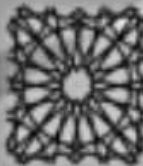


Eduardo Demetrio Crespo
**LA TENTATIVA EN LA
AUTORÍA MEDIATA Y
EN LA *ACTIO LIBERA IN CAUSA***

**Una contribución al estudio del fundamento
de punición y comienzo de la tentativa**


IBAÑEZ


COMARES
editorial

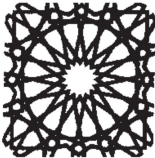
**LA TENTATIVA EN LA AUTORÍA MEDIATA
Y EN LA *ACTIO LIBERA IN CAUSA***

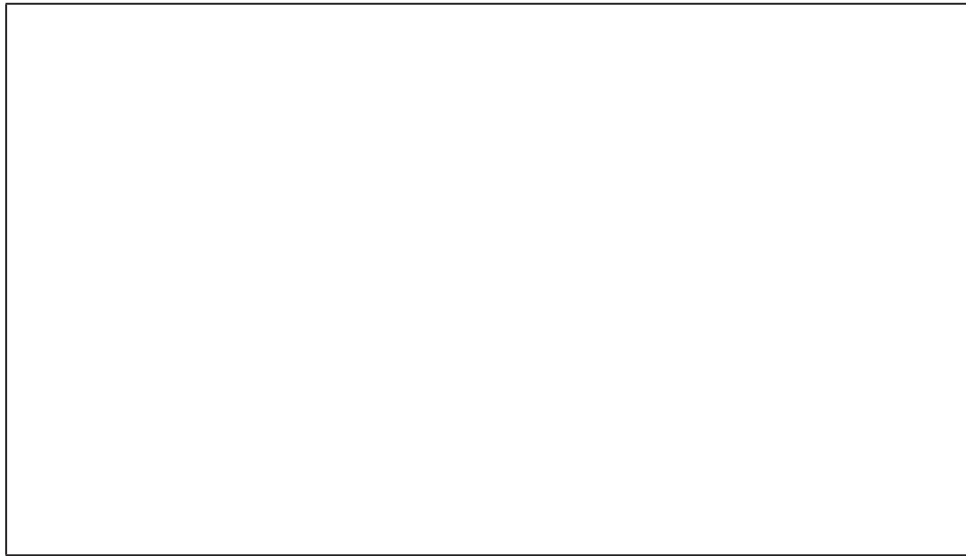
EDUARDO DEMETRIO CRESPO

LA TENTATIVA EN LA AUTORÍA MEDIATA
Y EN *LA ACTIO LIBERA IN CAUSA*

UNA CONTRIBUCIÓN AL ESTUDIO DEL FUNDAMENTO DE PUNICIÓN
Y COMIENZO DE LA TENTATIVA


Grupo Editorial
IBAÑEZ


COMARES
editorial



© EDUARDO DEMETRIO CRESPO

© Edición original: *La tentativa en la actio libera in causa y en la autoría mediata*. Una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa, Granada: Editorial Comares, 2003. ISBN: 84-8444-644-1. DL: Gr.2031/2002”

© GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ

Imprenta: Carrera 69 Bis N° 36-20 Sur

Teléfonos: 2300731 - 2386035

Librería: Calle 12 B No. 7-12. L. 1

Tels: 2847524 - 2835194

Bogotá, D.C. - Colombia

www.grupoeditorialibanez.com

ISBN: 978-958-791-vvvvv

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Ley 23 de 1982.

Diagramación electrónica: Yaneth Guarín A.

Diseño de portada: David Cortés A.

A mis hijos, Eduardo y Alejandra
A mis padres

ABREVIATURAS

ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales
AP	Actualidad Penal
AT	Allgemeiner Teil
ALIC	Actio libera in causa
CP	Código Penal español
CPC	Cuadernos de Política Criminal
DP	Doctrina Penal
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
EJB	Enciclopedia Jurídica Básica
EPC	Estudios Penales y Criminológicos
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GS	Gerichtssaal
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
Jus	Juristische Schulung
JZ	Juristen Zeitung
KJ	Kriminologisches Journal
LK	Leipziger Kommentar
LL	La Ley
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MshrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
NDP	Nueva Doctrina Penal

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OLIC	Omissio libera in causa
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología. UNED.
RFDUC	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense
SK	Systematischer Kommentar
StGB	Strafgesetzbuch
StV	Strafverteidiger
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

NOTA PRELIMINAR

EDUARDO DEMETRIO CRESPO
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo)

Quisiera expresar mi más sincero agradecimiento a todos aquellos que han hecho posible la reedición, sin cambios respecto a la versión original a salvo de algunas correcciones, de la presente monografía aparecida en el año 2003¹. Me alegra especialmente que vea la luz ahora en Colombia, país que he tenido oportunidad de visitar en algunas ocasiones y al que me unen fuertes lazos.

Pienso, en primer lugar, en Gloria Bernal Sarmiento. Nuestra amistad se cimienta en una sensibilidad compartida por el modo de ver los problemas – también, aunque no solo– del Derecho penal. Esta visión adquiere en ella forma literaria, como tuve oportunidad de comprobar con ocasión de la presentación en el Aula Magna de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo de su conmovedor relato *Las lenguas cortadas*². A ella se debe la iniciativa y el impulso inicial que está detrás de esta publicación.

En segundo lugar, constituye para mí un verdadero honor que el Prof. Yesid REYES ALVARADO aceptara redactar el prólogo. Nadie mejor que un penalista de tan sólida formación dogmática y máximo conocedor del espinoso tema de la tentativa para ello³. Este viene a unirse al del Prof. SERRANO-PIEDECASAS, otra de las voces más autorizadas en la materia con quien tuve oportunidad de discutir en su momento –como también lo hice con el Prof. HIRSCH en la Universidad de Colonia– sobre los asuntos más espinosos⁴.

