

TEORIA DEL DELITO Y TENTATIVA

Por: Dr. Alfonso Zambrano Pasquel

Sumario.-

Notas preliminares.- **Etapas de realización del delito doloso:** ideación. Preparación. Ejecución. **Consumación.- Las resoluciones manifestadas:** proposición y conspiración.- **La Tentativa: concepto.- Fundamento de su punibilidad:** Teoría objetiva. **Teoría subjetiva.- Elementos del tipo de la tentativa.- Tipo subjetivo.- Tipo objetivo.- Conclusión.**

.,.*,*.*****.,*.*

Notas preliminares.- Desde hace algunos años hemos expresado nuestra adherencia a la concepción o *teoría finalista de la acción* no en el esquema ortodoxo welzeliano, siguiendo al prof. Hans WELZEL sino en el esquema del prof. Reinhart MAURACH que fué expuesto en forma ordenada y sistemática por el prof. Jorge ZAVALA BAQUERIZO. En esta misma línea se ubica el prof. Luis COUSIÑO MAC IVER. (1)

Si nos resulta extraño que al cabo de tres décadas en nuestro país se retome la definición de MAURACH y se fracture la *teoría del delito* para aceptar que el *delito es acto típico y antijurídico* y se afirme en un grueso error que el dolo y la culpa deben seguir siendo estudiados en los predios de la culpabilidad. Para los causalistas resultaría esta definición poco menos que ilógica pues tendrían que admitir contra el realismo jurídico que es posible un fenómeno criminal o delito sin dolo o sin culpa, que el delito sería un mero acto de responsabilidad objetiva

• El autor tiene un estudio de mayor volumen sobre el *iter criminis* preparado para la Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana, de la Corporación Editora Nacional de Quito.

1) Cf. Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, *Manual de Derecho Penal*, edit. Graba, Guayaquil, 1984. Hans WELZEL, *Derecho Penal. Parte General*, Depalma, Buenos Aires, 1956. Reinhart MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, Ariel, Barcelona, 1962. Jorge ZAVALA BAQUERIZO, en *Revista de la Universidad de Guayaquil*, 1968. Luis COUSIÑO MAC IVER, *Derecho Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, 1975.

vaciado de cualquier contenido de voluntariedad con intención o con imprudencia.

Una contradictoria posición como ésta nos llevaría a tener que admitir que cuando hay ausencia de conducta (aspectos negativos del acto) podría válidamente afirmarse que hay delito, pues si se elimina la voluntariedad del acto se llegarían a confundir las manifestaciones de la naturaleza que carecen de racionalidad, la fuerza física irresistible y otras expresiones de involuntariedad (crisis epilépticas, sueño filológico, hipnotismo, etc.) en las que no hay acto porque hay ausencia de conducta, con aquellos actos que son relevantes para el derecho penal. Esto es más grave que entronizar un *derecho penal de autor* por un *derecho penal de acto*, o seguir manteniendo el discurso de la peligrosidad y no el de la culpabilidad.

El prof. Jorge ZAVALA BAQUERIZO en la presentación de una obra de reciente edición pone en evidencia las inevitables incongruencias de una posición como la comentada, recordando "si el acto es una manifestación de voluntad –lo que no han podido negar los más intransigentes causalistas– es evidente que dentro del acto está encerrada la voluntad, la que, a su vez, contiene los móviles, los motivos y las representaciones que fueron los presupuestos que, en la deliberación interna, provocaron la resolución de actuar en tal o cual manera". (2)

Hasta ahora no se ha podido encontrar una alternativa para el principio de culpabilidad, con cuya ayuda se pudiese determinar de mejor manera, los presupuestos de las facultades de intervención estatal en un Estado de Derecho. El respeto al principio de culpabilidad nos llevó a aceptar la conveniencia de la eliminación de la *reincidencia como circunstancia de agravación de la penalidad* en el anteproyecto de nuevo Código Penal para el Ecuador.

Con acierto y profundidad Claus ROXIN sostiene que "más bien el comportamiento desviado tendría que ser visto como parte integrante del sistema social e imputado a éste, entonces ello tendría que llevar a la abolición de toda sanción respecto de las contravenciones al derecho. Pero esto sería una exigencia irreal, porque no es compatible con las

2) Jorge ZAVALA BAQUERIZO en prólogo de *Derecho Penal Básico* de Edmundo Rene BODERO, Disgraf, Quito, 1992.

condiciones de existencia de la sociedad" ⁽³⁾. Rescatamos la importancia que para la determinación del grado de la reprochabilidad tiene hoy *el* principio de la culpabilidad que en el anteproyecto de Código Penal ecuatoriano está previsto en el art. 64, núm. 4, que permite una efectiva graduación del reproche por las circunstancias que concurrieron *en el* delito, correspondiéndole al juez considerar las carencias económicas, sociales y culturales del procesado, en quien pudiesen haber influido.

4.- "Artículo 64: Dentro de los límites de la escala penal del delito de que se trate... el juez fijará una penalidad que no exceda *de la* medida de culpabilidad que por el delito pueda formularse al procesado.

Para ello tendrá en cuenta las circunstancias de los artículos 19 y 21.... y, además, los siguientes criterios en la medida en que no las configuren:

... 4. Las circunstancias que concurrieron en el delito y, especialmente, las económicas, sociales y culturales del procesado. El particular, el juez deberá considerar las carencias de cualquiera de estos órdenes que padezca y que hayan influido en su obrar".

Parece más coherente y constructivo trabajar en el concepto mismo de culpabilidad y configurarlo de manera que quede liberado de elementos irracionales, de forma que se convierta en un baluarte comprobable empíricamente de restricciones a las intervenciones jurídico estatales como expresa el profesor últimamente citado.

Las confusiones que una inadecuada comprensión de la teoría del delito produce en algún autor permite explicar definiciones con un grave contrasentido como el comentado por el propio prologuista *supra* y que se diga de manera contradictoria confundiendo al acto con el tipo, "el acto, piedra angular sobre la que se erige el delito, se descompone en acción u omisión, nexo causal (material y síquico) y resultado" ⁽⁴⁾. Con esto no sólo que se desconoce que la conducta es un hacer voluntario final, que tiene un aspecto interno que es la proposición del fin y selección de los medios para conseguirlo, y un aspecto externo que es la puesta en marcha

3) Claus ROXIN, *Política Criminal y Estructura del Delito*, Promociones y Publicaciones Universitarias, S. A., Barcelona, 1992, p. 142-143.

4) Rene BODERO, *Derecho Penal Básico*, op. cit, p. 26.

de la causalidad, sino que se ignora que la *conducta* es sinónimo de *acción* y de *acto* y que sin el tipo no se pueden distinguir las omisiones del no hacer.

