

LA ANTIJURIDICIDAD EN LA TENTATIVA

Sergio VELA TREVIÑO

SUMARIO: I. *Cuestiones metodológicas.* II. *Nullum crimen sine conducta.* III. *La función del tipo en las cuestiones de la antijuridicidad.* IV. *Integración de la tentativa punible.* V. *La antijuridicidad en la tentativa.* VI. *Implicación sistemática.*

I. CUESTIONES METODOLÓGICAS

1. En la época actual toda discusión seriamente planteada respecto de la tentativa tiene que realizarse partiendo de bases aceptadas por las diferentes concepciones del delito que no permiten variantes de especial significación. Los estudiosos muestran su conformidad en que el tema de la antijuridicidad adquiere destacada importancia tanto para probar los aciertos doctrinarios del finalismo en este orden, cuanto para acreditar inexactitudes de la postura dogmática tradicional¹ y es por ello que hemos escogido este tema para desarrollarlo en las páginas siguientes para poder alcanzar, en lo posible, una respuesta que nos permita conocer en cierta medida el contenido de antijuridicidad que presenta la tentativa punible.

Para lograr nuestro objetivo con mejores posibilidades es necesario dar por aceptadas ciertas cuestiones que, si bien ahora son poco discutidas, en época anterior fueron motivo de severas polémicas. En primer término, hay que ratificar que para nosotros la tipicidad siempre es indiciaria de antijuridicidad;² por otra parte, que todo tipo ubicado bajo la teoría del bien jurídico implica la existencia de una cierta mate-

¹ Véase: Suárez Montes, Rodrigo Fabio, *Consideraciones críticas en torno a la doctrina de la antijuridicidad en el finalismo*, Madrid, Ediciones Realp, S. A., 1963, pp. 18 y ss. En similar sentido en fecha más reciente se ha expresado Claus Roxin, *Teoría del tipo penal*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1979, pp. 29 y ss.

² Así. Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Derecho penal*, Parte general, Madrid, Civitas, S. A., 1977, p. 261. Hemos seleccionado para ser citado al autor español porque en la nota 24 que calza la página 261, hace referencia crítica al cambio propuesto por Welzel a sus ideas primarias. La función política del tipo es de garantía y la técnica de indicio de antijuridicidad.

ria de prohibición, que nos vincula con la antijuridicidad; y que en la tentativa punible hay un injusto concreto, materia de prohibición, acorde con el concepto del bien jurídico.

Independientemente de las discusiones acerca de la permanencia y validez del concepto del bien jurídico como criterio mesurador en los códigos penales, es evidente que no es concebible aún un sistema penal sin que se considere la idea del bien jurídico. De ello que en todo código en el que exista la figura de la tentativa se tendrá que vincular, en cierta forma, con el bien jurídico.

Además, desde nuestro punto de vista, es necesario considerar que la tentativa existe primeramente como conducta punible, sometida por tanto a principios de validez permanente, como son los correspondientes a la aplicación del *nullum crimen sine conducta*, *nullum crimen sine iniuria* y *nullum crimen sine culpa*. Esto significa que la tentativa, cuando es punible, es simplemente una forma especial de manifestarse la conducta sometida a la consecuencia penalística y regida por esos principios aceptados por los sistemas liberales que reconocen el valor esencial del hombre y sus derechos.

Para los meros efectos de plantear adecuadamente el tema que marca el título de este trabajo, por la relación lógica que hay entre los elementos que integran el delito (según lo aceptamos nosotros), hemos de precisar el alcance que damos a la conducta y a la tipicidad, para efecto de la tentativa punible,³ ya que entendemos que la única forma en que estaremos en aptitud de localizar el contenido de antijuridicidad de la tentativa punible es siguiendo el desarrollo lógicamente impuesto conforme a la teoría del delito.

II. NULLUM CRIMEN SINE CONDUCTA

2. El derecho penal es afecto al manejo de frases que por sí mismas den una explicación clara y precisa de cierto fenómeno al que se reconoce una gran significación: mejor sería, tal vez, decir que es este recurso de los penalistas, siguiendo la idea de A. von Feuerbach, quien logró trascender a su tiempo más por una frase acuñada por él que en propia obra. *Nullum crimen, nulla poena, sine lege*, fue lo que dijo

³ No creamos ni pretendemos hacerlo, una clase diferente de delitos cuando se está ante la tentativa punible; es por cuestiones de especialidad en la presentación del fenómeno que se tiene que hacer la distinción entre el delito perfecto en su esquema conceptual y el imperfecto sin consumación que aparece en la tentativa; pero indudablemente a la tentativa tiene que corresponder todo lo esencial del delito.

el clásico alemán y su frase, ya convertida en brocardo, actualmente es usada por todos los estudiosos de la materia; su contenido se ha arraigado no solamente en la mente del jurista sino hasta del profano y su alcance es motivo no de discusiones en cuanto a su existencia, siempre aceptada, sino en lo que se refiere a las implicaciones políticas y sistemáticas que lo acompañan.

