentar que en Venezuela el manejo de la delincuencia y de la inseguridad personal reviste características únicas. Es sorprendente, según nuestra óptica y hablando de resocialización, cómo los presos tienen la potestad de delinquir desde sus recintos y de ejercer un poder que está por encima de las autoridades administrativas y militares que supuestamente los custodian. Fue un hecho notorio, público y comunicacional, cómo en el Rodeo II, los presos pudieron mantener en vilo al Ejército y a la Guardia Nacional hasta cuando quisieron, asesinando en ese transcurso a varios militares. El arsenal que manejaban los presos era temido por los uniformados a tal grado que cuando les vino en gana a los PRANES del Rodeo II salir a cambio de armas y dinero, se llevó a cabo una requisa cuyos resultados impresionaron al mundo por el armamento que iba desde las armas sencillas hasta las más sofisticadas.

Esto no trajo mayores consecuencias para los presos más allá que la consecución de algunas prebendas para el mejoramiento de sus condiciones existenciales. No pretendemos en este trabajo abordar el problema carcelario, sino hacer ver que el manejo del delincuente en el país, de manera equivocada, tiene como tópico subyacente y justificante para el malhechor, el presupuesto de que él es una víctima, un ser que ha experimentado la desigualdad social y la exclusión, un ciudadano que no tiene la culpa de estas circunstancias y que en conocimiento de esto, sustenta de manera inaceptable su conducta, llevando al extremo el *locus de control externo*. Esto lo aseguramos porque son innumerables los desarticulados planes relativos a la prevención y represión que sólo expresan rimbombantes anuncios que no llegan a nada. Muchos delincuentes que son detenidos en flagrancia son rápidamente liberados y gozan incomprensiblemente del principio de juicio en libertad, independientemente de la magnitud del delito, iniciándose así un proceso penal que nunca se sabe cuándo va a terminar, debido a la ineficiencia del sistema judicial penal. La impunidad como consecuencia es evidente e insoportable y el incremento de la violencia es un resultado directo.

²⁰⁷Ibid. Pág. 269

Se habla, asimismo, de manera insistente, de la reinserción del delincuente como fin de la pena, se teoriza sobre el particular y se llevan a cabo programas al respecto sin que de manera efectiva se verifiquen resultados. En esa línea, las autoridades que tienen bajo su responsabilidad el programa de atención al delincuente y a su familia, manejan una aproximación psicológica del asunto en el que es el Estado quien tiene la culpa de la situación del privado, haciéndole ver que el problema no está en él (*locus de control externo*), sino en una sociedad injusta que lo empujó hacia el delito creándole muchos problemas a él y a su familia, razón por la cual el objetivo de la estructura de poder imperante es lograr un cambio orientado hacia una sociedad más justa en la que ya no haya necesidad de cometer delito para acceder a la felicidad. En este sentido manejan un esquema de libertad y responsabilidad semejante a los de Nagel y Edward, en donde en ningún momento, se trabaja con un proceso en el que el preso se descubra a sí mismo y que asuma la responsabilidad sobre su vida²⁰⁸. Así, la evasión como mecanismo para reducir al mínimo la conciencia, con el objeto de impedir el contacto consigo mismo²⁰⁹, queda viva y en aumento en el delincuente objeto de tratamiento. El preso, entonces, crea fantasías sobre un mundo ideal que hallará una vez que obtenga la libertad, pero no se le orienta en el manejo de su ansiedad vista esta como temor a que una vez que obtenga la libertad se encontrará con que no existe lo que el visualizó²¹⁰. Esta nueva realidad sustenta su fácil reincidencia con una justificada asunción del *locus de control externo*.

En general, podemos identificar a Edward y a Nagel con un esquema que asigna la responsabilidad del delito al sistema y no al delincuente porque este es consecuencia de aquel, lo que reduce la Criminología a la búsqueda de un Estado inalcanzable como el que nos presenta la República de Platón o la Utopía de Tomas Moro, sitios estos en donde no es posible el delito ni tendría sentido el Derecho Penal²¹¹.

En cambio, asociamos sin mucho esfuerzo a Dennett con Fritz y con Nietzsche, al compartir sus desiderátum, en cuanto a navegar en nuestro mar interno. Dennett lo propone tomando como vía la reflexión y el autocontrol a la manera de Aristóteles, Fritz a través del descubrimiento de nosotros mismos, emulando a nuestro parecer a Sócrates, manejando de la evasión, los temores, la ansiedad y el vacío interior y Nietzsche llegando a nuestras profundidades pero, a través de conductas no contaminadas con los estereotipos que nos propone el sistema sino con una actitud irreverente personal y original que

²⁰⁸Fritz. 2006. Pág. 68

²⁰⁹Ibid. Pág. 70

²¹⁰Ibid. Pág. 72

²¹¹Moro. 2011. Págs. 70 - 75

raya en la anarquía. **Estos autores presuponen de manera basal la existencia plena de nuestra responsabilidad y las condiciones de libertad para tomar la vida en nuestras manos, lo que implica una asignación de la responsabilidad del delito al hombre y no al sistema.**

El camino transitado sobre la libertad y responsabilidad nos afianza en un tópico especial de este trabajo como es la punición del delito imposible. En esa vía, siendo que en esta transgresión, la actividad delictual se lleva a cabo de manera consciente, **cuando el actor sabe perfectamente que su actividad es reprochable por la sociedad, que está en plena libertad desde el punto de vista, que tiene la oportunidad de manejarse diferente, que su decisión desviada no está influenciada causalmente por otras razones que no fueran las que nacen de su propio yo, no podemos de ninguna manera, acompañar a un autor que justifique el intolerante deseo de ciudadano alguno que quiera causar daño a otro, sobre la base de que no tuvo la libertad para decidir sobre sus acciones.** En otras palabras, si el infractor desea de manera consciente ejecutar una conducta prevista en un tipo penal, anticipando que producirá un resultado dañoso, estando motivado hacia el logro tal y como lo ha visualizado, perpetrando todos los actos encaminados a tal fin, pero la consumación de la infracción es imposible por la naturaleza inidónea de los medios empleados, del objeto o del sujeto pasivo hacia el cual se dirige la acción, la comunidad lo cataloga como irrespetuoso y violador de todos los preceptos asociados a la convivencia pacífica, independientemente de que alcance o no su objetivo. Al ser esto así ¿Qué argumento criminológico, sociológico, psicológico o penal puede sustentar que el individuo no poseía la libertad de acción como para decidir actuar en contrario? Desde nuestra mirada, ninguno.

A la sazón, ¿qué argumento penal puede sustentar la no responsabilidad de este individuo que tiene libre albedrío y por lo tanto la libertad de no iniciar o suspender la satisfacción de sus bajos deseos? **¿O es que el hecho de haber nacido en un suburbio violento le impide en esta sociedad conocer el bien y el mal?** De otra forma: si su vida se desarrolló en un barrio detestable, de todas formas tuvo la libertad para actuar de una manera y no de otra, supo qué es bueno y qué es malo, tuvo libertad y poder de acción; y si en el ambiente comentado nada le impidió llevar a cabo actos inequívocos y necesarios que previsiblemente tenía que realizar para producir la consumación de un delito, si conocía las secuelas de su desenvolvimiento, si pudo visualizar la finalidad disvaliosa, si supo de la agresión a la norma y de su sanción, entonces su libertad total, su conciencia plena y su ausencia de solidaridad, lo condujo a crear la conmoción social.

Misión y fines del derecho penal y punición del delito imposible

Es importante, antes de entrar en este tópico, aclarar que, aunque la bibliografía generalmente toma como sinónimos misión y fines, es un error asimilarlos como equivalentes. Realmente se ubican temporalmente en sitios diferentes y su contenido es distinto en cuanto a su significado, para una organización cualquiera. En el término misión está inmersa la idea de función, así tenemos que la misión de una entidad viene dada por el propósito general o razón de ser de ella en un contexto de espacio y tiempo determinados. Expresar las funciones en el presente y en el futuro, garantizan hacer realidad los fines propuestos a corto, mediano y largo plazo. Por ello, la misión es un marco de referencia que orienta y enlaza lo deseado con lo posible. Por otra parte, cuando hablamos de fines, nos adentramos en el terreno teleológico o aristotélico de la entidad de la cual se trate, aludiéndose siempre a finalización, término o consumación de algo. En efecto, todas las acepciones que nos trae el diccionario de la Real Academia Española, así lo expresan, siendo las más demostrativas en relación a nuestro comentario las siguientes: “*Objeto o motivo con que se ejecuta algo*”, “*Aquel a cuya consecución se dirigen la intención y los medios del que obra*”²¹².

Siendo esto así, es claro que la misión es el medio para lograr los fines, por lo que cronológicamente, siempre es primero la formulación de los fines para luego establecer los medios, en este caso la misión. Sería genuino entonces decir: a la luz de tales o cuales fines del derecho penal, esta es su misión desagregada en tales funciones. Reseñaremos grosso modo, por no ser el foco de este trabajo, algunos aspectos sobre el tema relacionados con el delito imposible.

Cuando hacemos referencia a los fines del Derecho Penal, es obligatorio aludir a la necesidad de garantizar un orden en la sociedad y asegurar las condiciones fundamentales para la convivencia pacífica. **El Derecho Penal no es un fin en sí mismo, sino un medio para el logro de un fin último como lo es la relación en paz y con armonía de los integrantes de la sociedad, así como también la consecución de un desarrollo integral del hombre y la elevación de las condiciones de existencia de la comunidad.** Esto porque el hombre es un ser llamado a convivir gregariamente y la vida social requiere un orden externo, un respeto mutuo entre sus miembros y una colaboración interpersonal para el logro de esa pacífica y feliz coexistencia²¹³.

²¹²Diccionario de la Real Academia Española. Vigésima segunda edición. 2001. Pág. 1060

²¹³Olaso. 1979. Pp. 11.

En otro orden de ideas, pero sin perder de vista la debida concatenación con los fines del derecho penal y con el fin de la pena, cuando hablamos de la misión del derecho penal a la luz de sus fines, los comentarios de Welzel nos parecen los más adecuados cuando afirma que **la misión del derecho penal es la protección de los valores elementales de la conciencia, de carácter ético social, protegiendo al mismo tiempo los bienes jurídicos a los que están referidos aquellos valores del acto. Pero, prioritariamente, el Derecho Penal quiere proteger determinados bienes vitales de la comunidad, como la integridad del estado, la vida, la integridad corporal, la salud, la libertad, la propiedad, la paz, la tranquilidad; por eso impone consecuencias jurídicas a su lesión o puesta en peligro.** Pero, aclara que la misión primaria del Derecho Penal no es la protección de bienes jurídicos puesto que cuando entra en acción, generalmente ya es demasiado tarde, asegura entonces que *“la mera protección de los bienes jurídicos tiene sólo un fin preventivo de carácter policial y negativo. Por el contrario, la misión más profunda del Derecho Penal es de naturaleza ético-social y de carácter positivo”*. Profundiza esto afianzando que la verdadera misión consiste en asegurar la real observancia de los valores de la conciencia jurídica al sustentar estos al Estado y a la sociedad²¹⁴.

Es obvio, entonces, que si alguien me apunta con un revolver con ánimo de asesinar me para luego halar del gatillo, sin saber que su arma está dañada de fábrica, en términos de Welzel, está agrediendo mis bienes jurídicos paz, tranquilidad, sosiego entre otros, porque yo no sé que no podrá matarme por el desperfecto de su instrumento letal, de lo contrario no me hubiese angustiado de ninguna manera saber que no me causará daño su accionar. Igual pánico sentiría quien se le apunta y escucha el disparo, sin saber que el revolver tenía proyectiles de foguero; igual sufrirá como si realmente fuese a recibir la bala, experimentará la misma alarma afectándose el bien jurídico de su tranquilidad²¹⁵. Tenemos, entonces, un verdadero desvalor de acción porque de manera indiscutible, el agente está lesionando bienes jurídicos garantizados constitucionalmente como veremos más adelante. En general, el desvalor de acción de quien cree ejecutar una acción que producirá un peligro real para un bien jurídico ajeno, está ejecutando una conducta que pone en peligro el

²¹⁴Welzel. 1980. Pág. 13

²¹⁵“Basta para demostrarlo, recurrir a *sensu contrario*, a la llamada “*defensa putativa*”. Quien se cree atacado por unos bromistas que le amenazan con fusiles descargados o con pistolas de juguete, y no sabe que son medios inidóneos, suponiendo fundamentalmente que son armas verdaderas, se le considera inculpable si reacciona defendiéndose con muerte o lesiones para los bromistas, porque se vulnera su paz, su tranquilidad, la convicción de su seguridad.” Fontan Balestra. 1969. Tomo VI. Pág. 1830.

orden jurídico.²¹⁶ Así lo comparte Orestes Araujo (1958) al decir: “*No debe olvidarse que en materia de tentativa, la pena se impone no por la realización típica total, sino por el simple peligro de una tal realización, pero en los casos a que nos estamos refiriendo, dicho peligro objetivamente configurado podría sustituirse por la impresión que el acto causa a otras personas, como en el ejemplo del ladrón de carteras que no encuentra dinero en ellas, cuya sanción debe basarse entonces en la conmoción de la seguridad del bien jurídico tutelado*”.²¹⁷

Encontramos aquí una imbricación importante de la punición de la tentativa inidónea, con el esquema **racional-final o teleológico (funcional)** previamente comentado, que condiciona la estructuración del sistema jurídicopenal a los fines del Derecho Penal, sustituyendo la nebulosa orientación sobre el fin de la pena neokantiana, amarrada a valores culturales, por un tópico concreto jurídico penal práctico constituido por “*las bases políticocriminales de la moderna teoría de los fines de la pena*.”²¹⁸ Interpretamos así, que el sistema teleológico hace depender la imputación de un resultado (para el caso del delito imposible = conmoción, agresión a la norma, traición al sistema penal, creación de intranquilidad social, etc.), al tipo objetivo de “*la realización de un peligro no permitido dentro del fin de protección de la norma, sustituyendo con ello por primera vez la categoría científico-natural o lógica de la causalidad por un conjunto de reglas orientado a las valoraciones jurídicas*.” Paralelamente, la visión racional-final o teleológica, amplía la “*culpabilidad*” a la categoría de la “*responsabilidad*” en los términos estudiados en el punto anterior (1.2), en ese sentido, se integra en este dúo, la prevención general o especial de la sanción penal, de tal forma que la “*culpabilidad*” y la prevención se controlen mutuamente y den lugar a la “*responsabilidad*” personal del sujeto, que desencadena la imposición de la pena.²¹⁹

Aspectos constitucionales de la punición

Es el Estado una organización cuyo fin no es otro que asegurar la existencia pacífica de sus integrantes y con garantía de que sus ciudadanos podrán decidir su futuro de manera consensual. Cuando hablamos de vida pacífica, nos referimos a la cesión del monopolio de la violencia que hace el grupo humano, a un sub-grupo administrador denominado gobierno, a través de un poder que garantice el aseguramiento de la vigencia de un orden jurídico, en

²¹⁶ Jiménez de Asúa. 1970. Tomo VII. Pág. 706

²¹⁷ Araujo. 1958. Pág. 193 y 194

²¹⁸ Roxin. 1997. Pág. 203

²¹⁹ Ibid. Pág. 204

cuyo contexto se desenvuelva la convivencia, aspectos estos que expresan una unidad de poder²²⁰. Lo dicho no es más que la verificación del gran salto que dio la humanidad para salir del salvajismo del derecho natural, el cual caracterizó por Hobbes de la siguiente manera: “*La palabra “derecho” no significa sino la libertad que cada uno tiene de servirse de sus facultades naturales según la recta razón. De modo que el primer fundamento del derecho natural es que cada uno proteja cuanto pueda su vida y su cuerpo.*”. En palabras del propio Hobbes, “*La naturaleza dio a cada uno derecho a todas las cosas. . . estaba permitido a cada uno hacer cuanto quisiese contra quien fuera: poseer, utilizar y disfrutar cuanto quisiera y pudiese.*”, por lo que “*Uno podía decir de cualquier cosa: “eso es mío”, pero no podía gozar de ella por culpa de su vecino que pretendía, con igual derecho y fuerzas iguales, que esa misma cosa era suya.*” En resumen, el derecho natural no es más que “. . . el derecho de todos a todo, que permite atacar y defenderse con el mismo derecho y que es el origen de los celos y de las eternas sospechas de todos contra todos.”²²¹.

Es claro, entonces, como en virtud del deseo de una vida plena de sosiego, el hombre para salir del derecho natural, creó códigos o leyes aisladas con un solo fin: vivir en paz. En esa dirección, ha diseñado estructuras políticas que de manera formal, informal, incipiente o remota, se corresponden generalmente de una u otra forma, con una división funcional del poder, por lo que la noción de constitución como texto codificado, es más reciente que la aparición de las normas formales propiamente dichas. Ejemplo de esto lo tenemos en el caso del Rey Knossos en la isla de Creta (1.800 A.C.) con su Talasocracia (gobierno del mar), donde el aspecto institucional del gobierno estaba en manos de un rey que cumplía también funciones sacerdotales y era asistido por un consejo de ancianos resaltando claramente la presencia de un rey-sacerdote y una asamblea de ancianos que muestra una incipiente estructura funcional que parece alejarse de primigenias formas de concentración de poder en una sola persona²²². Otro ejemplo interesante nos muestran los registros bíblicos con las Leyes de Moisés (1450 A.C.), en donde se especifican entre otras: leyes de gobierno, el sistema judicial, leyes de derecho civil y leyes penales entre otras, con una clara división del poder²²³. Más recientemente y de manera ilustrativa, en el siglo IX A.C. se atribuye a Licurgo en Esparta la primera

²²⁰García-Pelayo. 2000. Pág. 19

²²¹Hobbes. 1966. Págs. 68, 69 y 70

²²²Fornaciari. 2006. Pág. 4

²²³Reina-Valera. 1960. Pags. 213 - 287

constitución²²⁴, pasando por la constitución de Teseo en Atenas (717 A.C.) y la de Solón (600 A.C.)²²⁵.

En este orden de ideas, cabe destacar la existencia de importantes antecedentes del Derecho Constitucional moderno tales como la Carta Magna inglesa o los fueros de León, Aragón y Castilla en España, producidos todos ellos durante la Edad Media y que marcan una tendencia a limitar los poderes absolutos. Sin embargo, la ciencia del Derecho Constitucional tiene como indudable punto de partida la obra de Carlos Luis de Secondat barón de la Bréde y de Montesquieu, “El espíritu de las leyes”, aparecida en 1748²²⁶, aunque ya Locke (1690), había tratado el tema en su texto “*Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*”²²⁷, con las correcciones recogidas más adelante en los años 1694, 1698 y 1764. Como pilar de garantía de la libertad en política, establece Montesquieu su teoría de la división y equilibrio de los poderes, cuando en el Libro Undécimo, Capítulo VI de su obra analiza la Constitución inglesa, dice: “*Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes; el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares*”²²⁸. En lo que hace a la libertad política, la define como “... la tranquilidad de espíritu que proviene de la confianza que cada uno

²²⁴Bravo. 1994. Pág. 227

²²⁵Engels. 1884. Págs. 96 y 97

²²⁶“En cada estado hay tres géneros de poder: el poder legislativo, el poder ejecutivo de lo que dependen del derecho de gentes y el poder ejecutivo de lo que depende el derecho civil. Por el primero el príncipe o el magistrado hace leyes temporales o para siempre y corrige o deroga las ya hechas. Por el segundo, hace la paz y la guerra envía y recibe embajadas, dispone la seguridad, previene invasiones. Por el tercero castiga los delitos o juzga las querellas de los particulares. A este último se llamará poder de juzgar, y al otro, simplemente, poder ejecutivo del Estado.

La libertad política para un ciudadano es esa tranquilidad de espíritu que deriva de la opinión tiene de su seguridad; y para que dicha libertad exista, es necesario que el gobierno sea de tal forma que un ciudadano no pueda sentir temor de otro.

Cuando en la misma persona o en el mismo cuerpo de magistrados se hayan reunidos el poder ejecutivo y el poder legislativo, no existe libertad, porque se puede recelar que el mismo monarca o el mismo senado promulguen leyes despóticas para aplicarlas despóticamente.

Tampoco hay libertad si el poder judicial no se haya separado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si se encuentra unido al legislativo, sería arbitraria la potestad sobre la vida y la libertad de los ciudadanos, pues el juez sería legislador. Si se presenta unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un tirano.

Nada cabría hacer si la misma persona o el mismo cuerpo de notables, o de nobles, o del pueblo ejerciera estos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los crímenes y los litigios entre particulares.” Montesquieu de. 1748. Libro XI, Cap. VI

²²⁷Locke. 1690, 1694, 1698 y 1764. Capítulo XII

²²⁸Fornaciari. 2006. Pág. 3

*tiene en su seguridad; para que esta libertad exista, es necesario un gobierno tal que ningún ciudadano pueda temer a otro*²²⁹.

Con todos los matices posibles, el pueblo decidió ceder gran parte de su libertad para salir del estado de anarquía caracterizado por la guerra de todos contra todos. Pero, en todos los casos, el anhelado deseo de vivir con tranquilidad estuvo y está presente, quedando sólo por debatir hasta dónde debemos ceder nuestros derechos al Estado y hasta qué punto debe el Estado intervenir en nuestros asuntos personales. Tópicos finamente tratados por diferentes exponentes del liberalismo y la democracia.