Es de mas fácil entendimiento y para diferenciar el acto del tipo, reconocer que en la tipicidad legal dolosa en el aspecto objetivo (tipo objetivo) podemos encontrar referencias: de tiempo, de lugar, de modo, de ocasión, de medios. Elementos descriptivos que son los que predominan y no requieren de valoración alguna. Elementos normativos que pueden tener una connotación jurídica o ético social. Resultado o mutación física. Nexo de causalidad. Sujeto activo. Sujeto pasivo. Que en el aspecto subjetivo (tipo subjetivo) estudiamos al dolo que se produce cuando se quiere la realización del tipo objetivo orientado por el conocimiento. El dolo en el *aspecto cognoscitivo* requiere el conocimiento efectivo y en cierta medida actual de los elementos descriptivos, de los normativos, de la previsión de la causalidad y de la previsión del resultado. En el *aspecto conativo* el dolo puede ser directo (de primer o segundo grado o de consecuencias necesarias) o eventual en el que el sujeto se representa la *posibilidad* del resultado concomitante y la incluye dentro de la voluntad realizadora de la conducta que ha elegido libremente. (5)

Junto al dolo ubicamos los elementos subjetivos del tipo que son diferentes al dolo y que hacen referencia a las particulares finalidades que puede perseguir el agente y que permiten diferenciar figuras que tienen los mismos elementos en el tipo objetivo, como en el caso de la privación de la libertad, el rapto y el plagio.

Si fuese cierto que por un acto de *magia jurídica* se pudiese estudiar al delito como acto típico y antijurídico (injusto penal) y al dolo y a la culpa como estadios de la culpabilidad, la falta de claridad y la propia contradicción nos llevaría a sostener que habría delito sin dolo o sin culpa. PERO nos podemos encontrar con otras situaciones ilógicas tanto o más graves pues si con poco esfuerzo comprendemos que la culpabilidad

5) Para una mejor 'comprensión se puede revisar: Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, en *Manual de Derecho Penal*, op. cit, pp. 67-84, pp. 119-143. Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 4^a Ediar, Buenos Aires, 1985, pp. 371-426.

es igual a juicio de reproche ⁽⁶⁾, que la *reprochabilidad* es comensurable y que el menor o mayor reproche determina la mayor o menor culpabilidad y consecuentemente la mayor o menor penalidad, con una tesis como la propuesta se podría llegar a insinuar que se puede actuar con más o menos dolo y con más o menos culpa.

Bien vale decir que se actúa con o sin dolo y con o sin culpa, pero con menos o mas dolo y con menos o mas culpa para graduar el reproche de culpabilidad, como sugiere la confusa tésis comentada, importa realmente una grave falta de *sindéresis* y un irreparable respeto a la lógica. Para los finalistas la ausencia del dolo y de la culpa de los predios de la culpabilidad no ha significado un vaciamiento de la *teoría normativa* de la culpabilidad, pues en ésta tenemos como criterios legales de reproche del injusto a su autor, la posibilidad de comprensión de la anti-juricidad y un cierto ámbito de determinación del sujeto. (7)

Para una adecuada comprensión de lo que es el aspecto negativo de la exigibilidad de la conducta, coincidimos en afirmar que la inexigibilidad no es una causa de inculpabilidad, sino la esencia de todas las causas de inculpabilidad. Como dice el prof. ZAFFARONI, "Siempre que no hay culpabilidad ello obedece a que no hay exigibilidad, cualquiera sea la causa que la excluya". (8)

Etapas de realización del delito doloso: ideación. Preparación. Ejecución. Consumación.- La acción dolosa es punible no solamente cuando se dan los elementos que comportan el tipo objetivo y subjetivo, esto es cuando se produce la consumación –siempre que el autor sea

6) Rene BODERO, op. cit. pp. 238-239. Posteriormente llega a decir "La no exigibilidad de otra conducta, para nos, es una especie de eximente abierta, en la que caben causas de justificación, de inculpabilidad y excusas absolutorias, no consagradas en el texto legal...", ibidem, p. 247. Esto pone al descubierto que la confusión debe estar motivada en que aún se tienen borrosos los límites entre el juicio de disvalor del acto y el juicio de disvalor del autor que es propio de la culpabilidad.

7) cf. Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal*, op. cit, p. 516, "para reprocharle una conducta a su autor (es decir para que haya culpabilidad) se requiere que este haya tenido la posibilidad exigible de comprender la anti-juricidad de su conducta y que haya actuado dentro de un cierto ámbito de autodeterminación más o menos amplio, es decir, que no haya estado en una pura opción... la culpabilidad es un concepto graduable, es decir que admite grados de reprochabilidad..."

8) Eugenio Raúl ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal*, op. cit, p. 517.

reprochable o culpable- sino que en determinadas circunstancias aún faltando algún elemento requerido por el tipo objetivo es punible el acto que calificamos como *tentativa*.

Como expresa Enrique BACIGALUPO es necesario delimitar el comienzo de la punibilidad pues "dado que un hecho punible tiene distintas etapas de realización, es preciso delimitar en que momentos el autor ingresa en el límite de lo punible, y cuando se ha alcanzado la etapa que permite llegar al máximo de punibilidad prevista". (9)

Por respecto al principio *de seguridad jurídica* se demanda que la etapa anterior a la realización plena del delito haya alcanzado cierto grado de desarrollo para que pueda ser reputada como típica. El delito se inicia como una idea que se encuentra en la mente del autor cuyo proceso empieza con ella (con la idea) para ir pasando por estadios sucesivos, la decisión, la preparación, la ejecución, la consumación y el agotamiento cuando éste forma parte del ejercicio de la actividad final del autor.

Todo este largo proceso es lo que denominamos *iter criminis*; como decía el prof. Luis JIMENEZ DE ASUA el *iter criminis* supone la investigación de las fases por las que pasa el delito desde la ideación hasta el agotamiento, y tiene dos fases fundamentales: interna y externa. "La fase interna sólo existe mientras el delito encerrado en la mente del autor, no se manifestó exteriormente. La externa ya se manifiesta. Sale a la luz por actos, incluso de preparación" (10). Aunque se diga que no hay más que estas dos fases se puede admitir entre ambas una fase intermedia que es la de *la resolución manifestada* en la que aún no existe una auténtica fase externa pero si expresiones de resolución como la *proposición, la conspiración, etc.*

En la etapa de *ideación* que se desarrolla en el fuero interno -en la mente del sujeto- éste elabora un plan para llegar a la comisión del delito, se propone los fines a los que se dirigirá su acción y escoge los medios que considera idóneos para conseguir los fines. En esta *fase interna*

9) Enrique BACIGALUPO, *Manual de Derecho Penal*, Temis, Bogotá, 1984, p. 163.

