

Reyes Alvarado, Yesid, *El delito de tentativa*, Montevideo-Buenos Aires, editorial BdeF, 2016

DIEGO ARAQUE MORENO¹

¿Existe el delito de tentativa? ¿Es la tentativa una figura autónoma? ¿O ella depende de la consumación del delito? ¿Cuál es el fundamento de la sanción en el delito tentado? ¿Cuándo comienza la ejecución del delito? ¿Se aplica o no la imputación objetiva al delito de tentativa? ¿Es punible la llamada tentativa inidónea? ¿Existe un dolo para las tentativas y otro para los punibles que se perfeccionan? ¿O el dolo es el mismo en cada una de estas modalidades delictivas? ¿Es posible hablar de tentativa cuando el autor ha obrado con dolo eventual? ¿Y en los casos de culpa, es posible también la tentativa?

Estos y otros interrogantes, que no son de poca monta, son abordados y desarrollados de forma prolija en uno de los libros más polémicos publicados durante los últimos tiempos por parte de la doctrina penal colombiana. Me refiero a la obra que ahora se reseña, del profesor Yesid Reyes Alvarado.

El texto está relacionado, como su nombre bien lo indica, con el tema, de por sí nada sencillo, de la tentativa, el conato, el delito imperfecto o el delito de tentativa, según denominación del propio autor.

Desde el punto de vista de su estructura, el libro se compone de siete capítulos, así: Planteamiento del problema (Capítulo I), Fundamento de la punibilidad de la tentativa (Capítulo II), Naturaleza jurídica y ubicación sistemática (Capítulo III), La imputación objetiva en la tentativa (Capítulo IV), El comienzo de realización de la acción típica (Capítulo V), Punibilidad de la tentativa (Capítulo VI) y Particularidades (Capítulo VII).

Estos temas son abordados por Reyes Alvarado, en términos generales, desde una posición puramente normativa que supera de lejos las posturas ontológicas

1 Profesor de Derecho Penal, Universidad de Medellín – Colombia. Contacto: daraque@udem.edu.co

del causalismo y finalismo que se aproximaban a la tentativa desde perspectivas que tenían en cuenta la causalidad o la intención, ora desde enfoques mixtos que combinan ambos aspectos, dando preferencia o mayor importancia a alguno de ellos".

Como es sabido, para Reyes Alvarado el delito no es algo que se analice conforme a las reglas del mundo psico-físico o del mundo natural. El delito, más bien, es un acto de comunicación que interesa al mundo social. Por ello su estudio no debe ser procurado a partir del examen de aspectos como la intención, la causalidad, la lesión al bien jurídico o demás criterios tradicionales que se han ensayado para tales efectos. Su examen, por el contrario, debe llevarse a cabo a partir de criterios normativos, de carácter enteramente valorativo. Ello, desde luego, también aplica para el delito de tentativa, el cual se considera en la obra como una figura autónoma cuya existencia nada tiene que ver con la consumación y menos todavía con la figura "arbitraria" del *iter criminis* (véase Capítulo III).

Yesid Reyes ha profesado desde hace varios años una teoría de imputación objetiva orientada a reemplazar en su totalidad el concepto de injusto penal entendido de forma tradicional a partir de la configuración del desvalor de acto y el desvalor de resultado, más allá de la discusión sobre la prevalencia de alguno de estos dos criterios. Su concepto de teoría del delito siempre ha estado alejado de las posturas causalistas o naturalistas, llámense clásica, neoclásica o finalista. Sus aportes en estos temas siempre han estado jalonados por el normativismo que entiende el delito como defraudación de expectativas normativas que surgen del incumplimiento de un rol social. Solo cuando la persona -concepto funcional que entiende que aquella es portadora de derechos y obligaciones- incumple su rol social, es posible hablar del quebrantamiento de la norma penal y, de contera, de un comportamiento que le interesa al Derecho penal toda vez que por su intermedio se ha creado un riesgo considerado como jurídicamente desaprobado que en términos normativos explica la producción de un resultado. Pero aquí el resultado, valga recordarlo, no es conceptualizado en términos de modificación natural del mundo exterior. Antes bien, se trata de un resultado entendido justamente como quebrantamiento de la norma penal. Según el mismo autor, "La imputación objetiva, como concepto valorativo que es, requiere entonces de una interpretación normativa de todos sus elementos; lo que desde el punto de vista ontológico es causa sólo interesa al derecho penal en cuanto constituya creación de un riesgo jurídicamente desaprobado; lo que naturalmente es un resultado como modificación del mundo exterior sólo incumbe al derecho penal cuando pueda ser entendido como quebrantamiento de la vigencia de una norma; y lo que en el mundo del ser es una conexión causal (desde la perspectiva de la