Se trató para mí de la primera aproximación a los fundamentos de la teoría del delito, después de haber transitado los de la individualización judicial de la pena.

¹ DEMETRIO CRESPO, E., *La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa*, Prólogo de José Ramón Serrano-Piedecabras Fernández, Granada: Comares, 2003.

² BERNAL ACEVEDO, G., *Las lenguas cortadas o el realismo cotidiano*, Bogotá: Uniediciones, 2017.

³ REYES ALVARADO, Y., *El delito de tentativa*, Buenos Aires: Bdef, 2016.

⁴ SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, JR., “Fundamentación objetiva del injusto de la tentativa en el Código Penal español”, en *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo 51, 1998. pp. 35-152.

No obstante, tras afrontar este notable reto, caí en una sensación de decepción al comprobar que algunos de los problemas clave carecían en realidad de una solución general satisfactoria. Ello enlaza con una reflexión ulterior, que tal vez sea oportuno plantear, acerca de la supuesta “debilidad” de la dogmática. Esta se manifiesta de formas diversas, que van desde el fuerte descreimiento en el método dogmático, pasando por su disolución en el pensamiento tópico y, lo que es aún peor, su distorsión demagógica para la consecución de fines prácticos. Sin embargo, tengo la convicción de que no solo sigue siendo útil, sino también imprescindible en la elaboración científica de nuestra disciplina. Por expresarlo resumidamente, una cosa es que no resulte suficiente una configuración de la misma encerrada en el método, sino que, antes bien, haya que acudir a amplios referentes teleológicos y lingüísticos en diálogo con otras ciencias, y otra muy diferente que nos podamos permitir prescindir de ella.

Hacerlo conduciría a grados insoportables de inseguridad jurídica. La complejidad interna de elaboraciones conceptuales tales como la distinción entre acto ejecutivo y acto preparatorio o el aspecto subjetivo relativo a la resolución dolosa de cometer el delito, por poner dos ejemplos, así lo ponen de relieve. No en vano el Derecho penal democrático puede devenir fácilmente autoritario si pierde de vista la dimensión relativa al *Derecho penal del hecho*, algo a lo que habría que enfrentarse en ausencia de los límites interpretativos que derivan de la elaboración conceptual conforme a un método⁵. Que esa delgada línea puede cruzarse con facilidad en el marco del llamado *iter criminis*, así como las confusiones a las que se puede llegar como consecuencia de las diferentes interpretaciones posibles acerca de la dimensión temporal —*ex ante* o *ex post*— de la conducta, es de sobra conocido⁶.

No puedo olvidarme de mencionar a mis queridos discípulos Faustino García de la Torre García y Mónica de la Cuerda Martín, que me han ayudado a revisar las pruebas de la presente monografía y siempre me animan a seguir adelante.

Por último, mi gratitud se extiende a Don Gustavo Ibáñez por haber acogido la obra en su prestigioso sello editorial. Asimismo, a Don Miguel Ángel del Arco Torres, quien en nombre de la Editorial Comares ha concedido el permiso pertinente.

En Curitiba, septiembre 2019.

⁵ Por todos, HIRSCH, H. J., “Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht”, en Schünemann, B. et al. (Hg.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlin-New York: De Gruyter, 2001. pp. 711-728.

⁶ En sentido crítico respecto a la posición acerca de la punibilidad de la tentativa absolutamente inidónea que la identifica en la práctica indebidamente con la tentativa *ex ante* no peligrosa, en DEMETRIO CRESPO, E., “Tipos de imperfecta realización”, en DEMETRIO CRESPO (coord.), *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal. Tomo II. Teoría del delito*, 2ª ed., Madrid: Iustel, 2015, p. 208, nota 3.

PRÓLOGO

YESID REYES ALVARADO

Para un lector desprevenido, el título del libro parecería insinuar un texto de poca complejidad en cuanto solo se ocupa de dos particularidades puntuales de la tentativa: la que atañe a la autoría mediata y la que concierne a la *actio libera in causa*. Incluso la respuesta a la pregunta de cuándo empieza la tentativa en esos casos parece tan simple como obvia: cuando se da comienzo a la ejecución del hecho punible.

Esta última afirmación es correcta; pero detrás de su aparente simpleza se esconden algunos de los más espinosos problemas de la teoría del delito, cuyo análisis es indispensable para arribar de manera fundada a esa conclusión. Para comenzar, ¿qué es la ejecución del hecho punible? Una breve ojeada a la literatura especializada muestra que esa expresión responde a una determinada concepción del delito, que lo identifica como una senda del crimen que comienza con la intención de cometerlo, sigue con los actos preparatorios, continúa con los de ejecución y desemboca finalmente en la consumación. Según esa tesis, existe un delito consumado cuando se recorre hasta el final todo ese camino, y hay una tentativa cuando solo se llega hasta los actos ejecutivos. Sin embargo, esa no es la única forma de concebir la tentativa; frente a esta idea de identificarla como un cuasidelito, es igualmente factible describirla como un delito perfecto, a condición de que se haga un replanteamiento de nociones como la relación causal y el resultado.

Decidirse por entender la tentativa como un cuasi-delito conduce necesariamente a rechazar la idea de que ella es el prototipo de injusto; por el contrario, desde esta postura se asume (y así lo reconoce de manera expresa Eduardo DEMETRIO) que el prototipo de hecho punible es el consumado, con sus elementos de desvalor de acción y de resultado, frente al cual la tentativa sería un delito imperfecto; a su vez, esto permite defender de manera coherente que su punibilidad debe ser obligatoriamente menor que la prevista para el consumado. Sin embargo, conviene aclarar que Eduardo DEMETRIO no deriva

la imperfección de la tentativa de la ausencia de resultado, sino de la diversa estructura del mismo frente a la que se presenta en la consumación porque, a su juicio, en esta última el resultado equivale a una efectiva lesión del bien jurídico, mientras en la tentativa se lo debe identificar como una simple puesta en peligro de mismo; hecha esta diferenciación, el autor del libro prologado puede concluir sin mayor dificultad que la razón de ser de la punibilidad de los delitos consumado y tentado es la misma, y se deriva de la conjunción de un desvalor de acción y uno de resultado.