10) Luis JIMENEZ DE ASUA. *Tratado de Derecho Penal*, Tomo VII, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires, 1970, p. 225.

puede haber la tentación de delinquir y el sujeto puede aceptarla o no; puede retornar la idea y producirse un proceso de *deliberación* interna que como resultado lleve al sujeto a rechazar la idea o a aceptarla, y hasta podría darse la opción que le proponga a otro que lo haga, que lo induzca, etc.

Pero desde que momento el *iter* *críminis* ingresa en los predios de la punibilidad? Un antiguo aforismo que proscribe la penalización de las ideas o del pensamiento, *cogitationis poenam nemo patitur*, nos da la respuesta al expresar que el pensamiento no puede soportar ninguna pena. Agregamos que de no ser así, estaríamos en el campo del pecado y no del delito y que no habría diferencia ontológica entre los mismos. Este aforismo fué proclamado como principio legislativo en el *Digesto* expresando don Luis JIMENEZ DE ASUA que "mientras el proceso del *iter* *críminis* se mantiene en lo íntimo del agente, no puede decirse que ha comenzado el acto punible. *Las ideas no delinquen*. Hermosa afirmación que ha costado tanto mártires —como Barni proclama— y que, por todos los medios se trata hoy de burlar" (11).

Terreno de difícil delimitación es el del momento de la penalización en el *iter* *críminis* pues esto está sujeto a la normativa contemplada en un código penal y a la forma como se puede utilizar perversamente el sistema penal como refinado instrumento de control social v dominación política.

En la fase de *preparación* el autor dispone de los medios escogidos con el objeto de crear las condiciones que le permitan la obtención del fin o fines.

En la fase de *ejecución* se produce la utilización concreta de los medios que se han elegido para la realización del plan. Resulta difícil poder delimitar la preparación de la ejecución. La distinción "sólo tiene sentido a partir del límite trazado por el legislador entre lo punible y lo no punible, es decir en relación a los tipos penales individuales de la ley penal" ⁽¹²⁾. La fase de *ejecución* es comprensiva tanto del acto incompleto del autor, como de la total realización del mismo según el plan trazado para llegar a la consumación, vale decir que aquí consideramos tanto la *tentativa inacabada o tentativa* y el delito frustrado o fallido.

11) Luis JIMENEZ DE ASUA, op. cit, p. 229.

12) Enrique BACIGALUPO, op.cit, p. 164.

La consumación es la obtención del fin propuesto y planeado mediante la utilización de los medios escogidos con tal finalidad. Para efectos de la punibilidad sólo interesan las etapas de ejecución y de consumación. De *lege ferenda* la ideación y la preparación no tienen relevancia penal, y algunos códigos como el argentino adoptan la fórmula del *principio de ejecución* (art. 42). Esta fórmula legal amplía la tipicidad hasta abarcar actos que contemplan un principio de ejecución del delito; ha sido tomada del código penal francés y "deja fuera del ámbito de la tentativa los *actos preparatorios* previos a la ejecución del hecho. Sólo por excepción se tipifican en la parte especial algunos actos preparatorios, como la asociación para delinquir o la conspiración para cometer traición".⁽¹³⁾

El prof. Hans-Heinrich JESCHECK admite en principio que los actos preparatorios permanecen por lo general impunes porque están demasiado alejados de la consumación como para conmover seriamente el sentimiento jurídico de la comunidad y que además en aquellos no sería claramente demostrable la existencia, del dolo, agregando que "sólo por *especiales razones de política criminal* considera el legislador conveniente castigar excepcionalmente los actos preparatorios" (14).

En casos como los de la imitación o falsificación de matrices, clisés, planchas o cualesquiera otros objetos que sirvan para la fabricación de timbres, acciones, obligaciones, cupones y billetes de banco (art. 330 del CP ecuatoriano) no se trata en verdad de actos preparatorios sino de verdaderos actos de ejecución en los que el legislador ha desplazado la protección del bien jurídico —en este caso la fé pública— hasta esas acciones; puede admitirse que se trata de verdaderos *delitos autónomos* como ocurre cuando se trata de los *delitos contra la salud* en que se sanciona por ejemplo la venta de sustancias que pueden alterar la salud o causar la muerte o que se vendan sabiendo que debían servir para falsificar sustancias o artículos alimenticios (art. 429 CP ecuatoriano).

Las resoluciones manifestadas : proposición y conspira-

-
- 13) Eugenio Raúl ZAFFARONI, op. cit, p. 601. Enrique BACIGALUPO se aparta de esta posición afirmando que "preparación y ejecución son conceptos relativos que dependen del punto en que fije el legislador el comienzo de la protección penal del bien jurídico", op. cit, p. 164.
- 14) Hans-Heinrich JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, volumen segundo, Bosch, Barcelona, 1981, p. 712.

ción.- Nos parece razonable la propuesta de considerarlos como tipos penales de *delitos autónomos* pues le corresponde al legislador fijar el límite de merecimiento de la protección penal del bien jurídico.

Cuando la legislación positiva de un país no consigne la *proposición y la conspiración* como tipos penales con autonomía en la parte especial, deberán ser consideradas como actos **preparatorios**; en el evento contrario dejarán de serlo, vale decir que tendrán plena autonomía. La *proposición y la conspiración* que son **las** formas comúnmente aceptadas de resolución manifestada, tienden a un delito determinado (se dice que entre otras podrían ser la *provocación, instigación, excitación*) "y además se diferencian de los actos preparatorios en que estos son actos **externos y materiales**, mientras que la proposición y la conspiración no son actos materiales, sino verbales meramente" ⁽¹⁵⁾. Si al acto de proponer o conspirar se agrega la toma de armas, requisita de vehículos, etc., nos encontraríamos con un verdadero concurso real de delitos.

En la manifestación de voluntad hay una exteriorización mediante un acto que no debe ser necesariamente un acto jurídico, que no es constitutivo de acto preparatorio y menos de tentativa, faltando la infracción de la objetividad jurídica. Excepcionalmente **esas** resoluciones manifestadas son penalizadas y eso depende de lo que debe entenderse como el *buen uso* de las invocadas razones de *política criminal* que permiten incluso legitimar actos de abuso del poder político bajo el argumento de la *peligrosidad social de ciertas* exteriorizaciones. Como bien dice el prof. JIMENEZ DE ASUA "la penalización de la proposición y conspiración es el barómetro- que indica el grado de liberalismo o reacción que goza o sufre el país en que se contienen esas disposiciones". ⁽¹⁶⁾

Esperando que quede en claro que el *iter críminis* comprende todo el proceso desde la ideación hasta el agotamiento ⁽¹⁷⁾ hemos dis-

15) Luis JIMENEZ DE ASUA, op. cit, p. 263, para quien además la proposición y la conspiración, por otro lado, se diferencian de la tentativa en que, a semejanza de los actos preparatorios, no entran en el núcleo del tipo (empezar a robar, empezar a matar, etc.).

