



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE POSTGRADO

LA MAL LLAMADA “TENTATIVA DEL SUJETO INIDÓNEO”
COMO DELITO PUTATIVO

Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho, mención en Ciencias
del Derecho

ALEJANDRA OLAVE ALBERTINI

PROFESOR SUPERVISOR: DR. JUAN PABLO MAÑALICH RAFFO

SANTIAGO DE CHILE

2018

El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto Fondecyt Vigente 1160147 “La tentativa de delito como hecho punible. Una reconstrucción desde la teoría de las normas”, a cargo del Prof. Dr. Juan Pablo Mañalich. Vayan a él mis más sinceros agradecimientos, tanto la oportunidad de participar como el constante apoyo brindado durante el desarrollo de este trabajo.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN.....	iv
INTRODUCCIÓN	1
PRIMERA PARTE: LA TENTATIVA DE DELITO	3
1.1. Normas de comportamiento y normas de sanción	3
1.2. Silogismo práctico.....	6
1.3. La tentativa como conducta atípica.....	12
1.4. ¿Juicio de peligrosidad?	20
1.5. Necesidad práctica subjetiva y dolo	24
1.6. Tentativa inidónea.....	28
1.7. Tentativa irreal y tentativa supersticiosa.....	35
1.8. La tentativa como error	39
1.9. El “principio de inversión”	43
Síntesis preliminar.....	51
SEGUNDA PARTE: EL PROBLEMA DE LA INIDONEIDAD SUBJETIVA DEL AGENTE.....	54
2.1. Restricción del universo de destinatarios de la norma	54
2.2. Participación del <i>extraneus</i>	67
Conclusión: la mal llamada “tentativa del sujeto inidóneo” como delito putativo	70
BIBLIOGRAFÍA	72

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo proponer una solución a los casos de la llamada “tentativa del sujeto inidóneo”, casos en los que un sujeto se representa erróneamente circunstancias tales que, de ser verdaderas, darían lugar a que detentara cierto estatus exigido por la norma para la consumación de un delito de aquéllos que se clasifican tradicionalmente como “delitos especiales”. La pregunta que se pretende responder, entonces, es si en estos casos se está ante una tentativa de delito o ante lo que se conoce como delito putativo. Se abordará el problema en dos partes. En primer lugar se analizarán diversas concepciones sobre la tentativa con la finalidad de elaborar un concepto de tentativa consistente con el modelo de teoría de las normas en el que se enmarca esta investigación, ello permitirá evaluar si los casos analizados podrían llegar a ser considerados casos de tentativa. En segundo lugar se analizará la estructura de las normas especiales con la finalidad de determinar si sus posibles particularidades tienen repercusión en las propuestas de solución a los casos analizados.

Palabras clave: tentativa – inidoneidad – delito putativo – error de tipo – error de prohibición – delitos especiales.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como objetivo revisar un grupo de casos, cuyas dificultades han sido extensamente discutidas por la doctrina penal nacional y comparada. Dicha discusión ha girado, en términos generales, en torno a dos posibles soluciones ubicadas en polos dogmáticamente opuestos. Se trata de aquellos casos en los que un sujeto que no detenta el estatus especificado en una norma ejecuta o se abstiene de ejecutar la conducta prohibida o requerida por dicha norma, de manera tal que, de haber detentado el referido estatus, su conducta hubiera dado lugar a un delito consumado, tal como lo sería la conducta de quien, creyendo ser funcionario público sin realmente serlo, aceptare recibir un beneficio económico para ejecutar un acto con infracción a los deberes de su cargo. La pregunta que se plantea, al enfrentar este tipo de casos, es si ellos dan lugar a una tentativa de delito o si, en cambio, no constituyen siquiera tentativa, sino que se trata de casos en los que se está tan solo ante lo que se conoce como un “delito putativo”, es decir, una conducta penalmente irrelevante.

El análisis del problema requerirá del estudio de dos áreas de la dogmática penal, a saber, la tentativa, por una parte, y los delitos especiales, por otra. La primera parte de este trabajo está dedicada ofrecer una conceptualización de la tentativa de delito, analizando sus notas características, al mismo tiempo que se examinan las distintas propuestas doctrinales que se han planteado respecto al estudio de la tentativa. El objetivo es llegar a un concepto de tentativa que permita determinar con precisión qué clase de conductas son constitutivas de tentativa, para así resolver si es que el tipo de casos acá tratados podría llegar a pertenecer a dicha clase. La segunda parte del trabajo se enfocará en la dogmática de los delitos especiales (propios), específicamente, si éstos presentan particularidades tales que los distinguen de los delitos comunes y que repercuten en la posibilidad de que el grupo de casos acá analizados constituyan tentativa. En ese sentido, no se trata de dos líneas separadas para enfrentar el problema planteado (desde la dogmática de la tentativa,

por una parte, y desde la dogmática de los delitos especiales, por otra), sino de un análisis conjunto que significa un reconocimiento de que sólo aclarando qué tipo de conductas son constitutivas de tentativa y si existe o no una diferencia cualitativa entre los delitos especiales y los delitos comunes será posible resolver si el grupo de casos acá tratados son constitutivos de tentativa.¹

Si bien el tipo de casos analizados ha tenido baja presencia jurisprudencial,² la importancia de abordar una investigación a este respecto se encuentra en lo que el trabajo de resolución de éstos permite aclarar respecto a la dogmática de la tentativa y el estudio de los delitos especiales. Por ello, el avance en la conceptualización de lo que constituye tentativa bajo el modelo que acá se defiende permitirá evaluar algunas de las soluciones propuestas en tanto tesis más generales respecto a qué se debe entender por tentativa. Así, a medida que se vaya avanzando en la investigación y se rechacen algunas de dichas conceptualizaciones, también se descartarán las soluciones dadas al grupo de casos que se examina que de ellas se deriva.

¹ De ahí que la estructura utilizada por Gómez Martín para presentar las posibles soluciones al problema, distinguiendo entre argumentos dentro de los que se encuentran los “argumentos relativos a la teoría de la tentativa”, tiene como consecuencia que el problema sea abordado de manera inevitablemente incompleta. Gómez (2006a).

² No se ha encontrado jurisprudencia referida al problema en Chile. En Alemania existen un puñado de casos en los que se ha discutido el problema, que se encuentran reseñados en Farré (1989), pp. 433ss. y Gómez (2006a), pp. 39ss.

PRIMERA PARTE: LA TENTATIVA DE DELITO

1.1. Normas de comportamiento y normas de sanción

El modelo que se aplicará en la presente investigación descansa en la distinción entre normas de comportamiento y normas de sanción. Estas últimas, que componen gran parte de la parte especial del Código Penal chileno, presentan la estructura de normas condicionales compuestas por un supuesto de hecho y la consecuencia jurídica que se sigue de su realización. Las normas de comportamiento, por su parte, son las que confieren el carácter de prohibida o requerida a determinadas formas de comportamiento cuya descripción se encuentra contenida en la norma. Son éstas las que permiten hablar de infracción o quebrantamiento de la norma,³ cuando la conducta del autor contradice aquello que la norma de comportamiento prohíbe o requiere. Esto último permite reconocer el carácter secundario de las normas de sanción, toda vez que lo que sancionan es una determinada conducta que transgrede una norma (primaria) que, evidentemente, no puede ser la misma norma que establece la sanción. Esto, porque el autor en efecto *realiza* la conducta contenida en la norma de sanción. Así, a pesar de no encontrarse, por regla general, expresamente formuladas en la ley, las normas de comportamiento pueden deducirse (pragmáticamente) de las normas de sanción.

Una norma de comportamiento estará compuesta de un operador deóntico seguido de un supuesto de hecho que se obtiene de la “(...) formulación contradictoria del supuesto de hecho de la norma de sanción correspondiente”,⁴ de manera que, por ejemplo, la norma de sanción que establece que el que mate a otro será penado con una determinada pena, permite la formulación de la norma de comportamiento “prohibido dar muerte a otro”,

³ Kaufmann (1977), p. 3.

⁴ Mañalich (2010), pp. 171-2.

siendo la conducta constitutiva de homicidio⁵ una que infringe la norma de comportamiento y, a su vez, cumple con el supuesto de hecho de la norma de sanción, que es condición de la aplicación de la pena. En este sentido, y contrario a lo que ha sido defendido por parte de la doctrina penal nacional y comparada,⁶ la función de las normas de sanción penal no es directamente la protección de bienes jurídicos, sino que, en tanto respuesta al quebrantamiento de las normas de comportamiento como forma de cuestionamiento de su vigencia, la función de las normas de sanción es confirmar (retrospectivamente) la vigencia de las normas de comportamiento. Así, son estas últimas las que cumplen la función prospectiva de configuración de la conducta de los sujetos sometidos a dichas normas, permitiéndoles identificar (y, consiguientemente, evitar) aquellas conductas que tendrán como resultado el menoscabo de determinados bienes jurídicos, entendidos a su vez como “propiedades de personas, cosas e instituciones que son de elemental significación para el libre desenvolvimiento del individuo en la sociedad.”⁷

La distinción entre normas de comportamiento y normas de sanción es la que permite la ulterior distinción entre delito y hecho punible, siendo el último aquella conducta que constituye una infracción a normas de comportamiento y que cumple con los presupuestos que hacen aplicable la norma de sanción respectiva. De esta forma, es posible que un injusto culpable se encuentre exento de pena, en casos en los que condiciones generales de la punibilidad así lo determinen. En estos casos, a pesar de estar ante un quebrantamiento de una norma de comportamiento constitutivo de un injusto, no podrá reconocerse un hecho punible, precisamente por no serle aplicable la sanción respectiva correspondiente como respuesta a la infracción a la norma de comportamiento.

⁵ Es importante señalar que normas de sanción y normas de comportamiento no se encuentran en una relación de [1:1]. Así, de varias normas de sanción puede obtenerse una sola norma de comportamiento, como es el caso del homicidio, en el que la conducta prohibida consistente en matar a otro se encuentra sancionada no solo en el art. 391, sino también en el art. 390 y en el 394. Asimismo, de una norma de sanción pueden obtenerse una o más normas de comportamiento, como sucede en el caso del art. 470 del CP. Para un argumento a favor de esta última interpretación, véase Mañalich (2018), pp. 155ss.

⁶ Politoff (1999), pp. 107ss. Para una reseña de la discusión y sus consecuencias para la dogmática de la tentativa, aunque defendiendo consecuencias distintas de las acá propuestas para el modelo que llama de “protección del ordenamiento”, véase Alcácer (2000), pp. 333ss.

⁷ Kindhäuser (2009a), p. 3.

Como ya se mencionó, las normas de comportamiento cumplen una función prospectiva de configuración de conducta. Junto a dicha función, presentan también una función retrospectiva de valoración de la antinormatividad de la conducta,⁸ que permite reconocer la conducta del sujeto como contraria a la norma de comportamiento. En términos de Hruschka, las normas de comportamiento también cumplen una función de “baremo de medición”.⁹ Ahora bien, para el juicio de reproche en que consiste la atribución de responsabilidad penal no es suficiente identificar la infracción a la norma de comportamiento, toda vez que precisamente lo que se hace es *atribuir* responsabilidad. La sola constatación de la infracción a una norma de comportamiento (antinormatividad) no permite todavía reconocer un déficit personal en la conducta, debiendo satisfacerse ciertas condiciones bajo las cuales el comportamiento antinormativo puede imputarse a una determinada persona, condiciones establecidas en las llamadas normas de imputación, que otorgan los criterios de imputación del comportamiento antinormativo (objeto de la imputación). Es gracias a éstas que un determinado comportamiento, en tanto objeto de imputación, puede reconocerse como uno representativo de un déficit de fidelidad al derecho por parte de una determinada persona.

Las reglas de imputación se dividen en dos niveles. En primer lugar, se encuentra el nivel referido a la capacidad de acción del sujeto. En este nivel, las reglas están dirigidas a la determinación de la capacidad del sujeto de evitar intencionalmente aquella conducta contraria a la norma. En un segundo nivel, las reglas se refieren a la determinación de la capacidad de motivación del sujeto conforme a la norma, a saber, la capacidad del sujeto de formarse y realizar una voluntad conforme a la norma.¹⁰ Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con el delito doloso consumado como caso paradigmático de la aplicación de un modelo de imputación ordinaria como el acá propuesto, en el que la acción u omisión del sujeto se corresponde con el tipo-de-acción u omisión que ejemplifica la descripción

⁸ Aunque esto no significa que pueda una conducta ser antinormativa sólo *ex post*. La prohibición o requerimiento de una conducta no admite calificación *ex post* o *ex ante*: una conducta simplemente se encuentra prohibida o requerida. Mañalich (2017b), p. 464.

⁹ Hruschka (2005), p. 28.

¹⁰ Al respecto, Hruschka (2005), pp. 30ss.

que constituye el tipo, en la tentativa¹¹ el autor no ejecuta u omite una acción que satisfaga descripción típica alguna. La conducta constitutiva de tentativa no ejemplifica la descripción típica en la que consisten los tipos penales. Así, por ejemplo, quien dispara contra otra persona, sin lograr acertar el tiro, no ejecuta una acción que ejemplifique el delito de homicidio, toda vez que no mata a otro.

De esta forma, en el caso de la tentativa no es posible identificar una infracción a la norma de comportamiento como primer paso para luego realizar el juicio de imputación respectivo que permita atribuir la conducta al sujeto, como representativa de un déficit de fidelidad al derecho. En este sentido, es posible afirmar desde ya que en aquel comportamiento constitutivo de tentativa no existe antinormatividad, como sí lo existe en el caso de los delitos consumados. Esta constatación es la que lleva a tratar a la tentativa como una categoría anómala, en la que una conducta que no es antinormativa es sancionada de todas formas. La razón está en que a pesar de tratarse de un comportamiento que no infringe la norma, en él se puede reconocer un déficit de fidelidad que justifica de todas formas la adscripción de responsabilidad.

1.2. Silogismo práctico

La constatación de un déficit de fidelidad al derecho en el comportamiento de quien es imputable a título de tentativa se funda, en el presente trabajo, en un modelo basado en la distinción entre razones externas y razones internas para la acción, planteada por Von Wright.¹² Las normas de comportamiento, en tanto razones externas, tienen una existencia objetiva independiente de su reconocimiento por parte de los sujetos como razones para la acción. Por lo anterior, un sujeto puede actuar objetivamente conforme a derecho, a pesar de no haber sido la norma la razón de su acción. Esto queda de manifiesto en los

¹¹ Entendida acá y, en adelante, en sentido amplio, es decir, abarcando tanto la “tentativa acabada” como la “tentativa inacabada”, distinción recogida por el ordenamiento jurídico penal chileno bajo las etiquetas “delito frustrado” y “tentativa”, respectivamente. Cury (2005) p. 564, Garrido (2003) p. 281 y p. 283, Novoa (1960) p. 125.

¹² Von Wright (1983b), pp. 54ss.

casos constitutivos de tentativa, en los que el sujeto se representa circunstancias tales que, de ejecutar u omitir la acción respectiva, se daría lugar a la consumación. En el ejemplo de quien no acierta el disparo, el sujeto actúa objetivamente conforme a derecho (*no mata a otro*), mas expresa su falta de reconocimiento de la norma como razón para su acción al jalar el gatillo, ya que lo hace bajo la representación de estar apuntando su arma de forma tal que pronostica que acertará el tiro.

Que una norma de comportamiento funja como razón para la acción, significa que ésta ocupa el lugar de la premisa mayor en el modelo del llamado “silogismo práctico”, un tipo de argumento lógico que se caracteriza por que su conclusión no consiste en una proposición sino en la ejecución u omisión de una acción.¹³ Así, mientras la norma ocupa el lugar de la premisa mayor, la premisa menor contiene los conocimientos del sujeto sobre las circunstancias y sus capacidades que le permiten reconocer que una acción particular constituye el tipo de acción especificado por la descripción de la norma de comportamiento. La conclusión, por su parte, está constituida por la ejecución u omisión del comportamiento especificado en la premisa menor (de ahí su carácter de “práctico”).

Por ejemplo, si X reconoce la norma que prohíbe el homicidio como razón para su acción, deberá abstenerse de disparar contra Y, realizando el siguiente razonamiento:

- (1) Está prohibido causar la muerte de otro
- (2) Disparar contra Y causará su muerte, lo que cuenta como una instancia del tipo de acción “causar la muerte de otro”
- (3) Deberé abstenerme de disparar contra Y

Ahora bien, para que la conclusión del silogismo efectivamente se corresponda con la formación y realización de la intención de omitir el comportamiento especificado en la premisa menor, es necesario que la inferencia se elabore desde el punto de vista del agente, es decir, en primera persona, tal como se muestra en el ejemplo. Pues sólo así la necesidad práctica de la conclusión del silogismo será subjetiva. Así, “(...) only practical inference

¹³ Von Wright (1983a), pp. 1ss.; Von Wright (1963), pp. 160ss.; Von Wright (1971), pp. 96ss.

in the first person is truly 'practical', whereas the argument in the third person is actually 'theoretical'".¹⁴ En contraposición, una inferencia en tercera persona no permite la formación de una necesidad práctica subjetiva de omitir el comportamiento especificado en la premisa menor, es decir, de una intención.

De lo anterior se sigue que, si no se verifica la ejecución u omisión de la acción determinada en la respectiva inferencia, el agente no llevó a cabo la inferencia práctica. En el ejemplo propuesto, si se comprueba que X no se abstuvo de disparar contra Y, entonces se comprueba que X no realizó la inferencia que lo hubiera llevado a la conclusión de la existencia de una necesidad práctica de omitir disparar contra Y, puesto que, de haber realizado dicha inferencia, entonces X hubiera omitido disparar contra Y.¹⁵

Ahora, esta falta de verificación de la ejecución u omisión de la acción cuya necesidad deriva de la inferencia práctica puede deberse a una falta de capacidad de reconocer a la norma como razón para la acción. Así, la sola constatación de la falta de omisión de una acción prohibida o falta de ejecución de una acción requerida por la norma (constatación de comportamiento antinormativo) no basta para imputar al agente la no-omisión o no ejecución de su acción. Como se afirmó anteriormente,¹⁶ deben satisfacerse ciertas condiciones de imputación, a saber, se necesita comprobar que el sujeto estaba en posición de omitir lo prohibido o ejecutar lo requerido, ya que, de acuerdo con el principio *ultra posse nemo obligatur*, sólo se está obligado por la norma según la propia capacidad. Por lo tanto, quien no sea capaz de seguir la norma no se encontrará vinculado por ésta. Dicha comprobación de capacidad, que se descompone en dos niveles, es la que permite imputar el comportamiento antinormativo a quien lo realizó.

El primer nivel de imputación se relaciona con la condición requerida para que el sujeto tenga en consideración una norma de comportamiento como premisa mayor (es decir,

¹⁴ Von Wright (1983a), pp. 5-6. En el mismo sentido, Von Wright (1963), pp. 161-2.

¹⁵ De acuerdo con *modus tollens* aplicado al ejemplo, si X reconoce a la norma como razón para la acción, entonces se abstendrá de disparar contra Y. X no se abstuvo de disparar contra Y *ergo*, X no reconoce a la norma como razón para la acción. Su formalización rezaría: $p \rightarrow q / \neg q / \neg p$

¹⁶ *Supra*, p. 5

como razón para la acción), a saber, la existencia de una oportunidad para la omisión de la acción prohibida o ejecución de la acción requerida. Ello, porque la formación de la intención de actuar conforme a la norma se realiza en un determinado contexto que provee una oportunidad para seguir la norma. Así, dadas determinadas circunstancias, la norma de comportamiento deberá venir en consideración como razón para el sujeto. En el ejemplo, las circunstancias que hacen que la norma que prohíbe dar muerte a otro deba ser tomada en consideración por parte de X son el que X tenga un arma y se encuentre suficientemente cerca de Y, un ser humano vivo, como para dispararle. A la inversa, quien no se encuentre ante la presencia de ser humano vivo alguno (por ejemplo, una astronauta que se encuentra sola en marte), *ceteris paribus* no cuenta –objetivamente– con una oportunidad para dar seguimiento a la prohibición de matar a otro. En ese sentido, le corresponde a cada agente “traer a colación” la norma pertinente según las circunstancias que se represente. Como afirma Hart, “(...) los miembros de la sociedad tienen que descubrir las reglas a su riesgo y adecuar su conducta a ellas; en ese sentido ‘se aplican’ las reglas a sí mismos (...)”.¹⁷

Lo que debe verificarse, en este nivel de imputación, es que el sujeto contaba tanto con capacidad física como cognitiva de tener una norma de comportamiento en consideración como premisa mayor. La capacidad física, por una parte, se refiere a la capacidad del sujeto de controlar sus propios movimientos corporales. La capacidad cognitiva se refiere a la representación del sujeto de las circunstancias que justificaban que tomara en consideración la norma que prohíbe dar muerte a otro. En cuanto componente “cognitivo” de la capacidad de acción, esa representación se deja identificar con la noción de dolo.