equivalencia de las condiciones) sólo cae bajo la óptica del derecho penal si se la entiende como explicación del resultado" (Cfr., p. 115).

Por este camino, según se sostiene, se gana terreno frente al ejercicio del poder punitivo estatal, pues se garantiza la indemnidad de la libertad individual en todo aquello que no trasciende el fuero interno de la persona (p. 105). Con lo cual, el uso de la herramienta punitiva solo cobra sentido frente a aquellas conductas que crean un riesgo jurídicamente desaprobado que se plasma normativamente en el resultado. No se reprimen penalmente las malas intenciones *in se*. Pero tampoco toda lesión a un bien jurídico le interesa al Derecho penal.

A no dudarlo, se trata de una elaboración conceptual de fundamentación de teoría del delito (tentado y consumado) que todavía resulta un poco extraña en nuestro contexto latinoamericano, si bien es del caso reconocer que con el paso del tiempo pareciera que va ganando muchos más adeptos. Pero, en ese mismo sentido, también es cierto que se topa con no pocas críticas, las cuales incluso pululan en la *opinio juris* europea².

Más allá de esta discusión metodológica, que no es menor por cierto, Reyes entiende que su concepto de imputación objetiva sirve para explicar las distintas modalidades delictivas a partir de un único fundamento: los delitos de acción y de omisión, los de "resultado" y de mera conducta, los dolosos y los culposos, la intervención delictiva, la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, desde luego, el delito consumado y el tentado. Todos ellos son objeto de explicación a partir de las reglas de la teoría de la imputación entendida en los términos anteriormente referidos (véase p. 89).

En relación con el delito de tentativa, que es en verdad el tema de estudio del libro que trata la presente recensión, se aborda el fundamento de su punición a partir de una teoría valorativa que entiende que:

lo que caracteriza a esta concepción no es tanto el hecho de apreciar la tentativa como un desconocimiento de la norma (en lo cual coinciden defensores de las más disímiles posturas), sino la forma en que se produce ese quebrantamiento; no basta con que él sea producto de una conducta causalmente atada al autor (teorías objetivas), ni que ella responda a la intención de quien la despliega (tesis subjetivas), ni que ella suponga una conmoción en el ámbito social (teoría de la impresión); lo que realmente interesa es que

2 Sobre las críticas al funcionalismo, puede observarse, en nuestro contexto, Velásquez V., Fernando, "El funcionalismo jakobsiano: una perspectiva latinoamericana", en, *Revista de Derecho penal y criminología* No. 15, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Facultad de Derecho, 2005, pp. 198 a 220.

el quebrantamiento de la vigencia de la norma pueda ser entendido como una inadecuada forma de ataque al bien jurídico, lo que desde el punto de vista de la imputación objetiva implica que alguien haya creado con su conducta un riesgo jurídicamente desaprobado que pueda ser considerado realizado en el resultado. (p. 74).