16) Luis JIMENEZ DE ASUA, op. cit, p. 268.

17) Francisco PAVON VASCONCELOS, *La tentativa*, Editorial Porrúa, S.A., Mexico D.F., 1974, p. 9.

tinguido dos etapas la *interna y la externa*, la primera es la de planificación e intención de delinquir sin exterioridad, esto es simple ideación con la característica de que sus actos no son punibles de acuerdo con el principio *cogitationis poenam nemo partitur*, lo que lleva a decir a Enrique CURY URZUA que "toda esta etapa complicada y a veces cronológicamente extensa es irrelevante para el ordenamiento jurídico sino se exterioriza de cierta manera y en determinada medida". (18)

En la fase de *deliberación* se produce una lucha interna entre la idea y la repulsa moral al delito pudiendo el sujeto rechazar la idea criminal o puede acontecer que los mecanismos de inhibición no sean suficientes y se decida en su intimidad –subjetividad– a delinquir (19). En la *fase intermedia* situamos la resolución manifestada en que se exterioriza la idea criminal mediante la palabra (20) lo que produce excepcionalmente conductas delictivas.

En el código penal ecuatoriano determinadas resoluciones manifestadas son constitutivas de delito probablemente por el *peligro* que se le atribuya a ciertas resoluciones como la *proposición*, la *conspiración*, la *amenaza y la instigación*, así como la *apología del delito*.

La proposición es la invitación que formula quien se resolvió a delinquir que busca cooperadores en su empresa criminal y la *conspiración* es el acuerdo o concierto para ejecutar un delito, que "solo serán reprimidas en los casos en que la Ley determina" (art. 17 CP ecuatoriano). El desistimiento voluntario de la ejecución opera como excusa absolutoria si éste tiene lugar antes de que se promueva el ejercicio de la acción penal. Estos tipos penales están ubicados en el Título de los delitos que ponen en peligro la seguridad del Estado a partir del art. 115.

En el Título de los delitos contra la seguridad pública se penaliza la asociación o reunión formada con la finalidad de atentar contra las per-

18) Enrique CURY URZUA, *Tentativa y delito frustrado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1977, p. 9.

19) Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, op. cit, p. 146.

20) Francisco PAVON VASCONCELOS, op. cit, p. 11.

sonas o las propiedades, existiendo delito por la sola conformación de la asociación independiente de la producción de un resultado materialmente apreciable (art. 369). Creemos que este tipo de delitos de un suigéneris *perigo presunto* o *abstracto* debe desaparecer de la parte especial. Otro tanto ocurre con el delito de *intimidación* (art. 377 y siguientes) en que se pena la sola amenaza verbal o escrita, anónima o firmada por el riesgo en que se encuentra la persona amenazada.

La *apología del delito* (art. 387) esto es la pública exaltación de las bonanzas del delito, de sus beneficios, se pena por el peligro del contagio criminal que puede producir en quien la recibe. La *instigación* o sea la pública incitación a cometer un delito (art. 386) contra una determinada persona o institución es penalizada por el peligro que conlleva para la seguridad de las personas o instituciones indiferente de la aceptación por parte de los instigados. Debe reconocerse la autonomía típica de la intimidación o amenaza, la provocación o apología de un delito y la instigación para delinquir.

En la provocación a duelo (art. 481) hay una verdadera resolución manifestada pues el sujeto planifica previamente y luego resuelve exteriorizar su decisión interna de batirse a duelo mediante expresiones verbales o escritas. Aquí se invoca como argumento legitimador de la penalización la necesidad de mantener la pública tranquilidad y proteger el bien jurídico vida, de cualquier riesgo.

La tentativa: concepto.- De la tentativa se dice que es dispositivo amplificador del tipo penal⁽²¹⁾, forma ampliada o ampliatoria de la adecuación⁽²²⁾. Y es que el *problema* no se centra únicamente en encontrar el límite preciso para separar los actos preparatorios de aquellos que comportan un principio de ejecución sino que se llega a considerar a la tentativa como un delito con contenido propio de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, "porque su estructura es semejante a la de todo hecho punible"⁽²³⁾. No hay un delito autónomo que permita penalizar el intento o *conato* de conductas ilícitas en general sinó la sanción para la tentativa de un delito determinado en la parte especial del código penal.

21) Alfonso REYES, *Derecho Penal*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1981, p. 169.

22) Sebastián SOLER, *Derecho Penal Argentino*, Tomo II, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1970, p. 203 y ss.

23) Enrique CURY URZUA, op. cit., p.12.

Autores como el maestro Francesco CARRARA la han considerado como un *delito imperfecto*, por nuestra parte la Considerábamos como un delito subordinado o en relación con un delito consumado, ya que el estudio de la tentativa de una conducta se realiza en referencia a un tipo penal de la parte especial que no llega a su completa realización por una actividad ajena a la intención del agente. Esto es que acerca de su *naturaleza* hay quienes aprecian a la tentativa como *delito incompleto* y como tipo *independiente*. En la primera posición no se dan todos los caracteres del tipo porque la conducta se detiene en la etapa de ejecución que no llega a concretarse plenamente produciéndose un resultado cortado. Con la segunda posición se pretende que la tentativa sea admitida como un tipo independiente como cualquier otro, esto nos llevaría a tener que ubicar a la tentativa en la parte especial y a tipificar la tentativa para cada uno de los delitos susceptibles de la misma.

En nuestro sistema —codificación de 1971— cuando estudiamos la *tentativa* debemos proporcionar criterios para expandir el ámbito de la penalidad a aquellos *actos idóneos* sin que tengamos elementos prefijados para su determinación. Aquí será de vital importancia tratar sobre el efecto del desistimiento de los actos ejecutivos idóneos para producir el delito consumado, así como la situación excepcional de considerar como delito consumado tipos penales de resultado cortado en que la protección de determinados bienes jurídicos reputa al principio de ejecución como delito autónomo, siendo ese el tratamiento que se le da en el Ecuador al *atentado contra el pudor*, expresando nuestro código penal "el atentado existe desde que hay principio de ejecución" (art. 508), lo que nos ha permitido decir que no existe en nuestra legislación *tentativa de atentado contra el pudor*. (24)

La tentativa tiene que ser estudiada como dispositivo que complementa el tipo penal o tipos penales contemplados en la parte especial del código penal, pero que por razones de técnica legislativa se la ubica en la parte general del código con fines de economía, apareciendo subordinada así al tipo de la parte especial pues se completa el contenido mediante un reenvío a ella ⁽²⁵⁾. Nuestro código vigente tiene una fórmula comprensiva de la tentativa o *conato* y del delito frustrado o *fallido* expresado en su art. 16. "Quien practica actos idóneos conducentes de modo

24) Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, op. cit, p. 144.