La comprobación de la falta de representación, por parte del sujeto, de las circunstancias que configuran la correspondiente oportunidad-para-la-acción, lleva a descartar una imputación a título de dolo, toda vez que entonces no es posible para el agente formarse la intención de seguir la norma. Ahora bien, la exclusión de una imputación a título de dolo deja intacta la posibilidad de una “imputación extraordinaria”, en el caso de que sea

¹⁷ Hart (2007), p. 49.

el sujeto mismo, en tanto destinatario de la norma, responsable de su déficit de capacidad de formarse la intención de seguir la norma. Así, a pesar de que el sujeto no sea capaz de formarse la intención de seguir la norma, por no representarse la existencia de la oportunidad-para-la-acción, cabe preguntarse si el sujeto mismo es el que se puso en esa posición de incapacidad. Acá la pregunta gira en torno a si existe una exigencia (“incumbencia”¹⁸) de cuidado del sujeto, en tanto ciudadano fiel a derecho, de asegurar su capacidad para reconocer que efectivamente concurren las circunstancias constitutivas de la correspondiente oportunidad-para-la-acción. Para seguir con el ejemplo del disparo, esta vez a la inversa: si X no sabe que Y es un ser humano vivo, sino que cree que es un maniquí, X no se representa la existencia de una oportunidad para abstenerse de matar a Y (y, por lo tanto, no tiene en consideración la norma que prohíbe dar muerte a otro), por lo que no es capaz de formarse la intención de evitar disparar en contra de Y. Así, en caso de que X dispare contra Y, se descarta la imputación ordinaria a título de dolo y se abre la pregunta acerca de la posibilidad de una imputación extraordinaria en contra de X. En este punto, lo que deberá determinarse es si antes de simplemente disparar contra lo que X cree, es un maniquí, X debería haber comprobado que su representación de la ausencia de oportunidad para matar a Y era correcta (tendría que haber comprobado si Y era, en efecto, un maniquí), cumpliendo con el cuidado mínimo exigible a un ciudadano fiel a derecho. Esta falta de comprobación por parte de X habilita para imputarle de extraordinariamente la muerte de Y, por una infracción de una incumbencia de cuidado, propia de la imprudencia.

Constatándose entonces la capacidad física y cognitiva de acción del agente o, en ausencia de ésta, la responsabilidad del agente por su déficit de capacidad de acción, se da por comprobado el primer nivel de imputación (ordinaria o extraordinaria) del comportamiento antinormativo del agente. Este primer nivel de imputación (ordinaria o extraordinaria) se corresponde con el nivel del injusto, que equivale al “(...) comportamiento que, objetivamente, resulta contrario a una norma de prohibición o de mandato, y que no resulta cubierto por alguna norma permisiva constitutiva de una posible causa de justificación

¹⁸ Sobre las incumbencias como exigencias de cuidado, Reyes (2015), pp. 152ss.

(...)”¹⁹ (“injusto objetivo”), comportamiento que debe haber sido “(...) intencionalmente evitable para el destinatario de la norma, en atención a su capacidad física y cognitiva de realizar una determinada intención, esto es, su ‘capacidad de acción’”²⁰.

En un segundo nivel de imputación, el presupuesto requerido es la capacidad de motivación conforme a la norma. Acá lo que se debe determinar es si el sujeto era capaz de formarse la intención adecuada a la norma, es decir, se debe descartar la imputación si es que el agente no era capaz de transformar a la norma en motivo (inculpabilidad), por un lado, o si el agente se encontraba en circunstancias en las que no le era exigible motivarse conforme a la norma (transformar la norma en motivo dominante), lo que ocurre en el caso de la exculpación. Este segundo nivel de imputación es lo que se conoce como culpabilidad, entendida como “(...) el conjunto de los presupuestos de cuya satisfacción depende la imputabilidad definitiva de una infracción personal de deber como un comportamiento que expresa un déficit reprochable de fidelidad al derecho.”²¹

Si del análisis antes expuesto resulta que el sujeto era física y cognitivamente capaz de realizar la intención de evitar la realización del tipo penal, y que pudo por lo tanto formarse la intención de evitar la realización del tipo, entonces se puede constatar que el sujeto de hecho no tuvo a la norma como razón para la acción. “Así, al autor no se reprocha haber actuado [intencionalmente] de modo contrario a la norma, sino más bien no haber actuado [intencionalmente] de conformidad con la norma”.²² A través de esta falta de comportamiento conforme a la norma el sujeto pone de manifiesto que no reconoce a la norma como razón para la acción, esto es, el sujeto expresa que la norma no vale para él. Es ante dicha expresión que el derecho penal reacciona reafirmando la vigencia de la norma por la vía de imponer una sanción a quien la cuestionó.²³

¹⁹ Mañalich (2011), p. 95.

²⁰ Mañalich (2011), p. 95.

²¹ Mañalich (2011), p. 98.

²² Kindhäuser (2009a), p. 11.

²³ Kindhäuser (2009a), p. 5.

El que el reproche esté dirigido al autor por no haber actuado intencionalmente de conformidad con la norma resulta fundamental al momento de analizar el concepto de tentativa, ya que el autor en la tentativa no ejecuta u omite una acción que satisfaga una descripción típica, es decir, no actúa de modo contrario a la norma. Invirtiendo el ejemplo anterior, si X tuviera en frente un maniquí, y dispara contra él bajo la creencia de que se trata de Y, un ser humano vivo, X no mata otro y, por lo tanto, su acción no satisface la descripción típica del homicidio. No la satisface ya que en este caso no existe objetivamente una oportunidad-para-la-acción. Ahora bien, a pesar de que su comportamiento no satisface la descripción típica del homicidio, sí manifiesta una falta de reconocimiento de la norma que lo prohíbe como razón para la acción.

1.3. La tentativa como conducta atípica

Esta constatación, de que la conducta constitutiva de tentativa no satisface la descripción típica del tipo-de-acción que se corresponde con el respectivo del delito consumado, pone de manifiesto lo poco afortunada que es la caracterización de la tentativa como una “realización parcial o incompleta del tipo”, o como un “delito cometido parcialmente” que hacen, entre otros, Binding.²⁴ Al referirse a la tentativa de esta forma, lo que Binding pretende es distinguirla de aquellos casos de “defecto de tipo”,²⁵ categoría bajo la que estarían “aquellas acciones que, conforme a la representación de su desencadenante significan el tipo del delito consumado, pero que carecen de un elemento esencial del delito”.²⁶ La conducta constitutiva de tentativa, entonces, sería una respecto de la que sería posible constatar que, ya al momento de iniciarse su ejecución, los “elementos esenciales del delito” se encuentran presentes, mas la acción quedaría solo parcialmente realizada, y la consumación, por lo tanto, no se alcanzaría.

²⁴ Binding (2009), p. 110. Garrido (1984), pp. 137ss., Politoff (1999), pp. 105ss.

²⁵ Mangel am Tatbestand, traducido usualmente como “falta de tipo”, Gómez (2006a), p. 153. Farré (1989), pp. 287; o “carencia de tipo” Jiménez de Asúa (1964), p. 741).

²⁶ Binding (2009), p. 108.

Binding llama a la teoría del “defecto de tipo” “uno de los inventos más horripilantes de la clase judicial del siglo XVIII”,²⁷ criticando que se introdujera la categoría con la finalidad de aplicar una pena atenuada a los casos de ausencia de alguno de los que consideraba elementos esenciales del delito. Así, su crítica va dirigida a que se reconozca el “defecto de tipo” y, en todo caso, se aplique una pena para lo que, en sus términos, no constituye siquiera tentativa, ya que se trataría de casos en los que ya al inicio de la ejecución se podría reconocer su atipicidad.

Esta reconstrucción de la tentativa de Binding coincide, en sus notas distintivas, con lo que se conoce como la (moderna)²⁸ “teoría de la falta de tipo” la que, con leves diferencias entre los autores que la defienden, plantea que la ausencia de alguno de los elementos requeridos por el tipo penal, tal como lo serían los medios comisivos, el objeto sobre el que recae la acción u omisión o el estatus que debe detentar el sujeto, hace que la conducta llevada a cabo sea atípica.²⁹ Se distinguiría así de los casos de tentativa, que serían aquellos en los que se daría inicio a la conducta descrita en el tipo, explicándose la falta de consumación no por la ausencia de alguno de los elementos típicos ya antes del inicio de la conducta, sino por causas sobrevinientes.

La falta de realización de la conducta establecida en el tipo en los casos de tentativa es reconocida por Beling, quien en *Grundzüge des Strafrechts* (traducido como “Esquema

²⁷ Binding (2009), p. 108.

²⁸ Farré (1989), p. 288. Alcácer, tentativa inidónea, nota 490.

²⁹ A pesar de que Binding critica duramente esta teoría, es importante señalar que sus críticas van dirigidas principalmente contra lo que Farré Trepal llama la “antigua” teoría de la falta de tipo (Farré (1989), p. 288), la que de acuerdo con Jiménez de Asúa (1964), pp. 741ss., fuera planteada por Feuerbach como una asignación de pena a cada presupuesto típico. La totalidad de la pena correspondía a la completa realización del tipo, mientras que a su ejecución parcial correspondería la parte de la pena asignada a cada uno de los elementos realizados, de manera que se establecía una forma aritmética de rebaja de pena. Al afirmar que los casos de tentativa inidónea (entendida como aquella en la que ya al inicio de la ejecución se carece de los medios, del objeto o del estatus del sujeto requeridos por la norma) son casos de delito putativo (que entiende como aquellos en los que el autor considera que su acción es antijurídica, sin serlo), distinguiéndolos además de los casos de tentativa punible, Binding termina coincidiendo en lo principal con quienes plantean que los casos en que está ausente el objeto, los medios comisivos o el estatus del sujeto son casos de atipicidad. Binding (2009), pp. 105ss. De acuerdo con Jiménez de Asúa, esto habría sido reconocido por Mezger, que incluye a Binding entre los partidarios (de acuerdo con sus argumentos y no lo que explícitamente declarara) de la teoría de la falta de tipo. Jiménez de Asúa (1964), pp. 743

de Derecho Penal”³⁰), afirma esta característica de la tentativa (que compartiría con la complicidad y la “instigación”³¹), en tanto se trata de lo que llama “tipo delictivo subordinado”, consistente en “acciones punibles de *segundo orden*”³² accesorias a lo que serían las acciones punibles de primer orden, que se corresponden con el tipo de conducta que es objeto de prohibición o requerimiento de la norma de comportamiento. Se trata de formas accesorias porque carecen de contenido autónomo, requiriendo de los respectivos “delitos-tipo” de la parte especial para adquirir contenido. Estos últimos se corresponden con un “‘*esquema*’ rector dominante *común*”³³ al que debe referirse tanto la conducta del autor como su representación de ésta (lo que Beling llama “faz objetiva” y “faz subjetiva” de las figuras delictivas). En el caso de las figuras accesorias, como la tentativa, su contenido estaría dado por los respectivos delitos-tipo de la parte especial, no pudiendo reconocerse la existencia de normas que prohíban o requieran una conducta que se corresponda con una tentativa. Por lo anterior, dichas conductas son, en términos de la parte especial del Código Penal, atípicas.

En su formulación original,³⁴ la tesis de Beling distingue, dentro de lo que reconoce como casos de carencia de tipicidad, entre aquellas conductas que no serían adecuadas al tipo y aquellas en las que, a pesar de no existir consumación, el delito-tipo se “comienza”,³⁵ entendiendo esto último como el inicio de la ejecución de un comportamiento en el que “(...) no se llega a la consumación sólo porque o bien se detuvo la *continuación* de la acción o bien no se produjo la *continuación* causal del suceso”.³⁶ Así, “Beling piensa que *sólo* hay tentativa cuando se han realizado actos que ejecutan una parte de la conducta típica *respectiva*”,³⁷ entendida la ejecución de dichos actos como la marca de la adecuación al tipo del respectivo hecho punible. Esto último consistiría, bajo la propuesta original de Beling, en la distinción entre casos de tentativa absolutamente inidónea, los que “(...)

³⁰ Traducción de Sebastián Soler.

³¹ Figura análoga a la inducción.

³² Beling (2002), p. 97.

³³ Beling (2002), p. 43

³⁴ Un análisis del planteamiento de Beling y su evolución se encuentra en Mañalich (2017b), pp. 467ss.

³⁵ Beling (2002), p. 100.

³⁶ Beling (2002), p. 103, énfasis en el original.

³⁷ Cury (1977), p. 34, énfasis en el original.

no podían llegar a ser nunca una realización del tipo (...)”³⁸ y casos de tentativa que sí serían punibles por tratarse de la ejecución de acciones u omisiones que sí son adecuadas al tipo. Así, a pesar de que Beling parece reconocer el carácter atípico de la tentativa, las conclusiones de su propuesta original son las propias de la teoría de la falta de tipo.

La caracterización de la tentativa como adecuación al tipo por falta de consumación defendida en la propuesta original de Beling es recogida en Chile por Novoa quien, siguiendo la doctrina de la falta del tipo, considera que se estará frente a una tentativa cuando “(...) el delito está incompleto porque no se alcanzó a concluir su realización”,³⁹ distinguiéndola del caso en que el delito está incompleto “(...) por no concurrir algunos de los requisitos señalados por la descripción típica.”⁴⁰ Como se puede observar, Novoa hace suya la distinción planteada por Beling en 1906, entre casos de falta de consumación por ausencia de alguno de los requisitos típicos y casos de falta de consumación por interrupción en la ejecución de actos que, de haberse completado, hubieran llevado a la consumación.

Para entender la impropiedad de la distinción, debe primero tomarse en cuenta lo que fuera esbozado anteriormente acerca de que una conducta puede ya realizar o no realizar el tipo penal (puede ejemplificar el tipo-de-acción contenida en la descripción en la que consiste el tipo o puede no ejemplificarla), mas no “realizar parcialmente el tipo penal”. De ahí que no alcanza a estar justificado tratar sólo a los primeros casos como casos en los que “(...) el hecho es atípico y, por consiguiente, impune (...)”,⁴¹ toda vez que en los casos en los que no se han completado los actos necesarios para alcanzar la consumación, son casos en los que no se han cumplido todas las exigencias indicadas en la descripción típica, es decir, son casos igualmente atípicos.

La teoría de la falta de tipo es incapaz de comprender el carácter binario de la tipicidad de una conducta, propia del ejercicio de subsunción que se hace al comprobar que un

³⁸ Beling (2002), p. 137.

³⁹ Novoa (1960), p. 107.

⁴⁰ Novoa (1960), p. 107.

⁴¹ Novoa (1960), p. 107.

determinado comportamiento ejemplifica el tipo-de-acción descrito en el tipo penal. En ese sentido, la ausencia de alguno o varios de los elementos típicos en la conducta ya sea el resultado o cualquier otro elemento, hace imposible que ésta ejemplifique (se subsuma bajo) el tipo-de-acción establecido en la descripción típica. Nunca se estará, entonces, ante a una conducta “parcialmente típica” como si se tratara de una cuestión susceptible de graduación,⁴² sino que todos los casos de tentativa son atípicos. Esta “anomalía” de la tentativa, correspondiente al hecho de que la acción que ejecuta u omite el autor nunca satisface descripción típica alguna, se hace patente al contrastar los casos de tentativa con los de consumación. Predicar de un determinado comportamiento que éste se encuentra consumado significa expresar “(...) la efectiva realización no-justificada del respectivo tipo-de-delito”,⁴³ esto es, que la conducta del agente ejemplifica un tipo-de-acción descrita en el respectivo tipo penal. Así, la comprobación de la realización del tipo consiste en un ejercicio de subsunción que, en tanto tal, tiene carácter binario. Esto quiere decir que una conducta podrá ya ejemplificar o no ejemplificar el tipo-de-acción descrita por el supuesto de hecho del tipo penal, *tertium non datur*.⁴⁴

Esta constatación lleva a Beling a abandonar su conceptualización de crimen como comportamiento adecuado al tipo en 1930, afirmando que “(...) una acción solo es adecuada a un delito-tipo cuando ella corresponde plenamente al delito-tipo pertinente, se da ‘carencia de delito-tipo’ cuando la acción no presenta todas o algunas de las partes de las características requeridas y típicas o esenciales (*Tatbestandlichen*)”.⁴⁵ Justamente este sería el caso de las “formas accesorias” que, al no corresponderse plenamente con delito-tipo pertinente, no pueden caracterizarse como adecuadas al tipo (*Tatbestandmäßig*), sino referidas al tipo (*Tatbestandbezogen*). De esta forma, “[l]os esquemas existentes bajo la

⁴² En el mismo sentido, tampoco se puede aceptar la distinción entre “falta de tipo en sentido amplio”, que incluiría a los casos en los que está ausente el resultado y “falta de tipo en sentido estricto” categoría compuesta exclusivamente por casos de ausencia de objeto, medios o sujeto típico. Al respecto, Alcácer (2000), pp. 145ss.

⁴³ Mañalich. Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo. Revista política criminal 14(27). Artículo aceptado de próxima publicación, citado con autorización del autor., p. 1

⁴⁴ Asimismo, Mañalich, La tentativa de delito como hecho, 469; Alcácer (2001), pp. 22ss.

⁴⁵ Beling (2002), pp. 294-5.

forma de delito-tipos son regulativos también para aquellas [formas accesorias], solo que ellas no requieren, como las figuras autónomas de delito, una acción adecuada al delito-tipo, es decir, no requieren la realización del delito-tipo; su simple referencia a este es más bien de otra clase, según la medida de su propio esquema”.⁴⁶

Estas “formas accesorias”, de las que forma parte la tentativa, presentan cada una su propio esquema bajo el cual deben analizarse todos los elementos de la conducta. Para la tentativa este esquema sería el “principio de ejecución”. Entendidos como referidos al tipo, los esquemas de las formas accesorias no alcanzan a tener un contenido autónomo, sino que requieren de los respectivos delitos-tipo de la parte especial para adquirir valor jurídico penal. Así, la tentativa no tiene valor alguno por sí sola, como un simple “comenzar a ejecutar”, sino que cobra valor cuando se analiza bajo un delito específico. En el caso del homicidio, por ejemplo, la tentativa debe entenderse bajo el esquema “comenzar a dar muerte a otro”.

El giro dado por Beling le permite mantener su compromiso con la falta de tipicidad de la tentativa sin caer en contradicción, compromiso que, a su vez, lleva a descartar que exista tal cosa como “delito de tentativa” o “tipo de tentativa”,⁴⁷ toda vez que la regulación de la tentativa no permite formular una norma de comportamiento, sino que sólo fija los criterios de imputación que corresponden para los casos de tentativa. Esto significa que el art. 7° del Código Penal no especifica un determinado comportamiento que el sujeto fiel a derecho deba ejecutar o del que haya de abstenerse (tal como lo hacen los tipos penales de la parte especial), sino que fija las condiciones bajo las cuales un determinado comportamiento que no cuenta como realización de un respectivo tipo-de-delito deberá ser imputado al sujeto a título de tentativa de dicho tipo-de-delito.⁴⁸⁻⁴⁹ Así,

⁴⁶ Beling (2002), pp. 280-1.

⁴⁷ Cury (1977), p. 27, por ejemplo, afirma que “[l]a tentativa es un delito distinto del consumado, aunque su tipicidad se estructura sobre la de éste.”

⁴⁸ Mañalich (2017b). nota 34.

⁴⁹ En este sentido, como lo reconoce Contesse (2018), p. 122, la función de las reglas sobre tentativa en el Código Penal sería estrictamente constitutiva.

“(…) el único supuesto de hecho que un comportamiento susceptible de ser descrito como tentativa realiza es el supuesto de hecho contenido en la regla de punibilidad de la tentativa, el cual provee, en tal medida, el esquema prototípico (ya no en el sentido de *Tatbestand*, sino de *Typus*) con arreglo al cual la tentativa queda definida como un comportamiento prototípicamente accesorio, no accesoriamente típico”.⁵⁰

Esto último significa que, en cuanto referida a los tipos de la parte especial, la falta de consumación “(…) es un elemento constitutivo de la noción de tentativa”,⁵¹ y en tanto tal, implica que la pregunta acerca de si se cumplen las condiciones para reconocer una tentativa punible siempre deberá responderse *ex post*. En este sentido, la distinción planteada entre delitos incompletos por realización parcial a causa de interrupción y delitos incompletos por ausencia de alguno de los requisitos señalados por la descripción típica puede reformularse, enfocando la distinción no en la pregunta por la tipicidad o atipicidad de la conducta, sino en la conducta misma, entendida como “(…) la ejecución de una acción particular, que comenzará en algún momento y se extinguirá en otro momento, en circunstancias de que este último punto de tiempo es aquel en el cual la ejecución de la acción, en caso de no verse interrumpida, se encontrará completa”.⁵² Así, y a diferencia del tipo, que sólo admite ser realizado o no realizado, la conducta sí puede entenderse realizada parcialmente, toda vez que no se alcance aquél punto de tiempo en el que la ejecución de la acción se encuentra completa. La diferencia entre ambas clases de casos, por lo tanto, no radica en la atipicidad de las respectivas conductas, en términos de Novoa, o en su falta de adecuación al tipo, en términos de Beling, sino en que “(…) todo comportamiento inconcluso tendrá como consecuencia la no concurrencia de ‘alguno de los requisitos señalados por la descripción típica’, pero lo mismo no vale a la inversa. Pues tal como lo sugiere Novoa, la realización de un comportamiento podría encontrarse concluida sin que,

⁵⁰ Contesse (2018), p. 123.

⁵¹ Mañalich (2017b), p. 478. Argumentando en el mismo sentido, Alcácer (2000), pp. 150s.

⁵² Mañalich (2017b), p. 457.

por ello, este tuviera que satisfacer la descripción típica con arreglo a la cual el mismo podría contar como delito consumado”.⁵³

La distinción, entonces, entre falta de tipicidad y tentativa no se sostiene, por lo que tampoco es posible descartar la punibilidad de los casos en los que el sujeto no detenta el estatus requerido por la norma por tratarse de casos en los que falta algún elemento típico que hace que el comportamiento en cuestión no coincida con el tipo-de-acción establecido en la descripción que constituye el tipo, pues *siempre* en los casos de tentativa el comportamiento en cuestión es discordante con la descripción típica.⁵⁴ En consecuencia, los casos en los que está ausente un “elemento de la autoría” (como lo sería, el estatus de funcionario público que debe detentar una persona para cometer el delito de malversación de caudales públicos) son, de acuerdo a lo tratado hasta el momento, casos que no se distinguen en cuanto a su imposibilidad de subsunción bajo el tipo respectivo de un caso como el de quien dispara contra otro y yerra en el tiro. A este respecto, *ambos* son casos de atipicidad, por lo que no resulta consistente negar la punibilidad del primero y afirmar la del segundo basándose exclusivamente en que el primero sería atípico por la ausencia del elemento de la autoría, considerando que el segundo, al estar ausente el elemento “muerte de otro”, es igualmente atípico.