La creación del riesgo jurídicamente desaprobado, como primer presupuesto de la imputación objetiva, comprenderá todas aquellas conductas mediante las cuales el sujeto lleva a cabo un comportamiento divergente al que debía ejecutar en cumplimiento de su respectivo rol social. En palabras de Reyes Alvarado, "en concreto, ese primer elemento de la imputación objetiva se determina comparando el comportamiento efectivamente desarrollado con aquel que a esa persona le era exigible en el marco de un rol social específico; si en la ejecución del mismo cumplió con sus deberes de conducta, su actuación debe permanecer al margen del derecho penal como manifestación del riesgo permitido; en caso contrario, se dirá que ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado" (Cfr., p. 83). Aquí, sin embargo, no parece muy claro, desde esta perspectiva, que todo incumplimiento de un rol social implique necesariamente la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que resulte de interés para el Derecho penal. Casos existen en los cuales el portador de un rol dentro de una relación de tráfico jurídico incumple su papel y sin embargo lleva a cabo una conducta que en últimas resulta completamente lícita de cara al ordenamiento jurídico-penal. Así por ejemplo, el autor señala que la conducta de la empleada de una joyería que entra en contacto con una joya ha de considerarse como parte del riesgo permitido, excepto si ello no estaba dentro de sus funciones o lo hace en un horario o en circunstancias diversas, cotejadas con las que le estaba permitido hacerlo, caso en el cual habría creado un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico (p. 336). A no dudarlo, la empleada en este último evento ha incumplido su rol dentro de la joyería. Pero supóngase que, no estando dentro de sus funciones, entra en contacto con la pieza porque simplemente le causa admiración y lo hace en consecuencia por pura curiosidad, maravillada para apreciarla más de cerca. Existe incumplimiento del rol social, pero en este contexto dicho comportamiento no le interesa al Derecho Penal, la empleada no crea un riesgo jurídicamente desaprobado para el bien jurídico. De seguro ha infringido las normas laborales, los reglamentos internos de la empresa o las cláusulas contractuales relacionadas con el vínculo laboral. Pero de allí a una conducta con trascendencia jurídico-penal todavía existe mucho trecho.

En lo que respecta a la realización del riesgo en el resultado, como segundo presupuesto de la imputación objetiva, en este caso quedan comprendidos los siguientes

elementos: (i) el resultado, entendido como quebrantamiento de la norma como consecuencia de un comportamiento que de forma no debida conlleva un ataque al bien jurídico; (ii) el conocimiento que, como elemento del dolo, comprende el aspecto fáctico y la conciencia de la ilicitud; (iii) la intención como segundo componente del dolo; y (iv) la causalidad que, como probabilidad *ex ante* de que el resultado haya ocurrido como consecuencia del riesgo jurídicamente desaprobado, cierra el juicio de imputación objetiva. En este punto resulta un poco extraño que dentro del concepto de imputación "objetiva" se acuda a ingredientes que en realidad son de naturaleza subjetiva, caso por ejemplo de un dolo que, aunque valorado, es decir, con conciencia de la ilicitud, de todas formas requiere el componente de la intencionalidad. Desde luego, desde el punto de vista valorativo todos los componentes del delito pueden ser examinados de forma normativa, con lo cual, conceptos como el dolo, también terminan siendo renormativizados desde este tipo de perspectivas. Sin embargo, no desarrolla el autor, hasta sus últimas consecuencias, su concepto sobre el dolo en sí mismo considerado. Obviamente, no es este el objeto del problema. Con todo, no queda claro si el dolo es entendido como algo puramente normativo que se imputa (objetivamente) a la persona o como un ingrediente de contenido anímico o espiritual con sustrato real que sucede en la cabeza del sujeto y que se hace necesario constatar. Obviamente, siguiendo los presupuestos metodológicos de esta propuesta, cabe suponer lo primero³.