25) Enrique CURY URZUA, op. cit, p. 27.

inequívoco a la realización de un delito, responde por tentativa si la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica".

Desde el ámbito de la penalidad su sanción es igual aunque sabemos que con propiedad el *delito tentado* tiene lugar cuando el sujeto no finaliza la actividad delictiva, como en el caso de que fuese descubierto e impedido de ejecutar el disparo mortal, en tanto que habrá *frustración* cuando finaliza su actividad delictiva pero el resultado querido o buscado no se produce, como cuando el agente llega a disparar y no consigue el resultado muerte sino uno menor como sería el de lesiones, esto es que la no producción del resultado no depende de la intención del agente. (26)

No nos queda duda de que la tentativa es un *delito imperfecto o incompleto* porque no se cumple el tipo penal objetivo aunque el tipo penal subjetivo si se cumple totalmente. Vale decir que estructuralmente la tentativa comporta el ejercicio de una actividad final y un resultado incompleto, que la conducta además de típicamente imperfecta es anti-jurídica y que al autor se le puede formular un reproche disminuído de culpabilidad con la consiguiente imposición de una pena menor que la que le correspondería por delito perfecto o completo.

El prof. BETTIOL ⁽²⁷⁾ afirma que la tentativa entraña un peligro de lesión y no una efectiva lesión de un bien jurídico. Nosotros creemos que hay una efectiva lesión al bien jurídico y no solamente el peligro de lesión cuando se consigue el resultado menor que el propuesto por el agente. El prof. PAVON VASCONCELOS ⁽²⁸⁾ propugna una postura conciliadora pronunciándose porque en su estructura se considere a la tentativa como tipo penal autónomo, pero vinculada con el delito consumado al que siempre habrá que relacionarla y sin cuya relación pierde vigencia, por lo que será un tipo penal imperfecto y subordinado.

Para MAGGIORE no debemos confundirla con una circunstancia o accidente del delito, aunque no llega a considerarla como un delito *sui generis aparte* porque le otorga una autonomía limitada, concluyendo que "es una forma degradada del delito, y por esto se lo castiga con menos

26) Guiseppe BETTIOL, *Derecho Penal*, parte general, editorial Temis, Bogotá, 1965, p. 480.

27) Guiseppe BETTIOL, op. cit, p. 480.

28) Francisco PAVON VASCONCELOS, op. cit, p. 29.

gravedad que el delito perfecto" (29). En el marco normativo los códigos adoptan fórmulas para comprender la *tentativa* y el *delito frustrado* o *fallido* como acontece con nuestro código en vigencia aunque el Anteproyecto se aparta de la redacción del código vigente (30) para expresar, "Hay tentativa cuando el agente realiza parte de los actos de ejecución que deberían producir el delito (tentativa) o todos ellos (delito frustrado) y sin embargo, éste no se produce por causas independientes de su voluntad". Con lo cual reemplazamos la fórmula de la *idoneidad de los medios* por la del *principio de ejecución*, aunque expresamos que solamente los actos idóneos serán capaces de producir el resultado, sobre esto se ha dicho que cuando se trata de la tentativa los medios serán siempre no idóneos pues de ser tales el delito habría llegado a la consumación.

Fundamento de su punibilidad.- Las diferentes posiciones que se asuman son en más de una ocasión abiertamente inconciliables porque son contradictorias.

Se ha pretendido encontrar fundamento para su incriminación en el peligro que corre la víctima de un delito tentado y los delitos imperfectos son políticamente imputables porque al paso que surge en ellos el daño mediato, las funciones del daño inmediato que le faltan, las desempeña el peligro corrido por la sociedad o por el ciudadano atacado (31). Otros reafirman el peligro como fundamento de la incriminación siempre que se trate de una situación de peligro apreciable objetivamente. La objetividad la proporciona la lesión potencial de un bien jurídico y su estructura los actos idóneos para producir el resultado y sanción propia que es más leve que la de la consumación". (32)

Luigi SCARANO se muestra contrario al peligro y a la alarma social para la fundamentación de la tentativa porque "en la tentativa no se tiene un peligro de violación, sino una violación verdadera, contenida en una norma específica incriminadora" y la alarma social "puede ser el

29) Guiseppe MAGGIORE, *Derecho Penal*, tomo II, editorial Temis, Bogotá, 1972, p. 67.

30) Fuimos designados miembros de la pequeña Comisión Redactora del anteproyecto, con los profesores: Ernesto Albán Gómez, Arturo Donoso Castellón, Efraín Torres Chaves y Milton Román Abarca.

31) Francesco CARRARA, *Programa de Derecho Criminal*, tomo I, editorial Temis, Bogotá, 1956, p. 240.

32) Guiseppe BETTIOL, op. cit, p. 479.

índice de importancia penal de un acto, pero no constituir la razón de la incriminación de la tentativa" ⁽³³⁾. No se sanciona el peligro en la tentativa porque no es un tipo de peligro sino la violación imperfecta de la norma penal, aceptando que es una forma degradada de un delito perfecto al que le falta la consumación. El criterio de la a veces inentendible alarma *social* puede ser fundamento para la incriminación en general de todos los delitos que pueden producir alarma en mayor o menor cuantía. Por otra parte en los delitos culposos y en las contravenciones puede darse la alarma *social* sin que tales comportamientos sean susceptibles de tentativa.

Para más de un autor como MANZINI ⁽³⁴⁾ se justifica la punibilidad de la tentativa porque hay "una violación verdadera y propia del precepto contenido en la norma". En el delito consumado se adecúa la conducta a la ley en su totalidad o integridad y en el delito tentado hay violación a la norma que nos dice por ejemplo *no matar, no robar*, y con la tentativa se *empieza a matar, se empieza a robar*. La ley penaliza no sólo la violación total de la norma penal sino que sanciona además el *intento* de hacerlo aunque el evento no llegue a tener su plena productividad, lesionándose el bien jurídico tanto en la consumación como en la tentativa. El prof. REYES ECHANDIA consideraba que la fundamentación de la punibilidad en la tentativa residía en su autonomía jurídica lo mismo que en el delito consumado, que manifiestan la voluntad de producir la ofensa de un cierto delito. ⁽³⁵⁾

Teoría objetiva.- Toma en consideración criterios objetivos, esto es que se penaliza la tentativa por la puesta en peligro de un bien jurídico de manera que la *tentativa inidónea* o *delito imposible* en que no hay puesta en peligro de un bien jurídico no sería punible.

Teoría subjetiva.- Legítima la penalización de la tentativa porque revela una voluntad contraria al derecho. De conformidad con esta teoría como la voluntad contraria al derecho está presente en el delito consumado y en el tentado la pena debería ser igual en ambos casos. Esta teoría no tiene cabida en nuestro sistema en que la tentativa como consecuencia de un reproche de menor disvalor amerita una pena menor.

