

Tentativa y resolución-al-hecho

Una reconstrucción desde la filosofía de la acción

Attempt and Deed-resolution
A Reconstruction from the Philosophy of Action

Juan Pablo Mañalich R.

Universidad de Chile, Chile
jpmanalich@derecho.uchile.cl

Resumen: El trabajo ofrece una reconstrucción de aquello que la dogmática del derecho penal denomina una “tentativa inacabada”, cuya estructura es analizada a partir de premisas obtenidas de la filosofía de la acción. El argumento se centra en demostrar por qué y cómo la así llamada “resolución-al-hecho”, en cuanto presupuesto de tal forma de tentativa, ha de ser caracterizada como una intención previa, a través de cuya formación el agente adquiere el compromiso práctico de ejecutar u omitir una acción de cierta índole. El objetivo así perseguido consiste en identificar las condiciones de las cuales depende que una tentativa inacabada pueda ser constitutiva de un quebrantamiento de la misma norma quebrantada por el autor del respectivo delito consumado.

Palabras clave: tentativa inacabada, intención previa, compromiso práctico, teoría de las normas.

Abstract: The paper offers a reconstruction of what criminal law scholarship calls an “incomplete attempt”, the structure of which is analyzed upon premises obtained from the philosophy of action. The argument focuses on demonstrating why and how the so-called “deed-resolution”, taken as a requirement of such form of attempt, is to be characterized as a prior intention, through the formation of which the agent acquires the practical commitment of performing or omitting an action of a certain kind. The aim so pursued is to identify the conditions upon which an incomplete attempt may be constitutive of a violation of the same norm violated by the perpetrator of the corresponding consummated offense.

Keywords: incomplete attempt, prior intention, practical commitment, theory of norms.

I. Introducción: la anomalía de la tentativa inacabada

La forma de punibilidad especificada a través de la noción de tentativa de delito se distingue por el hecho de que el comportamiento constitutivo de la tentativa resulta imputable bajo una descripción que determina su falta de antinormatividad bajo la norma cuyo quebrantamiento se identifica con esa misma tentativa. Que no hay contradicción alguna en la caracterización de toda tentativa de delito como el quebrantamiento de una norma de prohibición o de requerimiento a través de un comportamiento que, según la descripción bajo la cual este es imputado, no resulta ser antinormativo bajo esa misma norma, se explica por el hecho de que la antinormatividad de un comportamiento tiene el estatus de una propiedad superveniente respecto de algún conjunto de propiedades basales. Un comportamiento cualquiera resulta antinormativo bajo una determinada norma si y solo si ese comportamiento satisface la descripción que especifica aquellas propiedades basales –ya sean positivas o negativas– que cuentan, entonces, como “fundantes-de-antinormatividad” (Mañalich, 2017a, pp. 463 ss.). En terminología dogmática, lo anterior significa que un comportamiento imputable a título de tentativa queda especificado por una descripción bajo la cual ese comportamiento *no* se corresponde con una instancia de realización antijurídica del respectivo tipo-de-delito.

Que un comportamiento que no resulta antinormativo bajo la norma respectiva pueda, no obstante, resultar imputable a una persona como quebrantamiento de esa misma norma, se explica por la irreducible incertidumbre que define la situación del destinatario de la norma acerca de si la acción que se encuentra en posición de omitir o ejecutar llegará a satisfacer, *ex post*, la descripción bajo la cual esa acción ejemplificaría el tipo de acción sometido al operador de la prohibición o el requerimiento, según corresponda. Esto quiere decir que la falibilidad epistémica que define la situación en la que se encuentra, *ex ante*, el destinatario de la norma determina que, con arreglo a la creencia predictiva que este puede formarse en cuanto a las propiedades basales que habría de llegar a exhibir su comportamiento, la norma en cuestión pueda fundamentar el concreto deber –esto es, la necesidad práctica– de que aquel omita o ejecute una acción particular, sin que el comportamiento a través del cual tenga lugar la eventual infracción de ese deber necesariamente haya de resultar antinormativo. En esto consiste el hecho de que mientras la constatación de la antinormatividad de un comportamiento tiene la forma lógica de un juicio deductivo, la fundamentación de un deber con base en la norma en cuestión sea inductiva (Kindhäuser, 1989, pp. 56 ss. y 59).