Al reconocer que en la tentativa son importantes tanto el aspecto subjetivo como el objetivo, se está optando por respaldar una tesis dualista, tal como expresamente lo reconoce Eduardo DEMETRIO; pero para entender cuál es la estructura teórica de esa postura es necesario profundizar un poco más en cuanto a la forma como debe entenderse cada uno de dichos elementos. Respecto de la subjetividad de la tentativa se debe asumir una postura frente al dilema de si se refiere a la peligrosidad del sujeto con independencia de la conducta que despliegue (como podría inferirse de las antiguas concepciones positivistas italianas), o si alude al dolo que acompaña el comportamiento del autor; y llegados a este punto, todavía debe decidirse si ese dolo hace parte de la culpabilidad (como lo proponían los antiguos esquemas causalistas), o debe entenderse como un elemento constitutivo del injusto (según la propuesta del finalismo).

El dilema es relevante, porque si se acoge la primera opción, debería admitirse que el injusto de la tentativa no incluye el dolo (lo cual supone renunciar a la descripción que del delito se hace a través de la figura del *iter criminis*) o, si se prefiere, podría reconocerse que el dolo tiene una doble posición en la teoría del delito: cuando se trata de hechos punibles consumados está en la culpabilidad y cuando se refiere a tentativas se desplaza al injusto, postura que no está exenta de críticas dado el desdoblamiento que ella implica en la concepción teórica del delito. Si, por el contrario, se opta por la segunda alternativa (así lo hace Eduardo DEMETRIO), parecería lograrse la unificación de las estructuras de la consumación y la tentativa, en cuanto ambas figuras parten del supuesto conforme al cual el dolo hace parte del injusto; sin embargo, quedaría por explicar, como un último nivel de análisis, por qué la doctrina mayoritaria comienza el estudio de la tentativa por el tipo subjetivo y el de la consumación por el tipo objetivo, disparidad que vuelve a sugerir diferencias estructurales entre esas dos figuras.

Respecto de la faceta objetiva de la tentativa (segundo componente de una tesis dualista sobre su estructura) es necesario decidir si se la identifica con la relación de causalidad o si, por el contrario, se la construye a partir del concepto

de peligrosidad. Si se opta por la primera alternativa, estaría pendiente de dilucidar si es factible hablar de una causalidad meramente hipotética como predicción de un posible resultado futuro y, en caso afirmativo, cómo puede edificarse un nexo causal cuando falta uno de sus extremos (el resultado), lo que a su vez obliga a abandonar su tradicional construcción a partir de la noción de certeza y reemplazarla por la de probabilidad. Por el contrario, quien se incline por la segunda opción, debe precisar si se trata de un concepto que debe ser valorado desde una perspectiva *ex ante* (cuando la conducta tiene lugar) o desde una postura *ex post* (cuando la conducta finaliza, sin la sobrevenición del resultado pretendido); mientras los partidarios de la valoración *ex post* están compelidos a admitir que todas las tentativas son inidóneas en cuanto jamás conducen al resultado que persigue el autor (Eduardo DEMETRIO solo acepta de manera parcial esa consecuencia), a los defensores de una evaluación *ex ante* de la conducta les corresponde precisar si ella debe ser efectuada por un observador objetivo con los conocimientos del autor o sin ellos; aun cuando la doctrina mayoritaria (y dentro de ella Eduardo DEMETRIO) se inclina por la primera solución, ella conduce a admitir que las tentativas inidóneas son punibles, solución que si bien es ampliamente reconocida fuera de nuestro país (con razón), aquí es rechazada tanto por la jurisprudencia como por la doctrina mayoritaria, probablemente como resultado del fuerte arraigo que en nuestro medio han tenido las tesis objetivas.

Ahora bien, admitir que la punibilidad de la tentativa se explica con base en la referida tesis dualista (en la forma como lo hace Eduardo DEMETRIO) supone haber adoptado previamente una concepción finalista “moderada” de la teoría del delito, cuando menos por tres razones: la primera, porque al plegarse a una concepción dualista de la tentativa, no se hace radicar su reproche en la mera faceta objetiva de la misma, sino que se reconoce la necesidad de valorar el aspecto subjetivo de la conducta; la segunda, porque al analizar el dolo dentro del injusto y no en la culpabilidad, el finalismo puede calificar a las tentativas como conductas típicas y antijurídicas sin alterar su esquema teórico, lo cual difícilmente se consigue (respetando el propio sistema) dentro de un esquema causalista en el que el dolo (que coincidiría con la intención delictiva como primer elemento del *iter criminis*) solo se analiza en sede de culpabilidad; la tercera, porque al defender una diferencia entre actos ejecutivos y consumativos se le otorga valor al resultado como una característica del delito consumado, con lo que se evidencia un apartamiento de las tesis finalistas radicales (Zielinski o Sancinetti) en las que se identifica el injusto con el desvalor de acción, se prescinde del desvalor de resultado y, por esa vía, se elimina la distinción entre los delitos consumados y las tentativas. No obstante lo anterior, debe tenerse

en cuenta que, en otro aparte del texto aquí prologado, Eduardo DEMETRIO admite la posibilidad de que exista un injusto sin desvalor de resultado, pero solo sobre el supuesto de que esta última es una noción cofundamentadora, pero no constitutiva del injusto.

Al terminar este recorrido lleno de alternativas teóricas, solo se tiene definido uno de los soportes conceptuales que permitiría responder a la pregunta de cuándo hay una tentativa en la autoría mediata y en la *actio libera in causa*; por eso Eduardo DEMETRIO se ocupa también de fijar los límites conceptuales de estas dos últimas figuras, lo que, entre otras cosas, le permite hallar una simetría estructural entre la autoría mediata y (algunos) casos de tentativa acabada.