Hacemos la anterior mención porque en lo tocante a la conducta ya se nos presenta una situación parecida, pues se ha vuelto de uso común la frase *nullum crimen sine conducta*, tal como la enuncia Zaffaroni en su obra reciente,⁴ uso que al aceptarse no se discute ni requiere explicaciones especiales. Todos estamos de acuerdo en que el derecho penal, en este aspecto, pretende tan sólo ser regulador del comportamiento humano, dirigiéndolo, o tratando de hacerlo, hacia la obtención de ciertos valores considerados esenciales. Comportamiento humano no es otra cosa que conducta, lo que significa, reduciendo el esquema, que el derecho penal se ocupa siempre y solamente, de conductas.

Lo que es conducta, sin embargo, es una cuestión diferente que a continuación veremos.

3. Tenemos una marcada preferencia a entender la conducta proporcionando la base para la construcción del tipo que contiene, a su vez, la materia de la prohibición. Es esta una idea que nos aparta de las concepciones prejurídicas y metajurídicas y nos somete a los lineamientos jurídicos. Se llega, con esta concepción jurídica, a aceptar que hay conducta para efectos del delito en casos de creación jurídica, como son los de los delitos de comisión por omisión.⁵

Tiene especial importancia precisar la idea que respecto de la conducta se tenga pues de ella dependen serias implicaciones en la sistemática y en la forma de solucionar algunos casos concretos, entre otros los relacionados con la tentativa. Como afirma verazmente Maurach, la conducta constituye la base común en todas las formas de aparición del delito y ello, evidentemente, alcanza a la tentativa punible, que se magnifica en importancia porque es piedra de toque para tres puntos de la

⁴ Así aparece en el párrafo 188 del *Manual de derecho penal*, parte general de E. R. Zaffaroni, Buenos Aires, Ediar, 1977, p. 272. No quiere decirse que él haya creado la frase, sino que lo citamos por ser de las últimas obras al respecto y, especialmente, porque en cuestiones terminológicas compartimos su criterio al preferir "conducta" a "acción", discrepando por ello con autores tan importantes como Bettiol, quien usa la frase *nullum crimen sine actione*, para significar lo mismo.

⁵ Así, Maurach, R., *Tratado de derecho penal*, Barcelona, Ediciones Ariel, 1962, vol. I, p. 177.

teoría del delito: la concepción de la conducta, la valoración del dolo y el contenido de la antijuridicidad.⁶

La conducta sólo puede entenderse jurídicamente; su concepción naturalística y psicológica es ineficaz por sí y en ciertos casos la misma ley hace vinculaciones por medio de juicios jurídicos que tienen el efecto de convertir a determinadas manifestaciones de la voluntad humana en conductas trascendentes penalísticamente, en forma no acorde con lo naturalístico.

Debe interesar para la conceptualización de la conducta, lo mismo aquella que se manifiesta naturalísticamente y se enlaza a un cierto resultado, que aquella otra, de más elaborada construcción que sólo se puede entender como connotación del deber de actuar; pero tratando de encontrar los elementos que proporcionen la total idea de la conducta, es cierto que habremos de llegar a una parte del análisis en el que la voluntad para actuar en una u otra forma diferentes sea lo más importante. Esto quiere decir que si pretendemos dar un concepto válido de conducta que abarque o comprenda la acción y la omisión (ésta con sus variantes) y sea susceptible de recibir los calificativos de dolosa, culposa o preterintencional para graduar la intensidad de la pena en orden a la culpabilidad, antes habremos de reconocer, sin discusión, que sólo hay conducta para los efectos penales cuando el individuo puede hacer uso de su natural y humana facultad selectiva de formas de comportamiento, fórmula probablemente más complicada para referirnos al tema del libre arbitrio. Sólo, en otras palabras, quien puede actuar o dejar de hacerlo, puede ser emisor de conductas. (Quede claro que la buena o mala selección es cuestión de la culpabilidad.)

Partiendo de esta idea esencial, la tentativa no implica variante alguna en el aspecto de que para darse en forma punible requiere de la conducta; sin embargo, no todas las conductas con relevancia penal encuentran acomodo en el terreno propio y exclusivo de la tentativa. Siendo cierto que para la tentativa tiene plena validez el dogma *nullum crimen sine conducta*, hay que aceptar la idea de la limitación impuesta por la especialidad de la figura: no todas las conductas penalmente relevantes son aptas para fundar la tentativa.