Podemos apreciar, entonces, cómo independientemente de la forma de asociación que decidieron los humanos adoptar, la norma de conducta obligatoria que implica el derecho a la paz y de respeto a los otros congéneres, plasmada tanto en las normas orales como escritas, es el común denominador. Es claro, pues, que la Constitución como instrumento organizador del Estado y de la sociedad es norma de conducta. Esto lo podemos apreciar, por ejemplo, en nuestras constituciones latinoamericanas cuando en las correspondientes a Argentina²³⁰, Brasil²³¹, Colombia²³², Chile²³³, El Salvador²³⁴, Guatemala²³⁵,

²²⁹Bravo. 1994. Págs. 224 y ss

²³⁰Preámbulo: “*Nos los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente. . . con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común. . .*” (resaltado nuestro)

²³¹“Artículo 5º. Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizándose a los brasileños . . . la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, **a la seguridad. . .**” (resaltado nuestro)

²³²“Artículo 2.- Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general. . . , mantener la integridad territorial y **asegurar la convivencia pacífica** y la vigencia de un orden justo.” (resaltado nuestro)

²³³“Artículo 1º.- Los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos. . . El Estado está **al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común. . . Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia. . .**” (resaltado nuestro)

²³⁴“Artículo 2. Toda persona tiene **derecho a la vida**, a la **integridad física** y moral, a la libertad, **a la seguridad**, al trabajo. . .” (resaltado nuestro)

²³⁵“Artículo 2º.- Deberes del Estado. Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República **la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.**” (resaltado nuestro)

Perú²³⁶, República Dominicana²³⁷, Uruguay²³⁸ y Venezuela²³⁹, la obligación de los Estados de garantizar el **derecho a la vida, a la paz, a la convivencia pacífica, a la solidaridad y en general al goce pleno de los Derechos Humanos**, entre otras cosas, es irrefutable y de presencia indiscutible. Por esta razón, los instrumentos jurídicos que se desprenden de las constituciones, penalizan las conductas que de una u otra forma violan los preceptos referidos puesto que agreden los correspondientes bienes jurídicos asociados.

Ahora bien, en Venezuela, si queremos constatar la justificación de la punibilidad de la tentativa inidónea en las constituciones de 1961 y 1999, bastaría con analizar los preámbulos y/o Disposiciones Fundamentales explanados en las mismas, no antes sin comentar algunos aspectos metodológicos que hemos tomado en cuenta, indispensables a la hora de hacer una comparación de los tópicos citados en ambas constituciones. Sobre el particular podemos hacer las siguientes precisiones:

1. **Metodología:** El método diacrónico en vista de que revisaremos en ambas constituciones los mismos aspectos pero en momentos diferentes.
2. **Estudio de Comparabilidad:** Hemos determinado la factibilidad de comparación, tanto por similitud como por diferencia, ya que al escudriñar los aspectos clasificatorios, nos ubicamos en un mismo estadio homogéneo debido a que en ambas constituciones:
 - Hay una misma forma de gobierno: Democracia Presidencial
 - La familia jurídica es la misma: Civil Law
 - Existe la misma comunidad histórica
 - El idioma es el mismo
 - La idiosincrasia no ha variado
 - Hay una misma comunidad de intereses

²³⁶“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho a: . . . 22. **A la paz, a la tranquilidad, . . . 24. A la libertad y a la seguridad personales.**” (resaltado nuestro)

²³⁷“Artículo 8.- Se reconoce como finalidad principal del Estado la protección efectiva de los derechos de la persona humana. . . 1. **La Seguridad individual.**” (resaltado nuestro)

²³⁸“Artículo 7.- Los habitantes de la República, tienen derecho a ser protegidos en el goce de su **vida, honor, libertad, seguridad**, trabajo y propiedad.” (resaltado nuestro)

²³⁹“Artículo 2. Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, **la solidaridad**, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.” (resaltado nuestro)

- La forma de relaciones políticas es la misma: Democracia partidista

 - Las relaciones económicas no han cambiado en el texto de ambas constituciones²⁴⁰.

 - Los modos de producción del derecho son los mismos
3. **Origen Constitucional:** Independientemente de que el origen de ambos instrumentos es diferente, (1961: voto favorable de las Asambleas Legislativas de los Estados y resultado favorable del escrutinio realizado en el Congreso de la República; 1999: Asamblea Nacional Constituyente), la comparabilidad es perfectamente realizable en virtud de los factores antes enumerados

Como primer punto, mostramos a continuación un cuadro comparativo de los contenidos en los preámbulos de ambas constituciones:

²⁴⁰Independientemente de que la orientación impuesta por el gobierno en su 1er. Plan Socialista 2007-2013, implica una minimización de la actividad privada, en contravención abierta a lo dispuesto en la Constitución de 1999, en cuanto a la promoción de la iniciativa privada (Art. 112 de la CRBV)

Principios, aspectos o valores, invocados en los preámbulos de las constituciones de 1961 y 1999

CONSTITUCIÓN DE 1961	CONSTITUCIÓN DE 1999
VOTOS DE LAS ASAMBLEAS LEGISLATIVA	ASAMBLEA CONSTITUYENTE
PROTECCIÓN DE DIOS	PROTECCIÓN DE DIOS
INDEPENDENCIA	INDEPENDENCIA
INTEGRIDAD TERRITORIAL	INTEGRIDAD TERRITORIAL
LA LIBERTAD	LIBERTAD
LA PAZ	PAZ
ESTABILIDAD DE LAS INSTITUCIONES	
EL TRABAJO	EL TRABAJO
DIGNIDAD HUMANA	
BIENESTAR GENERAL	BIENESTAR GENERAL
SEGURIDAD SOCIAL	
PARTICIPACIÓN SOCIAL	
PARTICIPACIÓN EQUITATIVA EN LA RIQUEZA	
ECONOMÍA AL SERVICIO DEL HOMBRE	
IGUALDAD SOCIAL IGUALDAD SOCIAL	
IGUALDAD JURÍDICA	IGUALDAD JURÍDICA
NO DISCRIMINACIÓN (RAZA, SEXO, CREDO O CONDICIÓN SOCIAL)	NO DISCRIMINACIÓN
COOPERACIÓN ENTRE NACIONES	COOPERACIÓN ENTRE NACIONES
SOBERANÍA	SOBERANÍA
AUODETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS	
DERECHOS INDIVIDUALES	
DERECHOS SOCIALES	
REPUDIO A LA GUERRA	
REPUDIO AL PREDOMINIO ECONÓMICO COMO POLÍTICA INTERNACIONAL	
SISTEMA DEMOCRÁTICO SISTEMA DEMOCRÁTICO	
CONSERVACIÓN DEL PATRIMONIO HISTÓRICO	
LIBERTAD	LIBERTAD
JUSTICIA	JUSTICIA
PENSAMIENTO DE LOS SERVIDORES DE LA PATRIA – SIMÓN BOLÍVAR	PENSAMIENTO DE LOS SERVIDORES DE LA PATRIA – SIMÓN BOLÍVAR – ABORÍGENES Y PRECURSORES
SOLIDARIDAD	PARTICIPATIVO
	PROTAGÓNICO
	REFUNDACIÓN DE LA REPÚBLICA
	DERECHO A LA VIDA
	DERECHO A LA CULTURA

Principios, aspectos o valores, invocados en los preámbulos de las constituciones de 1961 y 1999

CONSTITUCIÓN DE 1961	CONSTITUCIÓN DE 1999
	INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA
	DERECHOS HUMANOS
	DEMOCRATIZACIÓN DE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL
	DESARME NUCLEAR
	EQUILIBRIO ECOLÓGICO
	BIENES JURÍDICOS AMBIENTALES
	PODER ORIGINARIO
	ESTADO FEDERAL Y DESCENTRALIZADO

Como se observa, **la Paz, el Bienestar General y la Justicia** incluidos en ambos Preámbulos, representan **derechos indispensables** para que una sociedad alcance su equilibrio. En esta misma senda, por diferencia, en el Preámbulo de la Constitución de 1999, la solidaridad humana, el derecho a la vida y a la integridad física engrosan el catálogo de principios y valores requeridos para el buen vivir en general. No puede entonces pasarse por alto un accionar violento que ponga en peligro o agreda los bienes jurídicos referidos.

En cuanto a los Principios Fundamentales, es la constitución de 1999 la que en consonancia con el nuevo constitucionalismo latinoamericano, contempla la mayor cantidad de valores y principios garantizadores del derecho a la paz, la armonía, el buen vivir y la solidaridad. En efecto, su artículo N^o 2 dispone: “Artículo 2. *Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.*” Mientras que la Constitución de 1961 no presenta valores asociados al ser humano en sus Disposiciones Fundamentales. Sin embargo, en su contenido si desarrolla derechos y garantías de los ciudadanos.

Ahora bien, en contradicción con lo expuesto, cuando un ciudadano tiene la voluntad de ejecutar una conducta prevista en un tipo penal, quiere producir un resultado delictuoso, está convencido de poder lograrlo de la manera como lo ha planeado y realiza todos los actos encaminados a tal fin, pero la consumación de la infracción es imposible por la naturaleza inidónea de los medios empleados, del objeto o del sujeto pasivo hacia el cual se dirige la acción, se muestra ante la sociedad como irrespetuoso, violador y agresor de todos los derechos asociados a la convivencia pacífica (paz, tranquilidad, sosiego, etc.), independientemente de que logre o no su cometido. Razón por la cual la punición de este tipo de acciones que caracterizan la tentativa inidónea es, desde nuestro punto de vista, obligatoria. En esa dirección, podemos

observar en la siguiente tabla la situación de este ilícito en algunos códigos penales:

Punición de la tentativa inidónea en algunos países

PAÍSES	SITUACIÓN TENTATIVA INIDÓNEA
ALEMANIA	PENADO A VOLUNTAD DEL JUEZ ²⁴¹
ARGENTINA	PENADO SEGÚN LA PELIGROSIDAD DEL DELINCUENTE ²⁴²
BRASIL	CONTEMPLADO NO PENADO ²⁴³
BOLIVIA	MEDIDAS DE SEGURIDAD ²⁴⁴
CHILE	NO CONTEMPLADO
COLOMBIA	NO CONTEMPLADO
COSTA RICA	CONTEMPLADO NO PENADO ²⁴⁵
CUBA	PENADO A CRITERIO DEL JUEZ ²⁴⁶
ECUADOR	NO CONTEMPLADO
ESPAÑA	NO CONTEMPLADO
EL SALVADOR	CONTEMPLADO. PENADO CUANDO ES RELATIVAMENTE IMPOSIBLE. ²⁴⁷
GUATEMALA	CONTEMPLADO. MEDIDAS DE SEGURIDAD ²⁴⁸

²⁴¹Código Penal Alemán. Artículo 23: Si el autor desconoce, por su falta de comprensión grave, que la tentativa según la clase del objeto o del recurso con los que debería cometer el hecho de ninguna manera podría conducir a la consumación, entonces el tribunal puede prescindir de pena o disminuir la pena conforme a su facultad discrecional.

²⁴²Código Penal de Argentina. Artículo 44. Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente.

²⁴³Código Penal de Brasil. Artículo 17. Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime.

²⁴⁴Código Penal de Bolivia. Artículo 10. Si el resultado no se produjere por no ser idóneos los medios empleados o por impropiedad del objeto, el juez sólo podrá imponer medidas de seguridad.

²⁴⁵Código Penal de Costa Rica. Artículo 24. Hay tentativa cuando se inicia la ejecución de un delito, por actos directamente encaminados a su consumación y ésta no se produce por causas independientes del agente. No se aplicará la pena correspondiente a la tentativa cuando fuere absolutamente imposible la consumación del delito.

²⁴⁶Código Penal de Cuba. Artículo 14. Si, por los actos realizados, por el medio empleado por el agente para intentar la perpetración del delito o por el objeto respecto al cual ha intentado la ejecución, el delito manifestamente no podía haberse cometido, el tribunal puede atenuar libremente la sanción sin ajustarse a su límite mínimo y aún eximirle de ella, en caso de evidente ausencia de peligrosidad.

²⁴⁷Código Penal de El Salvador. Artículo 25. No es punible el delito imperfecto o tentado cuando fuere absolutamente imposible la consumación del mismo, por falta de idoneidad del medio empleado, del sujeto que realiza la acción o por inexistencia del objeto.

²⁴⁸Código Penal de Guatemala. Artículo 15. Si la tentativa se efectuare con medios normalmente inadecuados o sobre un objeto de tal naturaleza, que la consumación del hecho resulta absolutamente imposible, el autor solamente quedará sujeto a medidas de seguridad.

Punición de la tentativa inidónea en algunos países

PAÍSES	SITUACIÓN TENTATIVA INIDÓNEA
HONDURAS	PENADO SEGÚN LA PELIGROSIDAD DEL DELINCUENTE ²⁴⁹
ITALIA	CONTEMPLADO NO PENADO ²⁵⁰
MÉXICO	NO CONTEMPLADO
NICARAGUA	CONTEMPLADO. MEDIDAS DE SEGURIDAD ²⁵¹
PARAGUAY	NO CONTEMPLADO
PANAMÁ	NO CONTEMPLADO
PERÚ	CONTEMPLADO NO PENADO ²⁵²
PUERTO RICO	NO CONTEMPLADO
PORTUGAL	CONTEMPLADO NO PENADO ²⁵³
REP. DOMINIC.	NO CONTEMPLADO
VENEZUELA	NO CONTEMPLADO (CÓDIGO ACTUAL) CONTEMPLADO PENADO (PROYECTO DE CÓDIGO) ²⁵⁴

¿Cómo castigar este ilícito?

Abonado el terreno sobre la punición de la tentativa inidónea, comenzaremos comentando, sobre las diferentes teorías objetivas expuestas por Feuerbach, Binding, Beling, M.E. Mayer, Liszt-Schmidt, Sauer, Mezger, Zafaroni, Quintano, Cerezo Mir, Jiménez de Asúa, Núñez Barbero, Mittermaier, Ferrer Sama, Dicke y Spendell, entre otros, que ninguna de estas, a excepción de la moderna teoría del peligro, pudo mantenerse en pie al abogar por la impunidad de comportamientos generadores de la tentativa inidónea, por ser incompatibles con un Derecho Penal en el que la sanción tiene un fin de prevención general negativa, dado que la sociedad en concreción del fin y misión

²⁴⁹Código Penal de Honduras. Artículo 16. Si la tentativa se efectuare con medios inadecuados o sobre objetos impropios, podrá atenuarse la pena o declararse no punible el hecho, según la peligrosidad revelada por su autor.

²⁵⁰Código Penal de Italia. Artículo 49. La punibilita' e' altresì esclusa quando, per la inidoneita' dell'azione o per l'inesistenza dell'oggetto di essa, e' impossibile l'evento dannoso o pericoloso.

²⁵¹Código Penal de Nicaragua. Artículo 12. Cuando los actos encaminados a la ejecución de un delito sean inadecuados para dicha comisión, queda el juez autorizado para adoptar medidas de seguridad respecto del autor de ellos, si éste fuese enfermo mental o intoxicado.

²⁵²Código Penal de Perú. Artículo 17. No es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del delito, por la ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto.

²⁵³Código Penal de Portugal. Artículo 23. A tentativa não é punível quando for manifesta a inaptidão do meio empregado pelo agente ou a inexistência do objecto essencial à consumação do crime.

²⁵⁴Ya analizado en páginas anteriores. Proyecto del Código Penal Venezolano. Artículo 28.- Delito imposible.

del Derecho Penal, quiere evitar actuaciones que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos a través de normas que se dirijan a los individuos en un momento previo a la realización de conductas y no cuando estas ya han culminado. En otras palabras, la justificación de la punición de la tentativa inidónea, desde la óptica preventiva, se sustenta en que el mensaje normativo no puede esperar a que se haya producido una actitud lesiva, puesto que entonces llegaría demasiado tarde.

Pongamos como ejemplo el homicidio. Si la norma quiere evitar homicidios, tiene que dirigirse a quien realizará la conducta reprochable, no esperando a que se materialice una muerte. Tiene entonces la norma que prohibirle al actor, que realice conductas susceptibles de producir la consumación del homicidio, ya que aunque ninguna tentativa que culmina en tal podía realmente lesionar el bien jurídico, hay que concluir que la prohibición bajo pena de tentativa, contribuirá a prevenir acciones que realmente puedan terminar lesionando el bien jurídico. De no ser así, el infractor podría pensar: “*si lo logro puedo ser castigado, pero alcancé lo que quise, y si no lo logro tengo el consuelo de que no seré castigado*”; si se establece la punición, el razonamiento del posible infractor cambiaría: “*si lo logro puedo ser castigado, pero si no logro, no solamente no obtuve nada sino que adicionalmente puedo ser encerrado*”²⁵⁵.

En otra dirección, **las teorías objetivas son irreconciliables con el fin último del Derecho Penal, al pretender soslayar el verdadero significado del desvalor de acción de modos de actuación que atentan contra la paz y la armonía en comunidad. Al calor de la protección de bienes jurídicos o misión del derecho penal, su puesta en peligro, apreciada *ex ante*, es desdeñada por estas teorías al no calificar dicha puesta en peligro, como una agresión real generadora de una verdadera conmoción social que materializa un indiscutible desvalor de resultado.** A la sazón, se ven avasallados los Derechos del Hombre y del Ciudadano tan abiertamente preconizados por todas las constituciones y la organización de las Naciones Unidas. En esta misma senda, pretenden ignorar la afrenta al derecho penal, estableciendo una impunidad a quien se reveló contra él, decepcionando y aturdiendo a los integrantes de la sociedad que sí ven en el Derecho Penal una seguridad para la cotidiana convivencia, con lo cual ignoran el fin de la pena desde el punto de vista de la prevención general positiva.

A fin de corregir las insostenibles contradicciones antes citadas, surgió la *moderna teoría del peligro* sustentada por Von Liszt, en la que el juicio de peligro debe emitirse, además, conforme a un pronóstico posterior, a una

²⁵⁵Mir Puig. 2001. Págs. 63- 90

evocación del peligro existente en la situación para el momento del hecho, teniendo en cuenta solamente aquellas circunstancias que se conocían al momento de realizarse la acción²⁵⁶, asomándose así **la punición del hecho, en plena concordancia con los fines y misión del Derecho Penal, así como también con el fin de la pena, tanto desde el punto de vista retributivo como preventivo**. En concreto, el desarrollo de esta teoría condujo a que: UNA CONDUCTA ES PELIGROSA Y, POR ENDE, PUNIBLE, CUANDO APRECIADA *EX ANTE*, LA MATERIALIZACIÓN DE LA CONSUMACIÓN ES POSIBLE, tomando en cuenta que el peligro es una posibilidad próxima o temor de un evento lesivo para un bien jurídico cualquiera, que sólo puede establecerse por intermedio de un juicio de probabilidad de la producción del resultado.

Con este criterio presente, desde una visión objetiva, Mir Puig expone de manera clara una propuesta para la punición de la tentativa inidónea, al establecer que la peligrosidad de la acción constituye el criterio fundamental para la punición de la misma. Efectivamente, concordamos con Mir Puig puesto que la acción capaz de generar una consumación (*ex ante*), es una acción peligrosa y consecuencialmente debe ser prohibida independientemente de la peligrosidad que resulte *ex post*; por lo tanto, si una conducta observada *ex ante* no muestra la impresión de producir un resultado, esta deberá mantenerse impune. Nos lleva esto a que no existiría tentativa si “*ex ante no era apreciable dicho peligro, aunque fuere remoto, desde el punto de vista de un observador imparcial, dotado del juicio racional de una persona cuidadosa, con los conocimientos del autor, y también de todas las circunstancias del hecho.*”²⁵⁷ Notamos, entonces, que el desvalor de acción y la peligrosidad del agente, representan también bases que fundamentan la punibilidad del delito imposible y de la tentativa en general. Más aún, **si se vulnera con la acción disvaliosa el bien jurídico constitucional “seguridad individual”**. Ilustrando podemos decir que el ciudadano a quien un hombre le ha lanzado una granada sin saber que esta estaba inactiva por defecto de fábrica, no sufre por su bien jurídico vida o integridad personal, pero si se ve impactado su bien jurídico “*seguridad personal*” y su bien jurídico “*tranquilidad*”.

Otra visión de la punición de la tentativa inidónea desde la óptica objetiva que reforzaría los análisis hechos al respecto, viene representada por el llamado peligro estadístico²⁵⁸. Esto no es más que una forma de determi-

²⁵⁶Von Liszt. 1990. Pág. 17

²⁵⁷Figuroa. 2008. Pág. 243

²⁵⁸Chou, Ya lun. 1972. Pag. 131. Trátase aquí de la visión subjetiva de la probabilidad, la cual consiste en establecer una medida de la probabilidad basada en la confianza personal de una proposición en particular, como por ejemplo: ¿Cuál es la probabilidad de que los

nar el desvalor de resultado para justificar el *ius puniendi*. En pocas palabras consiste esta tesis en repetir hipotéticamente el hecho presuntamente dañoso y verificar si variando ligeramente las circunstancias pudo haberse producido el resultado²⁵⁹. Tomando como ejemplo el ilustrativo caso de quien dispara sobre el cadáver de una persona que había fallecido minutos antes por efecto de un infarto, si se modifica ligeramente la variable tiempo, podemos asentir que el resultado pudo haberse producido, engendrándose así el desvalor de resultado .