Para tomar una posición sobre el concepto de autoría mediata es importante haber definido previamente si se acoge una noción restrictiva de autor o si se opta por una visión unitaria del mismo; mientras en el primer caso resulta indispensable trazar los límites entre la autoría, la coautoría, la autoría mediata, la determinación y la complicidad, la segunda alternativa (dentro de la cual todavía es factible escoger entre concepciones unitarias naturalistas y normativas) prescinde de estas distinciones abriendo una nueva discusión sobre si las mencionadas figuras deben recibir solo un tratamiento cuantitativo punitivo diverso (en lugar de uno cualitativo en el ámbito del injusto) y, en caso afirmativo, sobre cuáles serían los instrumentos que permitirían fijar esa escala diferencial de sanciones respecto de figuras que, como las ya mencionadas, tendrían una misma estructura en el ámbito del injusto.

Aclarado este primer punto de partida, es necesario tomar postura frente al debate sobre si la autoría mediata debe permanecer restringida a aquellas hipótesis en las que el autor recurre a un instrumento para cometer el delito (¿puede la víctima ser considerada como un instrumento?) o si, por el contrario, es factible extenderla a casos en los que el ejecutor directo actúa de manera responsable en coordinación (no directa) con el autor (como ocurre en los denominados aparatos organizados de poder), o cuando lo hace de manera responsable pero sin coordinación con el autor (piénsese en el caso del instrumento que descubre su condición de tal pero decide seguir adelante con la ejecución del delito sin acordarlo con el autor). A su vez, quien acepte la autoría mediata con ejecutor directo responsable todavía debe precisar cuál es la diferencia entre el acuerdo de voluntades propio de la coautoría y el que caracterizaría la figura de los aparatos organizados de poder, y explicar qué es lo que permite establecer una distinción entre esa figura y la determinación.

Dado que en la autoría mediata el resultado (sobre el que ya debería haberse tomado una postura en relación con su naturaleza ontológica o normativa)

sobreviene después de que en el desarrollo de la conducta han tomado parte un autor y un instrumento (en su formulación clásica), las alternativas para fijar el inicio de la tentativa se reducen a dos: o ella comienza cuando el ejecutor directo emprende los actos de ejecución, o surge a la vida jurídica desde el momento en el que el hombre de atrás finaliza su intervención poniendo en marcha al ejecutor directo.

Aunque estas dos formas de solución suelen ser conocidas con las denominaciones de “individual” y “global”, no se trata de un asunto libre de polémica; en efecto, el nombre de “solución global” parece referirse a una “actuación conjunta” del autor y el ejecutor final, que no solo lleva a plantear nuevamente el tema de qué es lo que caracteriza esa “ejecución conjunta” (¿un acuerdo de voluntades, o una concepción normativa de conducta compleja?), sino a preguntarse si con esta solución se quiere fijar el comienzo de la tentativa en el momento en que una “acción conjunta” alcanza el grado de ejecución, o cuando es el ejecutor directo el que da comienzo a los actos ejecutivos; como la doctrina mayoritaria suele aludir a esta última alternativa, cabe cuestionarse entonces si el nombre de “solución global” es el correcto o si resulta preferible aludir a una “solución del instrumento”. Esta última posibilidad, sin embargo, reabre dos discusiones: la primera, sobre si el ejecutor directo es en estricto sentido un instrumento en manos del autor (como un arma o un animal), lo cual llevaría a indagarse si eso no hace innecesaria la figura de la autoría mediata; la segunda, sobre si puede haber autoría mediata con un autor responsable, como ya mencioné en un párrafo anterior. En cuanto al nombre de “solución individual”, ella podría resultar inadecuada en los casos de autoría mediata con responsabilidad del instrumento, en los que no solo se sanciona a uno de quienes toman parte en la conducta, lo que ha llevado a algunos autores a sugerir que en su reemplazo se utilice la expresión “solución del autor mediato”.

Una vez que se ha asumido una postura frente al nombre de las dos teorías sobre el comienzo de la tentativa en la autoría mediata, queda por resolver cuál de las dos es preferible, dado que ambas plantean dudas. Mientras la solución individual (o del autor mediato) está expuesta a la crítica de una indebida anticipación de la punibilidad (la conducta del autor mediato sería sancionable aunque el ejecutor directo no alcance a actuar), a la solución global (o del instrumento) se le puede reprochar que al retrasar en exceso la intervención del derecho penal dejaría en la impunidad actuaciones del autor que pueden ser consideradas como generadoras de un peligro para el bien jurídico (ensamble de un artefacto explosivo en la casa de la víctima, que no alcanza a activarse porque es casualmente descubierta antes de que el instrumento lo active). Frente a esta segunda alternativa de solución también cabe preguntarse si la

“conducta” del instrumento (en la concepción tradicional de la autoría mediata) puede dar lugar a la aparición de una conducta punible (en grado de tentativa) pese a que las normas sancionan al “autor” y no al instrumento irresponsable que dé comienzo a la ejecución de un delito.

Pese a que la doctrina suele ocuparse únicamente de estas dos alternativas de solución, no puede ignorarse que el gran desarrollo que con los años ha sufrido la teoría del dominio del hecho la ha llevado a consagrarse como una forma de explicar la naturaleza y fundamento de las nociones de autoría y participación, por lo que no puede sorprender que también ofrezca una solución para el problema de la tentativa en la autoría mediata; esta tesis (acogida por Eduardo DEMETRIO) propone fijar el comienzo de los actos ejecutivos de manera alternativa en (i) la pérdida del dominio del hecho por parte del autor (lo que plantea una nueva discusión: ¿cómo puede la teoría del dominio de hecho fundamentar responsabilidad justamente cuando se pierde el dominio del hecho?) o en (ii) la existencia de un peligro para el bien jurídico. Con la primera alternativa se busca corregir la solución global (o del instrumento) permitiendo que el autor pueda ser responsabilizado cuando, sin existir aún peligro para el bien jurídico, pierde la posibilidad de impedir la sobrevenición del resultado (por la pérdida del dominio del hecho), de tal manera que no pueda reprochársele al derecho penal una tardía intervención; con la segunda opción se pretende limitar la solución individual (o del autor mediato) a los casos en los que la sola conducta del autor ya supone un peligro para el bien jurídico, con lo que se evadiría la crítica de que anticipa excesivamente la intervención del derecho penal.