Lo anterior, puesto en una fórmula más expresiva, puede enunciarse diciendo que: toda tentativa requiere conducta, pero no toda conducta con significación penal puede fundamentar una tentativa. En esta afirmación queda ratificada la soberanía de la ley para dotar de significa-

⁶ Obra citada, vol. I, p. 182 y vol. II, p. 172.

ción a la conducta o para negarla, según el caso y especialmente en cuestiones relacionadas con la tentativa. Por ejemplo, nada sino la valoración jurídica hace que la conducta necesaria para la existencia de las figuras de atentado al pudor o adulterio carezca de significación en la tentativa; en ambos casos es la ley la que dice que tales delitos sólo se conciben consumados y, por tanto, se excluye la forma imperfecta de la tentativa. No puede ser cuestión del resultado la que haya preocupado al legislador, porque nunca en la tentativa habrá tal resultado entendido en la forma tradicional. Tal vez la postura correcta sea, como ha dicho Palacios, la de aceptar que la contradicción entre consumación y tentativa es más aparente que auténtica. Dice el citado que “es incuestionable, tal como destaca Antolisei que el delito tentado adquiere relevancia sólo en mérito del delito al cual se proyecta la acción venida a menos, desde su nomen adviértese su derivación del tipo”, pero esto no es óbice para sostener con Paoli que “un hombre sin brazos es imperfecto, pero siempre es un hombre”. La contradicción entre tentativa y consumación es más bien aparente, pues en el marco del derecho tanto se consuma el delito tentado como el previsto en la norma principal; se trata de dos momentos diferentes y de dos situaciones que el derecho penal capta para los efectos de la represión.⁷

Fácil resulta introducirse en toda una compleja cuestión de orden más terminológico que substancial; pensamos que nadie niega que en el caso de la tentativa falta precisamente el agotamiento de la figura de que se trate por la inconsumación, pero ello no quiere decir que no haya una conducta, o más ampliamente un delito, susceptible de reproche. Es por ello que sostenemos que toda tentativa es en primer término conducta, pero no toda conducta puede darse en forma de tentativa, porque en esto cuenta importantemente el tipo, como contenedor de la antijuridicidad.

III. LA FUNCIÓN DEL TIPO EN LAS CUESTIONES DE LA ANTIJURIDICIDAD

4. Con un criterio totalmente ajustado a las ideas de Max Ernst Mayer y utilizando una metáfora clarísima, Roxin precisa la postura dominante del tipo en orden a la antijuridicidad. Dice así: “Mayer subraya con mayor precisión que Beling el carácter de más importante fundamento para su conocimiento. El tipo guarda respecto de la antijuridicidad la misma relación que el humo con el fuego; el humo no es

⁷ Véase: Palacios, Ramón, *La tentativa*, México, UNAM, 1951, p. 33.

fuego ni contiene fuego, pero mientras no se pruebe lo contrario indica la existencia de fuego.”⁸

Es evidente que para el desarrollo de este apartado hemos tomado como punto de inicio lo que pudiera (o debiera) ser la conclusión. Lo hacemos así porque la doctrina ha manifestado cada vez más uniformidad en la idea de que el tipo y la antijuridicidad tienen que considerarse unidos cuando se trata de casos concretos, como la tentativa, y en orden al reconocimiento cada vez también menos discutido de dar a la tipicidad valor indiciario de antijuridicidad. Sin embargo, para una mejor comprensión del tema vinculado a la tentativa, es conveniente recordar ciertos aspectos de la evolución del tipo para luego penetrar al aspecto particular que interesa.

A partir del imperio del principio del *nullum crimen sine lege* el tipo empezó a ser considerado como parte integrante de una muy importante función de garantía del hombre frente al Estado; sólo las conductas (delitos) descritas por la ley podían ser base para el aprisionamiento del ser humano. De tal principio de garantía, con contenido fundamentalmente político se pasó, porque era natural que ello ocurriese, al estudio de las figuras y se atribuyó en la primera etapa, una esencia descriptiva a los tipos penales, los cuales eran carentes, según se decía, de contenidos de valor y se reducían a describir, en forma más o menos perfecta, los delitos.

Sin embargo no tardó mucho la doctrina en descubrir que ciertas partes del tipo contenían elementos de valor y muy especialmente aparecían vinculados a la antijuridicidad. Los elementos normativos y los subjetivos de lo injusto, fueron recibiendo su correcta colocación como ingredientes típicos impregnados de valor en especial en orden a la antijuridicidad y lo más trascendente para nuestro tema surge al descubrirse que la tipicidad es indiciaria de antijuridicidad.