Ningún reparo en cambio merece el hecho que el dolo comprenda asimismo la conciencia de la ilicitud, planteamiento este que plenamente comparto, aunque

3 Importa resaltar que el problema del dolo fue abordado por el autor en otro trabajo. Cfr., "La configuración del dolo y la teoría del error", en *Estudios de Derecho penal. Libro Homenaje a Juan Fernández Carrasquilla*, Araque, Diego (Coord.), Medellín, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2012, pp. 1011 y ss., oportunidad en la que manifestó sobre este punto que "al construir el aspecto objetivo del delito a partir de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado que se realiza en el resultado, queda claro que lo determinante para ser parte de aquel no es su ubicación fuera de la mente del ser humano, sino la comparación de la conducta efectivamente desplegada por un sujeto con la que en ese mismo contexto le hubiera sido exigible a cualquier otro ciudadano; en palabras diversas, objetivo es todo aquello que puede ser predicado de una persona en cuanto ser social obligado a comportarse de determinada manera en contextos específicos; como esos deberes de conducta no varían de acuerdo con condiciones individuales sino que son exigibles a todo aquel que se encuentre en la misma situación del autor, el juicio que se hace sobre su actuación es objetivo. La circunstancia de que en la determinación del dolo sea necesario tener en cuenta la intencionalidad del comportamiento no le hace perder ese carácter, porque objetivo no es lo que ocurre fuera de la mente del ser humano, sino aquello que puede ser predicado de una persona en su condición de ciudadano obligado como tal a comportarse de una forma específica en un ámbito social determinado". Véase, Ob. Cit., pág. 1016.

por razones metodológicas diferentes⁴. En todo caso, como dice el profesor Reyes, “para poder hablar de una actuación dolosa es indispensable que el autor tenga una correcta comprensión de lo que está haciendo porque sólo puede infringir una norma penal quien entiende adecuadamente la realidad sobre la que actúa y es consciente de que despliega una conducta que está prohibida por ella” (véase p. 122). Este dolo es el mismo independientemente de si se trata de un delito consumado o de una tentativa (algunos autores, en cambio, entienden que el dolo de aquél es distinto al de esta otra modalidad delictiva). El dolo, en cualquiera de los dos casos, como lo sostienen asimismo la mayoría de los autores, puede ser incluso de carácter eventual. La polémica aumenta de nivel cuando se sostiene en el texto que, de hecho, desde el punto de vista dogmático, nada se opone a sostener que es posible hablar de tentativa frente a delitos imprudentes. Otra cosa es que por razones de política criminal el legislador renuncie a reprimir comportamientos culposos bajo la modalidad de tentativa por razones de organización de la vida social moderna, acudiendo en su lugar a la sanción de dichos comportamientos a través del uso de otro tipo de técnicas como por ejemplo los delitos de peligro abstracto (cfr. pp. 252 a 257).

Ahora bien, por si fuera poco lo visto hasta acá, las consecuencias que de todo lo anterior se derivan son las que, a mi entender, resultan mucho más polémicas, por lo menos algunas de ellas. V.gr., se sostiene que no existe ninguna diferencia entre las llamadas tentativas idónea e inidónea. A este aserto se llega luego de colegir que el análisis de la peligrosidad de la conducta debe ser examinado desde una perspectiva *ex ante*, con lo cual toda tentativa resulta idónea y punible, incluida la segunda modalidad. Esto de por sí no resultaría objetable si tenemos en cuenta que no son pocos los códigos penales que reprimen la llamada tentativa inidónea. Empero, Reyes Alvarado proyecta su posición al caso del Código Penal colombiano a partir de una interpretación del artículo 27 con arreglo a la cual “si el juicio de idoneidad debe ser proferido *ex ante*, es innegable que incluso la tentativa inidónea aparece, para el autor y para el observador objetivo, como apta para la consecución del resultado y por tanto cumple el requisito de ‘idoneidad’ previsto por la mencionada norma. Esa ‘idoneidad’ legalmente requerida en Colombia sólo faltaría *ex – ante* en los casos de tentativa irreal o supersticiosa, que deben permanecer entonces – correctamente- en la impunidad” (así, pp. 146 a 147, nota al pie 133). En realidad, me parece que dicha interpretación resulta bastante forzada de cara a lo dispuesto en el