La falta de antinormatividad que es definitoria de toda tentativa de delito sustenta la caracterización de esta como un *quebrantamiento imperfecto* de la norma respectiva.¹ Tal imperfección delictiva admite ser más precisamente identificada con un déficit

de congruencia performativa entre el valor declarativo y la configuración objetiva del comportamiento que sirve de vehículo a la declaración en cuestión (Mañalich, 2017a, pp. 476 ss.). Un comportamiento imputable a título de delito consumado exhibe una perfecta congruencia performativa, en razón de que la falta de reconocimiento de la respectiva norma de prohibición o de requerimiento resulta declarada a través de un comportamiento que consiste en la no-omisión de una acción prohibida o en la no-ejecución de una acción requerida. Así por ejemplo, un homicidio (comisivo) consumado es expresivo de una falta de reconocimiento de la prohibición de matar a otro ser humano como premisa vinculante, en razón de que el comportamiento imputable como tal consiste en la ejecución de una acción que ha producido la muerte de otro ser humano. En contraste con esto, un comportamiento imputable a título de tentativa exhibe un déficit de ajuste entre la declaración atribuible al autor y la configuración objetiva del comportamiento que funge como el soporte de esa declaración. Pues aquí el autor declara no reconocer la norma en cuestión como razón vinculante a través de un comportamiento que *no* llega a exhibir las propiedades respectivamente fundantes-de-antinormatividad. Así, como tentativa de homicidio puede resultar imputable un comportamiento que consiste en la ejecución de una acción *no* susceptible de ser descrita como productiva de la muerte de otro ser humano.

Esto vuelve inteligible que, estructuralmente, *toda* tentativa quede definida por la existencia de una *discrepancia* entre la creencia predictiva que en cuanto atribuible a su autor sustenta la imputación de su comportamiento como infracción del respectivo deber, por un lado, y la descripción que llega a ser verdadera de su comportamiento según la situación del mundo resultante de ese comportamiento, por otro. De ahí que la gramática del concepto de tentativa se encuentre internamente conectada con la gramática del concepto de error (Mañalich, 2019, pp. 297 ss.).

Lo anterior nos deja en posición de ofrecer una presentación preliminar de la tradicional distinción entre las categorías de la tentativa acabada y la tentativa inacabada.² La caracterización recién ofrecida de la estructura de la tentativa se adecua, sin más, a la forma de la tentativa acabada. Pues aquí se trata de una tentativa constituida por el aprovechamiento exhaustivo de la oportunidad para ejecutar u omitir una acción que, bajo la creencia predictiva atribuible al agente, este tendría que haber omitido o ejecutado para adecuar su comportamiento a la norma, mostrándose *ex post* falsa esa misma creencia. En tal medida, el déficit de antinormatividad exhibido por una tentativa acabada es enteramente reducible a lo que podríamos denominar un déficit por “*falsedad de descripción*”. Esto quiere decir que el déficit de antinormatividad de una tentativa acabada descansa en la sola circunstancia de que el comportamiento imputable a ese título no llega a satisfacer la descripción que especifica el género delictivo asociado al quebrantamiento de la respectiva norma de prohibición o de requerimiento.

Frente a ello, es definitorio de una tentativa inacabada que el comportamiento imputable al agente no logre ser identificado con el aprovechamiento exhaustivo de la oportunidad para ejecutar u omitir una acción que, según la creencia predictiva que le fuera atribuible, aquél tendría que haber omitido o ejecutado para adecuar su comportamiento a la norma. De ahí que el correspondiente déficit por falsedad de descripción se muestre (contingentemente) conectado con lo que podríamos denominar un déficit por “falta de materialización”.³ Esto quiere decir que, tratándose de una tentativa inacabada, ya el propio soporte (performativo) de la pretendida declaración concluyente de la falta de reconocimiento de la norma muestra una insuficiencia.