Algunos autores proponen una variante interesante sobre la punición desde el punto de vista estadístico, consistente en establecer tres grupos de casos para determinar la existencia o no del desvalor de resultado, dando por cierto la existencia del desvalor de acción. Un primer grupo en el que no se observa un desvalor de resultado debido a que no existe una verdadera situación de peligro dado que la probabilidad de que se afecte el bien jurídico es inexistente (Ej. Hacer abortar a una mujer que no está embarazada, matar a una persona que ya está muerta). Un segundo grupo en el cual es posible detectar una probabilidad de lesión aunque sea baja, por lo que se materializaría un desvalor de resultado (Ej. El intento de matar a alguien con un arma cuya obsolescencia permite concluir que difícilmente disparará cuando el sujeto apriete el gatillo, pero que no es imposible, asignándosele una probabilidad de 15 %, en cuyo caso se afirmarí que la víctima si corrió peligro aunque muy bajo). Y un tercer grupo en el que se afirma que el bien jurídico, con un 100 % de probabilidad, corrió peligro aunque la lesión no se produjo, generándose así un verdadero desvalor de resultado (Ej. Caso del arma en buen estado y en perfectas condiciones pero que se encasquilla cuando el actor aprieta el gatillo; mala puntería del tirador). Tendríamos, entonces, que el primer grupo quedaría al margen de la punición por su absoluta incapacidad de lesionar el bien jurídico, en donde es clara la carencia de desvalor de resultado, mientras que los casos del segundo y tercer grupo si deberían castigarse por la verdadera presencia de un desvalor de resultado aunque en grados diferentes, aspecto este que debe tomarse en cuenta para el establecimiento de la pena²⁶⁰.

Otra metodología de punición es presentada por Alcácer, basada en las siguientes premisas²⁶¹:

Estados Unidos de América invada a Irán en el año 2009? o ¿Cuál es la probabilidad de que la guerrilla colombiana (FARC) pacte la paz con el gobierno del presidente Alvaro Uribe?

²⁵⁹Modolell. 2001. Pág. 242

²⁶⁰Gómez De La Torre, Arroyo Zapatero, Ferre Olive, Serrano Piedecabras y García Rivas. 1999. Págs. 280, 281, 282, 283 y 284

²⁶¹Alcácer. 2000. Págs. 478, 492, 494 y 507

1. En la tentativa idónea siempre será posible diferenciar la acabada de la inacabada.
2. En la tentativa inidónea es posible también diferenciar la acabada de la inacabada.
3. La tentativa inacabada habrá de tener menor sanción que la tentativa acabada.
4. La tentativa inidónea habrá de tener menor pena que la tentativa idónea.
5. La tentativa idónea posee siempre mayor peligrosidad que la tentativa inidónea.
6. La pena de la tentativa acabada se reducirá en un grado y la de la inacabada en dos, con relación a los límites de la pena del delito de que se trate.
7. La pena de la tentativa idónea se reducirá en un grado y la de la inidónea en dos, con relación a los límites de la pena del delito de que se trate.
8. La tentativa inidónea es peligrosa únicamente *ex ante*.
9. Las conductas idóneas quebrantan siempre la confianza de los ciudadanos en la vigencia de la norma y en la seguridad de sus intereses, en mayor grado que las conductas inidóneas.

El procedimiento en cuestión sería²⁶²:

1. Tentativa acabada idónea: Pena inferior en grado en su mitad superior. Dicho de otro modo: entre la mitad y dos tercios del límite superior.
2. Tentativa inacabada idónea: Pena inferior en grado en su mitad inferior. De otra forma: entre un tercio y la mitad del límite superior.
3. Tentativa acabada inidónea: Pena inferior en dos grados en su mitad superior. De otra forma: entre un cuarto y un tercio del límite superior.
4. Tentativa inacabada inidónea: Pena inferior en dos grados en su mitad inferior. Dicho de otro modo: entre un sexto y un cuarto del límite superior.

²⁶²Ibid. Pág. 505

Abundando la posición de la punición de la tentativa inidónea tal y como hasta ahora lo hemos explicado, asegura Mir Puig que: “*el tipo objetivo de la tentativa inidónea tiene, en cambio, la estructura del tipo objetivo de un delito de peligro abstracto... por lo que la razón última para el castigo de la tentativa inidónea es la misma que la que ha llevado a castigar delitos de peligro abstracto como la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas u otras drogas.*”²⁶³. Destácase aquí en Mir Puig una clara posición preventiva de la punición en cuanto al fin de la pena se refiere.

Es claro que en la punición del delito imposible desde el punto de vista objetivo, opera inexorablemente la lógica formal²⁶⁴, (ciencia de la sustentación del discurso como consecuencia de la coherencia y consistencia del razonamiento), manifestada en el silogismo aristotélico²⁶⁵, que así reza: “*un silogismo es un argumento en el cual, establecidas ciertas cosas, resulta necesariamente de ellas, por ser lo que son, otra cosa distinta de las antes establecidas.*”²⁶⁶. Más sencillamente, entendemos por silogismo, la argumentación donde, de dos premisas dadas, se infiere lógica y necesariamente una tercera proposición denominada conclusión²⁶⁷. Es este el esquema de toda norma jurídica y toda sentencia.

Así decimos que en la sentencia existe una premisa menor constituida por los hechos probados, una premisa mayor representada por las normas en cuyos supuestos de hecho se encuadran los hechos probados y un dispositivo, resultante de la relación de las dos premisas²⁶⁸. En aplicación de esto, las

²⁶³Mir Puig, 2006. Págs. 414 y 415

²⁶⁴“Ciencia de la demostración (Aristóteles). Ciencia de los razonamientos desde el punto de vista de su validez (C. Blanché). Ciencia de las leyes del pensamiento, de sus principios y de los métodos usados para distinguir el razonamiento correcto del incorrecto (I-M. Copi).” Jañez Barrios. 2006. p. XVii.

²⁶⁵Ferrater Mora, José. 1984. Pág. 3033

²⁶⁶“En su obra sobre el desarrollo de la lógica y de la retórica aristotélica, Friedrich Solmsen ha señalado que la silogística aristotélica no es el resultado de una creación desde la nada: tiene precedentes en la dialéctica platónica y, por otro lado, experimentó un proceso evolutivo dentro del pensamiento del propio Aristóteles.” Ferrater Mora, José. 1984. Págs. 3032 y 3033. SILOGISMO

²⁶⁷“Tradicionalmente la casación se ha apoyado en el método del silogismo para detectar los errores de juzgamiento en que pueden incurrir los jueces. Por consiguiente, cuando se construya una sentencia sobre la base de un silogismo, constituido por una *premis mayor* donde se ubica la norma jurídica, se elabora una *premis menor*, en la cual se establecen los hechos y, finalmente, se llega a la *conclusión* después de haber subsumido el hecho concreto en el hecho que de manera general y abstracta prevé la norma. Se trata, sin más, de un silogismo como tal lo diseñó Aristóteles, en el sentido de que la conclusión es la consecuencia de las dos premisas establecidas.” Escovar León. 2001. Pp. 17.

²⁶⁸Y es tan estricta esta estructura en toda sentencia que, en el Código Orgánico Procesal Penal venezolano, Artículo 452, numeral 1, se establece que uno de los motivos de apelación

posiciones objetivas de la peligrosidad establecen de manera contundente que: **si dada una conducta probada (premisa 1), la misma al ser analizada *ex ante* resulta peligrosa para un bien jurídico (premisa 2), entonces dicha conducta debe ser penada (conclusión).**

En concierto, entonces, con la evolución y conclusión de la teoría objetiva en cuanto a la punición del delito imposible se refiere, podemos precisar que el hecho de que la tentativa inidónea se muestre *ex post* como incapaz de producir afección al bien jurídico, no contraviene la utilidad preventiva de su punición, a la luz del fin de la pena, de la finalidad y misión del Derecho penal en un Estado social y democrático de derecho.

En cuanto a las teorías subjetivas analizadas (Von Buri, Garófalo, Ferri, Tittmann, Jahrcke, Bauer, Luden, Plotenhauer y Köstlin), la justificación de la punición de la tentativa inidónea también ha experimentado una evolución. Partiendo de concepciones radicales que justifican la punición sólo por la voluntad criminal, en donde la inidoneidad de medios o de objeto son irrelevantes, identificadas con un fin de la pena retributivo, llegan luego a posiciones mixtas de vanguardia (Jakobs y Roxin), que en el marco que definimos anteriormente, **presentan una intersección en cuanto a la justificación de la punición desde el punto de vista objetivo, al poner de relieve en sus razonamientos tanto un desvalor de acción como de resultado, mostrándonos así una identificación con un fin de la pena matizado con aspectos de la prevención general positiva y negativa.**

Aseguran estas últimas concepciones (mixtas) que, además de una intolerable actividad preparatoria y ejecutiva por parte del infractor, lo cual resalta de manera abrupta un indiscutible desvalor de acción, su proceder representa una contradicción insalvable con la misión de protección de bienes jurídicos y fines convivencia pacífica del Derecho penal. Por ello es ineludible su punición en virtud de la finalidad de la pena (prevención general positiva y negativa), y de aspectos como la peligrosidad del hecho por la puesta en peligro de bienes jurídicos, la peligrosidad del autor, el impacto del suceso en la sociedad o disturbio social, la impresión de conmoción jurídica por el quebrantamiento de la norma, el irrespeto a los integrantes de la comunidad al agredirse la convivencia en paz y la arremetida contra el ordenamiento jurídico por la lesión a la validez de la norma. Elementos que se erigen en estas doctrinas, como objetos pasivos de la acción desviada, impactados por el sujeto activo, con lo que se concreta claramente el desvalor de resultado. Tendríamos entonces, de acuerdo a estos esquemas, una argumentación de la punición, basada en la

de la sentencia definitiva en primera instancia, es la ilogicidad manifiesta de la misma, que no es más que la inobservancia de la relación lógica entre estos tres elementos.

perturbación social global desde diferentes ángulos, originada en la voluntad criminal y en el posterior accionar del agente.

Es evidente también en la justificación de la punición de las teorías mixtas de avanzada, la aplicación del silogismo anteriormente referido. Queremos indicar con esto que la estructura aristotélica está presente de la siguiente manera: **si dada una conducta probada (premisa 1), la misma al ser analizada resultó contraria a la misión y fines del Derecho penal, creadora de un disturbio social, generadora de la impresión de conmoción jurídica, agresiva en cuanto a la convivencia social y vulneradora de la validez de la norma (premisa 2), entonces debe ser penada (conclusión).**

Consideraciones Interpretativas

En cuanto a interpretación penal se refiere, es un mito decir que solamente debe hacerse interpretación literal o estricta²⁶⁹ asumiendo el brocardo “*in claris non fit interpretatio*”, debido a que al conocer el significado de cada palabra especificada en la norma y luego combinarlas entre si para descubrir su significado, estamos haciendo labor interpretativa por más sencillo que sea el texto. En esta senda, de Aristóteles y de “. . . Frege, Geach, Beuchot y varios, se sigue que la generalidad de las expresiones –entre ellas normativas- significan los conceptos, proposiciones o inferencias, que son su sentido y designan cosas o estados de cosas reales, que constituyen su referencia. Expresado en otros términos, el lenguaje, a menos que se refiera a meras creaciones del espíritu, tiene una significación inmediata en los productos del entendimiento y una significación mediada –o designación, o referencia- en la realidad extramental.”²⁷⁰. Lo anterior lo profundiza Manzini cuando impone en el derecho penal la interpretación contextual al aclarar que “. . . cuando un artículo de la ley penal conste de varias partes, se debe considerar como un discurso lógico, cuya proposición principal es enunciada en la primera parte, y las proposiciones subalternas, subordinadas a aquellas, como modalidades, perfecciones, agravaciones o atenuaciones, comprendidas en los distintos incisos, que, por tanto, son regidos por dicha parte. . .”²⁷¹. Pero obsérvese que el contexto al cual se refiere Manzini está constituido por la norma no por el conjunto de normas.

En concordancia con lo expuesto, la **interpretación sistemática** es de delicado tratamiento en el ámbito penal. Si tomamos por ejemplo la expresión:

²⁶⁹Larenz. 2001. Pág. 272

²⁷⁰Massini. 1992. Pág. 140

²⁷¹Manzini. 1931. Pág. 377

“*el bien jurídico lesionado*”, esta agrupa muchos delitos de la misma índole en series de títulos en nuestro Código Penal y los relaciona a la vez con otro de los elementos constitutivos del delito como lo es la imputabilidad. La **interpretación histórica** también juega un papel importante en el Derecho Penal al ser de obligatoria observancia el análisis diacrónico de un precepto legal; su origen y transformaciones sucesivas son vitales como medio de interpretación, aunado a la **interpretación progresiva** en manos del juez quien debe tomar en cuenta los movimientos sociales a la hora de resolver el caso concreto²⁷², pero tomando en cuenta la óptica de Manzini quien expresa: “*Nuevas condiciones sociales o descubrimientos científicos pueden determinar nuevas exigencias jurídicas, a las cuales es ciertamente lícito proveer adaptando las leyes vigentes, pero sin invadir la función reservada a la legislación, especialmente cuando se trata de leyes penales*”²⁷³. La **interpretación integradora** como método en el ámbito penal debe abordarse especialmente si se quiere introducir un nuevo delito, no puede incorporarse en un código penal el “*delito imposible*” por ejemplo, desdeñando el análisis sincrónico universal del mismo, que comprenda no solo a la doctrina y jurisprudencia actuales sino al manejo definitorio que realizan los códigos penales en su totalidad. Podemos entonces con una interpretación integradora, resolver graves problemas de vaguedad, ambigüedad u omisión a la hora de subsumir una conducta en el supuesto de hecho de una norma jurídico-penal.

Definitivamente, no tomar en cuenta las transformaciones sociales cuando se interpretan normas penales resulta inoficioso. Al respecto especifica Mendoza Troconis lo siguiente:

Mas otros autores sostienen que los jueces no pueden permanecer ajenos, al interpretar la ley, a las transformaciones de las condiciones sociales, y por eso, es admisible la interpretación progresiva, que habilita antiguos preceptos legales que la transformación social ha superado en sus evoluciones. Así la exponen Mezger, Grisogni, Soler y Jiménez de Asúa. Ella ha permitido mantener en vigencia códigos penales, como el francés, que tienen más de cien años de promulgados. Por ejemplo, los conceptos de “enajenado”, y de la “cosa mueble” en el hurto, se han interpretado según las exigencias de la psiquiatría, el primero y de las industrias, el segundo, y así el fluido eléctrico se reputa “cosa” y se castiga el hurto de “energía eléctrica”.²⁷⁴

²⁷²Mendoza Troconis. 1973. Págs. 207, 208 y 209

²⁷³Mannzini. 1931. Págs. 367, 368

²⁷⁴Mendoza Troconis. 1973. Págs. 209 y 210

En la misma onda, considera Jiménez de Asúa que “*Sólo interpretándolas así, las leyes penales pueden perdurar y hacer la justicia que reclaman las normas de cultura en cada país y en la hora en que se aplican*”²⁷⁵. Pero según Rodríguez Collao, estas posiciones doctrinales no deben obviar la seguridad de los gobernados frente a la acción de los gobernantes y de quienes administran la justicia, razón por la cual la punición de las acciones delictuosas debe tener como origen, normas producidas por un poder diferente a aquellos que tienen por objeto la aplicación y ejecución de las mismas, a fin de garantizar que los administrados no sean blanco fácil de discriminaciones fundadas en razones personales o ideológicas. Es claro, entonces, que el desiderátum de proteger a los ciudadanos de arbitrariedades que pudieran cometer las autoridades administrativas, se convertiría en una ilusión si esta última pudiera interpretar los preceptos penales, puesto que al poder ella establecer el sentido y alcance de una ley, fácilmente caería en la tentación de eximir de castigo a grupos interesados, materializando de esta forma un trato discriminatorio²⁷⁶ y perjuicio de otros²⁷⁷.

En Venezuela no está previsto este instituto en nuestro Código Penal, pero si están explícitos la tentativa y la frustración. Nos preguntamos entonces ¿por qué hablar de estos dos institutos? Primero expliquemos ¿qué es tentativa? , ¿Qué es frustración? Y recordemos ¿Qué es un delito imposible? Primeramente, queremos afirmar que:

1. **En la tentativa**, hablamos de la realización de actos ejecutivos, caracterizados por la circunstancia de que la acción se interrumpe en su desarrollo, queda incompleta, no representa todo aquello que habría estado en manos del agente realizar a fin de que el delito se consumara²⁷⁸.
2. **En el delito frustrado**, no solo materialmente utiliza el actor todos los medios que, de acuerdo a la experiencia, se ha demostrado que son adecuados para lograr la consumación, sino que además puede prever con certeza que va a suceder; lo ha querido, ha puesto por obra todos aquellos actos que, dadas las invariables y observadas leyes de la naturaleza, pueden conducir el delito hasta su último extremo. De modo que aunque acaezca por cualquier imprevisto un inevitable obstáculo o circunstancia que impida al agente obtener el efecto pernicioso, es, sin embargo, reo de haber, en cuanto dependía de él, perfeccionado su

²⁷⁵Jiménez de Asúa. 1970. Págs. 413

²⁷⁶Artículo 21. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

²⁷⁷Rodríguez Collao. 1991. Pág. 382

²⁷⁸Lozano y Lozano. 1961. Págs. 163 a 183. Arteaga Sánchez. 2001. Págs. 365, 366 y 367 y otros.

acto. En conclusión, dirigió sus acciones hasta donde suelen producir efectos fatales, resaltando claramente que estamos en presencia de una realización subjetiva de todos los actos necesarios para constituir un delito, siendo solo el azar el que puede evitar la consumación del injusto, en otras palabras, “*esto supone que se hayan llevado a cabo todos los actos que abandonados a su curso natural darían como resultado la consumación del delito.*”²⁷⁹”

3. **En el delito imposible**, en nuestra opinión, el actor no solo lleva a cabo todos los actos inequívocos que previsiblemente tenía que realizar para producir la consumación sino que, al igual que en la tentativa y la frustración, la ha deseado, conoce las consecuencias de su proceder, sabe de la afrenta a la norma y de su punibilidad, tiene conciencia de la conmoción social que su accionar producirá y que en caso de ser descubierto, se mostrará ante la comunidad como un delincuente. Solo que desconoce el infractor, según nuestro enfoque, que el azar produjo un evento, previo al inicio de los actos ejecutivos que imposibilitará que cuaje el resultado de su malévolo iter criminal. Este evento anterior genera como consecuencia, una inidoneidad de los medios empleados, del objeto o del sujeto hacia el cual va dirigida la acción o una ausencia del sujeto pasivo hacia el cual se dirige la acción.

En las definiciones anteriores se dan por ciertas las siguientes premisas:

1. En la FRUSTRACIÓN, el actor hizo todo lo que le estaba razonable y lógicamente exigido realizar para consumir el delito.
2. En la FRUSTRACIÓN, el evento que impide la consumación es posterior al último de los actos que le eran previsible realizar, o en todo caso muy cercano o con ocasión al último de los actos, vale decir en un entorno de tiempo cercano al último de los actos ejecutivos.
3. En el DELITO IMPOSIBLE, el actor hizo todo lo que le estaba razonable y lógicamente exigido hacer para consumir el delito.
4. En el DELITO IMPOSIBLE, el evento que impide la consumación es anterior al inicio de los actos ejecutivos que le eran previsible realizar al actor.

Establecido el marco definitorio, veamos que dice el Código Penal venezolano en cuanto a los injustos señalados.

²⁷⁹Rodríguez Devesa. 1981. Pág. 739

En primer lugar, el delito imposible no está tipificado en nuestro código, pero si están la tentativa y la frustración y son del siguiente tenor:

“ART. 80.- Son punibles, además del delito consumado y de la falta, la tentativa de delito y el delito frustrado.

Hay tentativa cuando, con el objeto de cometer un delito, ha comenzado alguien su ejecución por medios apropiados y no ha realizado todo lo que es necesario a la consumación del mismo, por causas independientes de su voluntad.

Hay delito frustrado cuando alguien ha realizado, con el objeto de cometer un delito, todo lo que es necesario para consumarlo y, sin embargo, no lo ha logrado por circunstancias independientes de su voluntad.”²⁸⁰

Realizando una interpretación gramatical y lógica del dispositivo legal nos damos cuenta de que, en primer lugar, se distingue expresamente la tentativa de la frustración y se les pune desde un punto de vista objetivo al verificar para la sanción, la inequívoca y cercana incidencia de los actos ejecutivos al bien jurídico. En segundo lugar, no está prevista la punición del delito imposible por inidoneidad de medios, puesto es muy claro el precepto en cuanto al comienzo de ejecución con medios apropiados. En tercer lugar, **pareciera no estar prevista la punición de la tentativa inidónea por inidoneidad de objeto al no mencionar nada al respecto**. En cuarto lugar, pareciera también no estar prevista la punición de la tentativa inidónea por ausencia de sujeto para regular el caso de quitarle la vida a alguien muerto²⁸¹.

Sobre el artículo 80 de nuestro Código Penal, Jiménez de Asúa, haciendo también una interpretación gramatical y lógica, comenta la imposibilidad de penar la tentativa inidónea por inidoneidad del medio, puesto que la norma exige la utilización de “*medios apropiados*”. Si un delincuente quiere matar a un cadáver, no es posible subsumir las acciones en los respectivos tipos puesto que el artículo 405 contempla dar muerte a una persona. Contrario a lo que sucedía para cuando Jiménez de Asúa realizaba esta interpretación comparativa, con diversos códigos que si castigaban el delito, de acuerdo a la peligrosidad del delincuente. Así el código griego punía el caso de medios inidóneos y dejaba impune la inexistencia de objeto; el código italiano castigaba la tentativa inidónea con medios no absolutamente inidóneos; el código suizo rebajaba la pena, etc.²⁸².