En lo atinente a la *actio libera in causa*, no se puede asumir una postura sobre el comienzo de los actos ejecutivos (y, por consiguiente, de la tentativa), si previamente no se ha tomado posición frente a la conducta sancionable en esas hipótesis; las opciones teóricas se reducen a dos: conforme a la primera, se reprocha la conducta delictiva desplegada por quien ya se ha puesto en condiciones de inculpabilidad, lo cual supone admitir de manera excepcional (por eso dicha teoría es conocida con el nombre de “modelo de excepción”) que una persona puede responder por un hecho punible cometido sin culpabilidad; la segunda posibilidad es responsabilizar al autor por la conducta consistente en colocarse en situación de inculpabilidad (tesis conocida como “modelo del injusto típico”), que suele ser objeto de críticas porque el comportamiento sancionado no es el que recoge la conducta delictiva finalmente cometida, sino uno previo que le permite al autor ejecutarla sin culpabilidad.

A partir de estas dos concepciones sobre la razón de ser de la punibilidad de la *actio libera in causa*, algunos (como Eduardo DEMETRIO) se inclinan por

afincar el comienzo de la tentativa en la “acción precedente”; para conseguirlo se puede recurrir a la antigua teoría de la equivalencia de las condiciones y sostener que quien causa la situación de inculpabilidad es causa de lo que a partir de ella ocurra (el delito cometido en esa situación), tesis que suele ser cuestionada por anticipar excesivamente la intervención del derecho penal. También se puede defender esta tesis con el argumento de que en esa acción precedente puede verse ya un peligro para el bien jurídico, con lo que tampoco se escapa fácilmente a la crítica de un inconveniente adelanto de la punibilidad; pero, además, si la tentativa surge cuando la persona se coloca en situación de inculpabilidad y lo que haga de ese momento en adelante está fuera del ámbito de acción del derecho penal, ¿cuál sería la diferencia entre los actos de ejecución y los de consumación y, qué lugar habría para el desistimiento? La tercera posibilidad de apuntalar esta tesis es afirmar que el autor responde desde el momento en el que, al colocarse en situación de inculpabilidad, pierde el dominio del hecho, lo que deja abierta la cuestión de cómo dicha teoría puede fundamentar una responsabilidad justamente en los casos en los que ese dominio del hecho se pierde.

Quienes optan por atar los actos ejecutivos a la actuación del incapaz, se ven forzados a explicar por qué puede haber un delito sin culpabilidad (así sea de manera excepcional, que es como usualmente se lo pretende justificar). Algunos más sugieren que la problemática planteada por la *actio libera in causa* es comparable con la de la autoría mediata (Eduardo DEMETRIO afirma que existe un paralelismo entre esas figuras), y a partir de allí proponen utilizar los mismos mecanismos de solución. Finalmente existe la posibilidad de recurrir a concepciones normativas de la acción para, a partir de ellas, valorar como una unidad la conducta precedente y la desplegada en condición de inculpabilidad, y predicar el comienzo de ejecución de esa acción global.

Como debería haber quedado claro en las páginas que sirven de prólogo a este libro, las concretas preguntas que se plantea Eduardo DEMETRIO distan mucho de ser tan simples de absolver como su formulación aparenta. Por sencillo que parezca responderlas con la afirmación de que la tentativa en la autoría mediata y en la *actio libera in causa* surge a la vida jurídica cuando se da inicio a los actos ejecutivos, a esta conclusión solo puede llegarse después de haber asumido posiciones en materias como la naturaleza y razón de la punibilidad de la tentativa, la autoría mediata y la *actio libera in causa*. De la mayoría de estos temas se ocupa Eduardo DEMETRIO en este texto, algunos con mayor detenimiento que otros, porque de lo contrario el texto se habría convertido en una compleja obra sobre la teoría del delito. Pero lo que le debe quedar claro al lector es que ninguna solución a problemas puntuales de la

teoría del delito es posible sin haber asumido una posición sobre los elementos estructurales de la misma; eso explica que para resolver unos interrogantes tan puntuales como los que dieron origen a este libro, su autor se haya visto impelido a dedicar muchas páginas a fijar su posición frente a algunos de los aspectos más esenciales y controvertibles de la teoría del delito.

YESID REYES ALVARADO

Profesor de Derecho penal
de la Universidad de Los Andes
Bogotá D. C., mayo de 2019

NOTA PRELIMINAR

El contenido de este libro corresponde básicamente al Segundo Ejercicio que presenté en junio del año 2001 para la obtención de una plaza de Profesor Titular de Derecho Penal en la Universidad de Castilla - La Mancha, para impartir docencia en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo. Mi gratitud a los Profs. Drs. MUÑOZ CONDE, BOIX REIG, GARCÍA RIVAS, BOLDOVA PASAMAR y CUGAT MAURI, por las oportunas observaciones realizadas.

Quiero aprovechar la ocasión que me brinda esta publicación para expresar, por escrito, mi más profunda gratitud y sincero cariño al Prof. ARROYO ZAPATERO, por su magisterio, en el sentido más rico de la palabra, científico, y por encima de todo, humano. He tenido la suerte, desde mi llegada a Toledo, de ser destinatario de su generosa hospitalidad, su cercanía y trato afectuoso, así como de su orientación científica; y, al mismo tiempo, de aprender de él “lecciones” que no enseñan los libros, sino la vida. Mi agradecimiento, asimismo, al Prof. GARCÍA RIVAS, con quien he podido contrastar aspectos esenciales de este trabajo, así como a los demás compañeros de Derecho Penal de la UCLM, por su acogida y apoyo.