El objetivo de esta contribución es esclarecer las condiciones bajo las cuales el comportamiento constitutivo de una tentativa inacabada, no obstante ese déficit por falta de materialización, puede ser interpretado como la (auténtica) infracción de un deber fundamentado por la misma norma cuyo quebrantamiento perfecto se identifica con el respectivo delito consumado. Como se mostrará más abajo, esto supone impugnar la tesis, extendida al interior del discurso de la dogmática penal contemporánea, de que la significación criminal de una tentativa inacabada tendría que quedar asociada al quebrantamiento de una norma distinta de la norma que quebranta tanto el autor del respectivo consumado como el autor de la correspondiente tentativa acabada. La clave para esa impugnación la provee la consideración de que la estructura de una tentativa inacabada se encuentra determinada por la exigencia de que el comportamiento del agente sea interpretable como la actualización de una intención cuya efectiva realización se correspondería con un aprovechamiento exhaustivo de la oportunidad para ejecutar u omitir una acción que tendría que ser omitida o ejecutada en pos del seguimiento de la norma en cuestión. Semejante intención es aquello en lo que consiste la así llamada “resolución-al-hecho”, que necesita ser estrictamente diferenciada del dolo en cuanto presupuesto general de imputación subjetiva, común a las estructuras de la consumación, la tentativa acabada y la tentativa inacabada.

Sobre la base de las premisas recién enunciadas, que se nutren decisivamente de algunos desarrollos de la filosofía analítica de la acción y a cuya fundamentación se dedican las secciones principales del presente trabajo, se obtendrá la conclusión de que, al igual que la tentativa acabada, la tentativa inacabada se corresponde con un quebrantamiento imperfecto de la norma de comportamiento cuyo quebrantamiento perfecto es constitutivo del respectivo delito consumado.

II. La inadecuación del modelo del *iter criminis*

A. El “*iter criminis*” como metáfora

La caracterización general de toda tentativa de delito como una forma de quebrantamiento deficitario de la respectiva norma de comportamiento se apoya en la consideración de que la distinción entre los conceptos de delito frustrado y delito tentado solo es practicable desde una perspectiva *ex post*. Pues solo *ex post* es posible tener certidumbre acerca de si la descripción que especifica la correspondiente forma de comportamiento antinformativo resulta verdadera del comportamiento atribuible al destinatario de la norma.

Esto último es decisivo, a su vez, para reconocer lo problemático que resulta el tradicional recurso doctrinal a la noción de *iter criminis* para tematizar los “estadios” o “fases” que característicamente atravesaría la materialización del “proyecto delictivo” en cuestión.⁴ A este respecto, no está de más reparar en el carácter metafórico que exhibe este uso lingüístico: la connotación distintivamente espacial que tienen las expresiones “recorrido” o “camino”, que fungen como las traducciones más obvias del término latino “*iter*”, sugiere el avance de un propósito, que asumiría la forma de una “vía criminal” cuyos hitos inicial y terminal se identificarían, respectivamente, con la ideación y el agotamiento del correspondiente proyecto delictivo.⁵

De acuerdo con la pormenorizada caracterización que de él ofreciera Jiménez de Asúa, y que aquí será asumida con una no insignificante modificación, la reconstrucción del *iter* de materialización del respectivo proyecto delictivo llevaría a estructurarlo en dos fases fundamentales, que él denominara “interna” y “externa”, entre las cuales aparecería una fase intermedia, de carácter eventual, especificada a través de la noción de una “resolución manifestada” (Jiménez de Asúa, 1985, pp. 223 ss.). La *fase interna* consistiría en el proceso que característicamente comprendería una “ideación”, una “deliberación” y una “resolución” por parte del agente (Jiménez de Asúa, 1985, pp. 228 ss.). La *fase intermedia*, a su vez, consistiría en la (eventual) manifestación de la resolución alcanzada como culminación de la fase interna, que podría asumir la forma de una proposición, de una conspiración o de una amenaza,⁶ cuyo común denominador consistiría en la naturaleza lingüística –o “verbal”– de la expresión de la resolución en cuestión (Jiménez de Asúa, 1985, pp. 261 ss.).⁷ Precisamente aquí radica la clave de la objeción que Jiménez de Asúa dirigiera contra la tradicional categorización de la proposición y la conspiración como actos preparatorios, en razón de que ellas contarían, más bien, como “actos de voluntad de delinquir”, aunque sin ser “actos de voluntad criminal” (Jiménez de Asúa, 1985, p. 268).