²⁸⁰ Código Penal Venezolano.

²⁸¹ Rodríguez Morales. (2006). Pág. 419

²⁸² Jiménez de Asúa. 1945. Pág. 616

Tomando como partida las interpretaciones del artículo 80 antes mencionadas y dado que un sector de la doctrina interpreta que en la frustración el evento que impide la consumación se materializa una vez que se han llevado a cabo todos los actos ejecutivos²⁸³, consideramos que en la redacción de la norma in comento existen una ambigüedad y un vacío que permite realizar interpretaciones acomodaticias que pudieran enrarecer la correcta aplicación de la norma para un caso concreto. Podemos comprobar esto al interpretar literalmente el aparte correspondiente a la frustración; por ejemplo, ¿cuándo se presentaron esas circunstancias independientes de la voluntad del agente?; ¿al finalizar los actos ejecutivos, como sostienen Arteaga y Rodríguez Devesa, o antes de que finalizaran los actos ejecutivos? Este vacío u omisión pudiera llevar a interpretaciones equívocas que pudieran ser utilizadas a favor o en contra de un acusado dependiendo de los intereses en juego (fiscal o defensor)

Analicemos de manera específica la tentativa de homicidio con arma de fuego para ilustrar la omisión referida. En promedio podemos indicar que la velocidad del sonido es de 340 metros por segundo. Debemos también aclarar que hay armas que disparan sus proyectiles a una velocidad menor que la del sonido (subsónicas). A efectos de este análisis, supongamos que hablamos de un arma subsónica cuyo proyectil viaja a 170 metros por segundo. En este caso, si un individuo, experto tirador, le dispara a su víctima a una distancia de 340 metros y el posible perjudicado ve que el infractor accionó el arma, la víctima después de oír el sonido tendrá 1/2 de segundo para sortear el balazo, lo cual es bastante improbable pero posible. Si el plomo da en su objetivo y el sujeto pasivo pierde la vida, estaremos en presencia de un homicidio. Aquí no hay confusión posible con la tentativa, frustración o el delito imposible. Pero si la víctima oye el sonido y logra mover el torso evitando el impacto, la figura jurídica no sería otra que homicidio frustrado, sobre lo cual no tendríamos complicación alguna en cuanto a la tentativa o al delito imposible.

Para el caso in comento, si la víctima independientemente de la distancia, cuando ve al infractor que lo apunta logra moverse antes de que éste hale el gatillo, obviamente el evento que obstaculiza la consumación se llevó a cabo antes del último acto ejecutivo, lo cual nos lleva a preguntarnos ¿estamos ante una tentativa o ante una frustración de homicidio? Si nos circunscribimos a la definición formal de tentativa, tenemos que, antes del último acto ejecutivo

²⁸³“En el supuesto de la frustración, las circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto intervienen cuando se ha realizado todo lo necesario para la consumación, en forma tal de que ésta no se produzca.”; y Rodríguez Devesa. 1981. Pág. 739: “esto supone que se hayan llevado a cabo todos los actos que abandonados a su curso natural darían como resultado la consumación del delito.” Arteaga Sánchez. 2012. Págs. 366

la víctima realiza un movimiento que evita la consumación, lo cual parecería tornar irrelevantes los actos

posteriores del victimario porque no continuó realizando las acciones necesarias que obviamente serían: el apuntar de nuevo para acertar; sin embargo éste último llevó a cabo todos los actos ejecutivos los cuales fueron los necesarios hasta que la víctima se movió. Podemos entonces inferir que la figura jurídica es la tentativa, instituto este más favorable para el infractor, que la frustración. Como buen abogado, el defensor asemejará lo sucedido a la situación que se presentaría si antes del disparo, otra persona inadvertida para el tirador, le da un golpe en el brazo y hace que yerre el tiro. La incertidumbre surge porque como sostiene un sector de la doctrina, en la frustración, el evento que impide la consumación se materializa una vez que se han llevado a cabo todos los actos ejecutivos²⁸⁴, pero en los dos casos narrados, antes del último acto ejecutivo se produjo el impedimento de concreción del delito.

Se colige entonces de los ejemplos anteriores, que la no especificación en la norma, del momento en el cual se presenta la circunstancia independiente de la voluntad del actor, nos puede llevar a interpretar tentativa o frustración como mejor nos pudiera convenir en concordancia con nuestra posición en la controversia.

Igual confusión pudiera surgir cuando algún defensor aprovechando la omisión, para otro caso, pidiera el cambio de calificación de un delito frustrado a delito imposible, interpretando en la norma que el evento que impide la consumación se presentó antes del inicio de los actos ejecutivos, siendo esta la característica principal de la tentativa inidónea. Son ejemplos ilustrativos los siguientes: 1) quien dispara a otro individuo sin percatarse de que este último usaba un chaleco antibalas; 2) quien lanza una granada a una casa sin saber que el arma tenía un defecto de fábrica que en todo caso impediría su detonación, y 3) quien suministra un veneno a otro sin saber que este último es inmune de manera natural, casos estos que normalmente vienen calificándose como delitos frustrados. En estas situaciones un hábil defensor abogará por una interpretación de la frustración en la que es evidente que el evento que produce la imposibilidad de consumación es después o en el entorno del último acto ejecutivo y que en las situaciones citadas estamos en presencia de un delito imposible no previsto en nuestro ordenamiento jurídico penal, solicitando así la exculpación de su defendido.

²⁸⁴“*En el supuesto de la frustración, las circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto intervienen cuando se ha realizado todo lo necesario para la consumación, en forma tal de que ésta no se produzca.*”; y Rodríguez Devesa. 1981. Pág. 739: “*esto supone que se hayan llevado a cabo todos los actos que abandonados a su curso natural darían como resultado la consumación del delito.*” Arteaga Sánchez. 2012. Págs. 366

Ahora bien, siguiendo con la confusión interpretativa en nuestra opinión, el Código Penal venezolano deja también una brecha importante para punir la tentativa inidónea. En el caso de inidoneidad de medios no cabe duda de la impunidad, pero en el caso de inidoneidad de objeto o sujeto sobre los que recae la acción, creemos que sí pudieran penalizarse los actos ejecutivos idóneos que realizados en su totalidad para producir la consumación no la cristalizan; y esto lo extraemos de la propia redacción de la norma²⁸⁵.

Es claro lo anterior en caso, por ejemplo, de intentar dar muerte a un sujeto muerto. Veamos: paso a paso podemos decir que el victimario hizo todo lo necesario para concretar su delito, sin embargo, interpretando literalmente la norma, podemos apreciar que **se presentó un evento que impide la realización del homicidio, el cual es la muerte del sujeto pasivo, sólo que fue antes de que el actor llevara a cabo todos los actos ejecutivos**. De esta manera, como el artículo 80 no especifica el momento en el que debe presentarse el suceso que evita la consumación, ni está definido el tipo penal para la tentativa inidónea, diremos entonces que estamos en presencia de un homicidio frustrado. La misma estructura encontramos en el caso de quien arroja una granada que no hace explosión en vista de que venía defectuosa de fábrica o de quien al tratar de disparar no funciona su revólver por defecto de fábrica²⁸⁶; estos son delitos imposibles que pueden ser tratados como delitos frustrados por las explicaciones ya hechas. El sustento de esta posición la encontramos también en la situación en la que al dispararle a alguien se yerra porque el sujeto pasivo esquivó el proyectil. Obsérvese aquí que el movimiento de la víctima obviamente es previo a la presión sobre el gatillo del arma, luego entonces su habilidad se presentó antes del último acto ejecutivo del *iter criminis*; sin embargo la jurisprudencia lo considera homicidio frustrado a pesar de que fue antes del último acto ejecutivo cuando sucedió el evento que impidió la consumación.

Podemos concluir, entonces, que la deficiente redacción del artículo 80 de nuestro código penal, nos lleva a interpretaciones que nos alejan del verdadero espíritu de la norma, o no nos deja ver cuál fue la verdadera intención del legislador, dejando fisuras que se oponen a la interpretación restrictiva de un dispositivo tan importante como este, asociado a la integridad física de las personas.

²⁸⁵ Artículo 80 del Código Penal venezolano

²⁸⁶ Nótese la importancia de tomar en cuenta en estos ejemplos que los medios utilizados son fabricados para causar un efecto real, por lo que no puede manejarse de la misma forma el caso de quien trata de disparar a otra persona tomando un arma de juguete por equivocación.

Luego, es notorio, que tenemos un problema grave de interpretación en nuestro Código Penal en cuanto a tentativa y frustración se refiere, el cual puede solucionarse si se propone una iniciativa legislativa que en primer lugar, modifique el artículo 80 especificando en el *iter criminis*, el momento en que debe presentarse la circunstancia que impide la consumación del tipo penal tanto para la tentativa como para la frustración y en segundo lugar, defina el delito imposible o tentativa inidónea como delito, tal y como lo contemplan muchos de los códigos penales.

Además de las consecuencias antes detalladas, las confusiones comentadas podrían por ejemplo, hacer caer en la tentación al juez de corregir el artículo 80, porque él, en virtud de una interpretación correctiva, supone que hay un error en la redacción de la norma, convalidando así la existencia del delito imposible como instituto penal, aun cuando no esté explícitamente contemplado en el Código Penal, contrariando el postulado de Mostesquieu, de la separación de poderes e insubordinándose a la ley y al derecho²⁸⁷. O, por el contrario, el juez realizando una interpretación a la luz de la Constitución, puede vislumbrar una contradicción de la conducta de un individuo con algunos de los preceptos de nuestra Carta Magna previstos en todas las constituciones, como lo son el derecho a la paz y a la convivencia pacífica e imponer una nueva interpretación ampliadora del tipo penal que contemple al delito imposible en el artículo 80, en contravención a la interpretación restrictiva que impera en cuanto a normas penales se refiere. No menos posible, pudiera el Juez, interpretando lo que es justicia para él, tomar como premisas a la hora de decidir en uno u otro camino, el valor justicia enaltecido en nuestra Constitución²⁸⁸ ó el hecho de que “*Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia,...*”²⁸⁹ además de que la justicia debe estar por encima del Derecho y de La Ley, según lo expone en su texto el Primer Plan Socialista 2007 – 2013²⁹⁰ aprobado en la Asamblea Nacional,

²⁸⁷ Calsamiglia. 1984. Pág. 21

²⁸⁸ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. “Artículo 1. La República Bolivariana de Venezuela es irrevocablemente libre e independiente y fundamente su patrimonio moral y sus valores de libertad, igualdad, justicia y paz internacional, en la doctrina de Simón Bolívar, el Libertador. Son derechos irrenunciables de la Nación la independencia, la libertad, la soberanía, la inmunidad, la integridad territorial y la autodeterminación nacional.”

²⁸⁹ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. 1999. Artículo 2

²⁹⁰ “d. Creación de una institucionalidad cuyo valor supremo sea la práctica de la justicia y la equidad. **Que frente a la dialéctica del derecho y la justicia sean capaces de decidir por la justicia**, sin minar las bases del derecho.” (resaltado mío)

Pág. 15: “En la democracia protagónica revolucionaria el Estado garantiza los contenidos materiales que exige la realización del bien común: **la justicia está por encima del derecho**; y las condiciones materiales para garantizar el bienestar de todos, tales como

cuyo plan a la sazón, se promociona abiertamente como ley por haber sido sancionado en ese órgano legislativo.

En fin, podrían ser variadas las confusiones interpretativas, que se magnificarían, si el Juez en vista de la no claridad del *iter criminis* y de las fisuras que deja la norma, comienza a justificar situaciones para que, en un caso se mire el ilícito de una forma y luego de otra, o sencillamente no se vea. Consideramos por lo tanto que la interpretación debe ser única lo cual se logra si y solo si se redacta de manera inequívoca.

Algunas opiniones en la doctrina venezolana en cuanto a la punición de la tentativa inidónea

De Miguel Serrano en su magnífica obra El “*iter criminis*”, considera que la única forma de admitir y hasta de castigar el delito imposible era diferenciarlo de las otras tres figuras consideradas como error (delito putativo, error de tipo y error de prohibición) porque aunque en la tentativa inidónea, el autor también comete un error en cuanto a las consecuencias del mismo, estas cuatro figuras no pueden agruparse juntas debido a que en los tres últimos casos los agentes creen que su conducta no está tipificada en el Código Penal, más aún si es evidente que en el delito imposible el error que se origina, lleva ínsito que el agente cree que sus medios son hábiles para producir el resultado antijurídico deseado²⁹¹.

Grisanti Avelado opina que nuestro Código Penal se inclina por la teoría objetiva al no asignar responsabilidad alguna a la tentativa inidónea, manifestando su desacuerdo al respecto y abogando por una penalización de la conducta basada en la peligrosidad, temibilidad y personalidad dañina del sujeto activo, alineándose de esta manera con las posiciones subjetivistas. A la vez manifiesta Grisanti que la pena debe ser menor que la correspondiente al delito consumado que se quiso cometer²⁹².

Arenas Candelo participa de la misma opinión que Jiménez de Asúa, al mencionar que el razonamiento de éste asegura la impunidad de la tentativa inidónea en el artículo 80 del Código Penal Venezolano, por exigir dicho

educación, salud y trabajo están por encima de la simple formalidad de la igualdad ante la ley y el despotismo mercantil.”

(...)

“b. El poder político será utilizado como palanca para garantizar el bienestar social y la igualdad real entre todos los miembros de la sociedad. **Por eso, la justicia está por encima del derecho y la ley, aunque los presupone.**” (resaltado mío). Chávez. 2007. Proyecto Nacional Simón Bolívar – Primer Plan Socialista – PPS – 2007. Pág. 6

²⁹¹De Miguel Serrano. 1957. Pág. 93 y ss

²⁹²Grisanti Avelado. 1985. Págs. 276 y 277

artículo un comienzo de ejecución tal y como lo contempla el Código Penal francés²⁹³. Menciona Arenas Candelo también que el delito de violación previsto en el artículo 374 del Código Penal venezolano sólo se materializaría si y solo si el agente utiliza violencia o amenazas suficientes para intimidar al sujeto pasivo puesto que de lo contrario la atipicidad sería evidente y nunca pudiera imputarse tentativa inidónea o delito imposible²⁹⁴.

Mendoza Troconis, aunque no asoma posición personal al respecto, en nuestro concepto declara la impunidad del ilícito en el Código Penal venezolano ya que presenta como uno de los criterios de la doctrina para la no punición, el hecho de que *“no es un delito consumado, ni tampoco una tentativa que exige comienzo de ejecución y en el delito imposible no podría haber comienzo por no existir medios idóneos de comienzo”*²⁹⁵.

Por su parte, Arteaga Sánchez, observa que la fórmula propuesta por nuestro Código Penal para la punición de la tentativa y la frustración debe ser interpretada con un enfoque objetivista y que no es posible el castigo de la tentativa inidónea, al exigir nuestro código *“el comienzo de ejecución del hecho con medios apropiados o idóneos”*²⁹⁶.

Chiossone en sus comentarios sobre la tentativa, asevera que nuestro Derecho penal acoge la línea de la escuela clásica sobre la distinción de actos preparatorios y actos ejecutivos, enfatizando la condición necesaria de estos últimos en cuanto a que deben ser realizados por medios apropiados. Inferimos, entonces, que descarta la sanción de la tentativa inidónea por inidoneidad de medios, sin hacer mención alguna sobre la inidoneidad de objeto o de sujeto²⁹⁷.

Rodríguez Morales, contrariamente a lo expresado por Grisanti, manifiesta que resultaría un exabrupto jurídico establecer sanción para la tentativa inidónea puesto que en el ordenamiento jurídico penal venezolano es muy claro al exigir expresamente que la ejecución de la tentativa comience con medios apropiados, por lo que lo correcto es aceptar *“la impunidad de la tentativa inidónea, toda vez que en ella no puede perpetrarse el delito objetivamente hablando, lo que hace que aplicar una sanción penal en tal supuesto no sea sino una burda manifestación de una peligrosa concepción peligrosista del Derecho penal, que choca con los fundamentales principios de legalidad y de lesividad”*²⁹⁸. Observamos que con posterioridad, este autor reflexiona al respecto

²⁹³Arenas Candelo. 1998. Pág. 50

²⁹⁴Ibid. Pág. 44

²⁹⁵Mendoza Troconis. 1973. Tomo III. Pág. 137

²⁹⁶Arteaga Sánchez. 2012. Págs. 366 y 367

²⁹⁷Chiossone. 1972. Pág. 200

²⁹⁸Rodríguez Morales. 2006. Pág. 319

abogando por la aplicación de penas atenuadas dado el claro ataque al bien jurídico “*sólo que en grado relativo, al estar presente un medio, objeto o sujeto, que sólo ex post se convierte en incapaz de producir la consumación en la forma de la descripción típica.*”²⁹⁹, alineándose claramente con Von Liszt, Mir Puig y otros.

Consultada la página web del Tribunal Supremo de Justicia, en cuanto a jurisprudencia relativa a la tentativa inidónea, no encontramos en las sentencias que tocan el tema, una posición del alto Tribunal al respecto, sino dichos de las partes que no aportan de manera significativa aspectos sustanciales sobre el particular.

La tentativa inidónea en el anteproyecto del código penal venezolano

El Anteproyecto del Código Penal, elaborado por el Dr. Angulo Fontiveros (2004), contempla con relación a la tentativa en su artículo 26 lo siguiente: “*Quien iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, será sancionado de acuerdo a las pautas contenidas en el artículo 101 de este código. Para determinar las penas en la tentativa, se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo*”³⁰⁰.

En atención al artículo, el Tribunal Supremo se alineó con una tendencia doctrinaria que no hace diferencia entre la tentativa y la frustración, uniendo estos dos institutos en uno solo: LA TENTATIVA. También es notorio el hecho de que la punición este correlacionada directamente con la cercanía a la lesión efectiva del bien jurídico de que se trate. Obsérvase también que la norma está altamente influenciada por el esquema objetivo del maestro Carrara, al hablar de los actos inequívocos, con lo cual se hace alusión a que los mismos son ejecutivos, son acciones que no tienen ninguna probabilidad de no ser concebidos y ejecutados sino para lesionar el bien jurídico, al punto de que no podrá el actor argumentar de ninguna manera la posibilidad de desviación del curso causal de los actos siguientes. En consecuencia, desaparecería la incertidumbre en relación al artículo 80 del actual código, en cuanto a la oportunidad que pudiera vislumbrar el infractor, de confundir intencionalmente en su defensa, los actos preparatorios con los ejecutivos. Consideramos sobre este particular que la separación de la tentativa y la frustración, engloba elementos del *iter criminis* que facilitan la aplicación de las penas, puesto

²⁹⁹Ibid. Pág. 107

³⁰⁰Angulo Fontiveros. 2004. Pág. 113

que la tentativa tenía una y la frustración otra. Si se acoge la proposición del Tribunal Supremo, podría haber infinitas penas ya que establecer cuan cerca está la actividad del agente del último acto ejecutivo podría tornarse dificultoso; así habría tantas penas como momentos existan desde el primer acto ejecutivo hasta el último³⁰¹.

Por otra parte, este nuevo enfoque complica la utilización de los institutos jurídicos: desistimiento y arrepentimiento eficaz, al definirlos deficientemente en una sola norma, sin diferenciarlos cronológicamente en el *iter críminis*, y deja por fuera los institutos: arrepentimiento activo, arrepentimiento pre-consumación y arrepentimiento post-consumación, que se verifican todos ellos en diferentes momentos del *iter críminis* y con consecuencias penales diferentes, tal y como se explicó en el Capítulo I (CONSIDERACIONES PREVIAS), aparte 1.2 (EL DELITO IMPOSIBLE EN EL *ITER CRIMINIS*), lo cual quedó también ilustrado en el gráfico EL ITER CRIMINIS en ese mismo aparte. Esta imposibilidad se nota claramente en el artículo 27 de la propuesta del Tribunal Supremo³⁰².

En referencia a la tentativa inidónea, llamada en este proyecto de código, delito imposible, comienza el legislador creando un real enredo en la exposición de motivos, al confundir el delito imposible con un delito imprudente evitable por el autor, craso error. En la tentativa inidónea el infractor nunca se planteará evitar el resultado porque lo quiere lograr. El proyecto preceptúa en su artículo 28 la punición de la tentativa inidónea por absoluta inidoneidad de los medios, si el agente hubiese estado convencido de la eficacia de dichos medios, excepto que se demostrara la poca o ninguna peligrosidad del individuo, caso en el cual las penas podrían rebajarse o declararse la inculpabilidad del infractor³⁰³. En el párrafo segundo del mismo artículo dispone el legislador:

³⁰¹“Como aspecto novedoso y de vanguardia, el anteproyecto sólo incluye la figura de la tentativa como forma inacabada del delito. Por tanto, elimina la posibilidad de sancionar la frustración y únicamente se está en presencia de un delito inacabado punible cuando la tentativa haya sido idónea, ya que la tentativa inidónea no será punible a menos que se trate del delito imprudente y consecuentemente evitable por el autor, resultando entonces que se defina el delito imposible y se determina sólo su sanción en caso de que la inidoneidad pueda transformarse en un delito de peligro, aspecto de relevancia en el libro segundo en cuanto a la parte especial.” Ibid. 2004. Exposición de Motivos. Pág. 4.

³⁰²“Artículo 27. **Desistimiento y arrepentimiento eficaz.** Si el agente desiste voluntariamente de proseguir los actos de ejecución o la tentativa y realiza todos los esfuerzos necesarios para impedirlos o impide el resultado, sólo incurre en las penas cuando los actos ya realizados constituyan de por sí otro delito o falta.”