4 Véase, ARAQUE MORENO, DIEGO, *Lecciones de Derecho penal. Introducción y fundamentos de imputación de responsabilidad penal*, Bogotá, Ibáñez, 2016, pp. 241 a 249.

artículo en cuestión, el cual expresamente señala que los actos deben ser “idóneos” para la producción del resultado, aspecto este que ha provocado que en nuestro país, tanto doctrina como jurisprudencia, entiendan que solamente es punible la modalidad de tentativa idónea, quedando impune por consiguiente aquella que por un defecto en los medios, en el objeto o en el sujeto no estaba en condiciones de producir el resultado típico.

Yesid Reyes, en cambio, entiende que la “idoneidad” de que se habla en el artículo 27 del Código Penal colombiano no está relacionada con la clasificación tradicional entre tentativas idóneas e inidóneas sino que ella se explica para diferenciar entre los llamados actos preparatorios y ejecutivos a partir del criterio de la univocidad. A dicha conclusión llega a partir de una interpretación histórica que se remonta a las discusiones del anteproyecto de Código Penal de 1980, donde justamente se hizo referencia al criterio de la univocidad por parte de sus redactores (cfr., pp. 312 a 313). Por mi parte considero que una cosa es la “idoneidad” y otra la “univocidad” a que se hace referencia en la norma en cuestión. Son requisitos completamente distintos que han de concurrir para la configuración de la estructura típica del punible imperfecto. Aquella, la “idoneidad”, permite desmarcar la punibilidad de la tentativa idónea de aquellos casos en los cuales el comportamiento no es punible habida consideración su inidoneidad según un juicio de valor que tenga en cuenta criterios objetivos y subjetivos (teoría mixta). Esta, la “univocidad”, es la que da lugar a sostener que en la legislación penal colombiana el dolo es un elemento de la estructura típica del delito tentado, más allá de la discusión que existe a propósito de si dicho requisito ha de ser interpretado como la exigencia de un dolo directo de primer grado o si además tienen cabida también las modalidades de dolo directo de segundo grado y eventual⁵.

De otro lado, aplicando los criterios de imputación que se vienen de examinar, Reyes entiende que la diferencia entre actos de preparación y de ejecución no se establece a partir de las teorías tradicionales (subjetivas, objetivas o mixtas). Toda tentativa comienza, según el autor, cuando desde una perspectiva *ex ante* es posible considerar, conforme a una valoración externa, que la conducta no solamente ha creado un riesgo jurídicamente desaprobado sino que por añadidura se trata de un “indebido ataque al bien jurídico objeto de protección”, amén que dicho riesgo se debe asimismo concretar en la producción del resultado. Esto es, en los delitos

5 Sobre los elementos de la estructura típica de la tentativa, cfr., Araque Moreno, Diego, “La tentativa”, en *Derecho penal. Parte general. Fundamentos*, Araque, Diego (Coord.), Medellín, Sello Editorial Universidad de Medellín, 2010, pp. 552 a 557.

tentados también existirá el quebrantamiento de la norma penal. Sólo que en la tentativa la norma no recoge un resultado entendido en términos naturales, como sí sucede en cambio en los delitos de resultado como exigencia o condición que en estos casos exige el propio legislador. “Esto significa que sólo podrá hablarse de la existencia de una tentativa cuando con el riesgo jurídicamente desaprobado se evidencia que el autor se niega a reconocer la vigencia de una norma penal concreta; y esto ocurre cuando la conducta desplegada puede ser apreciada *ex ante* como apta en sí misma (desde un punto de vista probabilístico) para lesionar el bien jurídico que a través de la norma se busca proteger” (p. 338).