Esto último, por cierto, dista de resolver el problema acerca de si el grupo de casos acá analizados, los llamados casos de “inidoneidad del sujeto”, son casos de tentativa (y, de serlo, si son punibles). El análisis hasta ahora sólo ha permitido descartar que el argumento referido a la atipicidad de la conducta sea suficiente para desechar que se trata de casos de tentativa (y, de serlo, para llegar a alguna conclusión en cuanto a su punibilidad).

⁵³ Contesse (2018), p. 199.

⁵⁴ Gómez (2006a), pp. 153ss. Farré (1989), 434ss.

1.4. ¿Juicio de peligrosidad?

El reconocimiento de que la falta de consumación es un elemento constitutivo de la noción de tentativa y que, por ello, la constatación de que se cumplen las condiciones para que ésta concurra debe hacerse *ex post*, implica adoptar una postura que se aleja de aquellas reconstrucciones de la punibilidad a título de tentativa que utilizan como base al concepto de peligro, dentro de las que destacan las llamadas teorías “objetivo-materiales” y “objetivo-formales” de la tentativa, cuyo punto de partida se corresponde con el reconocimiento de que, si bien ésta no tiene como resultado una lesión a bienes jurídicos, la tentativa sí constituiría una puesta en peligro de los mismos que justificaría su punibilidad. Así, se fundan en una comprensión del delito como causación de lesión a bienes jurídicos,⁵⁵ y buscan compensar el déficit de lesión propio de la tentativa reemplazándola con la puesta en peligro de éstos.⁵⁶

La principal dificultad con la que se encuentran estas primeras formulaciones de las teorías objetivo-materiales es presentada por las teorías subjetivas, particularmente por von Buri, quien, en el marco de la teoría de la equivalencia de las condiciones, evidencia que no resulta posible distinguir entre acciones que constituyen una puesta en peligro de bienes jurídicos de acciones que no lo constituyen, considerando que desde el punto de vista *ex post*, nunca una acción constitutiva de tentativa significa peligro alguno para el bien jurídico. En otras palabras, von Buri puso de manifiesto que, *ex post*, toda tentativa es inidónea para la producción del resultado.⁵⁷ Reconociendo este problema, las teorías

⁵⁵ Feuerbach es el primero en establecer una formulación de este criterio objetivo para la determinación de la tentativa punible, elaborada desde una concepción que requería que la acción se encontrara en relación de causalidad con el delito perseguido, de manera que incluso en los casos de acciones fallidas (tentativa) éstas puedan ser reconocidas como objetivamente peligrosas. Mezger (1957), p. 214. Farré (1989), pp. 282ss.

⁵⁶ En sintonía con lo que Kindhäuser (2009a), pp. 7ss. ha llamado el “paradigma de la agresión”, como fundamento de la punibilidad. Si bien el análisis de Kindhäuser se enmarca en la determinación del injusto de los delitos de peligro, la relación entre quienes adoptan dicho paradigma para el análisis de los delitos de peligro y quienes adoptan las llamadas “teorías objetivas” viene dada por el hecho de que ambos grupos reconocen como fundamento de la imposición de la pena la protección directa de bienes jurídicos y no la puesta en cuestión de la vigencia de la norma. Así, Kindhäuser (2009b), pp. 3ss.

⁵⁷ Farré (1989), pp. 312-3. Alcácer (2000), La tentativa inidónea, pp. 18ss. Dichas críticas fueron respondidas a través de la diferenciación entre la igualdad causal de las condiciones y la igualdad valorativa de éstas. Aceptando que todas las condiciones necesarias para la consumación tienen igual relevancia causal, se niega

objetivas más actuales⁵⁸ han superado la idea original de que el juicio de peligrosidad debiese realizarse *ex post*, defendiendo en cambio, un juicio de peligrosidad concreto, desde una perspectiva *ex ante*. Este juicio de peligrosidad utiliza a un “observador medio razonable” para determinar el peligro del comportamiento del autor, figura que también es utilizada por la teoría de la imputación objetiva⁵⁹ y que se trata, por ello, de una a la que le pueden ser dirigidas las numerosas críticas que se han hecho a este recurso en el marco de la teoría de la imputación objetiva.

El problema que presentan estas aproximaciones está precisamente en su pretensión de ser “objetivas”, en el sentido de prescindir de la representación del autor para distinguir casos de tentativa “peligrosa” (idoneidad) de casos en los que no existiría peligro alguno (inidoneidad), acudiendo a la figura del observador medio. Así, el primer obstáculo que enfrenta la herramienta del observador se relaciona con la determinación de los conocimientos que éste debe poseer, los que le permitirán reconocer qué acciones constituirían una puesta en peligro de bienes jurídicos. Para evitar la irrelevancia de la figura, el observador no puede contar con la misma representación de las circunstancias del autor. Ello, porque en ese caso bastaría con preguntarse acerca de la representación del autor, siendo innecesario realizar el ejercicio mental de imaginar a un “observador medio imparcial”.⁶⁰ Esto significa que existirán casos en los que la representación del autor de su acción como una que ejemplificará el tipo-de-acción establecido en la descripción típica no va a coincidir con la del observador, quien ya al momento de inicio de la tentativa reconocerá que

que éstas deban ser valoradas jurídicamente de la misma forma, pudiendo en ese plano distinguirse entre acciones apropiadas para la producción del resultado y acciones inapropiadas (inidóneas) para conseguirlo. “Así *distingue*, por tanto, la *experiencia general* (no sólo obtenida en el caso concreto) y la *valoración jurídica* que en ella se apoya, incluso donde la consideración causal, libre de valoración, no percibe diferencias”. Mezger (1957), p. 212. Es esa distinción la que permitiría afirmar que el soldado que retorna intacto de la guerra, en todo caso “corrió peligro” mientras estuvo ahí.

⁵⁸ Véase, González (2001), pp. 267 y Jakobs (1991), p. 860.

⁵⁹ Roxin (1998), pp. 267-8.

⁶⁰ De ahí que llaman la atención elaboraciones que se refieren al observador imparcial (u “objetivo”) como uno “(...) situado en el lugar del autor y con los conocimientos que él mismo posee” Farré (1989), p. 445; asimismo, Vázquez-Portomeñe (2003), p. 461. La pregunta que cabe hacerse ante semejante descripción del observador es, ¿en qué sentido cabe diferenciarlo del propio autor? La respuesta, probablemente, gire en torno a aquellos casos en los que “evidentemente” no puede haber tentativa, por tratarse de casos en los que el error del autor parece dar cuenta de un cierto grado de irracionalidad por parte de éste. Véase, *infra*, pp. 32ss.

dicha acción no representa peligro alguno para el bien jurídico en cuestión, toda vez que no resulta idónea.

La dificultad en este punto está en distinguir cuándo el observador ha de tener mayores conocimientos que el autor, conocimientos que le permitan distinguir entre casos en los que su acción no supone peligro alguno para el bien jurídico de aquéllos en los que sí supondría algún peligro. Las propuestas sobre este punto giran en torno a la idea de “conocimiento medio de la sociedad”,⁶¹ el que permitiría reconocer aquellos casos en los que la acción no representa peligro alguno. El problema de este giro radica en la dificultad de llenar de contenido al “conocimiento medio de la sociedad”, determinando con qué representación de las circunstancias habría que dotar a dicho observador al momento en el que el sujeto actúa. En este punto, los intentos de explicar en qué consistiría dicho “conocimiento medio” se basan en aproximaciones intuitivas que permitirían distinguir entre qué contaría como una conducta peligrosa y qué contaría como una conducta no peligrosa para el bien jurídico.

Incluso de ser posible establecer de forma mínimamente suficiente lo que se entiende por “conocimiento medio de la sociedad”, la figura del observador imparcial sigue siendo problemática. En los casos en que la falta de coincidencia entre la representación del autor y la del observador imparcial sea porque el autor no se representó un peligro que un observador imparcial sí se representó, se deberá descartar el dolo, precisamente, por falta de representación *del autor* del riesgo de que su acción ejemplifique la acción prohibida por la norma. La figura de observador se vuelve, nuevamente, superflua para estos casos. El único caso en que cabría preguntarse acerca de la utilidad del observador imparcial, entonces, es aquel en el que la falta de coincidencia se da porque el autor se representa un riesgo que el observador imparcial no se representa (el sujeto cree estar utilizando una pistola real para disparar cuando, como notaría la figura del observador imparcial, se trata

⁶¹ Farré (1989), p. 37. Politoff (1999), pp. 191ss.

de una pistola de juguete), casos que constituirían tentativa inidónea no punible, precisamente porque, a pesar de la representación del autor, la acción era reconocible ya *ex ante* (por el observador imparcial) como no peligrosa.

En términos de Roxin, la aplicación de esta figura permitiría distinguir una tentativa idónea de una inidónea “(...) considerando la forma en la que el suceso sería comentado por el mencionado observador hipotético: en la tentativa peligrosa, gritaría al autor ‘¡Detente!’; en la no peligrosa, ‘¡Estúpido!’”.⁶² Esto se relaciona con la idea de que el derecho sólo puede considerar posibilidades, en términos de Farré Trepát, “serias” de que el resultado se produzca,⁶³ y no aquéllas que no representen peligro alguno. Se trataría de casos en los que el observador, a diferencia del sujeto que actúa, “advierte” que su conducta no representa peligro alguno. Sobre estos casos se volverá más adelante.⁶⁴

Ahora bien, considerando que sólo una inferencia en primera persona permite la formación de una necesidad práctica subjetiva (intención) de omitir el comportamiento especificado en la premisa menor, la pregunta relevante para determinar si existe tentativa es la pregunta acerca de si existe dolo, entendido como representación del agente de un riesgo a partir de las circunstancias dadas.⁶⁵ Si a lo que debe atenderse principalmente para determinar si hay tentativa es la representación del sujeto, entonces el modelo del observador imparcial no resulta apto. En efecto, dado que lo esencial de la tentativa es la disonancia respecto a la *representación del agente* de que su acción ejemplificará el tipo-de-acción que constituye el supuesto de hecho de la norma, y lo que efectivamente

⁶² Roxin (1997), 27. En este sentido, lo que parece estar en juego tras la distinción entre aquellas conductas reconociblemente peligrosas o no peligrosas por parte del observador es la posibilidad de reconocer y descartar la punibilidad de la llamada “tentativa irreal”. Véase, *infra*, pp. 35ss.

⁶³ Farré (1989), p. 301.

⁶⁴ Véase, *infra*, p. 33.

⁶⁵ Kindhäuser (2008), p. 26 y ss. En términos de Puppe (2017a), pp. 308, la conducta del agente debe tratarse de una tal que “siempre pued[a] ser identificada como un método apropiado para la causación de dicho resultado de acuerdo con reglas de experiencia generales, es decir, cuando el autor habría podido aplicar dicho método para causar el resultado intencionalmente”.

acaece,⁶⁶ el uso de un observador imparcial dotado del “conocimiento medio de la sociedad” no es más que un ejercicio fútil que nada permite aclarar respecto a la punibilidad del sujeto a título de tentativa. Así,

“(…) el destinatario de la norma sabe, ni más ni menos, aquello que sabe, y tiene que decidir cómo actuar sobre la base de este saber. Por lo mismo, sólo este saber puede ser determinante para la pregunta de si el autor se ha comportado de la manera en que debería y podría esperarse de él como destinatario de la norma fiel a derecho en la situación concreta.”⁶⁷

1.5. Necesidad práctica subjetiva y dolo

Desde el modelo del silogismo práctico como esquema de la fundamentación de deberes de ejecutar o no ejecutar determinadas acciones, lo que cambia en la tentativa respecto del delito consumado es que esta representación predictiva del agente, en el caso de la primera, resulta ser errónea. Así, bajo el esquema de la tentativa, como ya se adelantó al comienzo de la sección anterior, lo que se imputa al sujeto no es un comportamiento contrario a la norma, sino el que, *bajo su representación errónea de las circunstancias*, su no-ejecución o no-abstención de la acción debe ser entendida como una falta de reconocimiento de la norma como razón para la acción.

Lo que funge como premisa menor del silogismo práctico en los casos de tentativa, entonces, se corresponde con una representación predictiva falsa del sujeto. Esta representación puede ser entendida en su forma más básica como una creencia falsa del sujeto.⁶⁸

⁶⁶ Mañalich (2017a), p. 483.

⁶⁷ Kindhäuser (2008), p. 29.

⁶⁸ Esto implica tomar posición en contra de una noción de dolo eventual incluya “factores volitivos” como lo serían la “aceptación” o “indiferencia” del resultado de la conducta, favoreciendo, en cambio, un concepto de dolo eventual como aquel “(…) conocimiento que tendría que llevar al autor, en caso de ser fiel al Derecho, a formarse activamente la intención de evitar la realización del tipo penal”. Kindhäuser, ¿Indiferencia como dolo?, p. 48. Bajo el modelo acá propuesto, y en contra de lo defendido por jurisprudencia reciente de la Corte Suprema, no existe incompatibilidad alguna entre dolo eventual y tentativa, entendiendo que el dolo eventual es la forma básica de dolo. Al respecto, Mañalich (2017b). Para un análisis de la discusión en Chile, con énfasis en su desarrollo jurisprudencial, véase Londoño (2016), pp. 95ss., con ulteriores referencias.

De ahí la importancia de entender, como ya se ha mencionado, que el silogismo práctico se construye en primera persona: la necesidad práctica subjetiva de actuar que deriva de la conclusión del silogismo es independiente de la verdad o falsedad de las creencias del sujeto que integran la premisa menor.⁶⁹ Y el punto está en que en el caso de las conductas constitutivas de tentativa, las creencias predictivas del sujeto siempre serán falsas, mas la necesidad práctica subjetiva de ejecutar o abstenerse de actuar subsiste.

Se trata de lo que Parfit llama “razones aparentes”,⁷⁰ consistentes en la creencia acerca de un hecho que, en caso de ser erróneas, no constituyen una razón real para actuar de una u otra forma pero que, aun siendo falsas, permiten explicar el comportamiento del agente, pues le dan a éste una razón para actuar de una u otra manera. En el caso de la tentativa, una creencia errónea de que se tiene una oportunidad-para-la-acción prohibida o requerida por la norma es una razón (aunque sólo aparente) para abstenerse o para ejecutar dicha acción. Así, de comprobarse que el sujeto no se abstuvo o ejecutó la acción que, bajo su representación predictiva, se correspondería con el tipo-de-acción que constituye el supuesto de hecho de la norma de comportamiento, lo que se comprueba es una falta de reconocimiento subjetivo de la norma como razón para la acción,⁷¹ a pesar de que la conducta del sujeto es objetivamente conforme a la norma de comportamiento. En esto se basa el reproche de culpabilidad propio de la responsabilidad a título de tentativa, como defraudación de la expectativa de seguimiento de la norma por parte de sus destinatarios, defraudación que objetivamente muestra un déficit de antinormatividad.⁷² Quien dispara contra lo que cree que es otro, pudiendo (primer nivel de imputación) y siéndole exigible (segundo nivel de imputación) abstenerse, muestra un déficit de fidelidad a la norma que prohíbe el homicidio, al no abstenerse de comenzar a realizar la conducta que ejemplifica dicha norma. En el mismo ejemplo, la razón por la que X no mata a Y no es porque X considere a la prohibición del homicidio como una razón para su acción. La razón por la

⁶⁹ Von Wright (1983a), pp. 23-4.

⁷⁰ Parfit (2011), normative reasons, pp. 34-5.

⁷¹ Bajo *modus tollens*. Véase *supra*, nota 15.

⁷² Mañalich (2017a), pp. 462ss.

que X no mata a Y es porque no existe oportunidad-para-la-acción: lo que está frente a X no es Y, sino sólo un maniquí.

En términos de Hart, la norma que le correspondía “traer a colación” como premisa mayor al sujeto fiel a derecho, *dada su representación* de los hechos, en efecto no fue considerada como razón para la acción. Así, la importancia de la oportunidad-para-la-acción radica en el análisis de la representación que tenía el sujeto a la hora de actuar; si se representa que existe la oportunidad para que su acción ejemplifique un tipo-de-acción prohibida por la norma y, a pesar de su representación (en este caso, errónea), no se abstiene de ejecutar la acción (la que no ejemplificará el tipo-de-acción prohibido por la norma, porque su representación de la oportunidad-para-la-acción era errónea), entonces ha demostrado una falta de compromiso con la norma como razón para la acción.

Para que una conducta sea imputable al sujeto en tanto delito consumado a título de dolo, es necesario (mas no suficiente⁷³) comprobar que éste se representó las circunstancias objetivas que configuraban la oportunidad-para-la-acción. Por otro lado, para que una conducta sea imputable al sujeto en tanto tentativa de delito, es necesario comprobar que, de ser efectiva la representación que tuvo el sujeto de las circunstancias objetivas que de hecho no configuraban la oportunidad-para-la-acción, se estaría ante un delito consumado. En ese sentido, en el caso del delito consumado, lo que se atribuye al sujeto es una creencia verdadera, mientras que en el caso de la tentativa de delito lo que se atribuye al sujeto es una creencia no-verdadera. En ambos casos, las creencias atribuidas son aquello que constituye el dolo.

Sobre este punto es importante aclarar que, contrario a lo sostenido por algunos defensores de las llamadas teorías objetivas,⁷⁴ la referencia a la representación del sujeto no significa una toma de postura a favor de la punibilidad del “ánimo o la voluntad dañina”, en el sentido de una vulneración al principio *cogitationis poenam nemo patitur*, que establece que los pensamientos no serán objeto de pena.⁷⁵ Es la conducta del sujeto la que da

⁷³ Véase *infra*, pp. 47ss.

⁷⁴ Véase Politoff (1999), pp. 110ss., 167ss., con ulteriores referencias.

⁷⁵ Cury (1977), p. 9.

inicio a la tentativa, conducta que se reconoce como tentativa de un determinado delito porque, dada su representación de las circunstancias, no debió haberse comportado de la forma que lo hizo. Así, por ejemplo, en el caso en que una persona golpee a otra en la cabeza, lesionándola, deberá hacerse referencia a la representación que el sujeto tuvo de las circunstancias para poder determinar si éste es imputable únicamente del delito de lesiones consumadas o si es imputable por éstas en concurso con una tentativa de homicidio. Por cierto, la única forma de “hacer referencia a la representación del sujeto” es a través del análisis de las circunstancias bajo las cuales actúa, las que permiten adscribir o descartar dolo de homicidio al sujeto de acuerdo a un determinado catálogo de indicadores⁷⁶ que correspondan a síndromes de riesgo del acaecimiento de un resultado, de acuerdo a generalizaciones causales hechas a partir de “regularidades de la naturaleza”, en términos de Von Wright.⁷⁷ En el ejemplo, será necesario tener en cuenta el tipo de objeto con el que se golpee la cabeza de la víctima y la complejión física de la misma, entre otros factores, para responder si es posible adscribir al sujeto, al momento de efectuar el golpe, la representación, con cierto grado de probabilidad, de que su golpe iba a tener como resultado la muerte de la víctima. Y nótese como esto es perfectamente compatible con la exigencia de “hechos directos” establecida en el artículo 7º del Código Penal. En efecto, esta exigencia marca el momento de inicio de la tentativa, el que deberá identificarse de acuerdo con la representación que el sujeto tenga de las circunstancias. El inicio del movimiento corporal tendiente a golpear a otro en la cabeza podrá identificarse como el inicio de una tentativa de homicidio si es posible adscribir al sujeto la representación, de que su golpe va a tener como resultado, con cierto grado de probabilidad, la muerte de la víctima. Así, si el autor cree –erróneamente– que la víctima padece de osteogénesis imperfecta (fragilidad ósea), entonces podrá adscribirsele dolo de homicidio respecto del golpe que le da en la cabeza, a pesar de que dicha representación haya sido errónea y que, por ende, el golpe no le haya producido más que lesiones leves.

⁷⁶ Puppe (2017a), pp. 291ss.; Puppe (2010), pp. 79(54)ss.; Ragués (1999), pp. 455ss.

⁷⁷ Von Wright (1963), p. 8ss.

1.6. Tentativa inidónea

Esta reconstrucción de la tentativa como la realización imperfecta del tipo que –a pesar de no resultar antinormativo– constituye un quebrantamiento de la norma de comportamiento, en la que siempre puede reconocerse como base de la atribución a título de dolo una representación falsa de las circunstancias que constituyen la oportunidad-para-la-acción, implica rechazar la distinción, ampliamente reconocida en Chile, entre tentativa idónea e inidónea.⁷⁸ Ello, porque bajo el argumento planteado hasta ahora, en *todos* los casos tentativa está ausente la oportunidad-para-la-acción requerida para que el comportamiento del sujeto dé lugar a la consumación, sin que quepa hacer una ulterior distinción entre casos en los que, a pesar de la falta de oportunidad, el comportamiento resultaba idóneo para conseguir el resultado y casos en los que éste no resultaba idóneo. Es la falta de oportunidad-para-la-acción la que determina la inidoneidad de todo comportamiento constitutivo de tentativa.

Dicha conclusión contrasta con la opinión mayoritaria en Chile, que se encuentra a favor de distinguir entre tentativa idónea e inidónea, considerando que sólo el primer grupo de casos serían punibles bajo la legislación chilena. En cuanto a la caracterización que se hace del grupo de casos de “tentativa inidónea”, si bien no hay acuerdo respecto de sus límites,⁷⁹ parece haber dos notas distintivas que permitirían identificarlos. Ambas dicen relación con una subdistinción dentro de los casos de tentativa inidónea: a saber, “inidoneidad del medio”, “inidoneidad del objeto” e “inidoneidad del sujeto”.⁸⁰ La primera se refiere a la ineptitud de aquello que se utiliza para alcanzar el resultado típico (utilización de un arma de juguete para dar muerte a otro por la vía de un disparo), la segunda está referida a la ineptitud (o inexistencia) de aquello sobre lo que recae la acción y que debe experimentar la modificación (perjudicial) establecida en el tipo (disparar a un cadáver),

⁷⁸ Novoa (1963), pp. 38ss.; Cury (1977), pp. 149ss.; Garrido (1984), pp. 147ss.; Politoff (1999), pp. 133ss. Para una elaborada crítica a la distinción, véase Hart (1981), pp. 367ss., y Mañalich. Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo. Revista política criminal 14(27). Artículo aceptado de próxima publicación, citado con autorización del autor, pp. 35ss.