La última afirmación tiene su fundamento en el razonamiento siguiente: en el tipo siempre existe la descripción de una conducta hipotéticamente valorada como contraria al derecho; al adecuarse una particular conducta a cualquier tipo surgiendo con ello la adecuación o subsunción, se está concretando la hipótesis del tipo,⁹ por lo que mientras no haya una definición con fuerza excluyente, la conducta, por ser típica, se supone igualmente antijurídica.

La exclusión (mejor sería decir eliminación del indicio) de la antiju-

⁸ Roxin, Claus, *Teoría del tipo penal, Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1979, pp. 60-61.

⁹ Así Zaffaroni, *Teoría del Delito*, Buenos Aires, Ediar, 1973, p. 206.

ridicidad funciona bajo el principio de la excepción-regla, que se puede enunciar como haría Bacigalupo, diciendo que “una conducta típica es antijurídica cuando la realización del tipo no está amparada por una causa de justificación”;¹⁰ así, cuando se dice de cierta conducta que ella es antijurídica, en estricta realidad lo que se está haciendo es confirmar en el caso concreto el indicio aportado por su misma tipicidad. El enunciado se convierte en negativo y por tanto en forma de excepción-regla porque la antijuridicidad no se satisface con indicios sino que requiere certeza y ésta, la tal certeza, solamente aparece al eliminarse la posibilidad de que la tipicidad se haya realizado bajo el amparo del ordenamiento jurídico general.¹¹

Con lo hasta aquí delineado puede llegarse a la precisión de la función que cumple el tipo en orden a la antijuridicidad: conteniendo la descripción de la conducta, lleva consigo la materia de la prohibición, es decir, está impregnada de la valoración que indujo al legislador a crear la figura típica para preservar la paz y armonía sociales. Desde otra perspectiva, tanto o más importante, cumple también el tipo el requerimiento político de respeto al principio *nullum crimen sine lege*.

Cambiando el concepto, pasando de tipo a tipicidad o lo que es igual, de una hipótesis abstracta a una realidad concreta, la tipicidad tiene el importante cometido de darnos el indicio del comportamiento como antijurídico por la mera tipicidad satisfecha. Bajo el amparo de la excepción-regla, entiéndese que toda conducta típica es antijurídica hasta que no se declara excluida de tal antijuridicidad por corresponder a una conducta conforme al derecho.

Lo anterior vale para todos los delitos y por ello tiene que valer para la figura especial de la tentativa punible, pero de esta cuestión nos ocuparemos en el siguiente apartado.

IV. INTEGRACIÓN DE LA TENTATIVA PUNIBLE

5. Ya desde la época de los clásicos preocupaba la composición de la tentativa punible. Apunta Carrara lo necesario que es apreciar los ele-

¹⁰ Bacigalupo, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, Buenos Aires, Astrea, 1974.

¹¹ Tomamos partido por la tesis que acepta como fundamento de la exclusión de la antijuridicidad al ordenamiento jurídico general. Así Bacigalupo, *op. cit.*, p. 72; Zaffaroni, *Teoría del delito*, p. 464 y nosotros mismos en nuestro trabajo *Antijuridicidad y justificación*, pp. 193 y ss.

mentos constitutivos de la tentativa para determinar su definición.¹² En el recomendado análisis de elementos el maestro de Pisa establece que “para la tentativa es indispensable un acto externo de ejecución”¹³ que hace efectivo el principio de impunidad del pensamiento y ya es sabido que para Carrara el acto externo de ejecución, en cierta forma, puede decirse que equivalía a lo que modernamente la dogmática llama conducta.¹⁴

Llámesese en la forma que terminológicamente resulte más aceptable, lo cierto es que nadie pretende desvincular a la tentativa de lo que para nosotros es conducta; la única forma inteligible del fenómeno del delito es por medio del comportamiento humano y el caso de la tentativa es, según nuestra manera de pensar, uno de los medios más adecuados para probar más allá de cualquier duda la verdad de este asunto puesto que no solamente se requiere la conducta para que se dé la tentativa, sino que es indispensable que tal conducta pueda ser reprochable a título doloso. Esto significa que únicamente las formas de comportamiento impregnadas de voluntad delictuosa son punibles en su forma de tentativa y de ello dan cuenta los autores desde que se empieza a analizar la tentativa como forma especial del delito en cuanto a su presentación.¹⁵ En otra forma, aun cuando con idéntico contenido, se expresa Pavón Vasconcelos diciendo que “como una consecuencia lógica del carácter común existente entre el dolo del acto ejecutivo y el del delito consumado, es imposible la configuración de la tentativa de los delitos culpables, los cuales se caracterizan por la ausencia de voluntad de causación del resultado”.¹⁶

Más adelante habremos de ver la importancia sistemática de esta inclusión del dolo (y la ausencia de culpa) en la primera presentación de la tentativa. De momento sólo la apuntamos.