Mi gratitud se dirige, además, al Prof. HIRSCH, mi maestro de la Universidad de Colonia, a quien dedico esta modesta contribución, por haber posibilitado que realizara diferentes estancias a lo largo de los últimos años en el Instituto de Ciencias Penales de dicha universidad, brindándome, como siempre, su hospitalidad y asesoramiento científico. Al Prof. WEIGEND, por su amabilidad y disposición al diálogo científico en dichas estancias. Al Prof. QUINTERO OLIVARES, por sus consejos científicos (también los relacionados con este trabajo), y sobre todo, por su amistad. Al Prof. SERRANO-PIEDECASAS, maestro y amigo, por prologar la monografía. Y, por último, al Prof. ROMEO CASABONA, por proponer a la editorial la publicación de la obra en la prestigiosa colección que dirige.

PRÓLOGO

Una cuestión de especial importancia consiste en establecer el criterio o los criterios que permitan justificar la punición de la tentativa. De la solución adoptada se deducirán las condiciones que permitan fijar los límites dentro de los cuales la tentativa despliega sus efectos. Es decir, la posibilidad de distinguirla en su límite inferior de los actos preparatorios y en su límite superior del estadio en el que el delito alcanza su consumación. Asimismo, la decisión adoptada precisará el ámbito operativo del desistimiento.

La doctrina ha sido especialmente prolífica en proporcionar toda clase de argumentos encaminados a justificar el castigo de esta forma de realización del delito. A la luz de las modernas propuestas dogmáticas en torno al tema de la legitimación material del Derecho penal —en última instancia, de la noción de injusto de la que se parta— se pueden encuadrar tales teorías en dos grandes grupos según la contestación que se dé a la siguiente pregunta: ¿la significación del hecho punible viene determinada, por la lesión del bien jurídico o por la desautorización de la norma que comporta la conducta?

La primera respuesta la darán quienes entiendan que el derecho penal desarrolla su finalidad última a través de la tutela de determinados presupuestos imprescindibles para una existencia en común concretada en los llamados bienes jurídicos (*“teoría de la lesión del bien jurídico”*). La segunda, quienes sostengan que la máxima contribución que el Derecho penal puede prestar al mantenimiento de la configuración social reside en garantizar la vigencia de la norma (*“teoría del quebrantamiento de la norma”*).

La teoría de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico requiere que lo que se incrimine sean hechos, y no meras representaciones mentales, actitudes o modos de vida, comportando así la exigencia de un Derecho penal del hecho, la vigencia del principio de lesividad. De ahí que, junto a los actos preparatorios, la tentativa aparezca en una fase anterior a la consumación del delito; como un injusto abocado a la consumación de alguno de los tipos dolosos recogidos en la parte especial del Código penal. Por el contrario, los que se decantan por fundamentar el ilícito penal desde la perspectiva de la desautorización de la norma, ven en la tentativa un quebrantamiento absolutamente perfecto de la

misma. De esta forma, la consumación es, pues, un concepto formal que no indica nada sobre lesiones de bienes jurídicos.

Con arreglo a la teoría de la lesión del bien jurídico la posición más expresiva respecto al fundamento de la punición de la tentativa es sin duda la teoría objetiva basada en la peligrosidad del ataque para el objeto jurídico protegido. La teoría de la desautorización de la norma y aquellas que se formulan en torno a la infracción del deber u otras perspectivas similares, encuentran su fundamento natural en consideraciones subjetivas: la voluntad de delinquir manifestada al exterior mediante el acto ejecutivo. Por último, existen otra serie de concepciones que exhiben una naturaleza mixta o ecléctica, de suerte que en algunos casos aparecen como teorías objetivo-subjetivas o subjetivo-objetivas.

A diferencia de lo que ocurre en Alemania, la mayor parte de la doctrina penal española se ha venido orientando por una versión objetivada del injusto del delito intentado. Orientación, que se corresponde con la tradicionalmente ofrecida por el legislador español. Considérese, por ejemplo, la fórmula empleada en el artículo tercero del Código penal de 1870, en la que se exige al autor del delito intentado que de “principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores”, que ha sobrevivido en su literalidad a los avatares del tiempo hasta quedar reproducida en el artículo 16.1 del Código penal de 1995.

A diferencia del CPTR, el Código penal de 1995 aporta elementos más contundentes para sostener un reforzamiento objetivo en la definición de la tentativa. En primer lugar, se margina de la regulación del art.16 la tentativa irreal o supersticiosa, al exigirse que el sujeto practique “todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado”; asimismo, en el art.62 se hace depender la atenuación de la pena “del peligro inherente al intento” y “del grado de ejecución alcanzado”. No obstante, el legislador no se ha decidido a prohibir de manera expresa la punición de la tentativa inidónea. En efecto, aunque el artículo 16.1 no emplea el término “idoneidad” para referirse a los actos propios de la tentativa, dicho calificativo puede entenderse implícitamente utilizado al exigir el precepto que dichos actos “deberían producir el resultado”, lo que reclama una determinada aptitud de la acción ejecutada.

La doctrina española no muestra discrepancias a la hora de reconocer la exigencia de “objetivismo” en los actos ejecutivos. Sin embargo, la polémica surge respecto a cómo debe interpretarse tal término. No obstante, esta orientación objetiva, en la que se enmarca la regulación legal de la tentativa, se ve atemperada por la fuerte influencia que sigue teniendo entre nuestros autores el pensamiento dogmático alemán. Por eso, todas las posiciones se sitúan en un plano ecléctico que procura combinar aspectos de las dos teorías mencionadas; sin que ello signifique la renuncia al principio de exclusiva protección de bienes

jurídicos. Esta es la razón por la cual la tentativa no aparece en el centro de la polémica en torno a la naturaleza del ilícito penal, como se puede comprobar al examinar el desarrollo de las teorías subjetivas en Alemania.