⁷⁹ Así también lo reconoce Schurmann (2016), p. 429.

⁸⁰ Los primeros dos, reconocidos como casos de “normales” de tentativa por Alcácer (2001), p. 18.

a saber, el resultado.⁸¹ La tercera, por último, hace referencia al tipo de casos sometidos a análisis en el presente trabajo, y consistiría en la ausencia de alguna cualidad especial del sujeto requerida por la descripción en la que consiste el tipo. La crítica a la distinción entre tentativa idónea e inidónea, por lo tanto, es de suma importancia para esta investigación, ya que negar que se sostenga implica rechazar que el fundamento de la falta de punibilidad de los casos en los que el sujeto no detenta el estatus requerido por la norma radique en la supuesta inidoneidad de su conducta, solución mayoritaria para estos casos, tanto en Chile como en España. Al respecto, es importante reparar en un punto fundamental: se trata de una posición que parte de la base de que los casos de “inidoneidad del sujeto” son casos de tentativa.⁸² Su falta de punibilidad se explicaría por tratarse de casos de tentativa inidónea, mas no porque no serían constitutivos de tentativa.⁸³ Al negar la distinción entre tentativa idónea e inidónea, tal como se hará a continuación, solamente se descarta la afirmación de que este tipo de casos no serían punibles por su supuesta inidoneidad, sin todavía descartar o confirmar que se trate de casos de tentativa.

Si bien resulta difícil encontrar una definición unívoca de qué cuenta como tentativa inidónea para la doctrina en Chile, es posible encontrar, entre los argumentos utilizados para favorecer su falta de punibilidad, ciertos puntos en común. Éstos se relacionan con los argumentos que recogen quienes sostienen la falta de punibilidad de los casos de *legal impossibility*⁸⁴ en Inglaterra, según la reconstrucción hecha por Hart en su aguda crítica a una serie de fallos de la Cámara de los Lores. Los dos argumentos que primarían detrás de jurisprudencia de la Cámara de los Lores son, por una parte, el “modelo de la interrupción” y, en segundo lugar, el del requisito de objeto extensional.

⁸¹ Novoa (1960), p. 129. Garrido (1984), 154. Para un argumento a favor de que por resultado se entienda tanto aquél causalmente conectado con la acción como aquél intrínsecamente conectado con ésta, Olave (2018), pp. 189ss.

⁸² Por ejemplo, Sainz de Robles (1989), p. 626, quien afirma que “[el caso] del sujeto *inidóneo* es un caso de tentativa *inidónea*”, a pesar de reconocer que el problema “puede examinarse también desde el punto de vista del delito especial” camino por el que opta.

⁸³ Ahora bien, existen también quienes, reconociendo la distinción entre tentativa idónea e inidóneas definen la punibilidad de esta última. Así, Cury (1977), pp. 171ss.

⁸⁴ Hart (1981), p. 149.

El modelo de la interrupción reconoce como tentativa punible únicamente a aquellas conductas realizadas parcialmente: así, habría tentativa punible sólo en los casos en los que puede reconocerse inicio de la ejecución sin haberse alcanzado aquél punto de tiempo en el que la ejecución de la acción se encuentra completa. El requisito (o “dogma”, en términos de Hart⁸⁵) del objeto extensional, por su parte, se basa en la constatación de que la formulación de ciertos tipos penales tiene como condición de su realización la existencia de determinados objetos.

El modelo de la interrupción permitiría afirmar que sólo constituirían tentativa idónea aquel grupo de casos en los que la falta de consumación se explica por la interrupción de la conducta, a saber:

- (1) Justo al momento en que A se dispone a disparar contra B, el primero recibe un empujón de un policía que se encontraba en el lugar, lo que genera que A falle el tiro, sin que la bala impacte a B

A su vez, clasifican de tentativa inidónea (no-punible) al grupo de casos en los que no hay consumación a causa de circunstancias dadas ya antes del inicio de la ejecución, a saber:

- (2) A dispara contra B con lo que cree que es una pistola de verdad, cuando en realidad se trata de una pistola de juguete que, en vez de balas, dispara agua.

Asimismo, entrarían dentro de este grupo de casos de “imposibles *ex ante*”, los casos en los que una persona no detenta el estatus requerido por la norma. Nótese que, desde el modelo construido en el presente trabajo, la distinción entre circunstancias dadas ya antes del inicio de la ejecución y circunstancias “sobrevinientes” carece de relevancia. Ello, porque, como ya se ha defendido, la imposibilidad de consumación se verifica *ex post*. El disparo desviado por el empujón del policía resultaba igualmente inidóneo para causar la muerte de aquél contra quien se dirigía, como el disparo con la pistola de agua. Asimismo, es imposible que se dé el resultado típico tanto en el caso de un funcionario público al

⁸⁵ Ya que, luego de una exhaustiva revisión y refutación de sus argumentos, llega a la conclusión de que no existen razones para seguir sosteniendo la necesidad de existencia de objeto extensional. Hart (1981), p. 379ss.

que, estando en proceso de sustracción de caudales públicos, se le pone término a su contrata como en el caso en el que ya antes del inicio del proceso de sustracción el sujeto no contaba con nombramiento vigente. Lo que debe notarse es que, tanto en el primer ejemplo como en el segundo, A no cuenta con una oportunidad-para-la-acción. En el segundo, no cuenta con un arma que dispare balas, en el primero, no cuenta con la posibilidad de apuntarle a B.

En cuanto al requisito de objeto extensional, en efecto ciertos tipos penales tienen como condición de su realización la existencia de determinados objetos. Ahora bien, de ello no se sigue que dicha existencia sea necesaria para los casos de tentativa. Efectivamente, el homicidio tiene como condición para su consumación que la acción se dirija contra un ser humano vivo, pero precisamente en los casos de tentativa dicho requisito deja de ser necesario. Bajo un modelo como el desarrollado más arriba y siguiendo a Beling, la existencia de objeto extensional no es un requisito para el reconocimiento de tentativa, toda vez que el esquema al que ésta responde debe hacer *referencia* al delito-tipo correspondiente, sin ser necesario que se le adecúe.⁸⁶

Ahora bien, podría argumentarse que incluso desde un punto de vista *ex post* es posible distinguir entre acciones peligrosas de aquellas que objetivamente no lo son. Disparar con una pistola de juguete o contra un cadáver son, al menos intuitivamente, acciones que no representan peligro alguno contra la vida de otro. Si bien esto es efectivo, la pregunta que cabría hacer a quienes defienden este argumento para distinguir entre tentativa idónea e inidónea es si el análisis respecto a la “peligrosidad *ex ante*” de la acción tiene alguna relevancia para la pregunta acerca de si se está ante una tentativa punible o no. Las dificultades que trae la pregunta por la medición de qué cuenta como “objetivamente” peligroso, han llevado a la incorporación arbitraria de ciertos elementos hipotéticos para fundamentar idoneidad. Se trata de una forma de argumentación en la que la razón por la que se distinguiría entre el primer y segundo ejemplo es que en el primero sería *posible* dar

⁸⁶ Véase *supra*, pp. 16-7

muerte a B, al momento en el que A dispara, mientras que en el segundo ello sería imposible.⁸⁷ Pero semejante línea argumentativa pasa por alto que la forma en que sería posible que en el primer ejemplo A diera muerte a B es suponiendo hipotéticamente que A no fuera empujado por el policía. Lo que cabe preguntarse, entonces, es por qué se hace el ejercicio de suposición hipotética sólo en caso del primer ejemplo y no en el del segundo, en el que el resultado de muerte de B sería igualmente *posible* de suponerse que A tenía una pistola real y no de juguete. Respecto del problema específico acá tratado, no existen buenas razones para considerar imposible el delito en el que está ausente el elemento consistente en el estatus de funcionario que debe detentar el autor al momento de actuar, pero posible un caso en el que lo que está ausente es algún otro elemento que configuraría la oportunidad-para-la-acción, como lo sería la falta de vigilancia necesaria para la sustracción de caudales públicos, en el caso de un funcionario que, sin saber que está siendo vigilado, intenta sustraerlos del lugar en el que se encuentran depositados, siendo detenido antes de terminar el proceso de sustracción. No queda sino concluir que la distinción se basa en la selección *ad hoc* de elementos que, se considera, han de estar presentes al momento de la realización de la conducta, y que es, por ello, arbitraria.

La defensa a la distinción entre tentativa idónea e inidónea, en la discusión referida específicamente al problema de la falta de detentación del estatus requerido por la norma por parte del autor, se ha dado principalmente desde dos posturas cuyo punto de partida para plantear la distinción se encuentra en su fundamentación de la punibilidad de la tentativa. Una revisión de los argumentos y, especialmente los ejemplos planteados por ambas, muestra que lo que tienen en común es la pretensión de descartar la punibilidad de

⁸⁷ Así, Etcheberry (1997) p. 68. “[E]l delito no era **imposible**; era posible, pero faltaron factores causales o condiciones que transformaran la **posibilidad** en **realidad**”. Énfasis en el original. En el mismo sentido, Politoff (1999), p. 113, quien afirma que “[n]o es lo mismo para el derecho que la bala pase junto a la cabeza de una persona, sin alcanzarla, a que el hechor dispare con una pistola de juguete, creyéndola real, de la que en vez de la bala esperada brote un hilo de agua”. Asimismo, Sainz de Robles (1989), p. 630, defiende que “pueden no obstante distinguirse *ex post*, las acciones que *en un principio* eran capaces de la consumación y aquellas otras que aparecen incapaces de lesión desde un *primer momento*”. Énfasis en el original. Esta distinción *ad-hoc*, entre un caso que sería “posible” y otro “imposible” se encontrará, por regla general, en las defensas a la distinción entre inidoneidad absoluta e inidoneidad relativa. Sobre la distinción, Garrido Garrido (1984), p. 149, con ulteriores referencias. Contra la distinción, Schurmann (2016), pp. 433ss., 441ss.

conductas que resultan “evidentemente” inidóneas para la consecución del resultado.⁸⁸ Aquellas conductas que, de acuerdo con Roxin, darían lugar a que el observador imparcial gritara “¡estúpido!” al autor.

En primer lugar, está la llamada “teoría objetiva”, arriba tratada, que utiliza la figura del observador imparcial para distinguir acciones *ex ante* peligrosas de aquéllas que no lo son, siendo la puesta en peligro del bien jurídico lo que fundamenta la punibilidad de la tentativa, a falta de resultado lesivo. Como ya fuera mencionado, las dificultades con las que se encuentra esta teoría llevan, o bien a la irrelevancia de la figura del observador, en los casos en los que ésta se usa considerando que “el espectador objetivo [se encuentra] situado en el lugar del autor y [posee] los conocimientos que él mismo posee”,⁸⁹ o bien al problema de distinguir entre casos que el observador objetivo (a diferencia del autor) no consideraría ya *ex ante* peligrosos de aquellos que sí, sin caer en la incorporación *ad hoc* de elementos que permiten fundamentar la idoneidad en algunos casos y negarlas en otros.

En segundo lugar, desde lo que puede llamarse el “punto de vista de la prevención general”⁹⁰ está la “teoría de la impresión”, que defiende la distinción entre tentativa idónea e inidónea y la impunidad de esta última utilizando el argumento de que en los casos de inidoneidad no existe necesidad de aplicar una pena, ya que no constituirían un “mal ejemplo” para la sociedad, al no “conmover la confianza de la comunidad”.

Se trata de una teoría introducida como “límite objetivo” a la llamada teoría subjetiva que afirmaba que el fundamento de la punibilidad de la tentativa radicaba en la voluntad antinormativa del autor.⁹¹ Así, se afirma que no bastaría con dicha voluntad manifestada en la conducta del sujeto para que haya tentativa punible, sino que además la conducta deberá generar una impresión en la comunidad, alterando “el sentimiento de seguridad jurídica de la generalidad (...)”. Tal efecto constituiría el fundamento de la punibilidad de

⁸⁸ Véase *supra*, p. 23. “Se trata de conductas ejecutadas en forma tan grosera y defectuosa que nadie experimenta la tentación de emularlas ni temor de que otros insistan en su ejecución”. Cury (1977), p. 171.

⁸⁹ Farré (1989) p. 445.

⁹⁰ Gómez (2006a), p. 123. Farré (1989), p. 25.

⁹¹ Gómez (2006a), pp. 128-9; Jakobs (1991), p. 863(20); Farré (1989), pp. 25ss.

la tentativa. El disvalor de resultado de la tentativa se encontraría entonces en el daño social que produce la pérdida de confianza de la comunidad en su sistema jurídico producida por la voluntad manifestada por parte del autor, daño que no sería reconocible en los casos en los que el autor no detenta el estatus requerido por la norma.

Como bien detecta Jakobs, la teoría de la impresión parte de una base errónea al enfocarse en la impresión social que genera la conducta de un individuo. Afirma que se falla al atender al momento de conmoción general, criterio que carece de valor explicativo para distinguir, por ejemplo, entre ciertos actos preparatorios que ya causan conmoción social (como la minuciosa preparación de un homicidio, que puede incluir la compra de armamento, seguir a la víctima e incluso preparar el lugar donde se ejecutará el homicidio), del inicio de una tentativa que podría no causar conmoción alguna, como en el caso de delitos con leve impacto social, o faltas. Esta teoría resulta igualmente impropia al momento de intentar defender como casos de tentativa inidónea aquéllos en los que el sujeto no detenta el estatus exigido por la norma. Esto, porque lo que tendría que llegar a afirmarse –y que, en efecto, se hace⁹²– es que *jamás* la conducta de quien carezca del estatus establecido en la norma generará la impresión social mínimamente requerida para justificar la aplicación de la pena, perteneciendo este grupo de casos a la categoría de tentativa inidónea. Y difícilmente se puede defender que un caso como el siguiente no generaría conmoción social:

V, quien acaba de asumir como Ministro de Educación y creyendo erróneamente que su decreto ya se encuentra debidamente tramitado, acepta recibir un beneficio económico de parte de D, director de un colegio municipal, con la finalidad de que asegure la entrega de recursos por parte del Ministerio, destinados a mejorar la infraestructura de dicho colegio.⁹³

⁹² Véase referencias de Farré (1989), pp. 442-3; Gómez (2006a), pp. 125-6. Notando las dificultades de dicha afirmación, Alcácer (2001), pp. 44ss., a pesar de que adopta la igualmente compleja posición del observador imparcial para distinguir entre tentativa punible y tentativa impune.

⁹³ En ese sentido, la teoría de la impresión tampoco sirve para descartar la punibilidad de ciertos ejemplos de delito putativo, como lo sería el caso en el que V creyera que al momento en el que se anuncia que será nombrado ministro, antes de su juramento, ya detenta la calidad de funcionario público y, bajo esa representación, acepta recibir un beneficio económico de parte de D, director de un colegio municipal, con la

1.7. Tentativa irreal y tentativa supersticiosa

El problema de quienes defienden la teoría de la impresión está en considerar que son las repercusiones de la conducta las que definen si ésta constituye o no tentativa y no la conducta misma, la que deberá juzgarse como constitutiva de tentativa en la medida en que, de haber sido correcta la representación del agente, hubiera ejemplificado el tipo de acción prohibido por la norma. Lo que parece estar detrás de la afirmación de que *nunca* un caso en el que el autor carezca del estatus requerido por la norma generará conmoción social es precisamente el punto de conexión que encuentra la teoría de la impresión con la teoría que utiliza la figura del observador imparcial (y que permitiría explicar la destacada posición que mantiene hasta hoy tanto en la discusión dogmática nacional como extranjera la distinción entre tentativa peligrosa punible y no peligrosa impune):⁹⁴ la necesidad de distinguir entre casos en los que el error en el que incurre el agente tiene un carácter tal, que hace imposible que se genere conmoción alguna en la sociedad ante la conducta o que el observador parcial pueda llegar a considerarla como *ex ante* peligrosa. Se trata de una aprehensión reconducible a Feuerbach⁹⁵ quien, al tratar la tentativa, afirma que:

“sólo lo es [antijurídica] una acción (exterior) que lesiona o pone en peligro al derecho. (...) Quien habla de participación en el crimen con un veneno falso o del homicidio de un cadáver o similares, confunde lo moral con lo jurídico, los funda-

finalidad de que asegure la entrega de recursos por parte del Ministerio, destinados a mejorar la infraestructura de dicho colegio. Límites precisos de la distinción entre el error de tipo y error de prohibición serán tratados *infra*, pp. 39ss.

⁹⁴ A pesar de que la teoría de la impresión suele clasificarse como teoría subjetiva, con la impresión como “corrección” objetiva que limita su ámbito de punibilidad. Dice ser excepción a esto Cury (2005) pp. 576 y ss. Pero si se consideran variantes mixtas, que en cualquier caso aceptan la distinción entre tentativa idónea e inidónea, ello no es así. Al aceptar la teoría de la impresión, basada en el modelo de un observador razonable, Cury sólo reconoce como tentativa –idónea– aquella que sea “(...) capaz de disminuir el respeto del grupo social por los valores elementales de la acción, o de quebrantar su confianza en el sistema de protección que se les ha otorgado”, con lo que termina aceptando que existiría tentativa inidónea cuando no se cause tal impresión en el observador razonable. Cury (2005) p. 580.

⁹⁵ González (2001), nota 10.

mentos de la policía de seguridad con el derecho a la pena, y debería también declarar culpable al bávaro que vaya a una capilla en peregrinación a rezar por la muerte de su vecino”.⁹⁶

En otras palabras, se trataría de una intuición que apunta a negar la punibilidad de conductas que no parecen caber bajo la categoría de tentativa de delito precisamente porque dan cuenta de una comprensión que podría llamarse “irreal” del mundo. Más precisamente: la conducta en cuestión evidencia que el sujeto reconoce leyes causales que no cuentan con apoyo científico alguno. La razón tras esta necesidad de distinguir, entonces, entre conductas *ex ante* peligrosas y *ex ante* no peligrosas, o conductas que “conmoverían a la sociedad” versus aquéllas no lograría conmoción alguna, recaería en la necesidad de que casos como el de la joven que, creyendo estar embarazada luego de haber besado a un hombre, pretende abortar consumiendo azúcar,⁹⁷ o el bávaro que reza por la muerte de su vecino, no sean considerados equivalentes (en tanto tentativa punible) a los casos considerados ejemplos paradigmáticos de tentativa punible (quien dispara un arma pero yerra el blanco, por ejemplo); por regla general, casos que se corresponden con el modelo de la interrupción.

A pesar de que la intuición dirigida hacia distinguir entre ambos grupos de casos resulta correcta, no es la aplicación de un modelo de la peligrosidad *ex ante* o de la teoría de la impresión lo que permitirá efectuarla, toda vez que, como se ha mostrado, ambos resultan insuficientes para analizar el concepto de tentativa como hecho punible. La distinción, por lo tanto, no se fundamenta en la falta de peligrosidad o incapacidad de impresionar de un grupo determinado de casos, sino en el contenido de la representación del autor en cada uno: el grupo de casos denominados “tentativa irreal”, cuyo ejemplo paradigmático es el de la joven que intenta abortar consumiendo azúcar, consisten en casos en los que lo que corresponde es ya descartar la imputación a título de dolo (y, por ello, descartar que exista tentativa).

⁹⁶ Feuerbach (1989), p. 76, §42, nota 2.

⁹⁷ Politoff (1999), pp. 112ss.

Si bien un análisis pormenorizado del problema de la llamada “tentativa irreal” supera con creces los límites del presente trabajo,⁹⁸ un importante acercamiento a diferenciar dicho grupo de casos de los de tentativa punible que merece ser tenido en consideración es el de Struensee, quien reconoce que los mal llamados casos de “tentativa irreal” no serían, en realidad, casos de tentativa.⁹⁹ Ello porque se trata de casos en los que el error bajo el cual actúa el sujeto no consiste en un error que permita fundamentar la imputación a título de dolo, en la medida en que no se trata de un desconocimiento o errónea representación de circunstancias que, de ser efectivas, darían lugar a la consumación. En el caso en cuestión, la joven no desconoce que *tan solo* recibió un beso o que se encuentra consumiendo azúcar. Lo que la joven desconoce en este caso es la inexistencia de una relación de causalidad entre, en primer lugar, un beso y un resultado de embarazo y, en segundo lugar, el consumo de azúcar y la producción de un aborto. Así, Struensee correctamente llega a afirmar que este grupo de casos se corresponderían con lo que llama un “error nomológico”, a saber, aquel error consistente en la creencia de que existe una ley causal que no encuentra apoyo empírico alguno¹⁰⁰ y que por lo tanto consiste en una ley causal imaginaria. En ese sentido, quien actúa bajo un error nomológico no actúa simplemente bajo la creencia errónea de que se encuentra ante una oportunidad-para-la-acción, sino que yerra respecto a qué cuenta como una oportunidad-para-la-acción.

Este último punto permite aclarar el lugar que le correspondería a la llamada “tentativa supersticiosa” como clase de error nomológico en el que la creencia errónea está asociada a aquello comúnmente considerado mágico o sobrenatural. Se trata, al igual que la llamada “tentativa irreal”, de la suposición de que existen leyes causales sin apoyo científico alguno, tal como es el caso de quien cree, por ejemplo, que al tener en su poder un muñeco

⁹⁸ Para un acabado desarrollo del concepto de tentativa irreal, defendiendo su carácter de delito putativo, véase Mañalich. Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo. Revista política criminal 14(27). Artículo aceptado de próxima publicación, citado con autorización del autor, pp. 42ss.

⁹⁹ Struensee (1992), pp. 59ss.