6. La tipicidad es la consagración del *nullum crimen sine lege* para el caso concreto.

En la tentativa la vinculación con una cierta figura típica es imprescindible y ello hace que sea necesaria la adjetivación de toda tentativa: de homicidio, de robo, de fraude, etcétera. Esto ha motivado la tesis

¹² Parágrafo 17 de *Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado de la fuerza física del delito*, Madrid, F. Góngora y Cía. Editores, 1977, p. 13.

¹³ Véase de la obra citada el párrafo 65, p. 48.

¹⁴ Para confirmar, véase párrafos 21, 28, 93, 94 y 95 del *Programa de derecho criminal*.

¹⁵ Así Carrara: “Tentativa de delito por mera culpa resulta un contrasentido jurídico” (*Teoría...* parágrafo 33, p. 22).

¹⁶ *Breve ensayo sobre la tentativa*, México, Editorial Porrúa, S. A., 1964, p. 87.

consistente en que la norma que incrimina la tentativa deba figurar en la parte general de los códigos y funcionar como norma amplificadora de los tipos penales contenidos en la parte especial; sólo así, entendida como norma accesoría en cuanto a su naturaleza y delito secundario en orden a su presentación fáctica se justifica ontológica y teleológicamente la tentativa punible.¹⁷

Para lo que nos ocupa en este numeral y en directa relación con *nullum crimen sine lege*, es necesario que quede precisada nuestra manera de pensar. En todo caso concreto en el que la incriminación verse sobre un delito incompleto, carente de consumación, es menester referir la etapa de la conducta realizada, hasta la aparición de la causa que impide la consumación, a un tipo de delito en particular. Los tipos que conforme a la ley y conforme a la recta interpretación dogmática permiten la figura de la tentativa, se satisfacen para dar cabida al proceso de subsunción que caracteriza la tipicidad, colmando todos sus elementos por medios idóneos para la producción de la consumación, misma que no se alcanza por causas ajenas a la voluntad del autor de la conducta.

Con tal planteamiento, además de satisfacerse el requisito de legalidad, queda ubicada la cuestión en orden a la dogmática, sobre estas bases:

1ª Sólo la ley señala, expresa o tácitamente, los casos de tentativa punible;

2ª La tentativa se tiene que referir a un tipo particular (menos la consumación), de acuerdo con la norma incriminadora de la tentativa punible (en el caso de México, artículo 12 C. P.);

3ª Los elementos integrantes del tipo particular (menos la consumación) tiene que darse en todo caso concreto, porque en otra forma hay violación al *nullum crimen sine lege*;

4ª El proceso de subsunción que caracteriza a la tipicidad tiene que ser perfecto, salvo las evidentes cuestiones vinculadas con la consumación;

5ª La tentativa punible permite la eliminación de todas las conductas que no contengan, de origen, el dolo necesario al penetrar al tipo. Esta es la cuestión de interés sistemático que luego se destacará.

¹⁷ Así, Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano*, t. I, pp. 225-226, de la edición de 1972 de Editorial Porrúa, S. A. En concordancia véase la *Teoría del delito*, de F. Carnelutti, p. 150.

Ahora bien, ¿Cómo funciona la tesis del indicio de antijuricidad que la tipicidad aporta en materia de tentativa?

7. Creemos que sólo tiene fuerza indiciaria la tipicidad de la tentativa respecto de la antijuridicidad si aceptamos que el sistema penal entiende al delito como afectación a un interés jurídicamente protegido por el tipo penal.