Por su parte, la *fase externa* comprendería la totalidad del proceso a través del cual la resolución delictiva se objetivaría “materialmente”. De ahí que como primera sub-fase externa aparezca la *preparación* del respectivo hecho punible, la cual sería seguida por la sub-fase de su ejecución. Al pretender enunciar las sub-fases siguientes, empero, Jiménez de Asúa hace mención, más bien, de determinados hitos que puede atravesar el correspondiente “recorrido criminal”, algunos de los cuales marcarían los respectivos puntos de inicio y fin de alguna de las correspondientes sub-fases.⁸ Corrigiendo la exposición de aquel, entonces, como sub-fases objetivas ulteriores a la preparación tendríamos que reconocer la *ejecución* y el *agotamiento* del hecho punible en cuestión.⁹ En estos términos, la demarcación entre el ámbito de la preparación, por regla generalísima no punible, y el ámbito de la tentativa, por regla general punible,¹⁰ concerniría a la determinación precisa del hito representado por el “paso” desde la fase preparatoria hacia la fase ejecutiva.

B. La incapacidad explicativa del modelo del *iter criminis*

La inadecuación teórica de este modo de pensamiento resulta fácil de detectar. Desde ya, semejante modelo metafórico parece unilateralmente anclado al paradigma del delito doloso deliberada o “premeditadamente” concebido por su potencial autor. Ello da pie a que los críticos de la tesis que niega la posibilidad constructiva de una “tentativa imprudente” observen, no sin razón, que sobre tal base esa negación carecería de sustento. Pues parece difícil desconocer que, como sugiere Jakobs, “lo que puede ser realizado, también puede ser iniciado” (§ 25, marg. 28).¹¹ La negación de la posibilidad constructiva de una “tentativa imprudente” recién se vuelve inteligible cuando se advierte que la identificación de un tipo cuya *falta de realización* (antijurídica) pudiera resultar imputable *sub specie* tentativa es necesariamente dependiente de una adscripción al agente de la *creencia* de que su comportamiento habría de llegar a exhibir aquellas propiedades básicas que lo constituirían en una instancia de realización (antijurídica) del tipo en cuestión, esto es, una creencia predictiva fundante de dolo. De ahí que, como contrapartida, a título de imprudencia solo pueda ser imputado un comportamiento que en efecto realiza (antijurídicamente) el respectivo tipo-de-delito (Mañalich, 2017a, pp. 488 ss.).¹² Pues recién en referencia a una efectiva instancia de realización (antijurídica) del tipo tiene sentido plantear la pregunta de si un agente que no la previó pudo, no obstante, haberla previsto en caso de haber observado el cuidado que de él resultaba esperable.

Contra el modelo del *iter criminis* también habla la consideración de que, aun restringiendo el análisis a hechos punibles dolosos, no es plausible la conjetura de que todo hecho punible semejante sería objeto ya de ideación, ya de preparación. Es posible, desde luego, que un despliegue de actividad planificadora, o propiamente

preparatoria, llegue a tener significación penológica, según cómo sea entendido, por ejemplo, el concepto de premeditación. Pero es claro que la pertinencia del factor (de calificación o agravación, según corresponda) así identificado no es generalizable. Las categorías auxiliares a través de las cuales ha de ser dogmáticamente reconstruida la regulación de la tentativa necesitan exhibir el mismo nivel de generalidad que exhibe la categoría misma de la tentativa.