¹⁰⁰ Como lo sería negar la ley de gravitación universal, por la vía de afirmar que, al momento de empujar a una persona de un acantilado, no se sabía que dicha persona caería, sino que se pensaba que flotaría.

que representa a determinada persona tiene la oportunidad de lesionar a dicha persona, en la medida en que proceda a enterrar alfileres en dicho muñeco.¹⁰¹

La conducta llevada a cabo por el agente que se encuentra bajo un error fundante-de-dolo, en cambio, es una que admite ser interpretada como racional, considerando la creencia errónea del sujeto. Como correctamente detecta Parfit, en el caso de una persona que, caminando por el desierto, inquieta y enfada a una serpiente venenosa, se puede considerar como *racional* la respuesta de correr y alejarse de la serpiente, si el sujeto cree que esa es la forma de salvarse de un ataque. Ello, a pesar de que se trata de una creencia errónea, toda vez que la serpiente sólo atacará objetivos que se encuentren en movimiento.¹⁰² La conducta llevada a cabo por quien se encuentra bajo un error nomológico, por su parte, es una conducta que da cuenta de cierto grado de irracionalidad del agente, pues significa que éste acepta leyes causales imaginarias. Se trata de un error que no admite ser considerado como fundante-de-dolo pues se tienen circunstancias por existentes que no pueden ser calificadas como síndromes de riesgo para la producción del resultado típico y que, por lo tanto, no forman parte de la regla que establece el contenido del dolo.¹⁰³ Esto último significa que los casos que constituirían las llamadas “tentativa irreal” y “tentativa supersticiosa” son casos en los que no puede adscribirse dolo y, por lo tanto, no son casos de tentativa.

De esta forma, no existen buenas razones para distinguir entre casos de tentativa idónea e inidónea, pero sí las existen para distinguir casos de error fundante-de-dolo y error nomológico. Esto significa que, a diferencia de lo que se ha planteado,¹⁰⁴ es posible negar

¹⁰¹ Defendiendo una postura contraria a la acá planteada, Sancinetti distingue entre tentativa irreal y tentativa supersticiosa, afirmando que esta última respondería a un pensamiento mágico ajeno a leyes causales mientras que la primera supondría un razonamiento bajo leyes causales “terrenales” (empíricas), pero en virtud de la aplicación de una regla de experiencia *totalmente distorsionada*. Sancinetti (1995), p. 183. Énfasis en el original.

¹⁰² Parfit (2011), p. 34.

¹⁰³ Puppe (2017a), pp. 291ss.; Puppe (2010), pp. 79(54)ss.; Mañalich. Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo. Revista política criminal 14(27). Artículo aceptado de próxima publicación, citado con autorización del autor, p. 41.

¹⁰⁴ Politoff (1999), p. 113, con ulteriores referencias.

que la distinción entre tentativa idónea e inidónea se sostenga y aun así defender la impunidad de casos en los que la falta de consumación se explica por un error nomológico, tal como sería el caso de la joven que intenta ponerle término a su supuesto embarazo por la vía de consumir azúcar. La consecuencia de lo anterior es que no se podrá afirmar que existe un subconjunto de casos constitutivos de tentativa que no serían punibles. De afirmarse la punibilidad de la tentativa, también se deberá afirmar la punibilidad de los casos que tradicionalmente se han considerado como casos de inidoneidad de los medios e inidoneidad del objeto. En cuanto al grupo de casos constitutivos de lo que se ha llamado “inidoneidad del sujeto”, de afirmarse que son casos de tentativa, tampoco podrá negarse su punibilidad por esa supuesta inidoneidad.

1.8. La tentativa como error

Según lo afirmado hasta ahora, entonces, siempre en los casos de tentativa la base de atribución de responsabilidad a título de dolo es una representación falsa de las circunstancias que constituyen la oportunidad-para-la-acción. Esta atribución de una creencia falsa, referida a las circunstancias bajo las que el sujeto actúa, constituye un “error de tipo”, entendido como aquel error que recae sobre las condiciones que deben darse para que se realice el tipo delictivo, es decir, “(...) sobre los presupuestos de verdad de la oración normativa del tipo”.¹⁰⁵ El error de tipo es uno en el que el sujeto erróneamente cree que se dan las condiciones para la ejecución u omisión de una conducta que ejemplifica el tipo-de-acción u omisión prohibida o requerida por la norma.

Esta caracterización del error de tipo se aleja de las definiciones que tradicionalmente se han dado de éste, como aquel error de hecho que recae sobre los “(...) elementos que conforman el tipo objetivo (...)”,¹⁰⁶ y permite evitar dos problemas en los que se puede

¹⁰⁵ Kindhäuser (2010), p. 148. Asimismo, Mañalich (2011), pp. 102ss.

¹⁰⁶ Garrido (2003), p. 93.

incurrir si se emplea esta noción “tradicional” del error de tipo. Primero, sortea una ambigüedad propia de la explicación del error de tipo como aquél que recae sobre los elementos (descriptivos) que conforman el tipo. Dicha ambigüedad se refiere al objeto específico del error, a saber, acerca de si éste recae sobre el sentido de dichos elementos “descriptivos”, o los presupuestos empíricos que deben cumplirse para que lo que se predica a través de dichos elementos sea verdadero.¹⁰⁷

Por ejemplo, en cuanto al elemento típico “mayor de catorce años” del art. 361 del Código Penal, se puede errar en la aplicación del concepto al creer que una persona es mayor de catorce años por tener la apariencia de una persona mayor, cuando, de hecho, no lo es. Por otra parte, el error puede recaer en el sentido de “mayor de 14 años”, en el caso en que una persona no sepa cómo calcular la edad (como sería el caso de quien crea que la edad se calcula desde el momento de inscripción de la persona en el registro civil y no según la fecha de nacimiento). En el primer caso, el sujeto conoce el sentido del concepto de edad, pero se representa erróneamente las circunstancias que harían aplicable el predicado “mayor de 14 años” al caso. Desconoce, por lo tanto, que se dan las condiciones de aplicación de la norma. Dicho error se corresponde con lo que acá se denominará “error de tipo”. En el segundo caso, en cambio, no es un problema de representación de las circunstancias que harían o no aplicable el elemento de la descripción típica, sino que se trata de un problema de desconocimiento del sentido del elemento mismo, independiente de las circunstancias del caso. Quien incurre en este error, por lo tanto, no será capaz de subsumir correctamente un comportamiento bajo el tipo respectivo, pues no comprende la descripción típica. Este tipo de error corresponderá a lo que doctrinariamente ha sido llamado “error de prohibición”.¹⁰⁸

¹⁰⁷ La distinción se encuentra tratada en Kindhäuser (2010), pp. 139ss.

¹⁰⁸ Bajo dicha clase de error caen tanto la falta de comprensión del sentido de la norma o sus elementos como el desconocimiento del contenido de la norma (a saber, casos en que el sujeto desconoce la existencia de ciertas normas prohibitivas o de requerimiento). Lo importante acá es que, respecto de su comportamiento, el sujeto “no lo haya subsumido bajo aquel tipo que en realidad corresponde”. Puppe (2017b), p. 39.

Esta dificultad para distinguir de forma clara entre ambos tipos de error se hace patente en los ejemplos propuestos por Farré Trepas, respecto de lo que sería un error de prohibición por extensión errónea del ámbito de aplicación de la norma penal, a saber, los casos de “(...) quien cree falsificar un ‘documento’ o tomar una cosa ‘ajena’, cuando estas características concurren únicamente en su imaginación”.¹⁰⁹ Se trata precisamente de ejemplos respecto de los que no es posible (dada la información entregada) resolver si se trata de casos de error de tipo o de prohibición.¹¹⁰ Así, el error acerca de lo que Farré Trepas llama las “características” de “documento” y “ajeno” podría darse ya en la forma de un error de tipo, ya en la de un error de prohibición. En el primer caso, se trataría de uno en el que, a pesar de que el sujeto sabe qué condiciones han de cumplirse para que un objeto cuente como un documento o como ajeno, su representación de las circunstancias hace que considere equivocadamente que se cumplen dichas condiciones (y, por lo tanto, dichas características concurren únicamente en su imaginación). El segundo, en cambio, se daría ya porque el sujeto desconoce las condiciones que han de cumplirse para que un objeto cuente como documento o como ajeno, precisamente porque desconoce el alcance de cada término (haciendo, nuevamente, que dichas características concurren sólo en su imaginación).

En este punto vale la pena reparar en que no parece ser casual que se utilice los conceptos de “documento” y “ajeno” como ejemplos –insuficientes, en el caso de Farré Trepas– de error de prohibición. Pues el segundo problema del tratamiento tradicional de la distinción entre error de tipo y error de prohibición se encuentra en la ulterior distinción entre elementos descriptivos del tipo, como aquellos que pueden “sin más” ser percibidos por los sentidos, y elementos normativos del tipo, entendidos como aquellos que han de ser objeto de valoración para ser “captados”, siendo “documento” y “ajeno” típicamente utilizados como ejemplos de estos últimos.¹¹¹ Si bien no es el lugar para adentrarse en una acabada crítica de esta distinción, es importante destacar que se trata de una distinción que

¹⁰⁹ Farré (1989), p. 422.

¹¹⁰ Asimismo, Alcácer (2001), p. 15.

¹¹¹ Garrido (2003), pp. 47. Una muestra de las dos formas de error que pueden darse, utilizando como ejemplo “el elemento documento” se puede encontrar en Kindhäuser (2010), pp. 146-7.

descansa en el problemático supuesto epistemológico consistente en el compromiso con la “dicotomía hecho/valor”,¹¹² y que parece partir de la premisa de que no existiría dificultad en distinguir entre elementos “captados” por los sentidos y elementos que requerirían de valoración para ser “captados”. El que se trata de una distinción más problemática de lo que podría parecer en principio se evidencia volviendo al ejemplo del artículo 361: para reconocer que una persona es mayor de 14 años, la percepción sensorial no es suficiente, aunque ésta resulta en cualquier caso útil. Se necesita también manejar el concepto de edad y cómo se calcula, lo que caería en la categoría de “valoraciones de elementos no captados por los sentidos”, en la distinción tradicional entre elementos descriptivos y normativos. Esto significa que no basta con identificar “sobre qué tipo de elemento” recae el error para determinar si se trata de un error de tipo o uno de prohibición.

Una formulación de la distinción entre error de tipo y error de prohibición como la acá propuesta permite situar a cada uno en los distintos niveles de imputación: la falta de representación de circunstancias necesarias para la realización del tipo permite descartar la imputación a nivel del injusto, toda vez que se descarta que el sujeto haya sido cognitivamente capaz de dar seguimiento a la norma, al desconocer que se daban las circunstancias que constituyen las condiciones de aplicación de dicha norma (la oportunidad-para-la-acción). Por otro lado, el error de prohibición permite descartar la imputación a nivel de la culpabilidad: quien desconoce la norma no puede motivarse conforme a ésta. Ahora bien, en la medida en que la conciencia de la antijuridicidad requerida a nivel de la culpabilidad es conciencia de la antijuridicidad de la conducta específica del sujeto, es necesario que el sujeto se represente que su comportamiento es de aquellos objetivamente contrarios a la norma para que, en un paso posterior, pueda afirmarse o negarse que tenía conciencia de la antijuridicidad. Quien dispara contra otro creyendo que se trata de un espantapájaros, por ejemplo, no es capaz de motivarse conforme a la norma que prohíbe causar la muerte de otro, toda vez que no se representa que su comportamiento sea de aquéllos que causan la muerte de otro. Así, “(...) sólo en relación con un hecho imputable a título de dolo es

¹¹² Putman (2002), pp. 7ss.

posible la constatación de la correspondiente consciencia (“actual”) de la antijuridicidad”.¹¹³ A esto es lo que se refiere Binding cuando afirma que “(...) todo error sobre un elemento de la acción en sentido estricto también tiene, en todo caso, exactamente la misma consecuencia: de modo mediato, siempre implica simultáneamente un error sobre la prohibición de esa concreta acción”.¹¹⁴ Debiendo entenderse “de modo mediato” como mediado por el error de tipo.

Ahora bien, que todo error de tipo tenga como consecuencia en un nivel secundario un error de prohibición no significa que deba abandonarse la distinción,¹¹⁵ en la medida en que se esté aplicando (como se está haciendo en el presente trabajo) un modelo comprometido con la distinción entre injusto y culpabilidad, así “(...) todo error de tipo implica un correspondiente error de prohibición, sin que un error de prohibición, a la inversa, implique un correspondiente error de tipo”.¹¹⁶

1.9. El “principio de inversión”

Los casos de error ya tratados, entonces, son casos en los que el autor no se representa estar cometiendo un delito a través de su conducta, ya sea porque no se representa las circunstancias necesarias para la realización del tipo o porque desconoce la norma conforme a la cual le correspondía motivarse dado su comportamiento. Ahora bien, existe un segundo grupo de errores, (llamados “errores invertidos”) bajo los cuales el autor se representa estar cometiendo un delito a través de su conducta. De forma análoga a lo que ocurre con el error de tipo y el error de prohibición, encuentra dos variantes: puede recaer

¹¹³ Mañalich (2011), p. 99.

¹¹⁴ Binding (2009), p. 85. En el mismo sentido, Kindhäuser (2010), pp. 149ss.

¹¹⁵ Tal como propone Binding, toda vez que entiende que el dolo como *dolus malus*, es decir, incluyendo la consciencia de la antijuridicidad. Binding (2009), pp. 33 ss.; 65 ss. Mañalich (2011), nota 37.

¹¹⁶ Mañalich (2011), p. 101. Asimismo, Jakobs (1991), p. 673 (19/34), “El autor de delito imprudente se encuentra siempre en error de prohibición, pues quien no sabe con qué consecuencias se comporta, tampoco tiene idea efectiva de que es injusto comportarse con determinadas consecuencias”. Hay que aclarar que el punto acá es que existe un error de prohibición (mediado) siempre que se esté ante error de tipo que permite descartar la imputación a título de dolo. Esto no implica responder afirmativamente la pregunta por la imputación extraordinaria a título de imprudencia, la que se mantiene abierta.

sobre las circunstancias necesarias para la realización del tipo, cuando el sujeto cree que se dan, pero no concurren objetivamente; o puede recaer sobre el sentido de la o las respectivas normas de comportamiento, cuando el sujeto cree estar comportándose de manera contraria a la norma por desconocimiento del sentido de ésta, sin que ello sea el caso.

Así, el error de tipo, en tanto error de representación de la concurrencia de determinadas circunstancias fácticas que permiten la satisfacción de las condiciones de verdad de una proposición, puede darse en dos variantes. Primero, como la representación errada de que *no concurren* las circunstancias que satisfacen la descripción contenida en el supuesto de hecho de la norma (como es el caso de quien dispara contra un ser humano vivo creyendo que se trata de un espantapájaros) y, segundo, como la representación errada de que *concurren* las circunstancias que satisfacen la descripción contenida en el supuesto de hecho de la norma (como es el caso de quien dispara contra un espantapájaros creyendo que se trata de un ser humano vivo). Este grupo de casos han sido denominados casos de “error de tipo al revés”. Por su parte, los casos de error acerca del sentido de la norma que hacen creer que existe una norma aplicable cuando objetivamente no existe, son los llamados casos de “error de prohibición al revés”.¹¹⁷ En los casos de error de tipo al revés, el error *fundamentaría* la imputación a título de dolo, siendo entonces la conducta del sujeto imputable a título de tentativa.¹¹⁸ Los casos de error de prohibición al revés, por otro lado, son parte de la categoría de comportamiento no punible conocida como “delito putativo”. Así, en el caso del error de tipo al revés, de ser correcta la representación que tiene el sujeto de las circunstancias, su comportamiento hubiera ejemplificado el tipo-de-acción descrito en la norma. En el caso del error de prohibición al revés, en cambio, incluso siendo correcta la representación que tiene el sujeto de las circunstancias, su conducta no realizará tipo penal alguno, “porque no existe una ley en la que pudiera subsumirse la situación fáctica representada por el autor”.¹¹⁹

¹¹⁷ Cury (1977), pp. 148ss.; Garrido (1984), pp. 152ss.; Politoff (1999), pp. 117ss. Todos con referencias ulteriores.

¹¹⁸ Véase *supra*, pp. 24ss.

¹¹⁹ Kindhäuser (2010), p. 158.

Esto significa que el comportamiento del sujeto no alcanza siquiera a quebrantar imperfectamente una norma, pues no existe norma alguna referida a dicho comportamiento. Es por lo anterior que “un delito putativo es irrelevante para el Derecho penal”.¹²⁰ Se trata de una categoría cuyo contenido se define negativamente como aquello que no es penalmente relevante, es decir, designa aquello que *no* constituye objeto de estudio del derecho penal más allá de la creencia errada del sujeto. En este sentido, la categoría de “delito putativo” constituye una clase nominal que, en tanto tal, está compuesta por casos cuyo único punto en común es que son reconocidos como no constitutivos de delito.¹²¹

Lo anterior permite circunscribir el ámbito del problema acá tratado. Se trata de aquél que se manifiesta en el grupo de casos en los que existe un error de tipo al revés y no aquellos en los que se presenta un error de prohibición al revés. Los siguientes ejemplos permitirán ilustrar la diferencia, a veces pasada por alto al tratar este problema:¹²²

- (1) Un empleado municipal de la oficina de partes del municipio, que desconoce que su nombramiento como funcionario fue nulo por incompetencia del órgano que lo nombró, entrega a un agente secreto copia de cartas recibidas en su oficina.
- (2) Una mujer de la limpieza de una oficina pública cree erróneamente que su condición de trabajadora en dicha oficina pública la convierte en funcionaria. Bajo dicha creencia, la mujer entrega a un agente secreto los papeles que contiene la papelera que ha recogido de un despacho.

En el primer caso el error del empleado municipal no recae sobre aquello que es requerido para ser funcionario público. El empleado municipal podría tener perfecto conocimiento de qué es lo que se requiere para ser funcionario público y, sin embargo, yerra

¹²⁰ Kindhäuser (2010), p. 158.

¹²¹ Respecto a la categoría de clase nominal, Moore (1992), pp. 206ss. Esta falta de relevancia se refleja en la inexistencia de norma alguna en el derecho chileno que establezca una pena para los casos en los que el sujeto crea que su comportamiento contraviene una norma inexistente. En este sentido, respecto al ordenamiento jurídico alemán de la época, aunque ampliando la noción de delito putativo para abarcar también lo que se considera “tentativa inidónea” desde la teoría de la tentativa como realización parcial del tipo, Binding (2009), pp. 105ss.

¹²² Los ejemplos son de Jescheck (2002), p. 574ss., quien precisamente pasa por alto la distinción al calificar como error sobre las circunstancias el ejemplo del quien cree ser tutor sobre la base de su nombramiento en un testamento.

respecto a su calidad de tal. En el segundo caso, por su parte, el error recae sobre aquello que se requiere para ser funcionario público, error que es independiente de las circunstancias específicas bajo las que actúa la mujer. Lo anterior permite distinguir ambos ejemplos: el primero corresponde a un error de tipo “invertido”, el segundo, a uno de prohibición “invertido”.¹²³

La noción de error inverso se remonta a Binding,¹²⁴ quien trata el “error de delito” como aquél que se da cuando el autor desconoce uno o varios “elementos delictivos” (lo que incluye tanto las circunstancias en las que actúa como el hecho de que la ejecución u omisión de dicha acción se encuentre sujeta a prohibición o requerimiento) que hacen que ignore que su conducta ejemplifica el tipo-de-acción descrito por la norma. La “exacta inversión del error de delito”, en términos de Binding sería el “error de atribución”, aquél que se da en los casos en los que se atribuye a una acción cualidades jurídicas que no detenta,¹²⁵ es decir, la suposición errónea de la antinormatividad de un comportamiento que no resulta ser antinormativo.

Ahora, el problema de presentar así el error de delito y su inversión está en que no se distingue entre casos de delito putativo (no punible) y casos de tentativa. Si se afirma que en toda tentativa existe un error acerca de las circunstancias que constituyen la oportunidad-para-la-acción, entonces un comportamiento constitutivo de tentativa siempre será uno en el que se “invierte” el error de delito: el sujeto yerra respecto a la concurrencia de uno o varios de los “elementos delictivos”, (específicamente, las circunstancias bajo las que actúa) que hacen que ignore que su conducta *no* ejemplifica el tipo-de-acción descrito por la norma y que suponga, así, que su comportamiento es antinormativo cuando en realidad no lo es. La posición de Binding se explica por su favorecimiento de una concepción de la tentativa como “realización parcial” del tipo,¹²⁶ la que, como se vio más arriba,¹²⁷ ignora el carácter binario del juicio de subsunción que se utiliza para comprobar si una

¹²³ Reconociendo la distinción en los mismos términos, Alcácer (2001), pp. 15-6.

¹²⁴ Alcácer (2001), p. 14.

¹²⁵ Binding (2009), p. 105.

¹²⁶ Binding (2009), pp. 108 y ss.

¹²⁷ Véase *supra*, pp. 12ss.

conducta ejemplifica la descripción consistente en el tipo. Bajo una reconstrucción de la tentativa como la acá propuesta, en cambio, lo que la distingue del error de prohibición es que, de ser efectiva la representación que tuvo el sujeto de las circunstancias objetivas que de hecho no configuraban la oportunidad-para-la-acción, se estaría ante un delito consumado. En el caso del error de prohibición invertido, incluso si la representación de las circunstancias objetivas que configurarían la oportunidad-para-la-acción fuera correcta, no se estará ante un delito consumado, precisamente porque lo que caracteriza al error en estos casos es que no recae sobre dichas circunstancias, sino que consiste en un desconocimiento de la norma que hace al sujeto suponer que su conducta es antinormativa. El delito putativo, por tanto, no es tan sólo la errónea suposición de que cierta conducta es antinormativa, error en el que también incurre, mediado por un error de tipo al revés, aquél cuya conducta es punible a título de tentativa.¹²⁸

Este recurso a la “inversión” de ambos errores es lo que ha llegado a conocer como “principio de inversión” o “conclusión inversa”, y se remonta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán, que lo utilizó como criterio de distinción entre tentativa inidónea y delito putativo durante la segunda mitad del siglo XIX, como complemento a la justificación de la punibilidad de la tentativa desde la “teoría subjetiva”,¹²⁹ defendida por von Buri durante la segunda mitad del siglo XIX. Como se vio arriba,¹³⁰ uno de los puntos de partida de la teoría subjetiva estaba en la teoría de la equivalencia de las condiciones, que reconoce desde el punto de vista *ex post* que toda tentativa es inidónea, es decir, que en

¹²⁸ Se deben rechazar, por lo tanto, las posiciones que defienden una noción de delito putativo “en sentido amplio”, que incluyen bajo dicha categoría tanto a los supuestos de error por desconocimiento de la norma (“delito putativo en sentido estricto”, en términos de Farré (1989), pp. 409 y ss.) como los de tentativa inidónea (o tentativa “absolutamente” inidónea o “delito imposible” en términos de Politoff (1999), pp. 117 y ss.).