La tesis del bien jurídico está directamente relacionada con las ideas de Binding acerca del presupuesto de las normas, al decir que

la prohibición es dictada porque la conducta prohibida, en la medida en que excepcionalmente no se reconozca algún derecho o deber con respecto a su realización, se presenta como inadmisibles para el orden jurídico; el mandato, porque la realización se presenta como indispensable, es decir que su omisión es inadmisibles. Este juicio acerca de la inadmisibilidad jurídica de determinadas acciones u omisiones es el presupuesto conceptual de todo dictado de una norma y, al mismo tiempo, su único motivo.¹⁸

Las normas mandan o prohíben las conductas en función de la inadmisibilidad jurídica de la realización contraria. Con esto, sin embargo, tan sólo se ha logrado un desplazamiento de la cuestión del bien jurídico hacia el motivo de tal inadmisibilidad y la solución no es otra sino la de la existencia necesaria de valorar ciertas acciones u omisiones (conductas) como contrarias a lo jurídico por afectar aquello que la norma pretende conservar incólume por indispensable para el grupo social; este algo es el bien jurídico y de entre los bienes jurídicos existentes, los de mayor importancia los protege el derecho con el mandato o prohibición contenido en el tipo penal, de donde resulta el carácter jurídico del delito y, especialmente, el indicio de ser contra lo jurídico todo atentado típicamente consumado contra unos bienes protegidos penalmente. No hay necesidad de ir más lejos que al límite marcado por la creación del bien jurídico con su ingrediente cultural a la manera de Mayer, porque corremos el riesgo de llegar, como dijo Binding, a un lugar en que “detrás de la prohibición y del mandato, aparece la más espesa de las nieblas ante todo aquel que busque la antijuridicidad”.¹⁹

Cuando Bacigalupo se ocupa de analizar las relaciones que existen entre la norma y el tipo hace, entre otras, esta afirmación:

¹⁸ La cita la hace A. Kaufmann, *Teoría de las normas*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1977, y corresponde a Binding, vol. II, pp. 155-156.

¹⁹ *Normen II*, p. 161, citado por A. Kaufmann.

La relación entre una norma y el mandato o la prohibición, nos permite afirmar que el mandato o la prohibición son sólo la forma instrumental de llevar a cabo una norma. La norma en sí no prescribe sino de una manera muy general qué bienes jurídicos no deben lesionarse. Esta finalidad de la norma no puede ser contradicha por el tipo penal, que, por un lado, cumple una función limitativa y garantizadora frente a la libertad y, por otro, es también instrumento para la realización de la norma.²⁰

Como debe ser evidente, lo que en forma destacada nos interesa es que en toda norma típica hay un bien protegido que, aun cuando pueda estar expresado de manera muy general, se desea preservar de lesión. Ahora bien, es conocida con suficiencia la idea de que al surtirse el tipo se lesiona en principio el bien que la norma pretendía preservar y de ello resulta siempre que toda conducta típica lesiona el bien protegido en los casos concretos: es decir que de la abstracción de la norma con su contenido ideal de preservar el bien jurídico, se pasa a lo concreto del caso particular en el que al darse el fenómeno de adecuación se presenta también la afectación al bien creándose así el indicio del comportamiento antijurídico. En la tentativa hay conducta típica, o sea, hay una adecuación perfecta entre un comportamiento determinado y un tipo particular, excluyéndose solamente el aspecto relativo a la consumación pero no por ello deja de existir el indicio de antijuridicidad.

Lo últimamente afirmado tiene fundamento en una especial valoración del legislador respecto de determinados bienes.

En efecto, sabido es que no todos los tipos permiten la tentativa y tampoco todas las conductas pueden darse en la forma tentada. La idea es que ciertos bienes jurídicos, especialmente valorados por el legislador, requieren de una protección más amplia que los preserve de daño cierto y además de la exposición al peligro, como ocurre en los casos en que se pretende afectarlos con medios idóneos para dañarlos.

Es el caso, por ejemplo, de la vida humana, del patrimonio (en algunas hipótesis) y otros muchos. Como claramente ha expuesto Jiménez Huerta en todos estos casos,

el dispositivo de la tentativa se fundamenta en su creación y se justifica en su existencia por la incontrovertible antijuridicidad objetiva que matiza la conducta encaminada en forma inequívoca a la realización del comportamiento descrito en un tipo penal. Esta antijuridicidad se plasma y manifiesta en la puesta en peligro de bienes jurídicos.

²⁰ *Delitos impropios de omisión*, Buenos Aires, Ediciones Pannedille, 1970, p. 170.

dicos que el Derecho protege. Trátase, pues, de una antijuridicidad objetivada en un peligro para un bien jurídico, creado por una concreta conducta.²¹

Habiendo bien jurídico que el derecho penal esté especialmente interesado en proteger, puede darse la tentativa punible, en otros casos, el propio legislador encuentra dificultades varias para ampliar la tutela del bien al extremo de sancionar la tentativa y dejar impune aquella forma de la conducta que no se consuma, como en la legislación mexicana ocurre tratándose de los atentados al pudor o al adulterio.