Los autores integrados en una corriente subjetivista consideran que en sentido estricto no existe la tentativa inidónea, ya que el desvalor lo hacen residir en el dolo del autor manifestado externamente. Así, desde una perspectiva subjetivo-objetiva, hoy dominante entre los finalistas, lo decisivo reside en el juicio emitido *ex ante* por un “espectador objetivo” sobre la peligrosidad de la conducta y partiendo del plan del autor.

Mientras tanto, los autores que se decantan por una solución objetiva aportan distintas alternativas en la búsqueda de una solución: a) Toda tentativa, desde una perspectiva *ex post*, es inidónea (respecto de la consumación del delito); solamente quedan excluidas de punición las tentativas irreales o supersticiosas. b) Desde una perspectiva *ex post* cabe distinguir entre tentativas idóneas e inidóneas (respecto de la consumación del delito); en las primeras concurre un peligro real, mientras que en las segundas un peligro putativo (aparente). En ambos casos, esa peligrosidad debe establecerse *ex ante*. c) La misma posición que la anterior, pero distinguiendo entre tentativas inidóneas relativas –punibles– e inidóneas absolutas –impunes–; la distinción se efectúa en base a consideraciones fácticas. d) Toda tentativa desde una perspectiva *ex ante* debe ser idónea respecto a la creación de una concreta puesta en peligro establecida *ex post*; por eso toda tentativa inidónea es impune salvo que, por si misma, sea subsumible en algún tipo de peligro abstracto. Tesis defendida por mi.

Desde una perspectiva diferente, hemos de convenir que la tentativa no es más que una forma adelantada de la punibilidad. Técnica legislativa que responde a la necesidad de extender la amenaza o conminación penal, prevista para los delitos dolosos consumados, a estadios previos a la lesión de un bien jurídico. Por eso, el fundamento de todos los actos de ejecución debe ser unitario y responder a las mismos requerimientos preventivos. En otras palabras, no se condice con la lógica jurídica que el injusto de una tentativa idónea se formule en términos objetivos, mientras que el injusto de una tentativa inidónea se haga en términos subjetivos.

En definitiva, toda tentativa requiere de la aparición de un peligro en el resultado. Por lo que, todo resultado de peligro requiere de un doble análisis: uno *ex ante* sobre la peligrosidad de la acción y uno *ex post* sobre la plasmación de esa peligrosidad en el peligro concretamente acaecido, atribución verificada por la vía de un juicio objetivo de imputación. El estado de peligro debe manifestar externamente dos características interdependientes: la proximidad de lesión del bien jurídico y la ausencia de una normal dominabilidad de las posibles causas salvadoras.

Con esta fórmula se propone una fundamentación única para todas los supuestos de punibilidad adelantada, entre los cuales figura el delito intentado. El principio de lesividad concretado en el peligro para el bien jurídico aparece como el punto de referencia alrededor del cual deberá girar la dogmática particular de estas formaciones típicas. A su vez, esta fórmula es la que mejor se ciñe a la regulación objetiva que el legislador hace de la tentativa en el art.16.1, en donde el término “resultado” hace referencia al estado de peligro que genera la acción peligrosa, ya que objetivamente toda tentativa es inidónea.

En todo caso, la piedra de toque en toda esta discusión interna la conforma el tratamiento que se propone para la tentativa inidónea. Precisamente, a través de las consideraciones que unos y otros autores hacen de ella se logra discernir algo en un panorama bastante confuso, de difícil aplicación jurisprudencial, y que, salvo estimables aportes doctrinales, no ha merecido aún suficiente interés por parte de la doctrina española.

Pues bien, entre esos escasos aportes se inscribe la monografía que hoy prologo escrita por el Profesor EDUARDO DEMETRIO CRESPO con notable claridad de juicio y fundamento doctrinal. El autor, que se inspira en el modelo subjetivo-objetivo a la hora de fundamentar el injusto de la tentativa, enriquece la discusión al vincularla a dos aspectos escasamente tratados incluso por la doctrina alemana: la tentativa en la autoría mediata y en la *actio libera in causa*. De esta forma se abren nuevos cauces de reflexión que, sin duda, arrojarán algo más de luz sobre la naturaleza jurídica del injusto penal. Resulta especialmente interesante las observaciones que el autor hace respecto a la necesidad de proporcionar un tratamiento único aplicable tanto a la tentativa acabada como inacabada. De tales juicios surge una implícita crítica a la capacidad que tendría la fórmula objetivo-subjetiva para explicar la aparición del peligro concreto en la tentativa inacabada. No obstante, me atrevo a pensar que una reflexión más profunda acerca de la naturaleza normativa del concepto de peligro permitirá, a la postre, salvar dichas objeciones.

En definitiva, nos encontramos con una valiosa investigación sobre uno de los temas más complejos de la teoría del delito. La tentativa, el acto ejecutivo en suma, siempre aparece en el inicio y en el final de toda reflexión dogmática. Abordar sus contenidos implica una notable decisión y unos sólidos conocimientos. Ambas cualidades quedan reflejadas con claridad en esta monografía que merece el mayor de los elogios.