¹²⁹ En sus orígenes, las teorías subjetivas se encontraron con un rechazo generalizado fundado en su incompatibilidad con la noción clásica de delito, derivada de las corrientes causalistas. Farré (1989), pp. 316) Bajo dicha formulación, el contenido del injusto era puramente objetivo, entendido como la acción típica y anti-jurídica separa de la culpabilidad, compuesta por el conjunto de elementos subjetivos que integraban al concepto de delito. Desde un modelo subjetivo, la tentativa requería que se incorporaran elementos subjetivos ya a nivel del injusto, en la medida en que la “conducta objetiva” del autor, siempre fallida, no resultaba suficiente para fundamentar su punibilidad. Con el advenimiento de las corrientes neocausalistas, y en particular la incorporación de elementos subjetivos al injusto (abandonando la idea de “injusto puramente objetivo”), las teorías subjetivas comenzaron a tener mayor recepción doctrina alemana.

¹³⁰ Véase *supra*, p. 20.

todos los casos de tentativa la conducta carece de alguno de los elementos que ejemplificarían la descripción contenida en el tipo, sin ser posible distinguir entre elementos cuya ausencia descarta la punibilidad de la tentativa de elementos cuya ausencia no permite descartarla. Así,

“(…) si de este tipo objetivo del delito consumado falta siquiera el más pequeño momento, así resulta la total realidad objetiva en absoluto irrelevante, pues objetivamente no existe una lesión jurídica completa, ni la mitad, ni siquiera una parte de la misma. (...) El fracaso del acto es conceptualmente esencial a toda tentativa, de modo que en ausencia de todos los criterios objetivos, el punto de vista subjetivo, que todo lo sitúa en el sentido y creencia del agente, es el único compatible con la lógica.”¹³¹

El fundamento de la punibilidad de la tentativa, por tanto, se basaría en la voluntad contraria a derecho puesta en evidencia por el autor a través de su conducta. Complementando lo anterior, bajo el argumento de la “conclusión inversa” se planteó lo siguiente:

“(…) del mismo modo que según el §59 StGB a.r. se tenía en cuenta a favor del autor el desconocimiento de circunstancias del hecho (pertenecientes al tipo legal o que aumentan la penalidad) existentes, la errónea suposición de circunstancias del hecho no existentes, debía tenerse en cuenta en su contra”.¹³²

Bajo este argumento, se defiende que si siempre la falta de representación de las circunstancias que configuran la oportunidad-para-la-acción tiene como consecuencia la exclusión de la punibilidad a título de dolo, entonces siempre la representación (errada) de circunstancias que configurarían la oportunidad-para-la-acción deberá tener como consecuencia la punibilidad a título de dolo. De ser cierto lo anterior, habría que concluir que el grupo de casos acá analizados son, en efecto, casos de tentativa.

¹³¹ Mezger (1957), p. 209.

¹³² Farré (1989), p. 314. En el mismo sentido, citando jurisprudencia del Tribunal Imperial alemán, Binding (2009), p. 113.

Por ello, vale la pena detenerse en este punto, analizando en particular qué se entiende por “inversión”.¹³³

La primera parte del argumento establece que la falta de representación de las circunstancias conlleva la exclusión de la punibilidad a título de dolo. Siguiendo a Puppe, lo que se afirma sería que:

“(…) una determinada representación o ausencia de una determinada representación exonerare al autor, significa, por tanto, que esta circunstancia subjetiva del hecho se opone a su punibilidad [a título de dolo, en este caso] por un determinado hecho con base a un determinado tipo penal. Por consiguiente constituye una condición suficiente para la negación de la punibilidad.”¹³⁴

Si la falta de representación de las circunstancias que configuran la oportunidad-para-la-acción es condición *suficiente* para afirmar la falta de punibilidad a título de dolo, ello significa que la representación (correcta) de las circunstancias que configuran la oportunidad-para-la-acción es condición *necesaria* para la punibilidad de la conducta a título de dolo. Esto último quiere decir que para que la conducta sea punible a título de dolo deberá, como requisito *sine qua non*, comprobarse que el sujeto se representó las circunstancias que configuran la oportunidad-para-la-acción. En ese sentido, la primera parte del argumento se puede expresar en la siguiente proposición:

- (1) La no de representación de las circunstancias que realizan el tipo es condición suficiente para la no punibilidad a título de dolo.

Lo que la segunda parte del argumento pretende deducir de esto, es que la representación (incorrecta) de las circunstancias que configurarían la oportunidad-para-la-acción (de

¹³³ Como señala Puppe, “[p]odría tratarse de un postulado de la lógica, de la justicia, o meramente de la estética, en el sentido de una simetría percibida como bella y memorable. La pretensión de vigencia del principio de inversión depende de esa su naturaleza (...) si se trata de un postulado de la lógica, su pretensión de vigencia es universal y total. Cualquier limitación o suspensión, sea cual fuere su fundamentación, sería simplemente un error”. Puppe (2017b), pp. 37-8. Una reconstrucción lógica del llamado “principio de inversión” se encuentra en Mañalich. Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo. Revista política criminal 14(27). Artículo aceptado de próxima publicación, citado con autorización del autor, pp. 23ss.

¹³⁴ Puppe (2017b), p. 42.

ser correcta) es condición *suficiente* para la punibilidad a título de dolo. La conclusión se puede expresar como sigue:

(2) La representación de las circunstancias que realizan el tipo es condición suficiente para la punibilidad a título de dolo.

Así, de la proposición verdadera (1) se pretende inferir (2), por la vía de “invertir” o, más precisamente, negar sus dos componentes, a saber: “no representación de las circunstancias que realizan el tipo” y “la no punibilidad a título de dolo”. El problema se encuentra en que sólo se niegan los componentes sin modificar la relación lógica en la que se encuentran. Es por lo anterior que la segunda proposición en ningún caso se sigue de la primera.

La primera parte del argumento es efectivamente correcta: uno de los requisitos que deben cumplirse para que una conducta sea punible a título de dolo es que el sujeto se represente correctamente las circunstancias típicas.¹³⁵ Basta con que dicho requisito no se cumpla para que se descarte la punibilidad de la conducta a título doloso. Ahora bien, lo único que se puede deducir de dicho argumento es que se requiere comprobar que el sujeto se representó las circunstancias que realizan el tipo para que la conducta sea punible a título de dolo, es decir:

(3) La representación de las circunstancias que realizan el tipo es condición *necesaria* para la punibilidad a título de dolo.

Nótese como (3) sí se sigue de (1). Ello, porque no sólo se negaron los componentes, sino que se modificó la relación lógica en la que se encontraban.¹³⁶ Así, lo único que se puede inferir de que la falta de representación de las circunstancias típicas basta para descartar la punibilidad a título doloso, es que la representación de las circunstancias típicas es condición necesaria (mas no suficiente) para la punibilidad a título de dolo.

¹³⁵ Es importante aclarar que dicha representación correcta no es suficiente para que la conducta sea punible a título de dolo. Otros requisitos deberán cumplirse antes de poder afirmar la punibilidad de la conducta (que no concurran causas de inculpabilidad o de exculpación, por ejemplo).

¹³⁶ Alcácer (2000), p. 25.

La inferencia de (2) desde (1) no es una inferencia correcta.¹³⁷ Esto no sólo significa que la “conclusión inversa” no basta para justificar la punibilidad de la tentativa, ya que se requieren premisas adicionales, sino que además implica que la constatación de que el sujeto se representó erróneamente las circunstancias que realizan el tipo (error de tipo al revés) no es suficiente para afirmar que existe tentativa. Limitando el análisis a los casos de error de tipo/tentativa, precisamente lo que se debe evitar al momento de analizar este paralelismo como un “principio” (en particular, bajo la idea de que se trataría de un principio de la lógica), es inferir de la proposición (1), la proposición (2). Este punto es fundamental para abordar los casos de error en el estatus del sujeto requerido por la norma, como se verá, porque precisamente se trata de un grupo de casos en los que uno de los presupuestos para su punibilidad a título de tentativa, distinto del requisito de la representación de las circunstancias que realizan el tipo, está ausente.

Síntesis preliminar

Ahora, antes de pasar al análisis de dicho supuesto, es pertinente hacer un recuento de lo tratado hasta ahora, ya que el proceso de construcción de una concepción de la tentativa como hecho punible bajo un modelo de teoría de las normas como el propuesto, ha tenido como resultado que se descarten algunas de las respuestas ofrecidas al problema del error en el estatus del sujeto requerido por la norma. Así, la primera postura que fue descartada fue la que considera que se trata de casos de atipicidad. Quienes la defienden se fundan en la premisa de que la conducta constitutiva tentativa consiste en una ejecución parcial del tipo, es decir, que se trataría del comienzo de la ejecución del tipo-de-acción

¹³⁷ Tampoco reformulando el argumento en términos de aserciones generales de la lógica clásica (en la forma “todos los s son p”), es posible llegar a inferir aquello que pretenden inferir los defensores de la conclusión inversa. Así, de la aserción (1) Todos los casos en los que no existe representación de las circunstancias típicas, son casos no punibles a título de dolo, se puede llegar a (2) Todos los casos punibles a título de dolo son casos en los que existe representación de las circunstancias típicas, por contraposición; o a (3) Ningún caso en los que no existe representación de las circunstancias típicas es un caso punible a título de dolo, por obversión (debiendo descartarse la conversión por ser una inferencia inválida para la forma “todos los s son p”). Véase, Tugendhat y Wolf (1997), pp. 59 y ss. y Bunnin y Yu (2004), entradas “contraposition”, “conversion” y “obversion”.

descrita por la norma que se ve interrumpido antes de alcanzar el resultado requerido y que, por lo tanto, aquellas conductas para las que ya en un principio faltaba algún elemento típico no alcanzan siquiera a ser una ejecución parcial del tipo. Como se revisó, el problema de esta postura consiste en que es ciega al hecho de que *toda* tentativa es atípica, toda vez que la descripción consistente en el tipo o bien se ve realizada a través del comportamiento del autor o bien no se ve realizada. No existe tal cosa como la subsunción parcial de una conducta al supuesto de hecho de la norma. O se subsume o no, sin término medio.

Esto permitió no solamente descartar la solución de la atipicidad, sino constatar que la nota distintiva de la tentativa, lo que hace que no sea subsumible bajo los tipos de la parte especial, es la falta de consumación, la que siempre se constata *ex-post*. Si bien parece una constatación trivial, se trata de un paso crucial para la elaboración de una concepción de la tentativa como la acá propuesta, ya que permite preguntarse acerca de la viabilidad que tienen aquellas teorías que pretenden distinguir desde un punto de vista *ex-ante* comportamientos constitutivos de tentativa peligrosa de aquéllos que no significarían peligro alguno para el bien jurídico en cuestión y que, por lo tanto, no serían merecedores de pena. Esto llevó a una crítica del recurso al “observador medio imparcial”, al tratarse de un instrumento inservible para la determinación de qué constituye tentativa. La crítica determinante a dicha figura provino del modelo del silogismo práctico utilizado como herramienta auxiliar a la teoría de las normas acá defendida. Bajo dicho modelo, sólo una inferencia en primera persona permite la formación de una necesidad práctica subjetiva (intención) de omitir el comportamiento especificado en la premisa menor y de esa forma ajustar el comportamiento a aquello exigido por la norma, lo que significa que sólo considerando la representación de las circunstancias que tiene quien actúa (y no un observador ficticio) podrá evaluarse si es que dicha persona debió formarse una necesidad práctica subjetiva y si debió entonces actuar conforme a ésta (realizar la intención).

El que se desestime la figura del observador medio, sumado a la determinante comprobación de que es la representación del sujeto que se encuentra obligado por la norma la

que debe tomarse en cuenta para la imputación a título de dolo (tanto en el caso de la consumación como en el de la tentativa) lleva a poner en duda la distinción entre tentativa idónea e inidónea, lo que lleva a su vez a cuestionar una segunda solución al grupo de casos acá analizados, opción aceptada por la mayoría de la doctrina tanto nacional como extranjera: que los casos de error en el estatus del sujeto requerido por la norma serían una especie del género de la tentativa inidónea. De ahí que se trate a dicho grupo de casos bajo la etiqueta de “inidoneidad del sujeto”. Y si bien la distinción entre tentativa idónea e inidónea no se sostiene, todavía es posible distinguir entre casos de tentativa y (los mal llamados) casos de “tentativa irreal”: mientras en los primeros existe un error consistente en una representación falsa de las circunstancias que configurarían la oportunidad-para-la-acción, los segundos consisten en un error acerca de las leyes causales existentes y la consiguiente aplicación de leyes causales imaginarias. Esto permite hacerse cargo de las críticas que apuntan a que una concepción de la tentativa que tome en cuenta la representación del autor al momento de ejecutar su conducta es una que llegaría a considerar punibles a título de tentativa conductas absurdas, como la de la joven que consume azúcar para abortar. La principal conclusión a la que permite llegar el abandono de dicha distinción es que en *toda* tentativa existe un error acerca de las circunstancias que configuran la oportunidad-para-la-acción, conocido como un error de tipo (al revés), que se distingue del error de prohibición, y su respectiva variante “invertida”.

Ahora bien, constatar que toda tentativa comprende un error de tipo al revés no lleva a concluir que, a la inversa, todo error de tipo al revés constituye una tentativa. Precisamente en esto consiste la crítica presentada a lo que se ha conocido como el “principio de inversión”. Esto significa que no existe contradicción alguna en negar la distinción entre tentativa idónea e inidónea, constatar que en un caso existe error de tipo al revés, pero negar que constituye un caso de tentativa (inidónea).

SEGUNDA PARTE: EL PROBLEMA DE LA INIDONEIDAD SUBJETIVA DEL AGENTE

2.1. Restricción del universo de destinatarios de la norma

Para dar este paso, consistente en negar la que el grupo de casos acá analizados sean constitutivos de tentativa, resulta crucial rebatir la tesis, presentada por Bruns, de la equivalencia de todos los elementos típicos. En 1955, Bruns plantea una tenaz defensa de la punibilidad de los casos de autor inidóneo como una de las consecuencias que se seguiría de la adopción de una tesis subjetivista.¹³⁸ Específicamente, si es la representación errónea de que el comportamiento realizará los elementos típicos lo que sustituye la efectiva realización de dichos elementos en el caso de la tentativa, y los elementos establecidos en el tipo son equivalentes, en el sentido de que no existen razones para distinguir entre unos y otros, entonces no habrá razones para que la errónea representación de elementos referidos al estatus que deberá detentar el sujeto no tenga como consecuencia la punibilidad, mientras que la errónea representación de cualquier otro elemento sea punible a título de tentativa.

Si bien ya se ha defendido que el principio de inversión no se sostiene y que, por lo tanto, no basta con constatar un error de tipo al revés para afirmar que se está ante una tentativa punible, en caso de negarse que los casos acá revisados sean verdaderamente casos de tentativa, sí se requerirá una justificación para el tratamiento diferenciado de los elementos típicos: en breve, será necesario explicar por qué en los casos de error sobre los elementos referidos al estatus del autor en los delitos especiales no se estaría ante una tentativa. Y la clave se encuentra ya no en la dogmática de la tentativa, sino en la estructura de los delitos especiales.¹³⁹ Pues, si la única particularidad de los delitos especiales es que

¹³⁸ Gómez (2006b), pp. 28ss.

¹³⁹ Un análisis de la estructura de las normas especiales, coincidente con lo acá planteado, se encuentra en Mañalich. Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo. Revista política criminal 14(27). Artículo aceptado de próxima publicación, citado con autorización del autor, pp. 62ss.

dentro de los elementos típicos que configuran la oportunidad-para-la-acción se incluye el que el sujeto detente un determinado estatus (tal como lo sería, la calidad de funcionario público), entonces no habría diferencia alguna, por ejemplo, entre el error que recae sobre dicho elemento, en el caso del no-funcionario que intenta cometer cohecho y el error que recae sobre la ajenidad de una cosa, en el caso de quien intenta sustraer un objeto que, sin saberlo, le pertenece.

Una concepción de los delitos especiales que va en la dirección de establecer una importante diferencia entre ambos casos fue planteada ya por Binding, quien afirma que en los delitos especiales la norma estaría dirigida sólo a un grupo específico de sujetos.¹⁴⁰ Desarrollando la postura de Binding, Nagler llegó a afirmar que, en el caso de los delitos especiales, sólo un grupo específico de sujetos se encontraría obligado por la norma, la que delimitaría su círculo de destinatarios. A diferencia de los delitos comunes, en los que el círculo de destinatarios consiste en la totalidad de la población, los delitos especiales delimitan su alcance a un grupo dentro de la comunidad. Así, y este punto es el fundamental, en los delitos comunes todo miembro de la comunidad, tanto quien se encuentra objetivamente en la situación de transformar la norma en motivo como quien *cree* encontrarse en dicha situación, se encuentra obligado por la norma de comportamiento a abstenerse de ejecutar la conducta que realiza (o realizaría, de estar el sujeto en lo correcto) el supuesto de hecho de la norma. En los delitos especiales, siguiendo a Nagler, sólo un grupo de individuos se encontraría en dicha situación. Quienes no están dentro del círculo de destinatarios, al no encontrarse vinculados por la norma, no tienen deber alguno de abstención, a pesar de *creerse* vinculados por ésta, es decir, a pesar de creer que detentan las características específicas requeridas para pertenecer al círculo de destinatarios.

Es importante recalcar que, bajo esta concepción de los delitos especiales, la imposibilidad de infringir la norma de comportamiento por parte de quienes no pertenecen al círculo de destinatarios es diferente de la imposibilidad de infringir la norma por parte de quienes están vinculados por la norma, pero no están ante una oportunidad-para-la-acción

¹⁴⁰ Gómez (2006b), pp. 67ss.

que ejemplifique su supuesto de hecho. Este punto es pasado por alto por Gómez Martín, quien al presentar su valoración crítica de las posturas de Binding y Nagler afirma que sólo tendría sentido prohibir conductas a quienes puedan realizarlas, sin distinguir si con “poder realizarlas” se refiere a pertenecer al círculo de destinatarios de la norma o a quienes se encuentren ante una oportunidad-para-la-acción. Así, resulta particularmente poco afortunado el ejemplo que presenta, señalando que sólo tendría sentido “obligar a guardar secreto profesional a quienes hayan tenido conocimiento de algún dato secreto por razón o con ocasión de su profesión.”¹⁴¹ Esto, porque –asumiendo que el delito de revelación de secreto profesional es un delito especial– la obligación está dirigida a todos quienes pertenezcan al círculo de sujetos especificado por la norma, en el caso chileno, de acuerdo al artículo 247 del Código Penal, a los empleados públicos, y no dentro de aquél grupo, sólo a quienes hayan tenido conocimiento de algún dato secreto por razón o con ocasión de su profesión. Precisamente, la delimitación del grupo de sujetos vinculado por la norma se hace, en este caso, en consideración al estatus de empleado público. El conocimiento de un secreto en razón de su profesión constituirá la respectiva oportunidad-para-la-acción de los sujetos que se encuentren dentro de dicho círculo de destinatarios. Así, mientras que quienes se encuentran fuera de dicho grupo no podrán siquiera quebrantar imperfectamente la norma de comportamiento a título de tentativa, quienes se encuentren vinculados por la norma y se representen –aunque erróneamente– las circunstancias del caso que constituirían una oportunidad-para-la-acción, deberán abstenerse de comportarse de una forma que tendría como resultado la revelación de secretos, si su representación fuera correcta. De no abstenerse, le será imputable el delito de revelación de secreto tipificado en el artículo 246 del Código Penal en grado de tentativa.