33) Luigi SCARANO, *La tentativa*, editorial Temis, Bogotá, 1960, p. 39, p. 90.

34) Vincenzo MANZINI *Tratado de Derecho Penal*, tomo III, Ediar editores, Buenos Aires, 1950, p. 176.

35) Alfonso REYES ECHANDIA, op. cit, p. 171.

Con un criterio positivista se atiende solamente al autor y se funda la punibilidad en la peligrosidad del autor. De acuerdo con la *teoría de la prevención general* se dice que se pena porque es peligrosa cualquier conducta que en la comunidad produce la impresión de una agresión al derecho, que perjudica la segura validez en la consciencia de la comunidad; con lo cual nos remitimos al criterio ya cuestionado de la *alarma social*.

El código penal ecuatoriano en el art. 46 no ha escapado de la influencia positivista de la peligrosidad del agente activo y el del peligro sufrido por el paciente ⁽³⁶⁾ apareciendo un cierto criterio objetivo-subjetivo para la determinación de la pena. Se debe tomar en consideración el peligro de lesión para el bien jurídico y el peligro de consumación, existiendo una violación imperfecta de la norma penal por la falta de un resultado completo. El resultado es querido por el agente en su totalidad y su no producción se produce por causas ajenas al ejercicio de su actividad final.

ZAFFARONI se pronuncia por una *doble fundamentación* porque en ella hay *dolo* o sea el ejercicio de una concreta voluntad final que se dirige a un resultado que afecta a un bien jurídico y la exteriorización de ese dolo implica siempre la *afectación de un bien jurídico* ⁽³⁷⁾. Comparáremos la afirmación de que en la tentativa siendo delito incompleto al igual que en cualquier delito se requiere de una tipicidad objetiva y subjetiva, pero nos resulta cuestionable que en la *tentativa inidónea (delito putativo)* se afecte realmente un bien jurídico penalmente tutelado.

Así resolvemos la probable tipificación de la *tentativa inidónea* que es impune cuando los medios no son idóneos, pues de lo contrario tendríamos que eximir de la penalización al sujeto que no revele peligrosidad con una probable aunque no querida entronización de un *derecho pe-*

36) El art. 46 dice, "Los autores de tentativa sufrirán una pena de uno a dos tercios de la que se les habría impuesto si el delito se hubiere consumado. Para la aplicación de la pena se tomará necesariamente en consideración el peligro corrido por el sujeto pasivo de la infracción y los antecedentes del acusado".

37) Eugenio Raúl ZAFFARONI, op. cit, p. 603. El prof. BACIGALUPO manifiesta que "el fundamento de la punibilidad de la tentativa reside en el *disvalor de la acción ya* que el disvalor del resultado no alcanza precisamente a producirse", op. cit, p. 165.

nal de autor. En relación con este tema retornaremos *infra*. Para fundamentar la punibilidad de la tentativa se intentan criterios objetivos y subjetivos⁽³⁸⁾. Extraemos como una consecuencia práctica inobjetable del criterio *objetivo* la no punibilidad de la tentativa inidónea o delito imposible en tanto que el criterio *subjetivo* permite de *lege ferenda* y en ocasiones en algunos códigos penales como el argentino, la penalidad como cuando erróneamente se suministra azúcar en vez de veneno para matar.

Para la *teoría objetiva* la tentativa es punible por *el peligro que corre el bien jurídico*, más si la pena se fundamenta en la *prevención especial* podría extenderse la teoría objetiva para comprender la *peligrosidad exteriorizada por el autor*. La *teoría subjetiva* fundamenta la penalidad en la comprobación de una voluntad contraria al derecho y no en la efectiva puesta en peligro del bien jurídico.

La teoría subjetiva requiere de todas maneras, la existencia de una *acción objetiva* que haya comenzado la ejecución del hecho. Las teorías objetivas no tienen fundamento para aprehender las tentativas inidóneas en tanto que las subjetivas tienen dificultades para excluir de la punibilidad a las tentativas irreales de las que se sostiene la innecesaria- riedad político-criminal de su punibilidad. Como dice el prof. BACIGALUPO, "las teorías objetivas fijan el comienzo de la punibilidad en el peligro corrido por el bien jurídico, mientras las subjetivas lo hacen en la exteriorización de la voluntad de lesionarlo, aunque no lo pongan en peligro". (39)

Códigos penales como el argentino y el español se deciden por la punibilidad de la *tentativa inidónea* siguiendo los fundamentos de la teoría subjetiva aunque requieren una acción que implique un comienzo de ejecución. El código penal argentino siguiendo los argumentos de la *prevención especial* se inclina por la supresión de la pena. Nuestro código vigente al referirse a los actos idóneos inequívocos, en la tentativa y **en** el delito frustrado o fallido, deja fuera de curso la penalidad de la tentativa de delito imposible o inidónea.

38) El prof. JIMENEZ DE ASUA desarrolla magistralmente las teorías objetiva y subjetiva, en el *Tratado de Derecho Penal*, op. cit. pp. 410-442 reconociendo que la contraposición de unas y otras se ha suavizado y hasta se pueden apreciar vetas subjetivas en autores que se afilian a las teorías objetivas.

39) Enrique BACIGALUPO, op. cit. p. 166.

La tentativa generalmente implica una puesta en peligro del bien jurídico. Cuando nos referimos a los tipos penales de la parte especial ensayamos incluso una clasificación en tipos de lesión y de peligro (40) pero cuando se trata de este dispositivo típico accesorio de la tentativa nos estamos refiriendo a una tercera forma de afectación del bien jurídico (41). Se afirma que la seguridad jurídica tiene un aspecto objetivo constituido por la posibilidad de disposición o de disponibilidad, y otro subjetivo que sería el sentimiento de seguridad jurídica o certeza de la disponibilidad.

De esta afirmación aparece la seguridad jurídica como lo que el derecho debe cumplir socialmente, pero en el orden individual la disponibilidad no sólo es afectada con la lesión y con el peligro sino también cuando la conducta en concreto aunque no ponga en peligro el bien jurídico, *perturba al titular en su disponibilidad* como resultado de la sensación de inseguridad que la acción le infunde. "no se trata de que la sensación de inseguridad la tengan los demás (lo que sería afectación de la seguridad jurídica en su aspecto subjetivo, es decir alarma social) sino de la sensación de inseguridad que como resultado de la acción que se percibe como amenazadora, pueda temer el titular del bien jurídico" (42)

Se sigue el criterio de que toda acción que se aproxime más o menos a la materialización de una tipicidad penal que afecte alguno de nuestros bienes jurídicos perturba nuestro sentimiento de disponibilidad, no sólo porque siembre un sentimiento de inseguridad jurídica en los demás sino porque inclusive este sentimiento puede afectar en mayor medida a los destinatarios de esa acción típica de resultado incompleto o cortado.