JOSÉ RAMÓN SERRANO-PIEDECASAS

Catedrático de Derecho Penal

Toledo. Diciembre del año 2002

CONTENIDO

ABREVIATURAS	9
NOTA PRELIMINAR REEDICIÓN EDITORIAL IBÁÑEZ	11
PRÓLOGO EDICIÓN COLOMBIANA POR EL PROF. DR. YESID REYES ALVARADO	13
NOTA PRELIMINAR 1ª EDICIÓN EDITORIAL COMARES	21
PRÓLOGO EDICIÓN ESPAÑOLA POR EL PROF. DR. JOSÉ RAMÓN SERRANO-PIEDECASAS	23

I. INTRODUCCIÓN

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES ACERCA DE LAS POSICIONES BÁSICAS EN LA DOGMÁTICA DE LA TENTATIVA	31
2. INJUSTO PENAL E INJUSTO DE LA TENTATIVA	36
A. CONCEPTO PERSONAL DE LO INJUSTO	36
B. CONCEPTO SUBJETIVO-MONISTA (VALORACIÓN CRÍTICA).....	42
C. CONCEPTO OBJETIVO-MONISTA	47
D. CONCEPTO DUALISTA (TOMA DE POSTURA).....	48
3. AUTORÍA MEDIATA Y ACTIO LIBERA IN CAUSA COMO SUPUESTOS DE DISCUSIÓN ESPECÍFICA	57

II

MODELOS DE PENSAMIENTO Y PARADIGMAS ACERCA DEL FUNDAMENTO DE PUNICIÓN Y COMIENZO DE LA TENTATIVA

1. “MODELO OBJETIVO”: PARADIGMA DEL PELIGRO PARA LOS BIENES JURÍDICOS.....	61
---	----

A.	EL ENJUICIAMIENTO DEL PELIGRO	61
B.	TEORÍAS OBJETIVAS SOBRE EL FUNDAMENTO DE PUNICIÓN DE LA TENTATIVA.....	64
a.	<i>Antigua teoría objetiva</i>	64
b.	<i>Moderna teoría objetiva</i>	65
c.	<i>Teorías objetivo-formales</i>	65
C.	CONSECUENCIAS EN LA CONFIGURACIÓN DE LO INJUSTO DE LA TENTATIVA.....	67
a.	<i>Consideraciones generales</i>	67
b.	<i>Exigencia de un concreto peligro para el bien jurídico en toda tentativa punible</i>	69
c.	<i>Admisión «excepcional» de la tentativa sin resultado de peligro concreto</i>	75
d.	<i>Creación de un delito de peligro abstracto</i>	78
D.	TEORÍAS OBJETIVAS ACERCA DEL COMIENZO DE LA TENTATIVA	79
a.	<i>Teoría objetivo-formal</i>	79
b.	<i>Desarrollo de la teoría objetivo-formal: la «fórmula de FRANK»</i>	80
c.	<i>Teorías objetivo-materiales basadas en la idea de la causalidad</i>	81
d.	<i>Teorías objetivo-materiales basadas en la idea del peligro y el ataque al bien jurídico</i>	82
E.	VALORACIÓN CRÍTICA	84
2.	MODELO SUBJETIVO”: PARADIGMA DE LA VOLUNTAD CONTRARIA A LA NORMA.....	85
A.	TEORÍAS SUBJETIVAS SOBRE EL FUNDAMENTO DE PUNICIÓN DE LA TENTATIVA.....	85
B.	CONSECUENCIAS EN LA CONFIGURACIÓN DE LO INJUSTO DE LA TENTATIVA	88
C.	TEORÍAS SUBJETIVAS SOBRE EL COMIENZO DE LA TENTATIVA	89
D.	VALORACIÓN CRÍTICA	92

3.	“MODELO SUBJETIVO-FUNCIONALISTA”: PARADIGMA DE LA DESOBEDIENCIA A LA NORMA	93
A.	INTRODUCCIÓN	93
B.	TEORÍA DE LA IMPRESIÓN	94
C.	TEORÍA BASADA EN EL QUEBRANTAMIENTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA	97
D.	VALORACIÓN CRÍTICA	100
4.	MODELO SUBJETIVO-OBJETIVO: PARADIGMA DEL RIESGO DE LESIÓN DEL BIEN JURÍDICO	101
A.	TEORÍAS SUBJETIVO-OBJETIVAS SOBRE EL FUNDAMENTO DE PUNICIÓN DE LA TENTATIVA	101
a.	<i>Introducción</i>	101
b.	<i>La teoría de la unión de ROXIN (valoración crítica)</i>	102
c.	<i>La teoría subjetivo-objetiva propia de HIRSCH</i>	105
B.	TEORÍAS MIXTAS SOBRE EL COMIENZO DE LA TENTATIVA	108
a.	<i>Introducción</i>	108
b.	<i>La «Ansatz-formel»</i>	109
c.	<i>La teoría de los actos intermedios</i>	110
C.	TOMA DE POSTURA	113

III

LA TENTATIVA EN LA AUTORÍA MEDIATA

1.	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	115
A.	LA SIMETRÍA ESTRUCTURAL ENTRE TENTATIVA ACABADA Y AUTORÍA MEDIATA	115
B.	TEORÍA OBJETIVO-FORMAL (DE LA AUTORÍA), TEORÍA DEL DOMINIO DEL HECHO Y AUTORÍA MEDIATA	118
2.	MODELOS DE SOLUCIÓN	123
A.	INTRODUCCIÓN	123
B.	SOLUCIÓN «INDIVIDUAL» O DEL AUTOR MEDIATO	124

C.	SOLUCIÓN «GLOBAL» O DEL INSTRUMENTO.....	128
D.	LA SOLUCIÓN DE ROXIN	130
3.	TOMA DE POSTURA.....	132

IV

LA TENTATIVA EN LA *ACTIO LIBERA IN CAUSA*

1.	CONCEPTO Y ÁMBITO DE LA « <i>ACTIO LIBERA IN CAUSA</i> »	133
2.	MODELOS DE SOLUCIÓN	137
A.	EL «MODELO DE LA EXCEPCIÓN» (VALORACIÓN CRÍTICA)	137
B.	EL «MODELO DEL TIPO» (Y LA «TEORÍA DE LA PROVOCACIÓN RELEVANTE»): CRÍTICAS Y CONTRACRÍTICAS.....	141
C.	SECTOR CRÍTICO	143
3.	TOMA DE POSTURA	145

V.	CONCLUSIONES	151
----	--------------------	-----

	BIBLIOGRAFÍA	175
--	--------------------	-----