El error de Gómez Martín radica en considerar que sólo aquellos que se encuentran ante una oportunidad-para-la-acción se encuentran vinculados por la norma, error que es consistente con su concepción de la tentativa y, especialmente, su defensa a la distinción

¹⁴¹ Gómez (2006b), p. 74.

entre tentativa idónea e inidónea. Ahora bien, como ya se ha visto, dado que en *toda* tentativa está ausente la oportunidad-para-la-acción, dicha posición llevaría a eliminar la imputación a título de tentativa. En términos de Kaufmann, Gómez Martín confunde la obligación que impone la norma a ciertos individuos con la capacidad de acción del sujeto que concretaría el deber específico establecido en la norma, referida “a la posibilidad de realizar una acción totalmente específica en determinadas circunstancias y en determinado momento.”¹⁴²

Si bien Kaufmann concluye, tal como se ha estado defendiendo acá, que los casos en los en que está ausente el estatus del sujeto requerido por la norma no se está ante una tentativa sino ante un delito putativo, contra lo señalado por Binding y Nagler, negará que se debe a que la norma limita su círculo de destinatarios. En su obra *Teoría de las normas*, Kaufmann plantea un modelo normológico basado en tres niveles escalonados de valoración comenzando por el juicio de valor positivo que precede a la norma, referido al bien jurídico protegido. Un segundo nivel estaría conformado por la valoración negativa de los acontecimientos que menoscaban a la situación jurídica valorada positivamente. Por último, un tercer nivel estaría conformado por la valoración positiva o negativa referida a la conducta humana. Bajo el modelo presentado por Kaufmann, la particularidad de los delitos especiales radicaría en que, en su caso, la determinación del concreto deber requiere, además de que exista capacidad concreta de acción, que el autor presente la especial calificación requerida por la norma. Así, en el caso de los delitos especiales se estaría ante normas cuya concreción limita su aplicación a un círculo determinado de sujetos, identificado de acuerdo con los “elementos de la autoría”, que se diferencia de los otros elementos típicos precisamente por estar referidos al autor y no a “la acción”, como lo serían “matar” y “otro” en el caso del homicidio. Los elementos de la autoría serían los que le dan su carácter “especial” a los delitos especiales, en tanto requisito adicional a la capacidad de acción. Se trataría de un requisito que, además, sería independiente de la capacidad de acción del sujeto, lo que significa que puede darse la situación de que el sujeto presente

¹⁴² Kaufmann (1977), p. 185.

capacidad de acción, mas no cumpla con el requisito específico del elemento de la autoría o viceversa, que el sujeto satisfaga el requisito establecido por dicho elemento, mas no cuente con la concreta capacidad de acción.¹⁴³ Ahora, a diferencia de los elementos de la acción, plantea Kaufmann que la calificación del autor a la que se refieren los elementos de la autoría se determina ya al nivel de valoración propio de la norma, determinación que no se encuentra vinculada con la situación específica en la que se encuentra el sujeto, al momento de la determinación de su concreto deber. Esto último diferencia a los elementos de la autoría con los elementos de la acción, los cuales se encuentran inevitablemente vinculados con la situación específica en la que se encuentra el sujeto, por lo que se actualizan al momento de determinación del deber. Así, la existencia de los elementos de la autoría “resulta, por tanto, al mismo tiempo presupuesto del deber como también de la contrariedad al deber, o sea, de lo ilícito. Los elementos de la autoría son tanto elementos del deber como elementos de lo ilícito.”¹⁴⁴ Esto lleva a Kaufmann a concluir que:

“[i]gual que como ocurre con la capacidad de acción, en que la conciencia actual o actualizable del individuo de su propia capacidad de acción no es requisito de ella, sucede también que el sujeto de la norma especial no necesita saber o poder saber, que para él se han dado las circunstancias que fundamentan el puro elemento del deber”.¹⁴⁵

En consecuencia, los casos en los que el sujeto cree erróneamente que concurren las circunstancias requeridas para la calificación del autor según los elementos de la autoría,

¹⁴³ Al tratarse de elementos que no están referidos a la acción, Kaufmann defenderá en su Teoría de las normas que se trata de elementos que no podrán ser objeto del dolo. Desde el modelo finalista que defiende, el dolo se dirige a algo, por lo que no puede recaer sobre elementos que se refieren a características del sujeto que actúa, sino sólo sobre elementos referidos a la acción. Así, “[s]e puede obrar por cierto con la conciencia (actual) de ser un funcionario, así como es posible hacerlo con el conocimiento (actualizable) de serlo y, finalmente, actuar sin conocimiento de tal circunstancia. Sin embargo, aquella conciencia sería, en todo caso, una conciencia que acompañaría al acto, pero no un componente de la voluntad de realización” (Kaufmann (1977), pp. 202ss.). Kaufmann cambiará de posición en 1983, al defender que no habría “elementos de la autoría” puros en el ámbito del Derecho penal, por lo que la constatación de que se trata del sujeto requerido por la norma estará siempre vinculada a la determinación de la acción a la que se refiere la norma y será, por ello, también objeto del dolo. Kaufmann (1984), pp. 12ss.

¹⁴⁴ Kaufmann (1977), p. 198.

¹⁴⁵ Kaufmann (1977), p. 189.

son casos en los que el deber concreto de actuar no alcanza a surgir para quien yerra en su representación, por lo que se trataría de casos de delito putativo.¹⁴⁶

No obstante la caracterización de lo que Kaufmann llama “capacidad de acción” coincide con lo que acá ha sido tratado como oportunidad-para-la-acción¹⁴⁷ (la que, a pesar de no estar presente en el caso de la tentativa, se toma en cuenta según la representación – errónea– del autor), el modelo de Kaufmann se aleja de la posición acá defendida precisamente por sus críticas al planteamiento de Binding referidas a la delimitación del círculo de destinatarios de las normas en el caso de los delitos especiales. Kaufmann afirma que toda norma es “abstracta, separada de cada individuo en particular y de actos concretos. Ella se dirige a todos los que –en cualquier momento o en cualquier lugar– entran en consideración como sujetos del acto o como partícipes en él y a los que ella prohíbe o manda algo”.¹⁴⁸ Esta imposibilidad de excluir *a priori* a un grupo de personas vendría dada por la supuesta imposibilidad de determinar el círculo de destinatarios de la norma especial, considerando que éstos son cambiantes: “el que hoy es funcionario, no lo será necesariamente mañana.”¹⁴⁹

El problema de la crítica de Kaufmann se encuentra en la suposición que hace de que la determinación del universo de sujetos vinculados por la norma se realiza extensional y no intensionalmente. Kaufmann supone que, de plantearse normas que delimiten su universo de destinatarios, estas definirían a cada uno de los sujetos que ejemplifican dicho universo, es decir, su *extensión*, la que se vería modificada constantemente, al variar los individuos que integran dicho universo. Ahora bien, si el universo de destinatarios se define *intensionalmente*, es decir, dando como criterio de pertenencia la satisfacción de alguna descripción determinada, el universo de destinatarios siempre quedará definido por

¹⁴⁶ Kaufmann (1977), pp. 198ss.; Kaufmann (1984), pp. 14ss.

¹⁴⁷ En las muy elocuentes palabras de Kaufmann (1977), p. 186, refiriéndose a la capacidad de acción: “[l]a oportunidad no sólo hace al ladrón sino que crea también deberes para el ladrón.”

¹⁴⁸ Kaufmann (1977), pp. 163ss.

¹⁴⁹ Kaufmann (1977), p. 177.

la descripción dada y no por un determinado grupo de individuos que, contingentemente, cumplan con dicha descripción.¹⁵⁰

Si bien lo anterior significa que lo planteado por Kaufmann no se sostiene como razón para *negar* que sea posible identificar normas cuyo universo de destinatarios se encuentre limitado, no permite aún responder a la pregunta acerca de si existen razones para *afirmar* que existen normas de comportamiento que delimitan su universo destinatarios o si, más bien, corresponde plantear, con Kaufmann, que todas las normas son generales y que la delimitación se hace al momento de determinar la específica conducta prohibida o requerida. Dicho en otros términos, la pregunta que cabe plantearse es si existe realmente una diferencia entre delitos comunes y delitos especiales o si los delitos especiales son simplemente una sub-especie de delitos comunes en los que, además de exigir una determinada conducta, se exige que el sujeto que la ejecuta detente un determinado estatus.

Una de las principales críticas que se ha hecho a la tesis esbozada por Binding y desarrollada por Nagler es precisamente, en la línea de lo planteado por Kaufmann,¹⁵¹ que no existirían razones que justifiquen la supuesta delimitación del círculo de autores por parte de la norma de comportamiento.

La pregunta por la formulación de la norma de comportamiento no es trivial. Los detractores de Binding y Nagler tienen efectivamente un punto al exigir una justificación para la formulación de ciertas normas que limitan el círculo de sus destinatarios. Ello, considerando además que, tal como acertadamente reconoce Ross,¹⁵² toda norma puede formularse como una dirigida a la totalidad de la población o limitada a un específico

¹⁵⁰ Respecto a los conceptos de intensión y extensión, Tugendhat y Wolf (1997), pp. 107ss.

¹⁵¹ Se debe aclarar, en todo caso, que si bien Kaufmann niega que la norma de comportamiento delimite, ya antes de establecer el supuesto de hecho, su círculo de destinatarios (afirmando, en cambio, que los elementos de la autoría “se hayan dogmáticamente en el mismo rango valorativo” que los elementos de la acción, p. 209), al plantear los “elementos de la autoría” todavía puede afirmar una diferencia sustantiva entre los delitos especiales y los delitos comunes, por la diferente naturaleza de los elementos de la autoría los que, al no estar referidos a la acción, no experimentarían actualización alguna al momento de determinar la acción concreta que corresponde al sujeto ejecutar u omitir. “El soldado ya es soldado antes de realizar el acto prohibido; de otra manera no hubiera tenido el deber de omitir” (Kaufmann (1977), p. 197). Precisamente esto es lo que lo lleva a negar que, en casos de error de tipo al revés respecto a dichos elementos, exista tentativa, afirmando en vez que se trataría de casos de delito putativo.

¹⁵² Ross (1968), pp. 106ss.

grupo de destinatarios. Así, por ejemplo, el delito de parricidio podría considerarse un delito especial dirigido sólo a quienes tengan parientes con vida descritos en el tipo y no como una prohibición general destinada a toda la población, o el delito de violación podría considerarse como una prohibición que vincula sólo a falo-portadores. Y viceversa, una norma como la que prohíbe el cohecho podría considerarse como una dirigida a toda la población, cuyas condiciones de quebrantamiento son: que se trate de un empleado público y que solicite o acepte recibir mayores derechos de los que se señalan en razón de su cargo para ejecutar un acto propio de éste.¹⁵³ En este último caso, la oportunidad para seguir la norma se presenta sólo para quienes sean empleados públicos, tal como la oportunidad para seguir una norma como la que prohíbe el homicidio se presenta sólo para quienes se encuentran ante la presencia de otro (la astronauta que se encuentra sola explorando otro planeta no cuenta con la oportunidad para abstenerse de matar a otro), lo que no obsta a que *todos* (astronauta incluida) se encuentran vinculados por la norma que prohíbe el homicidio.¹⁵⁴

La pregunta es, entonces, cuál de las siguientes formulaciones de la estructura de la norma en los delitos especiales es la que deberá preferirse:

- (1) Para X individuos, prohibido/requerido Y comportamiento.
- (2) Prohibido/requerido Y comportamiento de X individuos

Nótese que la distinción entre una u otra formulación dista de ser trivial. Ello, porque las consecuencias de la elección son, de hecho, la fijación de los límites de la punibilidad en casos de error de tipo al revés que recaiga sobre la pertenencia del sujeto al específico grupo de individuos. Así, adelantando las conclusiones de lo que se verá a continuación: si se prefiere la primera formulación, entonces la conducta del sujeto que se cree perteneciente al universo de individuos será impune; si se prefiere la segunda formulación, su conducta será punible a título de tentativa.

¹⁵³ Así, Von Wright (1963), pp. 81ss. Esto es igualmente identificado por Kaufmann (1984), p. 12

¹⁵⁴ En este mismo sentido, Jakobs (1991), 6/91 y p. 877.

Esta posibilidad de formular normas con una u otra estructura está dada porque no hay razones lógicas para favorecer ya (1) o (2). Precisamente, nota Ross, para efectos del análisis lógico, la línea divisoria entre los elementos que forman parte de la situación en la que la norma se supone deberá seguirse (la oportunidad-para-la-acción) y la definición de los sujetos que se encuentran vinculados a la norma, deberá fijarse de forma arbitraria. Ahora bien, de esto no se sigue una absoluta falta de razones para preferir una u otra formulación dependiendo de la norma que se trate. Y si bien no es posible realizar acá un estudio acabado acerca de los delitos especiales y su fundamento, estudio que merecería una investigación autónoma, existen ciertos elementos comunes de aquellos delitos que son casi indiscutidamente reconocidos como delitos especiales que permiten efectuar un planteamiento general acerca de cuáles podrían ser las razones (sustantivas) para preferir, en algunos casos, la formulación (1). Mas, antes de pasar a este punto, es importante hacer notar que bajo este esquema, los mal llamados “delitos especiales impropios” no son más que delitos comunes. En efecto, la “impropiedad” que se reconoce ya en el nombre otorgado a la categoría se desvanece si se reconoce que simplemente se trata de delitos comunes cuya estructura corresponde a la segunda formulación.¹⁵⁵

Nagler avanzó en la senda de aclarar las razones para la delimitación del círculo de autores en los delitos especiales, proponiendo indicadores cuyo común denominador consiste en la específica posición que ocuparía el universo de sujetos vinculados por la norma como una que justifica la imposición de deberes específicos, tal como sería el vínculo institucional que presenta un empleado público, si se toman en consideración los delitos contra la función pública (“delitos de funcionarios”) como delitos cuya clasificación dentro de la categoría de delitos especiales es relativamente pacífica en la doctrina nacional y extranjera. Si bien el concepto de un deber especial ha sido utilizado por diversos autores con diversos matices,¹⁵⁶ lo que acá se propone es que la especial posición en la que se

¹⁵⁵ Mañalich. Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo. Revista política criminal 14(27). Artículo aceptado de próxima publicación, citado con autorización del autor, p. 63.

¹⁵⁶ Algunos de ellos contrarios a la teoría de la limitación del universo de sujetos vinculados por la norma, tal como Welzel y Kaufmann. Gómez (2006b), pp. 81ss.

encuentran algunos sujetos, tales como los funcionarios públicos, justifica que el legislador les imponga deberes que no impone a quienes no detentan su estatus. La justificación de la delimitación del universo posible de autores se relaciona con las específicas propiedades que detenta un sujeto y su vinculación con los deberes que le son exigibles, y da luces respecto a la distinción entre delitos especiales y delitos comunes, cuestión que en algunos casos puede resultar particularmente complejo. Esto permite negar que la postura que identifica a los delitos especiales con la formulación (1) respondería a una limitación arbitraria del círculo de destinatarios. En efecto, lo que debe constatarse es que existen casos en los que los sujetos detentan un determinado estatus que los pone en una posición especial que justifica su vinculación a deberes específicos propios de la posición ocupada, tal como lo sería el vínculo institucional que presenta, por ejemplo, un funcionario público. En este sentido, se vuelve difícil entender las múltiples e insistentes críticas que se han planteado a esta concepción de los delitos especiales como arbitraria, afirmando una “ilimitada destinación potencial de la norma”,¹⁵⁷ sin tomar en consideración que la decisión de no-criminalización de la conducta de un grupo determinado de personas no tiene por qué ser arbitraria. Así, en el ámbito de la teoría del derecho dedicado al estudio de los sistemas jurídicos y teoría de las normas, no parece haber problema alguno con reconocer la posibilidad de que la norma limite su ámbito de aplicación a determinados sujetos.¹⁵⁸ Si bien esto se explica porque reconocen que no existen razones lógicas para preferir una u otra formulación, precisamente dicho reconocimiento lleva a que sea necesario dar razones materiales para favorecer, por ejemplo, que las normas de comportamiento sólo presentan la estructura de (2). La ausencia de buenas razones para dicha afirmación es

¹⁵⁷ Vázquez-Portomeñe (2003), p. 320.

¹⁵⁸ Moreso y Navarro (1996), pp. 126-7, se refieren a los “ámbitos de validez” de las normas jurídicas, los que pueden limitarse a determinados sujetos normativos. Navarro y Rodríguez (2014), pp. 126-7, por su parte, mencionan la “esfera personal de validez” respecto al ámbito de aplicación interna de la norma, Ross (1968), pp. 106ss. Von Wright (1963), pp. 81ss. En este sentido, ninguno de los autores antes citados menciona razones por las cuales debiese preferirse la segunda formulación, favoreciendo entonces una concepción de todas las normas como “generales”.

algo que se echa de menos cuando los críticos de la propuesta de Binding y Nagler simplemente expresan que las normas son todas generales, por lo que no podrían entenderse circunscritas a un universo específico de sujetos.¹⁵⁹

Lo anterior significa que existirán casos en los que será preferible la formulación (1) de la norma, atendida a que la posición del sujeto justifica su sometimiento a deberes especiales. La preferencia por la primera formulación de la norma de comportamiento, entonces, quedará justificada sólo en aquellos casos calificados en los que quepa plantear que el sujeto se encuentra sometido a deberes especiales referidos a la específica posición que exhibe. Ello permite descartar como delitos especiales aquellos en los que las específicas características del sujeto pueden ser reformuladas como características del objeto sobre el que recae su acción, tan como ocurriría en el caso del hurto, en el que la calidad de no-propietario del objeto mueble puede ser reformulada como la propiedad de la cosa mueble de ser ajena. Asimismo, casos como el del delito de violación deberán ser considerados delitos comunes, no solo porque la categoría de falo-portador no alcanza a justificar deberes específicos para quienes pertenezcan a ésta, sino además porque, entendiendo que el fundamento de ilicitud de la violación se encuentra en que se trata de un caso central de instrumentalización por la vía de la objetivización del otro, al reducir su cuerpo a su “valor de uso”,¹⁶⁰ no existen razones para limitar el alcance de dicha norma prohibitiva a un grupo específico de sujetos. Así, resulta razonable que no se limite el universo de sujetos sometidos al deber de abstenerse de efectuar una radical instrumentalización de otro. En contraste, un caso como el del delito de cohecho, en el que el fundamento de la ilicitud consiste en la necesidad de aseguramiento del ejercicio imparcial de la función pública, en tanto correcto funcionamiento del aparato estatal,¹⁶¹ tiene sentido

¹⁵⁹ Vázquez-Portomeñe (2003), pp. 319-320, con ulteriores referencias.

¹⁶⁰ Para una sobresaliente defensa del fundamento de la ilicitud de la violación en este sentido, véase Gardner (2007a), pp. 14ss. Asimismo Mañalich (2014a), pp. 35ss. Quien además enfatiza en la importancia de la distinción entre fundamento de la ilicitud y objeto de protección en el delito de violación, siendo este último, en el caso del derecho penal chileno, la indemnidad sexual.

¹⁶¹ Entendiendo que el correspondiente bien jurídico protegido sería el correcto funcionamiento del aparato estatal bajo la legislación chilena. Para una revisión del debate acerca del bien jurídico protegido en el caso de los delitos denominados “delitos funcionarios” en Chile, véase Ossandón y Rodríguez (2004), pp. 98ss.,

que se limite el universo de sujetos sometidos a dicho deber de aseguramiento a quienes desempeñan funciones públicas bajo el aparato estatal. Esto, porque es razonable que la imposición del deber del ejercicio imparcial de la función pública se establezca sólo para los funcionarios públicos. En ese sentido, la marcada diferencia que existe entre un ciudadano común y un funcionario público se explica, en parte, por dichos deberes especiales, que se insertan en el complejo aparato institucional al que pertenecen estos últimos.

Es en este mismo sentido en el que resulta razonable que en el caso de normas de requerimiento que se deducen a partir de las normas prohibición, éstas sólo se dirijan a determinadas personas: los garantes. Precisamente por detentar una posición de garantía, se les dirige *sólo a ellos* una norma especial de requerimiento deducida inferencialmente a partir de una norma de sanción.¹⁶²

De lo anterior se sigue que los delitos de omisión impropia son, de hecho, una clase de delito especial que sólo puede ser perpetrado por quien detente una posición de garantía. De ahí que deberá distinguirse entre los siguientes dos casos:

- (1) A está convencido de que N, niño de 4 años y dos meses e hijo de M, con quien tuviera una relación de pareja hace cuatro años atrás, es hijo suyo. N, es en realidad hijo de B, con quien M sostuvo algunos encuentros amorosos tiempo antes de terminar su relación con A. Una tarde, A se encuentra con M y N en la playa y, mientras M se encuentra distraída, A observa sin inmutarse cómo N es alcanzado por una ola que lo lleva mar adentro. N muere ahogado.
- (2) A se encuentra en la playa junto a su hijo N, de 4 años. Mientras descansa en la orilla, A observa sin inmutarse a quien cree ser su hijo dirigirse hacia el mar y ser

con ulteriores referencias. Un análisis de los llamados “delitos de corrupción” en la legislación alemana se encuentra en Kindhäuser (2007), pp. 1ss.

¹⁶² Cuya tipificación puede entenderse como impropia, en el sentido de que la norma de sanción respectiva describe un comportamiento distinto del requerido por la norma inferida, a saber, un comportamiento activo –y, por consiguiente, la norma de comportamiento se corresponde con una norma que prohíbe dicho comportamiento– mientras que la norma de requerimiento inferida para los casos los llamados “delitos de omisión impropia” prohíbe un comportamiento omisivo. Al respecto y con ulteriores referencias, Contesse (2017), pp. 24ss.

alcanzado por una ola que lo lleva mar adentro. Se trata en realidad de B, otro niño sin vínculo de parentesco alguno con A, quien finalmente muere ahogado.

A diferencia del caso (1), en el caso (2), A en efecto detenta la posición de garante que lo hace destinatario de la norma, a pesar de que en dicho caso se representa erróneamente las circunstancias que constituirían la oportunidad-para-la-acción, de estar A en lo correcto. Así, mientras en el primer caso A no quebranta (siquiera imperfectamente) un deber, puesto que no es destinatario de norma alguna que establezca un deber de salvamento con respecto a N, en el segundo caso A sí quebranta (imperfectamente) un deber. Lo anterior lleva a concluir que en el primer caso no hay más que un delito putativo mientras que en el segundo, se está ante una tentativa.¹⁶³

La singularidad de la posición que ocupan los garantes respecto a determinados bienes jurídicos, tal como la que ocupan los funcionarios públicos respecto al correcto funcionamiento del aparato estatal, justifica su sometimiento a deberes a los que la generalidad de los sujetos no se encuentra sometidos. De esta forma, y contra lo planteado por Kaufmann, existen buenas razones para plantear que ciertas normas de comportamiento establecen limitaciones a su círculo de destinatarios. Precisamente, se trata de un tipo de normas que:

“no se dirige simplemente a determinadas personas y no a todas, sino que lo hace en virtud de la posición de esas personas y que, a la vez ésta es tomada en cuenta —con justicia— al seleccionar la ley determinadas agresiones a un bien jurídico, debido a la relación con éste que la posición autoriza”.¹⁶⁴

Esto, a su vez, permite hacerse cargo de la crítica de Bruns a la distinción entre “elementos de la autoría” y los otros elementos del tipo, bajo la premisa de que “todas las características del tipo merecen el mismo tratamiento y que no existe justificación alguna para tratar de forma especial a las características de autoría de las restantes”.¹⁶⁵ Esto, considerando que, en efecto, la tesis de Kaufmann de que la razón detrás del trato diferenciado

¹⁶³ En el mismo sentido, Kaufmann (1984), p. 14; Kaufmann (2006), pp. 310-311.