Esta denominada tercera forma de afectación del bien jurídico no consiste en una real alteración o supresión de la relación de disponibilidad por daño o lesión, ni en la alteración de esa relación por la puesta en peligro, sino como dice el prof. ZAFFARONI, en la alteración por el peligro de perturbación subjetiva del titular de la disponibilidad, es decir que, a lado del daño y del peligro, aparece la *perturbación* como tercera forma de afectación del bien jurídico.

40) Alfonso ZAMBRANO PASQUEL, op. cit, p. 133 y ss.

41) Eugenio Raúl ZAFFARONI, op. cit, p. 603.

42) Eugenio Raúl ZAFFARONI, op. cit, p. 603-604.

Elementos del tipo de la tentativa.- En la tentativa a diferencia del delito consumado encontramos un tipo objetivo incompleto y un tipo subjetivo completo, sin que se trate de una mera circunstancia atenuante, pues en verdad en la tentativa falta el resultado completo que es constitutivo del tipo objetivo. Como expresa con acierto el prof. Reinhart MAURACH "la tentativa es la manifestación de la resolución a cometer un hecho punible doloso por acciones que si bien representan un comienzo de la ejecución no llegan a realizar el tipo perseguido" (43). Don Luis JIMENEZ DE ASUA en una clara posición benigna se refiere al comienzo típico de ejecución el que se dá, "cuando se penetra en el núcleo del tipo o se inician las referencias a los medios de acción de una conducta, de otro modo legítima, o que diferencian unos tipos de otros". (44)

Un criterio objetivo-formal no es suficiente para concluir que hay tentativa por la sola apreciación de los actos ejecutados, como es igualmente insuficiente el criterio subjetivo que mira a la sola intención o finalidad del agente, que aunque permite indagar la naturaleza del acto no basta para estructurar la tentativa, de acuerdo con el art. 16 del CP ecuatoriano vigente los elementos estarían globalizados por la práctica de actos idóneos, la intención inequívoca de cometer un delito y el incumplimiento del evento querido, por causas extrañas o ajenas a la intención del agente.

Entendemos por *actos idóneos* aquellos que son capaces de producir un resultado lesivo de un determinado bien jurídico, como por ejemplo, un revólver que es medio idóneo para matar, más esta idoneidad genérica no nos permite afirmar o negar la tentativa pues un medio aparentemente inidóneo como el agua azucarada, en una situación específica, como el suministro intencional a un diabético es idóneo para cometer asesinato. La idoneidad de los actos puestos en práctica debe examinarse en cada

43) Reinhart MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, vol. II, ediciones Ariel, Barcelona, 1962, p. 172. Gunter STRATENWERTH, *Derecho Penal*, parte general, I el hecho punible, Edersa, Madrid, 1982, p. 203 dice: "comete tentativa de un hecho punible el que, de acuerdo con SUS representaciones del hecho, se pone directamente a la realización el supuesto de hecho", con lo que se requiere la decisión de cometer un delito y el comienzo de ejecución del mismo.

44) Luis JIMENEZ DE ASUA, *La Ley y el Delito*, editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1967, p. 513.

caso concreto atendiendo a las circunstancias del medio empleado, e incluso a la situación del sujeto pasivo. (45)

El empleo del medio o la puesta en práctica de actos idóneos tiene que ser inequívocamente dirigido a la realización de un delito, esto comporta decir que es inequívoco aquel acto que no se presta a duda o a confusión. Con esta posición puede admitirse la *univocidad* de los actos idóneos para la penalidad de la tentativa pues sino demuestran de modo inequívoco el fin de cometer un delito no es posible afirmar que se ejecutaron con la intención de perpetrarlo y que constituyen tentativa. Parece ser que el problema se soluciona con el análisis de la situación concreta que se presenta y que el juez resuelve. El acto idóneo e inequívoco tiene el valor sintomático de la intención de delinquir pero apreciado valorativamente por el juez en cada caso concreto. La determinación del fin es imprescindible para poder incriminar un acto en un tipo o en otro en la fase de tentativa, como por ejemplo lesiones u homicidio.

Como se destaca la intención de cometer un delito, y entendemos a ésta como el querer de un resultado típico o como el obrar dolosamente, debemos concluir que la tentativa sólo cabe admitirla en los delitos dolosos y no en los comportamientos culposos en los que hay el ejercicio de una actividad final imprudente ⁽⁴⁶⁾. En los delitos culposos falta la intención o finalidad de cometer el delito que se produce por un actuar que aunque voluntario y finalista es imprudente o descuidado; como expresa CURY URZUA, "la tentativa es una conducta desaprobada a causa del fin que perseguía y no obtuvo porque su ejecución era defectuosa. El delito culposo es una conducta desaprobada a causa de que no se obtuvo el fin perseguido, sino otro porque se la ejecutó en forma defectuosa" ⁽⁴⁷⁾. Igualmente en nuestro sistema penal no es punible la tentativa contravenacional, sancionándose únicamente las contravenciones consumadas.

Puede darse también la tentativa de los delitos calificados por el medio como en el caso del asesinato, siendo las circunstancias de lugar, tiempo, modo, medios, relaciones entre ofensor y ofendido, etc., las que nos podrán llevar a este convencimiento, de manera que si el pretenseo victimario con aprovechamiento de la nocturnidad se coloca en un sitio

45) Guiseppe BETTIOL, op. cit, p. 485.

46) Alfonso ZAMBRANO PASOUEL, op. cit, p. 153.

47) Enrique CURY URZUA, op. cit, p. 100.

que permite emboscar a su víctima que transita desarmado en tanto que el agresor se encuentra provisto de un arma de gran calibre, y es sorprendido en el momento en que va a consumir el delito esto es en el principio de ejecución, nos encontraremos con el *delito tentado*. Si el agresor en las mismas circunstancias fácticas dispara el arma y no logra impactar a la víctima o si impactándola sólo consigue herirla y no matarla, estaremos en presencia del *delito fallido o frustrado*.

Lo mismo se podría decir de la utilización de un medio idóneo para matar como el veneno si el resultado querido no se produce por causas ajenas a la finalidad del agente. Sea porque es descubierto antes de que la víctima ingiera el veneno (tentativa) o que ingiriéndolo no se produzca el evento buscado (frustración) esto es que falle por causas ajenas a la intención del sujeto.

Doctrinariamente ubicamos a la tentativa entre la preparación y la consumación diferenciándose de la primera en que se inicia ya la inmediata irrupción en la imagen rectora del delito como dice el prof. MAURACH, y que en cuanto a la consumación que no se realiza plenamente la parte objetiva del tipo pero si la parte subjetiva. Es pues característica de la tentativa que no se realice objetivamente la voluntad final de consumación, vale decir, que la tentativa será una manifestación delictiva con una falta en el tipo objetivo porque no se consigue el resultado al que dirige su actividad dolosa el sujeto.