La inadecuación teórica del modo de pensamiento que presenta el “recorrido” de un proyecto delictivo como una progresión también se muestra, finalmente, en que en sus propios términos tal modelo no logra siquiera marcar el “lugar” que en ese contexto habría de ocupar el concepto de consumación. La consumación de un delito no es sino el hecho de que el respectivo tipo-de-delito sea antijurídicamente realizado por un comportamiento especificado a través de una descripción bajo la cual ese comportamiento resulta imputable al autor. Y aun restringiendo el análisis a aquel subconjunto de hechos punibles respecto de los cuales la noción de ejecución tiene alguna pertinencia intuitiva,¹³ la consumación se comporta como una variable que no muestra correspondencia biunívoca con hito alguno susceptible de ser reconocido a lo largo del pretendido “recorrido”.

Por una parte, sería errado asumir que al cabo de la fase ejecutiva el proyecto delictivo en cuestión habría de “alcanzar” la consumación. Pues es imaginable, por un lado, que alguna de las condiciones de las cuales dependa la consumación del delito se verifique, eventualmente, transcurrido un cierto lapso después de que quedara concluido el despliegue de la correspondiente “actividad ejecutiva”. Y también es imaginable, por otro lado, que el delito no llegue a consumarse, no obstante la conclusión de la ejecución así entendida. Esto sugiere que la distinción entre consumación y acabamiento de la tentativa depende, en efecto, de una variable semántica que queda del todo obliterada por el modelo del *iter criminis*. Pues que la descripción que especifica el correspondiente género de comportamiento delictivo llegue a ser verdadera del comportamiento eventualmente imputable al potencial autor, no es en absoluto reducible a que el respectivo despliegue de actividad ejecutiva haya podido quedar concluido.

Por otra parte, es asimismo concebible que la consumación del delito en cuestión dependa de la verificación de condiciones que son compatibles con que la concreta instancia de realización antijurídica del tipo se extienda más allá del instante de su consumación, tal como ello ocurre tratándose de un delito permanente. Distintivo de esta última categoría delictiva es el hecho de que ya el desarrollo o no-desarrollo de una actividad de cierta clase que se identifica con el comportamiento típicamente relevante, ya la existencia o inexistencia de un estado de cierta clase que se identifica con el resultado típicamente relevante, se extienda unitariamente más allá del instante de

la consumación del delito respectivo, hasta el instante de su “terminación” (Mañalich, 2014, pp. 35 ss., y nota 71). Y de nuevo: aun restringiendo el análisis a aquellos hechos punibles respecto de los cuales tiene verosimilitud fenoménica la imagen de la ejecución progresiva de una acción determinada, la consideración de la especificidad de la estructura típica de los delitos permanentes vuelve a mostrar que el modelo del *iter criminis* es insensible a la variable de la consumación.

C. La primacía de la perspectiva ex post

La inadecuación del modelo del *iter criminis* está determinada por su compromiso con la adopción de una perspectiva *ex ante*, que a su vez queda subordinada por una validación de un modo de pensamiento prospectivo, que no se deja reconciliar con la orientación retrospectiva del programa de racionalización negativa en el que consiste la imputación jurídico-penal (Mañalich, 2014, pp. 23 ss.). Congruentemente con esta orientación retrospectiva, la noción de una “tentativa consumada” no es sino una contradicción en los términos. Pues la falta de consumación es constitutiva del concepto de tentativa (Mañalich, 2017a, pp. 475 ss. y 478 ss.), de lo cual se sigue que la tesis según la cual todo delito (doloso) consumado habrá tenido, “en algún momento” anterior al instante de su consumación, el carácter de una tentativa, expresa un error categorial.¹⁴