Así las cosas, desde esta perspectiva metodológica, ninguna diferencia estructural existe entre tentativa y consumación. De allí que la punibilidad reducida de aquella, como se analiza en el Capítulo VI del libro, se explique por razones de política criminal. En ambos casos, igual en la tentativa que en la consumación, se quebranta la norma penal. Recuérdese que el objeto de protección jurídico-penal es justamente la vigencia de las normas, la estabilidad normativa, la cual se puede ver afectada como consecuencia del incumplimiento del rol social desempeñado por la persona dentro de una actividad concreta. Lo que diferencia la tentativa de la consumación, en consecuencia, es que con aquella se quebranta una norma distinta. Pues, en la consumación, se trata de normas que recogen la producción de un resultado entendido en términos naturales, en tanto que en la tentativa la norma no recoge un resultado interpretado en dichos términos. “Si, por el contrario –señala Yesid Reyes-, se admite que una es la norma que recoge el delito de tentativa y otra diversa la que describe el delito consumado, puede sostenerse de forma coherente que tanto el delito de tentativa como el consumado son hechos punibles ‘perfectos’ en cuanto la existencia de ambos está condicionada a la presencia de un efectivo y completo quebrantamiento de la vigencia de la norma” (véase, p. 273). No queda muy claro dentro de esta perspectiva qué papel juega o cómo encajaría la figura del desistimiento. Si la tentativa también es un hecho “perfecto”, si quebranta completamente la norma penal, si crea un riesgo jurídicamente desaprobado que se concreta en el resultado, el desistimiento de llevar a cabo la conducta punible operaría en relación con una norma cuya expectativa ya fue defraudada y, en consecuencia, ya no habría nada de qué desistir.

En este otro punto discrepo nuevamente del profesor Reyes. En verdad, las distintas discrepancias son más de origen metodológico. Ciertamente, el derecho penal no puede desconocer la realidad que precisamente procura regular. Es decir, existen datos psico-físicos que no pueden ser soslayados. Por este camino, una cosa

será la tentativa y otra la consumación. Como cualquier obra del quehacer humano, una cosa es intentar llevarla a cabo y otra efectivamente haberla realizado. Por ejemplo, Yesid Reyes Alvarado pudo simplemente haber intentado escribir un libro sobre tentativa y al final no haberlo hecho. Sin embargo, realizó actos orientados a tales efectos y efectivamente lo logró, alcanzó el resultado inicialmente propuesto. De hecho, el libro lo publicó, agotando de esta manera su propósito inicial. En mi sentir, son dos cosas completamente distintas. En el primer caso el libro jamás habría existido en la realidad. En el segundo, como efectivamente sucedió, nos ha regalado una gran obra que seguramente gozará de merecido reconocimiento en el mundo académico.

Lo anterior no significa sin embargo que acoja una postura del delito al estilo finalista que se edificó a partir de las estructuras lógico-objetivas. Pues, a no dudarlo, tratándose de la regulación de la conducta humana intersubjetiva, igualmente se requiere de lo valorativo para efectos de obtener su interpretación. Es decir, estimo que el estudio de la teoría del delito ha de fundamentarse con criterios subjetivos y valorativos, sin admitir alguna de estas dos posiciones extremas por sí solas. De allí que, en materia de tentativa del delito, considero que su fundamentación ha de desarrollarse a partir de una postura mixta; postura que asimismo se acopla a lo dispuesto en el artículo 27 del Código Penal colombiano.

De esto último se derivan unas consecuencias que, desde luego, son distintas a las que arriba Reyes Alvarado en muchos de los temas tratados en la obra que ahora ocupa nuestra atención. Por fortuna este tipo de discrepancias metodológicas, paradójicamente, son las que han impulsado la teoría del delito a lo largo de su historia, alcanzando los altísimos niveles que todos conocemos en la actualidad y de los cuales da testimonio con creces el brillante libro del profesor Yesid Reyes Alvarado. ¡Enhorabuena!