El *tipo objetivo* está constituido por el comienzo de ejecución de la acción típica y el *tipo subjetivo* por el dolo y los demás elementos subjetivos del tipo. Por razones metodológicas empezaremos la revisión del *tipo subjetivo de delito tentado*.

Tipo **subjetivo**.- Estará conformada por el dolo y los demás elementos que requiera el tipo subjetivo. Al referirse a lo que denomina la totalidad de los *elementos subjetivos del supuesto de hecho* del delito respectivo, el prof. Gunter STRATENWERTH dice que corresponden a la decisión de cometer un hecho punible, "se trata del dolo dirigido a la realización del hecho objetivo y de los elementos subjetivos especiales que puede exigir la ley. Una voluntad condicionada de acción tampoco será suficiente para la tentativa" (48).

48) Gunter STRATENWERTH, op. cit, p. 102.

El dolo estará constituido por el fin de cometer un delito determinado por lo que basta el dolo eventual, de manera que habría tentativa tanto si se arroja una bomba con el fin inequívoco (dolo directo de primer grado) de matar a una determinada persona y no se consigue el resultado querido, como cuando se arroja la bomba contra un sitio poblado sin preocuparnos de la posible muerte de cualquier ciudadano que pase por el lugar (dolo eventual). Habrá así tentativa de estafa tanto cuando se usa un ardid que se dirige a una persona cierta, como cuando se usa una publicidad que puede ser eficaz para engañar a un cierto número de personas, aunque no lleguen a caer efectivamente en el engaño ⁽⁴⁹⁾. Si para la consumación es suficiente el dolo eventual, el prof. BACIGALUPO no encuentra razones para excluir la suficiencia del dolo eventual en la tentativa. (50)

Aunque es de común y uniforme afirmación que la tentativa culposa es insostenible porque el tipo culposo no individualiza las conductas por la finalidad sino por la forma de obtener la finalidad, y que pensar en tal finalidad sería un monstruo lógico inconcebible. "Dentro del pensamiento causalista se la debe admitir, al menos como posibilidad y aunque se la considere atípica, porque es la consecuencia inevitable de sostener que el error de prohibición vencible da lugar a culpa" ⁽⁵¹⁾. De manera que si se diese el caso del que intenta matar a su agresor porque cree que es necesario para defender su vida sin recapacitar mínimamente y sin el más elemental cuidado para percatarse de que se trata de una broma, y le dispara sin conseguir matarle, se encontraría en error de prohibición vencible de un delito doloso que sería sancionado con una pena atenuada por un menor reproche de culpabilidad. En la concepción causalista como se trataría de delito culposo se llegaría a la barbaridad de penalizar una ilógica tentativa de homicidio culposo.

No hay diferencia entre el dolo de la tentativa con el dolo del delito consumado porque el querer del resultado muerte es el mismo sea que en el caso antes señalado el disparo cause la muerte o que no la cause.

49) Eugenio Raúl ZAFFARONI, op. cit, p. 604.

50) Enrique BACIGALUPO, op. cit, p. 167.

51) Eugenio Raúl ZAFFARONI, op. cit, p. 605. Rene BODERO en nuestro país, llega a la poco afortunada afirmación de decir "si el error de prohibición es esencial e invencible exime de culpa. Si es vencible, no exime, y sólo pasa de doloso a culposo", op. cit, p. 272.

Para algún causalista la solución podría ser la de residenciar el dolo

la tipicidad cuando se trata de la tentativa.

El prof. MAURACH de manera inobjetable expresa que cuando se trata de la resolución de cometer un hecho punible se piensa en el dolo como elemento del tipo y no como elemento de la culpabilidad. Si se pensara en el dolo "en el sentido de la concepción clásica como característica pues de culpabilidad, debería llegarse necesariamente a la conclusión de que la posibilidad de llevar a cabo una tentativa depende de la capacidad de culpabilidad del autor; los sujetos incapaces de culpabilidad (enfermos mentales o menores no reponsables) no podrían pues cometer la tentativa de un hecho punible. La consecuencia tan ineludible como sin sentido, sería la de que el querer del resultado debe pertenecer en la *consumación* (como 'dolo') a la culpabilidad, y en la *tentativa* (como 'resolución') al injusto". (52)

La falta de claridad de algunos autores que no alcanzan a comprender de manera lógica los elementos del delito, los lleva a afirmar irreflexivamente que "el error de tipo, para los finalistas, no elimina la culpabilidad, sino el acto" (53), confundiendo la atipicidad de la conducta con la falta de acto. Sabemos que será atípica la conducta del que cree que sustrae una cosa ajena cuando en verdad es propia, y con mediano razonamiento comprendemos que resultaría un contrasentido jurídico decir que allí no hubo acto, o que el acto fué eliminado cuando en verdad se trata de la atipicidad de la conducta y no de la ausencia de acto.

Recordemos que la ausencia de conducta o de acto tendrá lugar en el caso de fuerza física irresistible ya provenga de un tercero o de las fuerzas de la naturaleza y que no debe ser confundida con la coacción ni con el estado de necesidad que pueden funcionar como causa de inculpabilidad (la coacción) o como causa de justificación o de inculpabilidad (el estado de necesidad).

52) Reinhart MAURACH, op. cit, p. 173, quien afirma de seguido que "estas consecuencias son tan absurdas que los representantes de la teoría tradicional tratan de cambiar de actitud: la 'resolución' es, a la vez dolo en sentido tradicional (característica de la culpabilidad) y 'elemento subjetivo de injusto' (característica del tipo).

53) Rene BODERO, op. cit, p. 273.

El tipo objetivo de la tentativa está constituido por el *comienzo de ejecución* de la acción típica lo que nos lleva a recordar lo dicho *supra* al estudiar lo que son los actos de ejecución de la tentativa para distinguirlos de los actos meramente preparatorios.

Conclusión.- Hemos pretendido conciliar en forma breve la estructura de la tentativa con la moderna teoría del delito y dentro de ésta con los postulados de la concepción finalista de la acción a la que se pretende demeritar con el argumento de que es difícil su entendimiento, que los jueces no la han estudiado y que en el ejercicio del foro académico y docente ecuatoriano no es conocida. Tal afirmación es falsa y deviene del desconocimiento de lo que es el finalismo con lo cual se pretende avallar en el Ecuador la petrificación del estudio del derecho penal. En hora buena y para rescate del estudio del derecho penal moderno, desde hace tres décadas ya en el Ecuador se tenían ideas claras de lo que es la teoría finalista de la acción penal.

En Guayaquil, abril de 1993