Lo dicho implica que la figura de la tentativa punible no quebranta en forma alguna la tesis de la tipicidad funcionando indiciariamente en orden a la antijuridicidad, siempre que se reconozca la validez del bien jurídico como esencial para la creación del tipo. De no ser así, de tener criterios impregnados de positivismo, esta tesis no funcionaría igualmente, porque en tal caso, la tentativa depende de la peligrosidad del autor.

8. La reprochabilidad de la tentativa, adecuada a las características del sujeto autor de la conducta típica se realiza atendiendo a que en toda tentativa hay una inadecuada selección de comportamientos; atendiendo a lo antes expuesto en cuanto a que la tentativa no permite otra manifestación que la dolosa en cuanto al contenido de la voluntad, es evidente que siempre se habrá estado en aptitud de actuar en la forma distinta, no punible por ser adecuada a la norma, por lo cual la indebida selección es reprochable a título doloso cuando la opción se traduce en la ejecución de actos (conductas) encaminados a la comisión del delito.

Esta forma de presentación necesariamente dolosa, se fundamenta en los requerimientos de idoneidad de la conducta para penetrar al tipo y colmarlo (salvo la consumación) y en la dirección final que la conducta debe llevar consigo. Para ser punible, la tentativa debe ir encaminada, guiada sería una forma diferente de decir lo mismo, a la comisión del delito, pero la guía debe llevar directamente al delito el cual no se consuma por la aparición de una causa ajena a la voluntad del sujeto; no agota sus requerimientos la tentativa punible con la dirección final, sino que todavía debe agregarse la idea de la inmediatez que, por su implicación temporal, nos vincula al hecho concreto indisolublemente. En efecto, la tentativa para ser punible, debe haber sido precedida en la

²¹ *Derecho penal mexicano*, t. I, p. 228.

mente del sujeto por la selección del comportamiento con conocimiento de la antijuridicidad porque implica la obtención de los medios adecuados para la consumación típica y la rápida (inmediata) puesta en marcha del proceso causal.

Por ello es que la reprochabilidad de la tentativa para fincar el juicio en orden a la culpabilidad sólo puede ser a título doloso.

9. Finalmente y de acuerdo al esquema adoptado de delito por nuestro derecho positivo, la punibilidad como conminación genérica de sanción, funciona desde que el legislador acepta la figura de la tentativa y se actualiza en forma de pena debidamente individualizada respecto del caso concreto en consideración al grado de penetración en el tipo.

A pesar de que nuestra ley indica que para punir la tentativa “los jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito”, la verdad es que el primero de los dos criterios mensuradores de la pena salía sobrando, porque dentro de las reglas generales para la aplicación de las sanciones de todos los delitos, se dice en el 52, 3º, que “se deberán tomar en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar que demuestren su (del delincuente) mayor temibilidad”; esto significa que la regla especial de la tentativa nada pone o quita, por lo cual sale sobrando. En cambio la intensidad de la lesión al bien jurídicamente protegido sí se toma en cuenta instrumentándose por medio del grado de penetración al tipo, excluyendo, como es natural, la consumación.

V. LA ANTIJURIDICIDAD EN LA TENTATIVA

10. Hasta esta parte de nuestro trabajo se han ido estableciendo los presupuestos lógicos para apoyar nuestra tesis, que ahora vamos a enunciar sintéticamente.

La antijuridicidad de la tentativa como forma especial de aparición del delito se explica en todo sistema penal que reconozca que los tipos penales existen en tanto protegen bienes jurídicos y que es de importancia determinante para una comunidad que tales bienes queden cubiertos aun de esos ataques que sin causar daño cierto y efectivo, lesionan y ofenden el fundamento cultural considerado para la protección del bien por medio de la simple desprotección.

Una idea como la expuesta, evidentemente tiene que estar apoyada en todo un sistema de congruencias. Por ello es que, paulatinamente, hemos ido dando nuestros puntos de vista que son, al mismo tiempo, elementos de apoyo y de formación de criterio.

Reconociendo el valor de la libertad del hombre, estamos convencidos que sólo con respeto al principio *nullum crimen sine lege* puede concebirse legalmente fundada una restricción a esa libertad; pero el principio, a su vez, requiere que la ley, el tipo en este caso, proteja con certeza un bien determinante y especialmente trascendente para la sociedad, porque de otra forma, la ley se torna formalmente válida, pero substancialmente agresiva para el ciudadano. La materia de la protección, el bien jurídico, revestido de la forma típica, se convierte en la conducta típica que de darse, va a afectar el bien valioso.

Como se ha dicho, el derecho penal sólo protege a los bienes más importantes de aquellos ataques más peligrosos y en ello está, en parte, la limitación de la tentativa punible que ya apuntábamos: no todos los bienes protegidos en un tipo pueden permitir la tentativa punible, ni todos los ataques no consumados son punibles en forma de tentativa.