³⁰³“**Artículo 28.- Delito imposible.** Si el agente de un delito que fuere imposible por absoluta inidoneidad de los medios sí hubiere empleado éstos convencido de su eficacia, deberá ser penado según lo establecido en el artículo 102 y a no ser que fuera demostrada su poca o ninguna peligrosidad, en cuyo caso se podrán rebajar libremente las penas o hasta declararlo inculpable.”

“...no podrá imponerse pena alguna al agente cuando por la absoluta inidoneidad de los medios, estos no se especifican en la figura delictiva, o cuando por la inexistencia del objeto no pueda configurarse el delito determinado que la ley describe.”

En lo que respecta al artículo 28, destacamos la evolución del legislador al punir, aparentemente, el delito imposible. Veamos: en relación al encabezado, notamos una verdad de perogrullo al decir que el delito imposible será penado si el infractor estuviera convencido de la idoneidad de los medios utilizados. Obviamente el autor de un delito imposible, al claror de lo ampliamente desarrollado, actúa con dolo, con conciencia del delito, convencido de que su actuar está dirigido hacia algo antijurídico³⁰⁴, que la consumación del delito está penada si es descubierto. Está convencido de que logrará su cometido, además cree que utilizar los medios adecuados y, por supuesto, la selección de los medios es parte de su plan. Escoge sin lugar a dudas, los que a su real saber y entender son necesarios y suficientes para alcanzar su cometido, que no es otro que la consumación como consecuencia última de su accionar. Por todo esto no tiene sentido incluir en el artículo la trivialidad de que el actor esté convencido de que los medios son idóneos. Si no estuviera convencido de que los medios no son adecuados, sencillamente buscaría los que según él fuesen idóneos para lograr la concreción planeada.

Aprobar esta redacción del artículo, traería inseguridad jurídica como consecuencia, innumerables problemas de interpretación cuando los defensores traten incansablemente de demostrar que su patrocinado no estaba convencido de que los medios utilizados eran idóneos.

Incomprensiblemente, el artículo del proyecto inserta un primer párrafo relacionado con la posible consecuencia del delito imposible, para luego retomarlo en un segundo párrafo, contraviniendo la más elemental técnica legislativa³⁰⁵, en cuanto a los principios de concisión (economía de las palabras), precisión (uso de la palabra exacta al referirnos a cada objeto) y

Parágrafo primero.- Si concurren en la acción los elementos constitutivos de un delito distinto del que se quiso cometer, se aplicarán las penas correspondientes al delito efectivamente cometido, a menos que las penas aplicables según lo establecido en el párrafo anterior resultaren mayores que la primera.

Parágrafo segundo.- Pese a lo indicado en el párrafo primero, no podrá imponerse pena alguna al agente cuando por la absoluta inidoneidad de los medios, éstos no se especifican en la figura delictiva, o cuando por la inexistencia del objeto no pueda configurarse el delito determinado que la ley describe.”

³⁰⁴ Alcácer. 2000. Pág. 46

³⁰⁵ Gordillo. 2006. Pág. 5

claridad (además de la concisión y precisión, sintaxis, puntuación y buen uso de las formas gramaticales), para la redacción de normas jurídicas³⁰⁶.

En el mismo párrafo, no entendemos por qué, contrariando prácticamente el primer párrafo, exime de pena al agente cuando los medios no estén especificados en la figura delictiva. Claramente el legislador en el primer párrafo reprime la acción y luego en el tercer párrafo no la castiga si el medio no está en la figura delictiva. Esto así va en contra del principio obligatorio en toda norma como lo es el de Tercero Excluido el cual reza: “*Una conducta jurídicamente regulada sólo puede estar prohibida o permitida*”³⁰⁷. En atención al mismo punto, es imposible que los medios para cometer un delito estén todos dentro de un código penal, además de que un medio puede ser idóneo para un delito e inidóneo para otro. Una dosis de azúcar es en abstracto, un medio inidóneo para matar, pero si se la damos regularmente a un diabético, podría ocasionarle la muerte. Tomemos en cuenta también el caso del disparo con una pistola perfectamente cargada y dirigida hacia la posible víctima, lo cual supone el uso de un medio idóneo para matar, puede no producir la muerte, si el disparo es realizado a mayor distancia de la que llega la pistola. Entonces, ¿podríamos aquí asegurar la inidoneidad del medio?

Definitivamente, si tomamos el medio descontextualizado podemos llegar a soluciones inaceptables. El medio puede ser utilizado negligentemente tantas veces que resulte inidóneo en todos los casos. Asimismo el mismo medio puede ser utilizado tan habilidosamente por un ser humano con mucho más conocimiento y destreza que el común de la gente y siempre producirá el resultado deseado por él. En conclusión, a nuestro entender y luego de todas las exposiciones y razonamientos hechos en este trabajo, el medio propiamente dicho no posee importancia, porque el mismo, en el delito imposible, ex post siempre será inidóneo³⁰⁸. El medio se insufla de relevancia jurídico-penal cuando al realizar el análisis *ex ante*, además de crear una situación de peligro, el individuo con intención dolosa lo utiliza como instrumento, llevando a cabo acciones tendentes a materializar el delito, según su plan. Sobre el tópico, así parafrasea Sancinetti a Jakobs: “*Ante todo, Jakobs rechaza ya el uso de la expresión “tentativa inidónea”, porque toda tentativa, considerada desde su desenlace (ex post), sería inidónea, en tanto, desde el punto de vista de quien la emprende (ex ante), sería siempre idónea.*” En la misma vía dice Mayer: “*Como en efecto, la idoneidad de una acción se puede medir siempre en relación con una finalidad y, en este caso, se la debe relacionar con la producción*

³⁰⁶Ibid. Pág. 12

³⁰⁷Jañez Barrio. 2006. Pág. 195

³⁰⁸Mir Puig. 1996. Pág. 346

*del resultado final, es toda tentativa inidónea*³⁰⁹”. Aquí coincidimos con Mayer y Sancinetti en el sentido de que realmente la expresión tentativa inidónea, debería utilizarse sólo para aquellas que de antemano podamos calificar como realmente ineficaces³¹⁰.

Además de penar o no penar de manera confusa y contradictoria el delito imposible por inidoneidad de medios, el párrafo segundo del artículo 28 del citado proyecto, despenaliza el delito imposible por inexistencia de objeto. En este caso el legislador retrocede a una de las posiciones más primitivas del enfoque objetivo como lo es, la impunidad por carencia de tipo, esquema este superado hace muchos años, yendo en dirección contraria a las más modernas propuestas, tanto objetivas como subjetivas, que justifican la punición del delito imposible, tal y como ha sido ampliamente expuesto. Así las cosas, quedarían impune una gama de conductas y situaciones peligrosas que sin duda alguna son rechazadas por la sociedad y que desdican de la moderna inclinación doctrinal de considerar punibles los delitos de peligro³¹¹.

Por otra parte, tal y como ya fue ampliamente analizado, cuando la inexistencia de objeto impide la culminación del *iter criminis*, el escenario debería tratarse como una tentativa y no como un delito imposible debido a que, en nuestro enfoque, una de las condiciones necesarias para que exista la tentativa inidónea es que el actor complete los actos ejecutivos.

Análisis Jurisprudencial

En este aparte escudriñaremos las sentencias que nos ofrece el Tribunal Supremo de Justicia a través de su Página Web www.tsj.gov.ve, sin el ánimo de analizar el fondo del asunto; sólo nos avocaremos a verificar el manejo del delito imposible o tentativa inidónea como instituto penal, por parte de la

³⁰⁹Mayer. 2007. Pág. 439

³¹⁰Sancinetti. 1995. Pág. 49

³¹¹“El peligro estadístico no acompañado de capacidad efectiva de producir la consumación en el caso concreto es la única clase de peligro que concurre en toda tentativa, sea idónea o inidónea –sino es irreal o supersticiosa–, porque ninguna tentativa que queda en tal podía en el caso concreto producir la consumación. No puede contraponerse, pues, la tentativa idónea a la inidónea diciendo que la primera implica un verdadero peligro en el caso concreto, mientras que la inidónea sólo entraña un peligro estadístico. La incapacidad de lesión de toda tentativa en el caso concreto no impide que tenga utilidad preventiva la conminación penal de la tentativa. Ello incluye a la tentativa inidónea, que no encierra un peligro menos real que la idónea. Puede trazarse un paralelismo entre la tentativa idónea y el delito de peligro concreto consumado, por una parte, y entre la tentativa inidónea y el delito de peligro abstracto consumado. Pero en todo caso sólo puede hablarse de peligro estadístico, que no tiene por qué ser menor en la tentativa inidónea que en la idónea. Mir Puig, 2001. Pág. 14.

sala que tiene el caso en sus manos. Al efecto utilizamos el buscador que ella nos ofrece, con los términos “*delito imposible*” y “*tentativa inidónea*” con los siguientes resultados³¹²:

- Utilizando la expresión “*delito imposible*”, 14 casos de los cuales comentamos a continuación sólo 4 debido a que en algunos son repetidos los argumentos o la expresión es traída a colación por particulares y en estos cuatro es donde se maneja el instituto en cuestión por parte de la Sala de Casación o las Cortes de Apelaciones:

CASO 1

“En efecto, los hechos establecidos en la solicitud fiscal son los siguientes:

*“... consideramos que lo procedente y ajustado a derecho (sic) es solicitar el SOBRESEIMIENTO de la presente CAUSA, de conformidad con lo establecido en el artículo 318 ordinal 1° (sic) del Código Orgánico Procesal Penal, por cuanto el hecho no puede ser atribuido a la imputada ciudadana BEATRIZ MARCANO PELARDA, ya que si bien es cierto la imputada BEATRIZ MARCANO PELARDA, pudo haberse llevado del lugar que compartía en virtud de una sociedad con el ciudadano JORGE ENRIQUE PÁRAMO GUTIÉRREZ bienes muebles, no es menos cierto que la misma demostró que tales bienes le pertenecían, lo cual no podría atribuírsele como delito por cuanto apropiarse de sus propios bienes se configura en **delito imposible** máxime cuando el denunciante no demuestra la propiedad sobre los bienes que aduce le pertenecen y que supuestamente le fueran expropiados, y menos aún colabora para que se lleve a cabo la investigación tendientes (sic) al esclarecimiento de los hechos...”*³¹³(resaltado nuestro)

Observamos aquí que quien trata el instituto penal objeto de este trabajo, no lo maneja técnicamente al no tomar en cuenta que en la situación planteada, el presunto infractor realiza el hecho en su totalidad, se apropia de lo suyo sin que nada se lo impida y cree que está realizando una conducta contraria al ordenamiento penal. Esto configura un delito putativo y no un delito imposible.

³¹²Cabe acotar que la búsqueda opera a partir del año 2000 y llega al año 2013. Esto debido a que es a partir del año 2000 cuando el Tribunal Supremo de Justicia carga en su página web, las sentencias producidas por todas las salas.

³¹³26/05/2005; Exp. C04-0307; Sala de Casación Penal. Magistrado ponente: Alejandro Angulo Fontiveros

CASO 2

“Basándose en el artículo 452 del Código Orgánico Procesal Penal, se denuncia que la recurrida incurrió en error de derecho en la calificación del delito, relativa a la Jueza Presidente, ya que aplicó indebidamente el artículo 408 del Código Penal y dejó de aplicar el artículo 407 ejusdem.

Primero alega que la jueza desestimó el planteamiento por él hecho, en el sentido de que la calificación jurídica de los delitos invocados en la acusación del Fiscal del Ministerio Público, a la cual se adhirió el querellante no estaba ajustada a derecho. Razón por la cual el recurrente dice ejercer el recurso de casación, para que se corrija la actuación errónea de la jueza presidenta, lo cual considera perfectamente posible porque aún cuando nadie probó la autoría y culpabilidad de su defendido en la comisión de los delitos que se le imputaron, el hecho de mantener las calificaciones jurídicas de éstas, agrava injusta y desproporcionadamente la libertad del acusado dentro de un subtítulo denominado "Testimoniales", el recurrente alega fundamentalmente lo siguiente: Que todos los testigos promovidos por el Fiscal del Ministerio Público, se limitaron a decir que el acusado le causó la muerte a la ciudadana Marianela Carrillo, porque ellos oyeron unos disparos y porque el acusado dijo según ellos "la maté porque ésta no merecía vivir", y que en el supuesto negado de que el acusado la hubiese matado, no fue por un incendio sino a balazos, lo cual comprueba indubitadamente que la calificación jurídica a tal delito es completamente errónea, ya que nadie expresó haber visto como se produjo el incendio que allí ocurrió, estando además en presencia de un **delito imposible**, es por ello que el recurrente recurre contra de la decisión de la "Jueza Presidenta de aplicación errónea del artículo 408 del Código Penal, y por dejar de aplicar el artículo 407, ejusdem", señalado como homicidio simple lo cual según su opinión fue reconocido por los miembros del jurado cuando manifestaron su decisión, ya que en el objeto del veredicto les fue planteado lo siguiente: ¿Digan ustedes si el delito fue cometido por medio de incendio? y la respuesta fue "No, porque los testigos declaran que escucharon primero unos disparos dentro de la casa y después observaron el humo salir de la casa". Alega que ese "después" fue transcurrido largo tiempo, ya que los hechos tuvieron una duración aproximada de 6 horas."³¹⁴ (resaltado nuestro)

Haciendo abstracción de que quien genera el incendio, es el mismo que con anterioridad comete homicidio por arma de fuego, el litigante que refiere el delito imposible, lo hace con propiedad al inferir según su apreciación que, si se le imputa al acusado homicidio por quemaduras al haber provocado

³¹⁴22/06/2004; Expediente C03-0513; Sala de Casación Penal. Magistrado ponente: Juan Bautista Rodríguez Díaz.

el incendio, independientemente de los anticipados impactos de bala, haría incurrir al agente en un delito imposible porque previamente la víctima había fallecido por el efecto de los proyectiles. Creemos entonces en el caso que, aunque la tentativa inidónea no aparece en ninguna otra parte del expediente, el abogado litigante la comentó correctamente de acuerdo con lo que en este trabajo venimos tratando. Según él, hay un evento previo al inicio de los actos ejecutivos tendentes a la presunta muerte por quemaduras, como lo es la muerte por impactos de bala, por lo tanto, sigue comentando que, las quemaduras se presentaron en un cuerpo ya inerte, por lo que infiere que en definitiva se está en presencia de una tentativa inidónea por ausencia de sujeto sobre el cual recae la acción, conclusión esta que compartimos como analistas del caso.

CASO 3

Para el momento en que se ventila este caso, el artículo 36 de la Ley Orgánica Sobre Sustancias Estupefacientes y Psicotrópicas dispone:

“El que ilícitamente posea las sustancias, materias primas, semillas, resinas, plantas a que se refiere esta Ley, con fines distintos a los previstos en los artículos 3º, 34, 35 y al del consumo personal establecido en el artículo 75, será sancionado con prisión de cuatro (4) a seis (6) años. A los efectos de la posesión se tomarán en cuenta las siguientes cantidades: hasta dos (2) gramos, para los casos de posesión de cocaína o sus derivados, compuestos o mezclas con uno o varios ingredientes; y hasta veinte (20) gramos, para los casos de cannabis sativa. En la posesión de otras sustancias estupefacientes o psicotrópicas, el Juez considerará cantidades semejantes de acuerdo a la naturaleza y presentación habitual de las sustancias. En ninguno de los casos se considerará el grado de pureza de las mismas. Los jueces apreciarán las circunstancias del culpable del hecho y la cantidad de sustancias decomisadas para imponer la pena en el límite inferior o superior, conforme a las reglas previstas en el artículo 37 del Código Penal. Podrá concederse los beneficios de sometimiento a juicio o suspensión condicional de la pena, a la persona que se encuentre incurso en el delito tipificado en esta norma, siempre que no concorra otro delito, que no sea reincidente, ni extranjero con condición de turista”.

Sobre esa base expresa la sala:

*“No se considerará el grado de pureza de la cocaína ni de la “cannabis sativa” o marihuana: y en ninguno de estos casos se considerará el grado de pureza de las mismas, ya que no se puede aceptar la defensa del **delito***

*imposible alegando que, como la impureza es de tal grado que la hace inocua, no hay delito” (Artículo 36 “ejusdem”).*³¹⁵ (resaltado nuestro)

Se desprende de este párrafo, que la defensa del acusado trajo a colación la figura del delito imposible, la cual también fue utilizada por la sala. Sin embargo, discordamos tanto del Tribunal como de la defensa en cuanto a la utilización de este instituto jurídico. Veamos: la defensa ha debido invocar el “delito putativo” de quien trafica, aduciendo que este no sabía que al ser mínimo el grado de pureza, se podía transitar con la cantidad referida, por lo que escondió la droga al pensar que su proceder era ilegal, aunque dicho alegato no opera debido a que lo que está en juego es la cantidad y no la pureza. Se observa entonces que la defensa utiliza coloquialmente el instituto y no técnicamente, queriendo hacer ver que el inculpado creía que cometía un delito interpretando que, supuestamente, al tener un grado de pureza inocuo es imposible el delito. A la sazón, el Tribunal ha debido hacer esta aclaratoria, explicando que no se acepta la defensa del delito putativo, puesto que en ningún caso se considerará la pureza sino la cantidad, no desmeritar el argumento de la defensa sobre la base de que aquí no cabía un delito imposible y enfatizar que el elemento normativo del tipo descrito en la norma, no hace referencia a la pureza sino a la cantidad.

CASO 4

En su voto salvado, el Magistrado Alejandro Angulo Fontiveros, expresa lo siguiente:

“La Sala Penal reprodujo así esta parte de la sentencia de la Sala 3 de la Corte de Apelaciones:

“En efecto, el delito de secuestro exige el que una persona secuestre a otra para obtener de ella o de un tercero, como precio por su libertad, dinero, cosas, títulos o documentos que produzcan un efecto jurídico cualquiera a favor del culpable o de otro que éste indique, aún cuando no consiga su intento, tal como lo prevé el artículo 462 del Código Penal; Por lo tanto la materialidad del delito consiste en secuestrar a una persona, lo que significa aprehenderla o retenerla para exigir dinero por su rescate. La norma exige como elemento psíquico específico el de obtener del secuestrado o de un tercero, como precio de su liberación, las cosas, los títulos o los documentos. El lucro por lo tanto consiste en la obtención del dinero, las cosas, los títulos o los documentos, que se pretenden como precio de la libertad y no por el atentado mismo, por consiguiente el fin perseguido por el agente, es lo que sirve para distinguir este

³¹⁵ 14/03/2000; Expediente C99-0038; Sala de Casación Penal. Magistrado ponente: Jorge Rosell Senhenn

delito de la privación ilegítima de la libertad con fines de lucro, ya que en este se pretende explotar la detención de la persona y en el segundo, comerciar con su liberación...”.

Del precedente galimatías lo único claro es que, para la Sala 3 de la Corte de Apelaciones, el “atentado mismo” no consuma el delito si no ha habido la “obtención del dinero, las cosas, los títulos o los documentos, que se pretenden como precio de la libertad”. Y más claro aún si se considera que los abogados de los secuestradores alegaron con reiteración que como sus clientes no habían podido cobrar el rescate (¡nunca negaron que lo habían “exigido”!), no había secuestro porque se trataba de DELITO IMPOSIBLE”; y por añadidura la Sala 3 de la Corte de Apelaciones aseguró que “...La razón asiste a las recurrentes cuando denuncia (SIC) la violación del artículo 462 del Código Penal por indebida aplicación, puesto que al expediente no está probada la existencia del delito de secuestro por el cual fueron condenados los imputados...”.

Con esta motivación (de la Sala 3 de la Corte de Apelaciones) se contentó la Sala Penal pues, como se ha visto, fincó en ella su decisión.”³¹⁶ (mayúsculas impuestas por nosotros)

Y contra esta decisión de la Sala salvo mi voto por lo siguiente:”

Nótase en es este caso que la Corte de Apelaciones no hace observación alguna a los defensores de los acusados cuando estos mencionan de manera totalmente inapropiada el delito imposible, demostrando así su desconocimiento del tema. Es obvio que tanto los representantes de los delinquentes como la Corte tratan al delito imposible de manera coloquial al inferir ellos que: sería imposible manejar la tesis del secuestro porque se trata es de privación ilegítima de libertad con fines de lucro; o bien, es imposible un tipo de delito porque se trata de otro.

- Utilizando la expresión “*tentativa inidónea*”, solo se presenta un caso en donde la Sala informa que este delito será contemplado si se aprueba el Proyecto de Código Penal propuesto por el Tribunal Supremo de Justicia:

“Esa nueva concepción está incorporada en el “Anteproyecto Código Penal”, elaborado por la comisión coordinada por el Magistrado Dr. Alejandro Angulo Fontiveros (Caracas: Editorial Torino, 2004), en cuya Exposición de Motivos (página 67) se dice:

“Como aspecto novedoso y de vanguardia, el anteproyecto sólo incluye la figura de la tentativa como forma inacabada del delito. Por tanto, elimina la

³¹⁶ 14/05/2002; Expediente C01-0682; Sala de Casación Penal. Magistrado ponente: Blanca Rosa Marmol de León.