¹⁶⁴ Sainz de Robles (1989), p. 628.

¹⁶⁵ Farré (1989), p. 435.

que se da en su modelo a los elementos de la autoría reside en que éstos no experimentarían modificación alguna al momento de concreción del deber, es una que se sostiene afirmando que para los *extraneus* no existía, ya antes de la determinación específica de la oportunidad-para-la-acción, un deber de conducta, posición que sólo es consistente con la formulación (1) de la norma de comportamiento.

2.2. Participación del *extraneus*

Junto con la crítica dirigida a la supuesta arbitrariedad de la limitación del universo de sujetos vinculados por la norma, existe otra crítica que usualmente se ha planteado a la propuesta de Nagler. Relacionada con la dogmática de las formas de intervención en un hecho punible, afirma que una tesis como la arriba esbozada entraría en contradicción con “la evidente ampliación del ámbito de destinatarios derivada de las normas que describen las formas de participación, que advierten a los particulares que no pueden ser autores principales de los delitos descritos por las normas especiales.”¹⁶⁶ Lo que se plantea es que si fuera efectivo que en el caso de los delitos especiales las normas de comportamiento se encuentran dirigidas a un universo limitado de sujetos, limitando sólo a éstos la posibilidad de su quebrantamiento a título de autoría, entonces también se limitaría la posibilidad de quebrantamiento de la norma a título de participación. Se seguiría, entonces, que el *extraneus*, por ejemplo, no podría participar como cómplice de un delito de cohecho.

Justamente lo que muestra esta crítica es una incompreensión del principio de accesoriadad que rige a la participación, entendiéndose ésta como la colaboración o cooperación

¹⁶⁶ Vázquez-Portomeñe (2003), p. 320. Esta crítica parece ser esbozada por Kaufmann al afirmar que “queda claro que *también las normas especiales se dirigen a todos*”, luego de citar a Binding quien habría afirmado que “también los restantes súbditos están obligados por las normas especiales: éstos obrarán contra la norma si inducen o prestan ayuda respecto de un delito especial” (Kaufmann (1977), p. 177). Mañalich reconoce que este punto es lo único que podría estar en juego en la resistencia de Kaufmann a validar la tesis de la limitación del universo de destinatarios de la norma. Mañalich. Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo. Revista política criminal 14(27). Artículo aceptado de próxima publicación, citado con autorización del autor, p. 65.

en la realización de la conducta por parte de otro (el autor). Esto quiere decir que el partícipe no quebranta la norma, pues su conducta consiste en una acción auxiliar, *accessoria* a la acción principal del autor que sí consiste en el quebrantamiento de la norma.¹⁶⁷

Lo anterior se hace claro al observar que constituye condición de posibilidad de que una conducta como la de poner en contacto a un diputado de la república con el representante de una empresa, organizando reuniones entre ambos, se deje describir como la facilitación de la ejecución de una conducta constitutiva de cohecho por parte del diputado, el que el diputado *en efecto* ejecute una conducta que ejemplifique alguno de los tipos de acción descritos en el párrafo 9 del Título V del Libro II del Código Penal. Esto significa que, tal como ocurre en el caso de la tentativa y como ya fuera lúcidamente evidenciado por Beling,¹⁶⁸ el partícipe no quebranta por sí mismo norma alguna. En efecto, la acción descrita en el ejemplo no se deja describir como cohecho, tal como la acción de entregar un cuchillo a quien luego lo ocupa para apuñalar a un tercero no se deja describir como la acción de dar muerte a otro. Esto implica descartar que exista tal cosa como un “delito de participación” (de la misma forma en que no existe un “delito de tentativa”), en el sentido de que el partícipe quebrantaría una norma de comportamiento diferente a la que se le imputa al autor. Precisamente lo que se imputa al partícipe es el quebrantamiento de la misma norma que quebranta el autor principal, pero *a título* de participación (y de ahí que no la quebranta “por sí mismo”). Y, en la medida en que la diferencia se encuentra en la modalidad de imputación de la norma, no hay problema alguno con defender que, *en tanto partícipe*, el *extraneus* tiene el deber de abstenerse de facilitar la conducta del *intraneus* cuando ésta consista en el quebrantamiento de la norma de comportamiento dirigida a un universo limitado de sujetos.

Una distinción que puede ayudar a aclarar lo anterior es la que presenta Gardner,¹⁶⁹ referida a cómo la existencia de un deber dirigido a determinadas personas puede, de todas formas, ser una razón para que incluso aquellos que no se encuentran vinculados por dicho

¹⁶⁷ Latamente al respecto, con ulteriores referencias, Mañalich (2014b), pp. 86ss.

¹⁶⁸ Véase *supra*, pp. 15ss.

¹⁶⁹ Gardner (2007b), pp. 131-2. Asimismo, Gardner (2011), p. 10.

deber se comporten de cierta forma. El universo de sujetos a los que dicho deber vincula, tienen una razón para comportarse de la manera que éste dicta. Así, quien promete visitar a su amigo mientras se encuentra hospitalizado tiene una razón para visitarlo, razón que es personal en cuanto a su cumplimiento: es quien efectuó la promesa quien debe cumplirla; no se le da cumplimiento si un tercero va a visitarlo al hospital. La promesa, en ese sentido, vincula sólo a quien la efectuó. Pero existe otro sentido en el que la promesa vincula, secundariamente, a terceros: ésta puede generar razones para que otros no colaboren con su quebrantamiento. Si bien quien efectuó la promesa es el único que puede cumplirla, visitando a su amigo en el hospital, el hecho de haberlo prometido da razones a terceros para, por ejemplo, no convencer a quien prometió de quebrar su promesa, ofreciéndole planes más tentadores que una visita al hospital. En este sentido, otros pueden llegar a tener una razón personal en cuanto a la atención que le deben a la promesa hecha, comportándose de manera que no faciliten su incumplimiento por parte de quien se comprometió. Como lo plantea Gardner,

“[i]n that sense, there are two parts of morality. There is what I should do *simpliciter*, and then there is what I should do by way of contribution to what you do. If I fail in the first I am a principal. If I fail in the second I am an accomplice”.¹⁷⁰

De lo anterior se sigue que no hay problema con que se plantee que existen normas que vinculan a un grupo limitado de sujetos, pero que son todos y no únicamente quienes se encuentran vinculados por la norma quienes deberán evitar comportarse de manera que contribuyan a que el universo de sujetos que puede quebrantar la norma, lo haga. Un verdadero compromiso con el principio de accesoriedad, por lo tanto, muestra que no existe incompatibilidad alguna en defender que los delitos especiales limitan el círculo posible de autores y que un *extraneus* puede participar, como cómplice, por ejemplo, de un delito especial. Entender el principio de accesoriedad es entender que un *extraneus* puede colaborar en la ejecución de un delito de malversación de caudales públicos a pesar de no ser

¹⁷⁰ Gardner (2007b), p. 132.

funcionario, “del mismo modo que el sacerdote que une a los novios interviene en un matrimonio, a pesar de que él no se casa”.¹⁷¹

Conclusión: la mal llamada “tentativa del sujeto inidóneo” como delito putativo

Lo anterior permite afirmar que la crítica de Bruns, elaborada posteriormente por Kaufmann, referida a la equivalencia de los elementos típicos, tampoco se sostiene. Como se ha mostrado, en los delitos especiales, lo que dichos autores llaman “elementos de autoría” constituye en realidad una limitación que establece el alcance de la norma, referido específicamente al universo de destinatarios. Ahora, que se trate de un elemento que define (limitando) el alcance de la norma no implica descartar que las características específicas que deberán detentar los sujetos formen parte de la misma descripción típica y, en tanto parte de ésta, formen parte del objeto del dolo como descripción de las circunstancias que constituyen la oportunidad-para-la-acción. La consecuencia fundamental de lo anterior es que para que el delito consumado sea imputable a título doloso, será necesario, además de que el sujeto efectivamente tenga el estatus requerido por la norma, que éste se represente dichas circunstancias. En breve, será necesario que no actúe bajo un error de tipo que recaiga sobre circunstancias que le hagan ignorar su estatus de sujeto vinculado a la norma especial para poder imputar el delito consumado a título de dolo. La falta de dicha representación de las circunstancias, por lo tanto, sólo permitirá una imputación extraordinaria, a título de imprudencia. Por ejemplo, quien no sabe que detenta el estatus de funcionario pues desconoce que su contrata ya ha sido debidamente tramitada, no cometerá cohecho a título de dolo a pesar de que ejecute la conducta tipificada en el artículo 248 o siguientes.¹⁷²

Sobre este punto, es importante aclarar, contra lo señalado por Jescheck, que la defensa de esta postura no implica “un retorno parcial a la teoría de la ausencia de tipo.”¹⁷³ Como

¹⁷¹ Gimbernat (1966), 278.

¹⁷² Kaufmann (1984), pp. 12ss.

¹⁷³ Jescheck (2002), p. 575.

se analizó en su momento, la teoría de la ausencia de tipo presenta a la tentativa como una “realización parcial” de éste, siendo ciega al hecho de que en toda tentativa están ausentes uno o más elementos típicos. Por lo mismo, la ausencia de alguno de estos elementos no es suficiente para afirmar la impunidad, salvo que se defienda la impunidad de la tentativa en general. La razón, en cambio, por la que se señala que en los casos acá analizados no habría tentativa, sino delito putativo, se encuentra ya en la inexistencia de un deber de comportamiento de los sujetos, al no encontrarse vinculados por la norma respectiva, y no por una supuesta atipicidad por falta de alguno de los elementos de la descripción consistente en el tipo penal.

La consecuencia de reconocer que en el caso de los delitos especiales la norma de comportamiento se formula según (1) lleva a concluir que el error que recae en las circunstancias que hace que el sujeto crea que el estatus que detenta es el estatus requerido en un delito especial, es un error sobre la aplicabilidad de la norma: el sujeto cree estar sometido a un deber establecido en una norma no le es vinculante. Se trata, por lo tanto, de un delito putativo. En efecto, el carácter de vinculante o no de la norma de comportamiento para con un determinado sujeto no puede depender de la representación que el sujeto tenga de las circunstancias. Así, si dicha norma circunscribe el universo de sus destinatarios a un grupo específico, dicho universo no se verá ampliado porque un sujeto que no pertenece a él cree, de hecho, pertenecer. Y el punto acá es que, tal como sucede con el error de prohibición al revés, lo que demuestra el sujeto al realizar la conducta es que no reconoce como razón para la acción a una norma inexistente. La supuesta necesidad práctica subjetiva respondería, así, a una norma imaginaria. De ahí la irrelevancia del delito putativo para el derecho penal, pues “una norma que no existe tampoco precisa de una garantía para su vigencia.”¹⁷⁴

¹⁷⁴ Kindhäuser (2010), p. 158.

BIBLIOGRAFÍA

1. ALCÁCER, R. 2000. La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto. Granada, Comares, 523.
2. ALCÁCER, R. 2001. Elementos típicos no vinculados al curso causal y la tentativa de autor inidóneo. *Revista de derecho penal y criminología* 2(7): 11-48.
3. BELING, E. 2002. Esquema de derecho penal; La doctrina del delito-tipo. Buenos Aires, Librería El Foro. 342p
4. BINDING, K. 2009. La culpabilidad en el derecho penal. Montevideo, B. de F. 165.p
5. BUNNIN, N. y YU, J. 2004. *Blackwell Dictionary of Western Philosophy*. Oxford, Blackwell. 766.
6. CONTESSE, J. 2017. La omisión impropia como hecho punible. En: AMBOS, K., MALARINO, E., MATUS, J.P., URQUIZO, G., WINTER, J. (Coord.) *Reformas Penales*. Santiago, DER ediciones, pp. 11-49.
7. CONTESSE, J. 2018. Tentativa de delito y concurso de personas en el hecho punible en la obra de Eduardo Novoa Monreal. En: AMBOS, K. y GUZMÁN, J.L. *Derecho y cambio social. Estudios críticos en homenaje a Eduardo Novoa Monreal*. Santiago, Der Ediciones, 113-139.
8. CURY, E. 1977. *Tentativa y delito frustrado*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 221p.
9. CURY, E. 2005. *Derecho Penal parte general*. Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile. 8a ed. 812p
10. ETCHEBERRY, A. 1997. *Derecho Penal. Parte general. Tomo II. 3ª ed.* Santiago, Editorial Jurídica. 361p.
11. FARRÉ TREPAT, E. 1989. *La tentativa de delito*. Barcelona, Bosch. 516p.
12. FEUERBACH, A. 1989. *Tratado de derecho penal*. Buenos Aires, Hammurabi. 415p.
13. GARDNER, J. 2007a. The wrongness of rape. En: *Offences and defenses*. Oxford, Oxford University Press, pp. 1-32.
14. GARDNER, J. 2007b. Complicity and causality. *Criminal law and philosophy* 1: 127-141.
15. GARDNER, J. 2011. *Relations of Responsibility*. Oxford Legal Studies Research Paper 15: 1-26.
16. GARRIDO, M. 1984. *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*. Santiago, Editorial Jurídica. 453p.
17. GARRIDO, M. 2003. *Derecho Penal. Parte general. Tomo II. 3ª ed.* Santiago, Editorial Jurídica. 369p.

18. GIMBERNAT, E. 1966. Autor y cómplice en el Derecho Penal. Madrid, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones e Intercambio. 349p.
19. GÓMEZ, V. 2006a. Delito especial con autor inidóneo. Madrid, Dykinson. 223p.
20. GÓMEZ, V. 2006b. Los delitos especiales. Montevideo, B. de F. 796p.
21. GONZÁLEZ, J. C. 2001. Los límites doctrinales en la originaria fundamentación de la tentativa: las teorías objetiva y subjetiva. Actual evolución de la doctrina en España. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales LIV: 229-322.
22. HART, H.L.A. 1981. The House of Lords on attempting the impossible. Oxford Journal of Legal Studies 1(2): 149-166.
23. HART, H.L.A. 2007. El Concepto de Derecho. Buenos Aires, Abeledo Perrot. 336p.
24. HRUSCHKA, J. 2005. Reglas de comportamiento y reglas de imputación. En: Imputación y derecho penal: estudios sobre la teoría de la imputación. Pamplona, Arazadi, pp. 27-39.
25. JAKOBS, G. 1991. Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación. 2ª ed. Madrid, Parcial Pons. 1113p.
26. JESCHECK, H.H. 2002. Tratado de Derecho Penal, Parte General. 5ª ed. Granada, Comares. 1066p.
27. JIMÉNEZ DE ASÚA, L. 1964. Tratado de Derecho Penal. Volumen 7. 3ª ed. Buenos Aires, Losada. 1019p.
28. KAUFMANN, A. 2006. Dogmática de los delitos de omisión. Madrid, Marcial Pons. 333p.
29. KAUFMANN, A. 1984. Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad. Anuario de derecho penal y ciencias penales 37(1): 5-21.
30. KAUFMANN, A. 1977. Teoría de las Normas. Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna. Buenos Aires, Depalma. 402p.
31. KINDHÄUSER, U. 2005. ¿Indiferencia como dolo? En: GARCÍA, P.; KINDHÄUSER, U. y PASTOR, N. Cuestiones actuales de derecho penal general y patrimonial. Lima, Ara editores. 158p.
32. KINDHÄUSER, U. 2007. Presupuestos de la corrupción punible en el Estado, la economía y la sociedad. Revista Política Criminal 3: 1-19.
33. KINDHÄUSER, U. 2008. El tipo subjetivo en la construcción del delito. InDret 4: 1-35.
34. KINDHÄUSER, U. 2009a. La lógica de la construcción del delito. Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia 14: 499-509.
35. KINDHÄUSER, U. 2009b. Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal. InDret 1: 1-19.

36. KINDHÄUSER, U. 2010. Acerca de la distinción entre error de hecho y error de derecho. En: VV.AA. El error en el Derecho Penal. Buenos Aires, AD-HOC. pp. 139-163.
37. LONDOÑO, F. 2016. Estudios sobre la punibilidad de la tentativa con dolo eventual en Chile ¿Hacia una noción de tipo penal diferenciado para la tentativa? *Revista de Ciencias Penales* XLIII(3): 95-130.
38. MAÑALICH, J.P. 2011. El delito como injusto culpable. *Revista de Derecho* XXIV(1): 87-115.
39. MAÑALICH, J.P. 2010. Norma e imputación como categorías del hecho punible. Algunas consideraciones conceptuales. *Revista de Estudios de la Justicia* 12: 165-185.
40. MAÑALICH, J.P. 2014a. La violación como delito contra la indemnidad sexual. *Revista Ius et Praxis* 20(2): 21-70.
41. MAÑALICH, J.P. 2014b. Norma, causalidad y acción. Madrid, Marcia Pons. 140p.
42. MAÑALICH, J.P. 2017a. La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica. *Revista Chilena de Derecho* 44(2): 461-493
43. MAÑALICH, J.P. 2017b. ¿Incompatibilidad entre frustración y dolo eventual? *Revista Estudios de la Justicia* 27: 171-182.
44. MAÑALICH, J.P. 2018. Apropiación y distracción indebidas. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 25(1): 153-180.
45. MAÑALICH, J.P. 2019. Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo. *Revista Política Criminal* 14(27). Artículo aceptado de próxima publicación.
46. MEZGER, E. 1957. Tratado de Derecho Penal. Volumen 2. 2ª ed. Madrid, Revista de Derecho Privado. 452p.
47. MOORE, M.S. 1992. Law as a functional kind. En: GEORGE, R. (ed.). *Natural law theory. Contemporary essays*. Oxford, Oxford University Press, pp. 188-242.
48. MORESO, J.J. y NAVARRO, P. 1996. Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas. *Revista Isonomía* 5: 119-139.
49. NAVARRO, P. y RODRÍGUEZ, J. 2014. *Deontic logic and legal systems*. Nueva York, Cambridge University Press, 288p.
50. NOVOA, E. 1960. Curso de derecho penal chileno. Tomo II. 3ª ed. Santiago, Editorial Jurídica. 477p.
51. NOVOA, E. 1963. El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible. *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, XXXI(124): 19-71.
52. OLAVE, A. 2018. El delito de hurto como tipo de delito de resultado. *Revista Política Criminal* 13(25): 175-207.

53. OSSANDÓN, M. y RODRÍGUEZ, L. 2004. Delitos contra la función pública. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica. 510p.
54. PARFIT, D. 2011. Normative concepts. En: On what matters. Volumen I. Oxford, Oxford University Press, pp. 31-42.
55. POLITOFF, S. 1999. Los actos preparatorios del delito, tentativa y frustración: estudio dogmático penal de derecho penal comparado. Santiago, Editorial Jurídica. 276p.
56. PUPPE, I. 2010. La distinción entre dolo e imprudencia. Buenos Aires, Hammurabi. 170p.
57. PUPPE, I. 2017a. Perspectivas conceptuales del dolo eventual. En: El Derecho penal como ciencia. Montevideo, B. de F., pp. 291-316.
58. PUPPE, I. 2017b. El alcance lógico de la llamada conclusión inversa. En: El Derecho penal como ciencia. Montevideo, B. de F., pp. 33-100.
59. PUTMAN, H. 2002. The collapse of the fact/value dichotomy. En: The collapse of the fact/value dichotomy and other essays. 3ª ed. Cambridge, Harvard University Press, pp. 7-64.
60. RAGUÉS, J. R. 1999. El dolo y su prueba en el proceso penal. Barcelona, José María Bosch Editor. 568p.
61. REYES, I. 2015. Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva. Revista Ius et Praxis 21(1): 137 – 170.
62. ROSS, A. 1968. Directives and norms. New York, Humanities press. 188p.
63. ROXIN, C. 1997. Derecho Penal parte general. Tomo I. Madrid, Civitas. 1071p.
64. SAINZ DE ROBLES, C. 1989. Sobre la tentativa del sujeto inidóneo. En: ECHEBURÚA, E., DE LA CUESTA, J. Y DENDALUCE, I. (coord.). Criminología y derecho penal al servicio de la persona: libro homenaje al profesor Antonio Beristain. Gipuzkoa, Instituto Vasco de Criminología. 1238p.
65. SANCINETTI, M. 1995. Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa, Santa Fé de Bogotá, Temis. 300p.
66. SCHURMANN, M. 2016. ¿Qué entendemos por tentativa inidónea impune? En: CÁRDENAS, C. y FERDMAN, J. (eds.). El derecho penal como teoría y como práctica. Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy. Santiago, Thomson Reuters. 1212p.
67. STRUENSEE, E. 1992. Dolo, tentativa y delito putativo. Buenos Aires, Hammurabi. 125p.
68. TUGENDHAT, E. y WOLF, U. 1997. Propedéutica lógico-semántica. Barcelona, Anthropos. 217p.
69. VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, F. 2003. Los delitos contra la administración pública. Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela. 519p.

70. VON WRIGHT, G.H. 1963a. The varieties of goodness. 4^a ed. Londres, Routledge and Kegan Paul. 222p.
71. VON WRIGHT, G.H. 1963b. Norm and action. Londres, Routledge & Kegan Paul. 214p.
72. VON WRIGHT, G.H. 1983a. Practical inference. En: Practical reason. Philosophical papers. Volumen I. Oxford, Blackwell, pp. 10-17.
73. VON WRIGHT, G.H. 1983b. Explanation and understanding of action. En: Practical reason. Philosophical papers. Volumen I. Oxford, Blackwell, pp. 53-66.
74. VON WRIGHT, G.H. 1971. Explanation and understanding. Londres, Routledge & Kegan Paul. 230p.