Mientras exista congruencia con un sistema, nuestra idea estará apoyada. Si cambian los presupuestos dados o se manejan esquemas diferentes, no tendrá contenido válido lo expuesto. Dogmáticamente, sentimos que el sistema mexicano permite funcionar un esquema como el propuesto y como consecuencia da validez a la tesis sostenida.

VI. IMPLICACIÓN SISTEMÁTICA

11. En la parte inicial de este trabajo mencionamos que las cuestiones relativas a la antijuridicidad de la tentativa punible se vinculaban, en primer lugar, con ciertas doctrinas del finalismo y en segundo, con inexactitudes de la teoría tradicional.

Ahora que hemos recorrido ya un camino determinado que era indispensable para entender nuestra tesis en el sentido de que la tentativa contiene siempre una conducta final, impregnada de dolo y que solamente así puede entenderse el indicio de antijuridicidad que la tipicidad proporciona conforme a un principio reconocido del derecho penal como protector de bienes jurídicos, creemos conveniente ratificar o, mejor fuera, ampliar, nuestra idea respecto del acierto del finalismo en este orden específico.

Dice Welzel que la finalidad, característica de la acción que matiza toda la construcción de la nueva teoría, "se basa en la capacidad de la voluntad de pensar en determinada escala las consecuencias de la intervención causal, y con ello dirigirla según un plan hacia la obtención del objetivo, la voluntad consciente del objetivo, que dirige el aconteci-

miento causal, es la espina dorsal de la acción finalista".²² En congruencia con esta idea y buscando el concepto de la tentativa acorde con la nueva sistemática el propio Welzel dice que "como lo injusto punible no radica solamente en el acarreo de la lesión de un bien jurídico, sino, precisamente en la índole de la comisión (en el disvalor de la acción), que está descrita plásticamente en el tipo, así empieza el hacer merecedor de una pena en la actividad con la cual comienza el autor para ejecutar inmediatamente la acción adecuada al tipo".²³ De esto resulta el concepto welzeliano de tentativa punible enunciado como la concreción de la realización de un crimen o delito a través de acciones que constituyen un comienzo de ejecución del delito.²⁴

Siguiendo el razonamiento y la exposición del autor, debe aceptarse que existe una indisoluble vinculación entre la conducta que está impregnada de decisión final de penetrar al tipo, el tipo particular y el contenido del propio tipo en orden a la tutela del bien jurídico; esto significa, en otras palabras, que sólo cuando de origen la conducta está matizada por el dolo típico concreto puede ser idónea para efectos de la tentativa punible.

La tesis tradicional, por otra parte, puede plantearse en esta forma: el fundamento de toda pena de la tentativa es la resolución del autor de cometer un delito.²⁵

Independientemente de lo cuestionable que pueda resultar el fundamento dado, puesto que va contra el principio reconocido que se enuncia diciendo que el pensamiento no es punible (*cogitationis poenam nemo patitur*) sino los actos resolutorios en que se manifiesta exteriormente no hay una base cierta de precisión acerca del contenido de la conducta en lo que a la voluntad criminoso se refiere y menos aún el criterio mensurador que brinda el bien jurídico que se afecta.

Así viene a darse el caso de que una idea de la conducta sin contenido de dolo no es suficiente para la integración de la tentativa punible por su estrecha vinculación con el tipo y su contenido en orden a la tutela de los bienes jurídicos. Esto nos lo da el sistema de la acción finalista y no así la tradicional y ortodoxa tesis causalista. No pretendemos retomar o reabrir cuestiones que cada vez se discuten menos. Tan sólo nos interesa precisar que para la tentativa punible es prefe-

²² *Derecho penal*, parte general, Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1956, p. 40.

²³ Obra citada, p. 191.

²⁴ Véase la misma obra, p. 193.

²⁵ Así Mezger, E., *Tratado de derecho penal*, Madrid, Editorial de Revista de Derecho Privado, 1949, t. II, p. 219.

rible aceptar una idea más amplia de la conducta, sin que esto implique la exclusión total de causalidad.²⁶

Por tanto concluimos con la ratificación de que la tesis preferible es la que reconozca que la manifestación de la conducta debe ser con conocimiento de la antijuricidad contenida en el tipo.

²⁶ Es evidente que como siempre lo ha sostenido el finalismo, la causalidad no tiene por qué desestimarse, y menos en la tentativa, que requiere que los actos realizados vayan directa e inmediatamente encaminados a la realización del delito o, lo que es igual, con vinculación causal, que se rompe por una causa o factor extraño que impide la consumación.