*posibilidad de sancionar la frustración y únicamente se está en presencia de un delito inacabado punible cuando la tentativa haya sido idónea, ya que la **tentativa inidónea** no será punible a menos que se trate de delito imprudente y consecuentemente evitable por el autor, resultando entonces que se defina el delito imposible y se determina sólo su sanción en caso de que la inidoneidad pueda transformarse en un delito de peligro, aspecto de relevancia en el libro segundo en cuanto a la parte especial*³¹⁷ (resaltado nuestro)

Una proposición concreta para el código penal venezolano

En vista de que al tratar el delito imposible necesariamente tocamos otros institutos del *iter criminis*, hemos querido entonces presentar, además de la referida al delito imposible, propuestas que reafirman en primer lugar, nuestra posición sobre la conveniencia en la distinción entre tentativa y frustración y en segundo lugar, que al introducir en un código una figura delictiva, esta debe ser establecida de tal forma que no deje lugar a dudas a la hora de su aplicación; este es el caso del desistimiento y el arrepentimiento, tópicos que consideramos fueron ligeramente tocados en el proyecto de código del Tribunal Supremo de Justicia y que de ser aprobados tal y como se ofertaron, generarían un mar de complicaciones insalvables.

Independientemente de que las redacciones pudieran ser infinitas, en las normas que mostraremos a continuación, hemos querido ser bastante ortodoxos en cuanto al respeto imprescindible que debe tenerse en su estructuración. Esto es, la aceptación de que impera un raciocinio jurídico a manera de silogismo en toda prescripción normativa. Estamos hablando entonces de una composición gramatical que comprende una Premisa Mayor contemplada en la norma, una Premisa Menor que no es más que la situación real debidamente comprobada que se subsume en la Premisa Mayor y la Conclusión que se manifiesta en la parte de la norma prescriptivo-atributiva³¹⁸. A manera de ejemplo nuestro código penal dispone en su artículo 409, lo siguiente:

“Art. 409. El que por haber obrado con imprudencia o negligencia, o bien con impericia en su profesión, arte o industria, o por inobservancia de los reglamentos, órdenes e instrucciones, haya ocasionado la muerte de alguna persona, será castigado con prisión de seis meses a cinco años.”

Podemos claramente identificar aquí lo antes explicado:

PREMISA MAYOR: El que por haber obrado con imprudencia o negligencia, o bien con impericia en su profesión, arte o industria, o por inobser-

³¹⁷22/06/2004; Expediente C03-0513; Sala de Casación Penal

³¹⁸Jañes Barrio. 2006. Pág. 196

vancia de los reglamentos, órdenes e instrucciones, haya ocasionado la muerte de alguna persona,...

PREMISA MENOR: Hechos que debidamente probados demuestran la subsunción de los mismos en la Premisa Mayor. En otras palabras, actividad del agente debidamente comprobada que demuestran el encuadramiento de la conducta del infractor, en la situación descrita en la Premisa Mayor.

CONCLUSIÓN: Será castigado con prisión de seis meses a cinco años.

De igual forma nos guiaremos por la estructura de la norma propuesta por Kelsen cuando establece que “...*las reglas de derecho son, al igual que las leyes naturales, juicios hipotéticos y por consiguiente no categóricos. Ellos establecen una relación entre una condición y una consecuencia según el esquema: si A, entonces B*”³¹⁹. Para Kelsen y siguiendo su esquema, al redactar normas jurídicas individualizadas debe determinarse claramente un supuesto de hecho en el cual se describe la conducta a la cual se aplicará señalando el vínculo jurídico del deber ser, una específica **consecuencia jurídica**³²⁰. De manera ilustrativa, nuestro Código Penal en su artículo 405 establece:

“*Art. 405. El que intencionalmente haya dado muerte a alguna persona, será penado con presidio de doce años a dieciocho años.*”

Diáfananamente se aprecia en este dispositivo la estructura antes señalada:

SUPUESTO DE HECHO: El que intencionalmente haya dado muerte a alguna persona.

NEXO: será

CONSECUENCIA JURÍDICA: penado con presidio de doce años a dieciocho años.

Paralelamente seguimos detalladamente las normas para la redacción de normas jurídicas explicadas con mucho tino por Belkys Vethencourt Velazco en su texto “Manual de Técnica Legislativa”³²¹.

Tomando como marco lo desplegado en este aparte, y los conceptos jurídicos analizados hasta el momento, nos permitimos sugerir para nuestro Código Penal las siguientes normas³²²:

³¹⁹Kelsen. 1960. Pág. 49

³²⁰“los elementos esenciales de toda expresión legal son: primero, un sujeto de derecho y segundo, la enumeración de una acción legal. Cuando la ley no es de aplicación universal, se debe agregar la descripción del caso al cual la acción se refiere y las condiciones en las cuales la acción legal opera”. Coode (1845). Pág. 331.

³²¹Vethencourt. 1993. Págs. 61-97

³²²“En especial: “1. Contenido del artículo: Se deben observar las siguientes reglas:

a) en la redacción de un artículo se trata lo general y luego lo particular; el caso normal y después el excepcional.
b) el criterio básico para la redacción de un artículo es: cada artículo, un tema; cada párrafo, una oración; cada oración, una idea.” Ibid. Pág. 220.

Tentativa. Quien con el objeto de cometer un delito, iniciare actos ejecutivos, que inequívocamente son necesarios para la consumación de dicho delito y sin embargo no los finaliza por circunstancia independiente de su voluntad, será sancionado con una pena comprendida entre la mitad y las dos terceras partes de la pena que debiera imponerse si hubiere consumado el delito iniciado.

Frustración. Quien con el objeto de cometer un delito, ha realizado todos los actos ejecutivos, que inequívocamente son necesarios para su consumación y sin embargo no la logra por circunstancia independiente de su voluntad, ocurrida después del inicio de dichos actos ejecutivos, será sancionado con una pena disminuida en una tercera parte de la pena que debiera imponerse si hubiere consumado el delito.

Desistimiento. Cuando alguien con el objeto de cometer un delito, iniciare actos ejecutivos, que inequívocamente son necesarios para su consumación y sin embargo no los finaliza por propia voluntad, sin que exista razón externa que lo induzca a detenerse, será sancionado sólo cuando los actos ya realizados constituyan de por sí, otro delito o falta.

Arrepentimiento pre-consumación. Cuando alguien con el objeto de cometer un delito, ha realizado todos los actos ejecutivos, que inequívocamente son necesarios para su consumación y con posterioridad, sin que exista razón externa que lo motive, lleva a cabo acciones que impiden la consumación del delito, sólo será sancionado cuando los actos ya cometidos constituyan de por sí otro delito o falta.

Arrepentimiento post-consumación. Cuando alguien con el objeto de cometer un delito, logra su consumación a través de los actos ejecutivos inequívocamente necesarios para tal fin y con posterioridad, sin que exista razón externa que lo motive, lleva a cabo acciones que anulan la consumación del delito, será sancionado con la pena prevista para la tentativa.

Delito imposible. Cuando alguien con el objeto de cometer un delito ha realizado todos los actos ejecutivos, que inequívocamente son necesarios para su consumación y sin embargo no lo logra por circunstancia independiente de su voluntad, preexistente al inicio de dichos actos ejecutivos, bien sea que exista o no el objeto o sujeto pasivo sobre el cual recae su acción, será sancionado con la pena correspondiente al delito frustrado.

PARÁGRAFO PRIMERO: Si los medios utilizados para la comisión del delito fueren inidóneos o si los actos encaminados para la consumación fueren inadecuados, el juez podrá adoptar medidas de seguridad respecto del autor de ellos.

Capítulo IV

Delimitación entre la tentativa inidónea y otras figuras jurídicas

Acometemos este tópico en virtud de que en la doctrina se ha asociado la tentativa inidónea con el delito putativo, con el error de tipo y con el error de prohibición como veremos a continuación. Igualmente sucede con los llamados errores al revés también introducidos a fin de ilustrar situaciones prácticas.

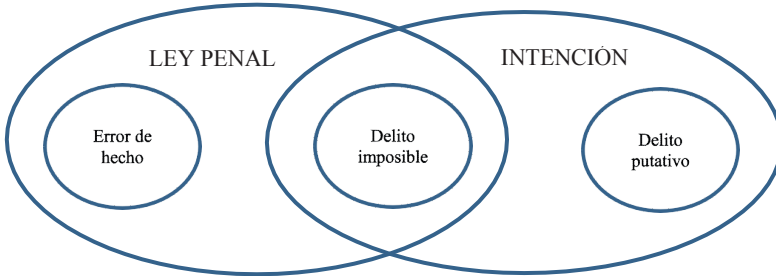
Comenzaremos mencionando que **en el delito putativo, en el error de tipo y en el error de prohibición, según acuerdo de la doctrina, el actor comete un error en cuanto a una falsa apreciación sobre la antijuricidad de su conducta.** Asimismo, De Miguel Serrano (1957), en Venezuela, mantenía que aunque en la tentativa inidónea el autor también comete un error en cuanto a las consecuencias del mismo, estas cuatro figuras no pueden agruparse juntas debido a que en los tres primeros casos los agentes creen que su conducta no está tipificada en el Código Penal³²³, mientras que en el error que se origina en el delito imposible, el agente cree que sus medios son hábiles para producir el resultado antijurídico querido³²⁴. Con el mismo enfoque se manifiesta Araujo (1958)³²⁵, quien para representar es-

³²³De Miguel Serrano. 1957. Pág. 93 y ss

³²⁴De la misma opinión, Jiménez de Asúa. 1970. Tomo VII. Pág. 635

³²⁵“Conclusión. En suma, el delito imposible tiene de común con el error de hecho que ambas situaciones deben ser referidas a una ley penal tuteladora de un bien jurídico, que en ninguno de los dos casos llega a lesionarse. Difieren sin embargo en el elemento subjetivo, pues no hay intención de ejecutar un delito cuando media error de hecho, mientras que ese ánimo existe en el delito imposible. Por esto último se asemeja al delito putativo que también requiere voluntad de un resultado, pero que sin embargo no puede equipararse a la tentativa penal que prevea ese resultado a que se tiende.” Araujo. 1958. Pág. 200.

quemáticamente las relaciones entre estos conceptos, nos muestra el siguiente gráfico:



Definitivamente, la diferencia entre tentativa inidónea (según la doctrina de ausencia de tipo) y delito putativo puede entenderse también si nos ubicamos en la distinción entre error de tipo y error de prohibición. O sea, el delito imposible (según la doctrina de la falta de tipo) y el delito putativo se encuentran en relación inversa con el error de tipo y el error de prohibición respectivamente. Dicho de otra forma, el delito putativo es el mismo error de prohibición al revés y la tentativa inidónea es el mismo error de tipo al revés.

En cuanto a la impunidad del delito putativo, *“de acuerdo con la opinión de la doctrina dominante no es punible porque los límites de la punibilidad se determinan por la ley y no por las representaciones del autor”*³²⁶, por lo que de manera tajante estamos en presencia de una verdadera atipicidad³²⁷.

A pesar de lo anterior, manifiesta Jiménez de Asúa que los italianos con base en fallos de su Corte de Cassazione aseguraban que había delito putativo cuando *“el acto ejecutivo no existe por faltar el objetivo jurídico descrito en el tipo”*. Así equivocadamente confundían la tentativa inidónea con el delito putativo, en los casos de la mujer que yace con su esposo creyendo que lo hace con un amigo, el que hurta la cosa propia creyéndola ajena o el caso del que apuñala un cadáver, siendo que *“lo erróneo es llamar delitos putativos a los imposibles, séanlo por inidoneidad del objeto o por inidoneidad del medio”*³²⁸.

Veamos esto en el cuadro que se muestra en la siguiente página, del cual se pueden obtener innumerables relaciones del tenor de las ya citadas

³²⁶ Jescheck. 1978. Pág. 729

³²⁷ Frías Caballero. 1996 Pág. 36

³²⁸ Jiménez de Asúa. 1951. Pág.238

INSTITUTO	ACCIÓN	CONSECUENCIA JURÍDICA
Delito putativo	Conducta no prohibida pero el agente la cree prohibida	Conducta no penada al no ser prohibida
Error de prohibición	Conducta prohibida pero el agente no la cree prohibida	Conducta penada a menos que el agente demuestre que el error era insalvable
Error de Tipo	Conducta prohibida. Por error el agente realiza el tipo penal	Conducta penada por ser prohibida a menos que se demuestre que el error era insalvable
Tentativa Inidónea	Conducta prohibida (según doctrinas dominantes objetivas, subjetivas y mixtas)	Conducta penada (según doctrinas dominantes objetivas, subjetivas y mixtas)
Tentativa Inidónea	Conducta no prohibida (según doctrina de la falta de tipo)	Conducta no penada (según doctrina de la falta de tipo)

Tratamiento eficiente de la tentativa inidónea

Queremos en este punto, presentar los postulados que permitirán una distinción más precisa entre la tentativa, la frustración y el delito imposible para su manejo ideal.

Primeramente, reafirmemos que:

1. **En la tentativa**, hablamos de la realización de actos ejecutivos, caracterizados por la circunstancia de que la acción se interrumpe en su desarrollo, queda incompleta, no representa todo aquello que habría estado en manos del agente realizar a fin de que el delito se consumara³²⁹.
2. **En la tentativa**, lo que impide la continuación de los actos ejecutivos es independiente de la voluntad del agente.
3. **En la tentativa**, siempre está en peligro el bien jurídico, por lo tanto existe algún objeto o sujeto sobre el que recae la acción.
4. **En la frustración**, no solo materialmente utiliza el actor todos los medios que, de acuerdo a la experiencia, se ha demostrado que son adecuados para lograr la consumación, sino que además puede prever con certeza que va a suceder; lo ha querido, ha puesto por obra todos

³²⁹Lozano y Lozano. 1961. Págs. 163 a 183. Arteaga Sánchez. 2013. Págs. 365, 366 y 367 y otros.

aquellos actos que, dadas las invariables y observadas leyes de la naturaleza, pueden conducir el delito hasta su último extremo. De modo que aunque acaezca por cualquier imprevisto un inevitable obstáculo o circunstancia que impida al agente obtener el efecto pernicioso, es sin embargo reo de haber, en cuanto dependía de él, perfeccionado su acto. En conclusión, dirigió sus acciones hasta donde suelen producir efectos fatales, resaltando claramente que estamos en presencia de una realización subjetiva de todos los actos necesarios para constituir un delito, siendo solo el azar el que puede evitar la consumación del injusto, en otras palabras, “esto supone que se hayan llevado a cabo todos los actos que abandonados a su curso natural darían como resultado la consumación del delito.”³³⁰

5. **En la frustración**, el actor hizo todo lo que le estaba razonable y lógicamente exigido realizar para consumir el delito.
6. **En la frustración**, el evento que impide la consumación es posterior al último de los actos que le eran previsible realizar, o en todo caso muy cercano o con ocasión al último de los actos, vale decir en un entorno de tiempo cercano al último de los actos ejecutivos.
7. **En la frustración**, lo que impide la consumación es independiente de la voluntad del agente.
8. **En la frustración** siempre está en peligro el bien jurídico, por lo tanto existe algún objeto o sujeto al que va dirigida la acción.
9. **En el delito imposible**, el actor no solo lleva a cabo todos los actos inequívocos que previsiblemente tenía que realizar para producir la consumación sino que, al igual que en la tentativa y la frustración, la ha deseado, conoce las consecuencias de su proceder, sabe de la afrenta a la norma y de su punibilidad, tiene conciencia de la conmoción social que su accionar producirá y que en caso de ser descubierto, se mostrará ante la comunidad como un delincuente. Solo que desconoce el infractor que el azar produjo un evento, previo al inicio de sus actos ejecutivos independiente de su voluntad, que imposibilitará que cuaje el resultado de su malévolo iter criminal. Este evento anterior traerá como consecuencia una inidoneidad de los medios empleados, del objeto o del sujeto hacia el cual va dirigida la acción o una ausencia del sujeto pasivo hacia el cual se dirige la acción.

³³⁰Rodríguez Devesa. 1981. Pág. 739

10. **En el delito imposible**, el actor hizo todo lo que le estaba razonable y lógicamente exigido hacer para consumar el delito.
11. **En el delito imposible**, el evento que impide la consumación es anterior al inicio de los actos ejecutivos que le eran previsible realizar al actor.
12. **En el delito imposible**, la observación *ex ante* del proceso ejecutivo hace concluir que está en peligro el bien jurídico.
13. **En el delito imposible**, nunca está en peligro el bien jurídico ni *ex ante* ni *ex post*.

Es importante destacar que las anteriores premisas serán la base del esquema que nos llevará a un tratamiento inequívoco de los tres injustos referidos. Nótese que excluimos en la definición del delito imposible, la ausencia de objeto o sujeto por razones que veremos más adelante. Lo que irradia estas premisas nos permite depurar la tendencia en un sector de la doctrina, que ve de una misma forma, variadas situaciones en las que se confunden el delito imposible con otras figuras jurídicas.

Consiste el esquema en tratar de hacer pasar por un filtro de preguntas sucesivas, cualquier situación que pudiera llamarse tentativa, frustración o delito imposible, para luego llegar adecuadamente a alguno de los tres injustos.

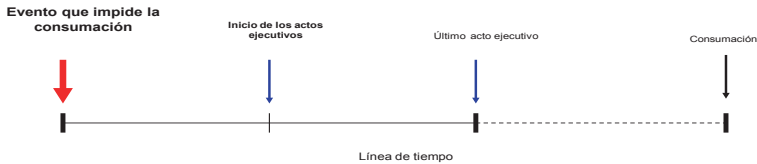
Pongamos en práctica la metodología, a través de algunos ejemplos comenzando por uno de los más emblemáticos:

EJEMPLO 1. A, durante mucho tiempo estudió la forma de vida, rutina y costumbres de **B** a quien planea asesinar, y sabe que todos los días entre las 08:00 PM y 10:00 PM, **B** se acuesta en una hamaca luego de la cena. **A**, hace un curso de tiro, compra un rifle de largo alcance y el día seleccionado, a las 09:30 PM le hace cuatro disparos a **B**, desde cincuenta metros de distancia, los cuales impactan todos en el cráneo. **A**, es descubierto, pero en la autopsia se determina que **B** había muerto de un infarto al miocardio a las 08:30 PM, una hora antes de los disparos.

Análisis: nos preguntamos entonces: 1) ¿conoce **A** las consecuencias de su proceder, sabe de la afrenta a la norma y de su punibilidad, tiene conciencia de la conmoción social que su accionar producirá y que en caso de ser descubierto, se mostrará ante la comunidad como un delincuente? La respuesta es **SI**. 2) ¿realizó **A** todos los actos que le estaban razonable y lógicamente exigidos para consumar el delito? La respuesta es **SI**. 3) ¿en qué momento se presentó el evento azaroso que impidió la consumación? Con anticipación al inicio de los actos ejecutivos. 4) ¿Estuvo en algún momento en peligro el bien jurídico? La respuesta es **NO**; entonces estamos en presencia de un **DELITO**

IMPOSIBLE, sin que haya confusión alguna con el delito frustrado o con la tentativa, tal y como fueron definidos. Obsérvese aquí que lo que nos lleva directamente a las dos últimas afirmaciones, son los hechos fundamentales de que, lo que impide la consumación, es la preexistencia con respecto al inicio de los actos ejecutivos, de un evento que hace imposible el delito de homicidio, y la no puesta en peligro del bien jurídico, características fundamentales, según nuestro criterio, del DELITO IMPOSIBLE.

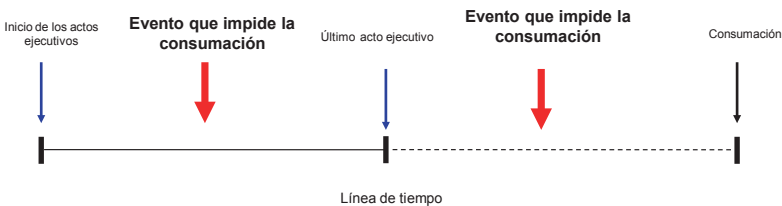
Figura 1: Delito imposible



EJEMPLO 2. **A**, con mucho tiempo de anticipación, ha seguido con detalle la rutina y las costumbres de **B**, a quien desea asesinar. **B** normalmente, todos los días entre las 10:00 pm y 11:30 pm, acostumbra a leer en su estudio. El día X, **A** dispara hacia el salón de estudio de **B** a las 10:30 PM, en la creencia de que allí se encuentra **B**.

Análisis: HIPÓTESIS 1: El sujeto pasivo **B** se percató de que le iban a disparar, razón por la cual se lanzó al suelo y no le impactó ningún proyectil. En este caso nos preguntamos: 1) ¿realizó el actor todos los actos que le estaban razonablemente y lógicamente exigidos para consumir el delito?, la respuesta es **SI**. 2) ¿en qué momento se presentó el evento que impidió la consumación? Obviamente con ocasión del último de los actos o en un entorno muy cercano al último de los actos ejecutivos; entonces estamos en presencia de un DELITO FRUSTRADO

Figura 2: Frustración de delito



HIPÓTESIS 2: En el salón de estudio no había nadie porque el sujeto pasivo **B**, simplemente decidió intempestivamente a las 09:30 PM, leer en su habitación en vez de hacerlo en su estudio como habitualmente lo hacía. Nos preguntamos entonces: 1) ¿conoce **A** las consecuencias de su proceder, sabe de la afrenta a la norma y de su punibilidad, tiene conciencia de la conmoción social que su accionar producirá y que en caso de ser descubierto, se mostrará ante la comunidad como un delincuente? La respuesta es **SI**. 2) ¿realizó **A** todos los actos que le estaban razonable y lógicamente exigidos para consumar el delito? La respuesta es **SI**. 3) ¿en qué momento se presentó el evento que impidió la consumación? Con anticipación al inicio de los actos ejecutivos. 4) ¿Estuvo en algún momento en peligro el bien jurídico? La respuesta es **NO**; entonces estamos en presencia de un **DELITO IMPOSIBLE POR AUSENCIA DE SUJETO**. (Ver Figura N° 1)

EJEMPLO 3. **A**, planea con detalle envenenar a **B**, comprando la pócima fatal para dársela en una taza de café. Invita a **B** a su casa fingiendo amistad, le prepara el café en medio de una agradable conversación, se lo ofrece, **B** lo toma con placer pero no experimenta ninguna reacción porque sin saberlo ni él ni el agresor, era inmune de forma natural al veneno ingerido.

Análisis: 1) ¿realizó **A** todos los actos que le estaban razonable y lógicamente exigidos para consumar el delito? La respuesta es **SI**. 2) ¿en qué momento se presentó el evento que impidió la consumación? Con anticipación al inicio de los actos ejecutivos; entonces estamos en presencia de un **DELITO IMPOSIBLE**, sin que haya confusión alguna con el delito frustrado o con la tentativa, tal y como fueron definidos. (Ver Figura N° 1)

EJEMPLO 4- **A**, planea hurtar unas joyas que sabe con precisión posee **B** y que las guarda en la caja fuerte de su casa. **A**, a sabiendas de que **B** irá al cine la noche del lunes, se introduce ese día en casa de **B** después de verlo salir y con herramientas especiales logra abrir la caja fuerte pero ve con desilusión que no están las joyas porque **B** decidió enseñárselas a su novia esa noche; luego de esto **A** se retira sin lograr su objetivo.

Análisis: 1) ¿realizó **A** todos los actos que le estaban razonable y lógicamente exigidos para consumar el delito de hurto? Definitivamente **NO**, porque no encontró las joyas; **A**, no terminó la cadena de acciones ejecutivas propias del delito de hurto porque no encontró el botín esperado. Al no tener las prendas consigo, no podemos hablar de frustración porque no realizó todos los actos ejecutivos del hurto; tampoco podemos hablar de delito imposible porque no realizó todos los actos ejecutivos. Entonces ¿a qué se parece el *iter criminis* descrito? ¿a qué se asemeja el recorrido delictual cuando el agente no termina de realizar los actos ejecutivos de un ilícito específico? Se asemeja a LA TENTATIVA, pero surge la interrogante ¿Cuándo se presentó el evento

que impide la continuación de los actos ejecutivos? se presentó antes de que **A** iniciara dichos actos ejecutivos, lo cual es una de las características del delito imposible, pero al quedar el agente en el camino de los actos ejecutivos, es a nuestro parecer, más apropiado conceptualmente, tratar estos casos como **TENTATIVA** y no como **DELITO IMPOSIBLE**, en vista de que los actos ejecutivos se detienen luego de haberlos iniciado y antes de haberlos finalizado (Ver Figuras N° 3 y 4).

Figura 3: Tentativa de delito – Caso común

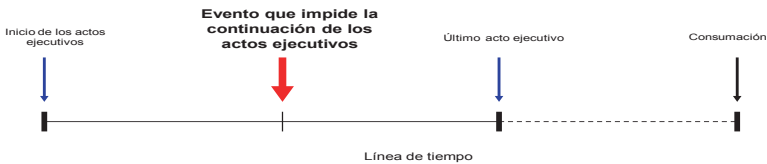


Figura 4: Tentativa de delito – Caso de inexistencia de objeto



El ejemplo que acabamos de referir, claramente nos indica que al aplicar la metodología propuesta, no debe tratarse este caso como delito imposible por ausencia de objeto sino como tentativa. La misma situación se nos presentaría cuando el médico queriendo hacer abortar a una mujer después de todos los exámenes de rutina que dan positivo de embarazo, no encuentra el feto a remover. Por las mismas razones ya examinadas, no se puede hablar aquí de ausencia de objeto ni de frustración ni de delito imposible por ausencia de objeto, sino de **TENTATIVA** por todas las justificaciones expuestas en el ejemplo 4. (Ver Figura N° 4)

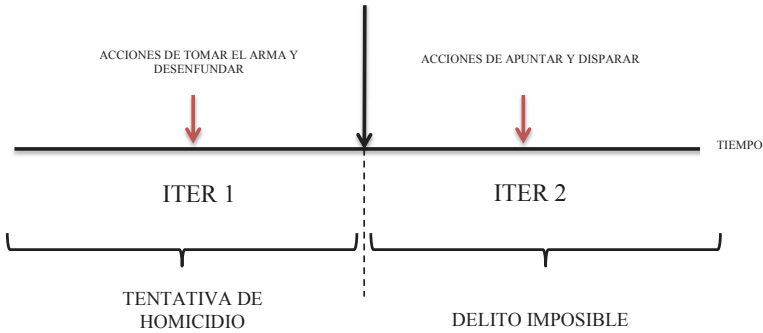
Curioso se nos presenta el caso de la persona que introduce en la cama de otra, una cobra de probada peligrosidad por haberla utilizado para asesinar a otras personas, con el fin de que ésta muerda a la posible víctima para que así

se produzca la muerte deseada, pero la serpiente al asustarse por un sonido, no arremete contra el sujeto pasivo. Sin mayores comentarios, estamos en presencia de un delito frustrado porque el evento que impide la consumación se presenta con posterioridad al último de los actos ejecutivos del agente. Pero nos preguntamos queriendo complicar el asunto: ¿Qué pasaría si se demuestra en un proceso judicial que el sujeto pasivo era inmune al veneno de cobra? Tendríamos aquí una especie de contradicción. Siguiendo al pie de la letra la norma venezolana (Art. 80 del Código Penal Venezolano), si el animal muerde a la víctima, no sería punible la acción porque estaríamos en presencia de un delito imposible, pero si no lo muerde tendríamos un delito frustrado, que sí sería penado en Venezuela. En pocas palabras, si la serpiente muerde al sujeto no hay sanción pero si no lo muerde si la hay. La solución a este dilema está en PUNIR EL DELITO IMPOSIBLE expresamente o en tratar el asunto como delito frustrado en virtud de la abertura que deja la norma, tal y como ya fue explicado en el punto 1.1 de este capítulo.

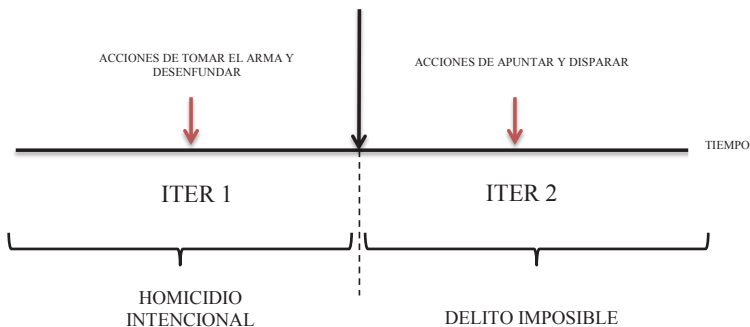
Podríamos de esta forma analizar innumerables casos, pero nos parece más práctico implementar la fórmula a través del diagrama y de los gráficos que se mostraron.

Interesante también se nos muestra el caso en el que **A** en una discusión acalorada con **B**, decide asesinarlo de un disparo. **A** desenfunda su arma pero con tal nerviosismo que se torna lento en su cometido y cuando se dispone a apuntar a **B**, éste muere instantáneamente de un infarto y segundos después es cuando **A**, sin percatarse del deceso, apunta y dispara sobre el cadáver. ¿Estamos entonces en presencia de un delito imposible? Aquí hay que tomar en cuenta varios escenarios:

1. Si el infarto se debió a sus malas condiciones de salud, consideramos que estamos en presencia de dos iter críminis, de dos delitos. Esto porque de manera inusitada desaparece el sujeto pasivo. El primer iter no es más que una **tentativa de homicidio**, puesto que al presentarse la muerte como hito, hay un impedimento para que se completen los actos ejecutivos propios del homicidio. En este primer ilícito, tanto *ex ante* como *ex post*, estuvo en peligro el bien jurídico. En otras palabras, las acciones subsiguientes al infarto materializarían un delito imposible, cumpliéndose aquí, todas las condiciones de ese ilícito; como ya se explicó, se inician nuevos actos ejecutivos de homicidio, pero previo a estos, se presenta un evento que impide la consumación, que es la muerte. Se cumplen aquí las condiciones de la no puesta en peligro del bien jurídico ni *ex ante* ni *ex post*. Apréciase en el siguiente gráfico la situación planteada:

Figura 5: Muerte del individuo por razones de salud

2. Si el infarto no se debió a sus malas condiciones de salud sino que de manera demostrada fue por la impresión, el primer injusto se traduce en un homicidio intencional puesto que la muerte se produce como consecuencia de las acciones que culminan con la extracción del arma de su funda por parte de **A**. No se verifica así la condición necesaria para la presencia del delito imposible, que es la existencia de un evento sucedido antes del inicio de los actos ejecutivos lo que va a impedir la consumación y tampoco se verifica otra condición necesaria en el delito imposible como lo es que nunca estuvo en peligro el bien jurídico ni *ex ante* ni *ex post*. Ahora bien, al apuntar y realizar los disparos, **B** ya estaba muerto, antes del apuntamiento. Se verifica un delito imposible con todas las características ampliamente analizadas. Distíngase en la siguiente figura la situación planteada:

Figura 6: Muerte del individuo por la impresión

Tenemos entonces en el primer caso una tentativa de homicidio y un delito imposible, y en el segundo caso, un homicidio intencional y un delito imposible.

El mismo discernimiento puede realizarse con el caso de un mal hijo, único heredero, que comienza a robar mercancía en el almacén de su padre. En este caso, él lleva una hora extrayendo productos y disponiendo de ellos, pero en ese lapso, su padre muere de manera fulminante por un accidente cerebro vascular, y el indigno sigue robando por una hora más sin que conozca sobre la muerte de su padre. Durante la primera hora tenemos un delito de robo y en la segunda hora tenemos un delito imposible.

Conclusiones

Como ha podido apreciarse, hemos realizado una revisión de las diferentes posiciones en cuanto a la punibilidad de la tentativa inidónea. Como consecuencia del análisis de cada enfoque, extrajimos la esencia de cada uno y formulamos nuestro punto de vista sobre el particular. Presentamos entonces a continuación un conjunto de conclusiones que a la vez representan nuestro parecer sobre este controversial tema.

En la tentativa inidónea, es perfectamente apreciable que el actor no solo llevó a cabo todos los actos inequívocos y necesarios que previsiblemente tenía que realizar para producir la consumación del delito, sino que la ha deseado, conoce previamente las consecuencias de su proceder y de su finalidad delictiva³³¹, sabe de la afrenta a la norma y de su punibilidad, tiene conciencia de la conmoción social que su accionar producirá y de su falta de solidaridad. Igualmente sabe que en caso de ser descubierto se mostrará ante la comunidad como un delincuente. Este cúmulo de eventos, apuntan inexorablemente a una clara punición, independientemente de que el azar imposibilitará el resultado de su malévolo iter criminal. Este evento aleatorio traerá como consecuencia una inidoneidad de los medios empleados, inidoneidad del objeto o una ausencia del sujeto pasivo hacia el cual se dirige la acción³³². En definitiva, podemos

³³¹Núñez. 1975. Pág. 277

³³²“El grado de consumación plantea la problemática relativa, a la llamada tentativa inidónea, pues el resultado, en este caso, no se pudo producir, no por factores que incumbieran al autor, quien por su parte hizo todo lo necesario para conseguir ese resultado, sino sencillamente por la imposibilidad derivada de la ausencia de la víctima del domicilio incendiado. A tal respecto, **la derogación**, en el sentido de carecer de trasunto exacto en el nuevo Código Penal, del antiguo art. 52, párr. 2.º, ha llevado a sostener la atipicidad de la tentativa inidónea y del delito imposible, esto es, de aquellos casos en que el resultado no se produce por inadecuación del medio o por inexistencia del objeto. Este Tribunal, sostuvo en Auto de 28 octubre 1997 la tesis positiva en orden a la punición

decir que en la tentativa inidónea existen sobrados elementos que justifican la acción sancionatoria del Derecho penal en contra de un ciudadano que de manera flagrante ha agredido al sistema social y a sus congéneres.

El hecho de que el ilícito se muestre *ex post* incapaz de producir afección al bien jurídico, no contraviene la utilidad preventiva de su punición, a la luz del fin de la pena y de la finalidad y misión del Derecho penal en un Estado social y democrático de derecho. Por eso, en realidad, la inidoneidad de los medios, del objeto o la ausencia de sujeto no son el punto medular de este asunto, porque los mismos *ex post* siempre serán inidóneos o se conocerá la ausencia del sujeto. Estos se insuflan de relevancia jurídico-penal cuando al realizar el análisis *ex ante*, además de que el individuo crea una situación de peligro con su intención dolosa, lleva a cabo acciones tendentes a materializar el delito según su plan, por lo que la reprochabilidad de la conducta es a todo evento un imperativo inequívoco.

Concatenado con el punto anterior es crucial establecer que dado que siempre, una vez terminada la realización de la conducta, tanto el autor como el juzgador van a tener conocimiento de la inidoneidad de objeto, de la inidoneidad de los medios o de la ausencia del sujeto pasivo hacia el cual se dirige la acción, el juez a efectos de establecer la sanción respectiva debe situarse artificialmente en una posición *ex ante*, asumiendo que tiene el mismo conocimiento que el autor. Así, el juzgador podrá obtener un resultado que no será más que el juicio de la sociedad sobre la peligrosidad de la conducta examinada, a través de una apreciación sobre la probabilidad de producción de un estado de cosas futuro.

Las teorías objetivas se ubican de manera natural en los esquemas clásico y/o neoclásico del delito. En el esquema clásico, al identificar como elementos básicos de la acción la manifestación de voluntad delictuosa del agente, el resultado representado por la situación de peligro *ex ante* y una relación de causalidad; y en el esquema neoclásico su encuadramiento es también fran-

de la tentativa inidónea, diciendo que «cualquiera que sea el punto de vista, subjetivo u objetivo, que en torno a la tentativa se siga y que siempre implica, por definición, la imposibilidad del resultado, es lo cierto que el art. 16.1 del Código Penal considera tentativa todos aquellos casos en que "se practiquen todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado", y por tanto, en casos como el presente, en que la inidoneidad no pudo ser abarcada por el suje to activo ni provenía de un acto del mismo, puesto que realizó todo lo que de su parte se exigía, sigue siendo punible la tentativa». Esta tesis es, plenamente aplicable al caso: sólo el azar – que siempre interviene en la tentativa, impidiendo el resultado– fue el que hizo inidóneo el acto, pero la peligrosidad que revela el agente, la ideación criminal y su puesta en marcha, que es lo que se sanciona en el delito intentado, estaban igualmente presentes".(subrayado nuestro) Audiencia Provincial De Ciudad Real (SENTENCIA de 5-6-1998, núm. 46/1998). España.

co, con la diferencia de que la acción ya no es una simple modificación del mundo exterior perceptible por los sentidos, sino que es un comportamiento socialmente relevante.

La teorías subjetivas se identifican con la estructura del delito propuesta por Welzel, en la que se distinguen dos fases, una interna y otra externa. En la interna, el actor visualiza el fin, selecciona los medios y prevé los efectos posteriores tendentes a lograr la consumación; y en la externa, se concretan de manera causal los eventos encauzados a cristalizar la visualización anticipada. Resalta entonces que: *“dado que la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su intervención en el curso causal y de dirigir, por consiguiente, este, conforme a un plan, a la consecución del fin, la espina dorsal de la acción final es la voluntad, consciente del fin, rectora del acontecer causal”*³³³. En esta óptica, la concepción de la antijuricidad está en íntima relación con la concepción que se tiene del Derecho Penal al considerarlo de manera general, como un orden de regulación de la conducta humana que protege bienes jurídicos comunitarios, los cuales se resguardan de manera más eficaz influyendo en la conformación de la conciencia ética del ciudadano. En este contexto, hemos desarrollado y justificado ampliamente la tesis de que sí existe realmente un desvalor de resultado en la tentativa inidónea aparejado con un desvalor de acción.

El ordenamiento jurídico es la esencia que se configura como condición necesaria para que la vida del pueblo se realice en paz y armonía. La concreción de esa deseable realidad se lesiona con una voluntad que emprende acciones que el mismo actor considera como idóneas para la ejecución de un delito a través de actos que no son meras acciones preparatorias, sino propias de la realización de un delito. Es evidente, entonces, que para el ordenamiento jurídico, como poder configurador de la armonía, esta conducta es intolerable, razón por la cual su punición es necesaria y está perfectamente justificada.

En la tentativa inidónea, el agente, además de realizar una insoportable actividad preparatoria y ejecutiva, desestabiliza el sentimiento general de seguridad jurídica, cristalizando de esta manera un indiscutible desvalor de acción. Su proceder, entonces, representa una contradicción evidente con la misión (protección de bienes jurídicos) y fines del Derecho penal (la convivencia pacífica), por lo que es ineludible su punición en virtud de la finalidad de la pena (prevención general y especial entre otras) y al claror de aspectos como: la peligrosidad del hecho (puesta en peligro de bienes jurídicos), la peligrosidad del autor (elemento subjetivo), el impacto del suceso en la sociedad (disturbio social), la impresión de conmoción jurídica (quebrantamiento de la

³³³Welzel. 1964. Pág. 25

norma), el irrespeto a los integrantes de la comunidad (agresión a los derechos subjetivos “paz”, “tranquilidad” “seguridad personal” y “convivencia en paz”), y la arremetida contra el ordenamiento jurídico (lesión a la validez de la norma). Elementos estos que se erigen en las doctrinas comentadas en el transcurso de este trabajo, como objetos pasivos de la acción desviada, impactados por el sujeto activo, con lo que se concreta claramente un desvalor de resultado, aún cuando el resultado material perseguido por el infractor no fue alcanzado. Tendríamos entonces, una argumentación de la punición, basada en la perturbación social global desde diferentes ángulos, originada en la voluntad criminal y en el posterior accionar del agente.

Ninguna de las teorías objetivas, a excepción de la moderna *teoría del peligro*, pudo justificar certeramente la impunidad de la tentativa inidónea, puesto que eran incompatibles con un Derecho penal en el que la pena tiene un fin de prevención al querer la sociedad, en concordancia con el fin y misión del Derecho penal, evitar actuaciones que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos, a través de normas que se dirijan a los individuos en un momento previo a la realización de conductas y no cuando estas ya han culminado. Abonando lo anterior, son absolutamente irreconciliables (las teorías objetivas) con el fin último del derecho penal, al pretender pasar por alto el desvalor de acción, de modos de actuación que atentan contra la paz y la armonía en comunidad. Al calor de la protección de bienes jurídicos (misión del Derecho penal), su puesta en peligro, apreciada *ex ante*, es desdeñada por estas teorías al no calificar dicha puesta en peligro, como una agresión real, como un verdadero desvalor de acción. En esta misma senda, pretenden ignorar el desvalor de resultado presente en la afrenta al Derecho penal, estableciendo una impunidad a quien se rebeló contra él, decepcionando y aturdiendo a los integrantes de la sociedad que si ven en el derecho penal una seguridad para la cotidiana convivencia.

En relación al artículo 80 del Código Penal Venezolano, en primer lugar, la norma diferencia tentativa de frustración y las penaliza a ambas desde un punto de vista objetivo, al tomar solo en cuenta para la sanción, la univocidad de los actos y la cercana incidencia de los mismos sobre el bien jurídico, sin mencionar ninguno de los aspectos que incorporan las teorías subjetivas o mixtas para justificar la sanción; y en segundo lugar, no es posible sancionar el delito imposible según el contenido del artículo 80 de nuestro código por no incorporar este instituto jurídico en su texto, a menos que al claror de la brecha dejada por la norma, el delito imposible pueda punirse al interpretar que en el mismo se llevaron a cabo todos los actos ejecutivos necesarios para la consumación del delito, convirtiéndolo entonces en un delito frustrado atendiendo estrictamente a la redacción del dispositivo. Es importante entonces

apuntalar la norma propuesta por el Proyecto de Código Penal elaborado por el Tribunal Supremo de Justicia pero reformulando el artículo 28 relativo al delito imposible por la inviabilidad del mismo dada su redacción, de acuerdo al análisis realizado. Más aún pudiera promoverse la inclusión sólo de esa norma en el actual Código Penal con las modificaciones a que hubiere lugar a la luz de lo expuesto en este trabajo.

La deficiente redacción del artículo 80 de nuestro código penal, nos lleva a interpretaciones que nos alejan del verdadero espíritu de la norma o no nos deja ver cuál fue la verdadera intención del legislador, dejando fisuras que se oponen a la interpretación restrictiva de un dispositivo tan importante como este asociado a la integridad física de las personas. Es notorio entonces el problema grave de interpretación en nuestro Código Penal en cuanto a tentativa y frustración se refiere. Inferimos luego que la solución pasa por proponer un movimiento legislativo que en primer lugar, modifique el artículo 80 especificando en el *iter criminis*, el momento en que debe presentarse la circunstancia que impide la consumación del tipo penal tanto para la tentativa como para la frustración y en segundo lugar, defina el delito imposible o tentativa inidónea como delito, tal y como lo contemplan muchos de los códigos penales. En ese sentido, a manera de conclusión creemos que la instauración de las siguientes normas en nuestro Código Penal es vital:

Tentativa. Quien con el objeto de cometer un delito, iniciare actos ejecutivos, que inequívocamente son necesarios para la consumación de dicho delito y sin embargo no los finaliza por circunstancia independiente de su voluntad, será sancionado con una pena comprendida entre la mitad y las dos terceras partes de la pena que debiera imponerse si hubiere consumado el delito iniciado.

Frustración. Quien con el objeto de cometer un delito, ha realizado todos los actos ejecutivos, que inequívocamente son necesarios para su consumación y sin embargo no la logra por circunstancia independiente de su voluntad, ocurrida después del inicio de dichos actos ejecutivos, será sancionado con una pena disminuida en una tercera parte de la pena que debiera imponerse si hubiere consumado el delito.

Desistimiento. Cuando alguien con el objeto de cometer un delito, iniciare actos ejecutivos, que inequívocamente son necesarios para su consumación y sin embargo no los finaliza por propia voluntad, sin que exista razón externa que lo induzca a detenerse, será sancionado sólo cuando los actos ya realizados constituyan de por sí, otro delito o falta.

Arrepentimiento pre-consumación. Cuando alguien con el objeto de cometer un delito, ha realizado todos los actos ejecutivos, que inequívocamente son necesarios para su consumación y con posterioridad, sin que exista razón

externa que lo motive, lleva a cabo acciones que impiden la consumación del delito, sólo será sancionado cuando los actos ya cometidos constituyan de por sí otro delito o falta.

Arrepentimiento post-consumación. Cuando alguien con el objeto de cometer un delito, logra su consumación a través de los actos ejecutivos inequívocamente necesarios para tal fin y con posterioridad, sin que exista razón externa que lo motive, lleva a cabo acciones que anulan la consumación del delito, será sancionado con la pena prevista para la tentativa.

Delito imposible. Cuando alguien con el objeto de cometer un delito ha realizado todos los actos ejecutivos, que inequívocamente son necesarios para su consumación y sin embargo no lo logra por circunstancia independiente de su voluntad, preexistente al inicio de dichos actos ejecutivos, bien sea que exista o no el objeto o sujeto pasivo sobre el cual recae su acción, será sancionado con la pena correspondiente al delito frustrado.

PARÁGRAFO PRIMERO: Si los medios utilizados para la comisión del delito fueren inidóneos o si los actos encaminados para la consumación fueren inadecuados, el juez podrá adoptar medidas de seguridad respecto del autor de ellos.

Referencias Bibliográficas

- Agudelo Betancourt, N. (1995). *Curso de Derecho Penal - Esquemas del delito*. Bogotá: Ediciones Librería.
- Alcácer Guirao, R. (2000). *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*. Granada: Editorial Comares.
- Angulo Fontiveros, A. (2004). *Ante proyecto código penal*. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.
- Antón Oneca, J. (1949). *Derecho Penal - Parte General*. Madrid: Enrique Gimbernat Ordeig - Universidd Complutense de Madrid.
- Araujo, O. (1958). *La tentativa*. Montevideo: Publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República de Uruguay.
- Arenas Candelo, O. (1998). *La tentatiava - Notas para su estudio*. Caracas: Universidad Central de Venezuela - Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.
- Arteaga Sánchez, A. (2012). *Derecho Penal Venezolano*. Caracas: Editorial Álvano Novoa, Librería Jurídica.
- Atienza, M. (1987). *Para una teoría general de la acción penal. Anuario de Derecho y Ciencias Penales. Tomo 40*. La Rioja: Fundación Dialnet. Universidad de la Rioja.
- Bacigalupo, E. (1999). *Manual de Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

- Beccaria, C. (1982). *De los delitos y de las penas*. Madrid: Aguilar S.A. Ediciones.
- Bello Porras, J. G. (2008). *Diccionario de Psicología*. Caracas: Editorial Panapo de Venezuela.
- Bertalanffy, L.-V., W, R. A., Weinberg, M. G., Repoport, A., Milsun, J., Buckley, W., . . . Hamer West, P. y. C. (1978). *Tendencias en la teoría general de sistemas*. Madrid: Alianza Editorial.
- Bravo Gala, P. (1994). *La moralidad pública: La sociedad en busca del bien común*. Madrid: Editorial Alianza.
- Bustos Ramírez, J. (1990). *Control social y sistema penal*. Madrid: Dialnet.
- Calsamiglia, A. (1984). *Ensayo sobre Dworkin*. Barcelona. España: Editorial Planeta.
- Carrara, F. (1971). *Programa de derecho criminal*. Bogotá: Editorial Temis.
- Castellanos H., S. J. (2011). *El delito imposible o tentativa inidónea - Enfoques de punición*. Caracas: Ediciones Paredes.
- Cavallero, R. J. (1983). *El delito imposible*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Cerezo Mir, J. (1961). *Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho Penal español*. La Rioja: Dialnet.
- Cerezo Mir, J. (1997). *Curso de derecho penal español - Tomo II Teoría jurídica del delito*. Madrid: Madrid Tecnos.
- Chávez Frías, H. R. (2007). *Proyecto Nacional Simón Bolívar - Primer Plan Socialista*. Caracas: Ejecutivo de la República Bolivariana de Venezuela.
- Chiossone, T. (1972). *Manual de Derecho Penal Venezolano*. Caracas: Universidad Central de Venezuela.
- Chou, Y.-L. (1972). *Análisis Estadístico*. México: Nueva Editorial Interamericana S.A. de C.V.
- Coode, G. (1845). *Sobre la expresión legislativa, o, el lenguaje de la ley escrita*. Londres: William Benning and Co.
- De Miguel Pérez, I. (1981). *Derecho Penal*. Caracas: Universidad Central de Venezuela - Facultad de Derecho.
- De Miguel Serrano, J. A. (1957). *El iter criminis*. Caracas: Universidad Central de Venezuela - Facultad de Derecho.

-
- Dennett, D. C. (1992). *La libertad de acción*. Barcelona - España: Editorial Gedisa.
- de Venezuela, R. B. (2001). *Código Orgánico Procesal Penal*. Caracas: Gaceta Oficial N° 5.558 del 14-11-2001.
- de Venezuela, R. B. (2005). *Código Penal Venezolano*. Caracas: Gaceta Oficial N° 5.768 del 13 de abril de 2005.
- Engels, F. (1884). *El origen de la Familia, la Propiedad Privada y El Estado*. Lima: Editorial EPASA.
- Escovar León, R. (2001). *La motivación de la sentencia y su relación con la argumentación jurídica*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela.
- Farret Trepat, H. (1986). *La Tentativa de Delito*. Barcelona - España: Editorial Tesys, S.A. - Borrel 97- 0815 Barcelona.
- Fernández Carrasquilla, J. (1995). *Derecho Penal Fundamental*. Bogotá: Editorial Temis.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón - Teoría del garantismo penal*. Valladolid: Editorial Trotta - Simancas Ediciones.
- Ferrater Mora, J. (1984). *Diccionario de Filosofía*. Madrid: Alianza Editorial S.A.
- Ferrer Sama, A. (1946). *Comentarios al Código Penal. Tomo I*. Murcia - España: Sucesores de Nogués.
- Ferri, E. (1907). *Sociología Criminal*. Madrid: Centro Editorial Góngora.
- Ferri, E. (1933). *Principios de derecho criminal*. Madrid: Editorial Reus.
- Feuerbach, V. P. J. A. R. (1808). *Tratado de Derecho Penal común vigente en Aleania*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.
- Figuroa, Y. (2008). *Delitos de infracción de deber*. Madrid: Editorial KYKINSON, S.L., Meléndez Valdés.
- Fontan Balestra, C. (1969). *Tratado de Derecho Penal - Tomo IV*. Buenos Aires: Ediciones Glem.
- Fornaciari, M. A. (2006). *En busca de la primera Constitución*. San Salvador: Publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad del Salvador.
- Frías Caballero, J. (1996). *El proceso ejecutivo del delito*. Caracas: Livrosca.

- Fritz, P. (2006). *Terapia Gestalt*. México: Editorial Pax México.
- Fromm, E. (1980). *El miedo a la libertad*. Barcelona - España: Editorial Paidós.
- García-Pelayo, M. (2000). *Derecho Constitucional comparado*. Caracas: Alianza Editorial.
- Garófalo, R. (1880). *La Criminología*. Madrid: Dorado Montero.
- Gimbernat Ordeig, E. (1966). *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*. Madrid: Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros.
- Gómez de la Torre, I. B., Arroyo Zapatero, L., Ferré Olivé, J. C., y Serrano Piedecabras Nocolás, J. R. y G. R. (1999). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Barcelona - España: Editorial Praxis S.A.
- Goppinger, H. (1968). *Criminología. Una introducción a sus fundamentos científicos*. Madrid: Editorial Espasa Calpe.
- Gordillo Arriagada, P. (2006). *Manual de Reglas de Técnica Legislativa*. Descargado de <http://tecnicalegislativa.blogspot.com>
- Grisanti Aveledo, H. (1985). *Lecciones de Derecho Penal - Parte General*. Valencia - Venezuela: Editora Central S.R.L.
- Hartmann, N. (1964). *Ontología. El pensar teleológico*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Hegel, J. G. F. (1956). *Ciencia de la Lógica - Relación entre lo individual y lo particular - Tomo II*. Buenos Aires: Ediciones Librería Hachete.
- Hobbes, T. (1966). *Del Ciudadano*. Caracas: Instituto de Estudios Políticos de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela.
- Hormazábal, M. (1980). *Significación social y tipicidad*. Barcelona - España: Dialnet.
- Hurtado Pozo, J. (1987). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Lima: EDDILI.
- Jañez Barrio, T. (2006). *Lógica Jurídica - Argumentación e interpretación*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Jakobs, G. (1985). *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: Ediciones UAM y Editorial Civitas, S.A.

-
- Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal - Parte General - Fundamentos y teoría de la imputación*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas S.A.
- Jescheck, H.-H. (1978). *Tratado de Derecho Penal - Parte General*. Barcelona - España: BOSCH, Casa Editorial S.A.
- Jescheck, H.-H. (2000). *Tratado de Derecho Penal - Parte General*. Granada - España: Editdorial Comares.
- Jiménez de Asúa, L. (1945). *La ley y el delito*. Buenos Aires: Editorial Sudamericana.
- Jiménez de Asúa, L. (1951). *El Criminalista - Tomo IV*. Buenos Aires: Tipográfica Editdora.
- Jiménez de Asúa, L. (1970). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Losada.
- Jiménez de Asúa, L., y Frías Caballero, J. (1996). Prólogo a la primera edición. En *El proceso ejecutivo del delito* (p. 15). Caracas: Livrosca.
- Kant, I. (1989). *Metafísica de las Costumbres*. Madrid: Editorial Tecnos.
- Kaufmann, A. (1977). *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*. Buenos Aires: Depalma.
- Kelsen, H. (1960). *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires. Sociedad de Economía Mixta.
- Larenz, K. (2001). *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona - España: Ediciones Ariel.
- Locke, J. (1990). *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Madrid: Alianza Editdorial - Filosofía.
- Lozano y Lozano, C. (1961). *Elementos de Derecho Penal*. Bogotá: Ediciones Lerner.
- Maier, J. B. (1993). *Fin y Justificación de la Pena y Medidas de Seguridad. Determinación Judicial de la Pena*. Buenos Aires: Editorial del Puerto.
- Mannzini, V. (1931). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Editora Córdoba.
- Massini Correo, C. (1992). *Doce tesis sobre semántica e interpretación jurídica. Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídico. Conferencias y ponencias presentads en el Congreso realizado*

- en Santiago y Viña del Mar en mayo de 1991*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Maurach, R. (1962). *Tratado de Derecho Penal*. Barcelona - España: Ediciones Ariel.
- Mayer, M. E. (2007). *Derecho Penal - Parte General*. Buenos Aires: Editorial B de F. Montevideo.
- Mendoza Troconis, J. R. (1973). *Curso de derecho penal venezolano - Parte General - Tomo III*. Caracas: Empresa el Cojo C.A.
- Merkel, A. (1892). *Derecho Penal - Volumen I*. Madrid: Praxis Jurídica Libros.
- Mezger, E. (1926). *Derecho Penal - Parte General*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.
- Mezger, E. (1957). *Tratado de Derecho Penal II*. Madrid: Imprenta Madrid. Revista de Derecho Privado.
- Mir Puig, S. (1994). *El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona - España: Editorial Ariel, S.A.
- Mir Puig, S. (1996). *Derecho Penal - Parte General*. Barcelona - España: Dialnet.
- Mir Puig, S. (2006). *Estado, pena y delito*. Buenos Aires: Editorial B de F.
- Mittermaier, C. J. A. (1816). *Tratado de la prueba en materia criminal - Exposición comparada de los principios en materia criminal y de sus diversas aplicaciones en Alemania, Francia, Inglaterra, etc.* Madrid: Imprenta de la Revista de Legislación Ronda de Atocha.
- Modolell, J. L. (2001). *Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva*. Caracas: Livrosca.
- Molina Fernández, F. (2003). *Presupuestos de la responsabilidad jurídica (análisis de la relación entre la libertad y responsabilidad)*. Madrid: Alianza Editorial.
- Montesquieu y Secondat Carlos Luis, d. B. d. l. B. (1748). *El espíritu de las leyes*. Madrid: Alianza Editorial.
- Morales Valdés, H. (2009). *Desvalor de acción y desvalor de resultado*. Bogotá: Editorial Leyer.
- Moro, T. (2011). *Utopía*. Barcelona - España: Editorial Brontes S.L.
- Muller, I. (2006). *Los juristas del horror*. Caracas: Editorial ACTUM.

-
- Nagel, T. (1981). *La muerte en cuestión. Ensayos sobre la vida humana*. Madrid: Fondo de Cultura Económica.
- Nietzsche, F. (1999). *El viajero y su sombra*. Madrid: Editorial Edaf.
- Nino, C. S. (1980). *Límites de la responsabilidad penal*. Buenos Aires: Editorial ASTREA.
- Núñez Barbero, R. (1963). *El delito imposible*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- Núñez Paz, M. Á. (2003). *El delito intentado*. Madrid: Dialnet.
- Núñez, R. (1975). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Editorial Lerner. Editora Córdoba.
- Olaso Luis M., S. J. (1979). *Introducción al Derecho, Tomo I. Manuales de Derecho*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- Pérez Velasco, C. L. (1985). *Derecho Penal, Partes General y Especial. Tomo IV*. Bogotá: Editorial Temis.
- Pessoa, N. (2001). *Fundamento de la Punición de la Tentativa. El acto de tentativa es expresión objetivada bajo forma de riesgo prohibido de una voluntad final prohibida*. Córdoba - Argentina: Editorial La Lectura.
- Platón. (2003). *La República*. Madrid: Alianza Editorial.
- Pozuelo Pérez, L. (2003). *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*. Valencia - España: Tirant lo Blanch.
- Quintano Ripollés, A. (1958). *Derecho Penal de la culpa*. Barcelona - España: Editorial Bosch.
- Ratzinger, J. (2005). *Dios y el mundo - Las opiniones de Benedicto XVI sobre los grandes temas de hoy*. Caracas: Editorial Melvin.
- Reina-Valera. (1960). *La Biblia Cronológica*. Michigan - USA: Editorial Portavoz.
- Reyes Echandía, A. (1996). *Derecho Penal*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Rodríguez Collao, L. (1991). *La interpretación administrativa de las leyes penales. Interpretación, Integración y Razonamiento Jurídico. Conferencias y ponencias presentadas en el Congreso realizado en Santiago y Viña del Mar en mayo de 1991*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Rodríguez Devesa, J. M. (1981). *Derecho penal español*. Madrid: Publicado por: Rodríguez Devesa, José María.
-

- Rodríguez Morales, A. J. (2006). *Síntesis de Derecho Penal - Paete General*. Caracas: Ediciones Paredes.
- Roxin, C. (1976). *Problemas básicos del derecho penal*. Madrid: Reus S.A.
- Roxin, C. (1981). *Iniciación al Derecho Penal de hoy*. Sevilla - España: Secretariado de Publicaciones de Sevilla.
- Roxin, C. (1988). *Acerca del fundamento penal de la tentativa, en Dogmática penal y política criminal*. Lima: Edición de Manuel A. Abanto Vásquez.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*. Madrid: Editorial Civitas.
- Roxin, C. (1998). *Dogmática Penal y Política Criminal*. Lima: Editado por el Dr. Manuel A. Abanto Vásquez - IDEMSA.
- Sancinetti, M. (1995). *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*. Bogotá: Editorial Temis.
- Sauer, G. (1956). *Derecho penal*. Barcelona - España: Bosch Casa Editorial.
- Serrano-Piedecasa. (2001). *Fundamentación Objetiva de la Tentativa en el Código Penal español. Homenaje al Profesor Claus Roxin*. Córdoba - Argentina: Editorial La Lectura.
- Silva Sánchez, J. M. (1992). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona - España: J.M. Bosch Editor S.A.
- Vethencourt Velazco, B. (1993). *Manual de técnica legislativa*. Caracas: Banco Central de Venezuela.
- Villa Stein, J. (1998). *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Editorial San Marcos.
- Von Liszt, F. (1917). *Tratado de Derecho Penal -Tomo III*. Madrid: Editorial Reus S.A.
- Von Liszt, F. (1990). *La idea del fin en el derecho penal*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
- Welzel, H. (1951). *La teoría de la acción finalista*. Buenos Aires: Editorial Desalma.
- Welzel, H. (1964). *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Barcelona - España: Ediciones Ariel.

- Welzel, H. (1980). *Derecho penal alemán. Parte general*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas del Sur.
- Zafaroni, R. (1987). *Tratado de Derecho Penal. Parte General. Tomo I*. Buenos Aires: Editorial Ediar.
- Zafaroni, R. (2000). *Derecho Penal - Parte General*. Buenos Aires: Editorial Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera.
- Zielinski, D. (1990). *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto del ilícito*. Buenos Aires: Hammurabi.



RESUMEN PROFESIONAL Y ACADÉMICO

SILVIO JOSÉ, CASTELLANOS HERRERA. Licenciado en Ciencias Estadísticas (Universidad Central de Venezuela - UCV), con estudios de Post Grado en Ingeniería de Sistemas (Universidad Simón Bolívar – Venezuela - USB), Abogado (UCV) con Post Grado en Ciencias Penales y Criminológicas (UCV), Doctor (PhD) en Derecho (UCV), Doctorante en el PhD de Ciencias Políticas (UCV). Autor del libro, “El delito imposible – enfoques de punición” y de artículos publicados en diferentes revistas científicas internacionales indexadas. Locutor profesional por la Escuela de Comunicación Social (UCV). Productor y conductor de diferentes programas radiales jurídicos. Se ha desempeñado como Profesor en el área de Estadística, Matemáticas, Sistemas de Información, Ética y Valores, en la UCV, UNEFA (Universidad Nacional Experimental de la Fuerza Armada Venezolana). Es jubilado del Banco Central de Venezuela con más 30 años de experiencia en la Administración Pública. Como Asesor Jurídico ha colaborado con Alcaldías y Gobernaciones en Venezuela en áreas penales y administrativas, además de haber realizado importantes aportes en la Dirección Ejecutiva de la Magistratura en Venezuela, como Abogado Relator de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo. En este recorrido, con su empresa GRUPO INSIPLAN C.A. (www.grupoinsiplan.com), ha dictado, variados talleres y cursos de capacitación en diferentes organismos de la Administración Pública y de la empresa privada, asociados a los ámbitos penales y administrativos. Actualmente se desempeña como Profesor a tiempo completo en la Universidad Católica de Cuenca (Ecuador) en las áreas de Derecho Penal, Derecho Procesal Penal, Oratoria Forense, Lógica y Argumentación Jurídica, Ciencia Penal y Teoría del Delito entre otras materias, en las modalidades, presencial y on-line. Adicionalmente, es docente de la Maestría “Derecho Procesal Penal y Litigación Oral”, en la misma universidad. Año 2021.

Otros títulos de la colección
Ciencias Sociales y Humanidades



Violencia Intrafamiliar. Beneficios de un Proyecto Social
Vanessa Quito Calle, Mónica Tamayo Piedra y Olga Neira Cárdenas

Hitos de la Constitución ecuatoriana
Colectivo de autores

El Perfeccionamiento de los Contratos
Fernando Moreno Morejón

Otros títulos de la colección
Ciencias, Ingenierías y Medio Ambiente



Análisis de Funciones Especiales

Carlos Fernando Méndez Martínez

Topografía aplicada a las Ciencias Agrícolas

Carlos Eloy Balmaseda Espinosa

Bioestadística

Froilán Segundo Méndez Vélez, Milton Bolívar Romo Toledo y
Gabriela Alejandra Ortega Castro

*Desafiando a la Ciudad Letrada. Formas antagonistas
de urbanismo en América Latina*

Antonio di Campli

Otros títulos de la colección
Salud y Bienestar



Correlación entre la Medicina de Laboratorio y las Ciencias Básicas y Clínicas

Julio César Sempértegui Vega, Sandra Patricia Ochoa Zamora,
Poleth Estefania Sempértegui Alvarado y Mateo Esteban Zea Cabrera

Patología Estructural Básica

Yolanda Vanegas Cobeña, Nancy Vanegas Cobeña y Leonardo
Morales Vanegas

Esquizofrenia. El enigma continua

Douglas Calvo de la Paz

Canino retenido: historia, diagnóstico y tratamiento actual

Diego Palacios Vivar, Yonatan Torres Cruz, Vinicio Barzallo Sardi



La tentativa inidónea o delito imposible. Una visión integral
se imprimió en la ciudad de Cuenca, Ecuador, en el mes
de noviembre de 2021, en la Editorial Universitaria
Católica (EDUNICA), con un tiraje de 100 ejemplares.





ISBN: 978-9942-27-110-5



9 789942 271105