Que solo *ex post* sea posible reconocer el carácter consumado o tentado del delito de que se trate, implica que los criterios a través de las cuales son especificados los presupuestos de cuya satisfacción depende la constitución de una tentativa resultan ser categorialmente impertinentes si el delito se presenta como consumado. Pues para la constatación de que el respectivo tipo-de-delito ha sido realizado de manera antijurídica, siendo tal realización imputable como una infracción dolosa del deber fundamentado por la norma correspondiente, no viene al caso en lo absoluto determinar si el agente puso “todo de su parte para que el crimen o simple delito se consum[ara]”, sin que esto haya ocurrido, así como tampoco si el agente dio “principio a su ejecución mediante hechos directos”, según respectivamente rezan el inc. 2º y el inc. 3º del art. 7º del CPch.¹⁵

No es descartable que la pervivencia del modo de pensamiento prospectivo que sustenta el modelo del *iter criminis* se apoye en la intuición de que si el concepto de delito consumado es el concepto de la “plena” o “completa” realización (antijurídica) del tipo-de-delito en cuestión, entonces un delito tentado habría de identificarse con una “parcial” o “incompleta” realización de aquel. Pero a tal intuición subyacería una confusión. La expresión “completa realización del tipo” es pleonástica, porque para todo tipo-de-delito T_x vale la proposición de que o bien T_x se ha realizado o bien T_x no se ha realizado: *tertium non datur*. Esto quiere decir que hablar de una “realización

parcial del tipo” no tiene sentido. La posibilidad de descomponer analíticamente un tipo cualquiera en múltiples “elementos” no autoriza a suponer que la satisfacción de uno o más de estos, mas no de todos, daría lugar a una “realización parcial” de ese mismo tipo.¹⁶ Pues ello supondría desconocer que la realización del respectivo tipo-de-delito, en cuanto relación de satisfacción semántica, queda sometida a un principio de indivisibilidad (Mañalich, 2019, pp. 300 ss.).

III. La resolución-al-hecho como compromiso práctico

A. ¿Resolución-al-hecho como dolo?

Fundamentalmente a partir del influjo ejercido por un ya clásico trabajo de Struensee, es usual que se sostenga que el así llamado “tipo” de la tentativa inacabada exhibiría una considerable divergencia estructural frente al “tipo” de la tentativa acabada. El consenso existente en la doctrina alemana, contra el cual Struensee dirigía su argumento, giraba en torno de la proposición según la cual definitorio de toda tentativa sería “la completa realización del tipo subjetivo”, acompañada de “un déficit en el tipo objetivo” (Struensee, 1989, p. 533). La caracterización por él favorecida, en cambio, rezaría: “la no-satisfacción del tipo objetivo con satisfacción incompleta o bien satisfacción completa del tipo subjetivo” (Struensee, 1989, p. 533).¹⁷

Más allá de lo inapropiada que resulta la jerga acerca de una realización “completa” o “incompleta” de un tipo-de-delito cualquiera, la terminología favorecida por Struensee también adolece del inconveniente de asumir –en la línea del modelo finalista, del cual él fuera un eminente cultor– la distinción entre un “tipo objetivo” y un “tipo subjetivo”, cada uno de los cuales sería, separadamente, susceptible de *realización*. Esto es desafortunado, pues así se desconoce que el contenido del pretendido “tipo subjetivo” queda conformado por presupuestos funcionalmente heterogéneos desde el punto de vista de la constitución del respectivo hecho punible: mientras el dolo y –alternativamente– la imprudencia funcionan como criterios de evitabilidad de la respectiva realización (antijurídica) del tipo, los así llamados “elementos subjetivos específicos” son componentes de la descripción abstracta en la que consiste el tipo (Kindhäuser, 1989, p. 99; 2007, p. 449).

En estos términos, el déficit exhibido por *toda* tentativa de delito consiste en la falta de realización antijurídica del tipo en cuestión. Con todo, un mérito insoslayable del enfoque delineado por Struensee consiste en su explícita refutación de la identificación del pretendido “tipo subjetivo”, de cuya completa o incompleta realización se trataría, con la así llamada “resolución-al-hecho” (Struensee, 1989, pp. 528-531). Si el punto se purga de la ya referida infelicidad terminológica, entonces cabe afirmar que la

resolución-al-hecho no admite ser confundida, ya sea en todo o en parte, con el dolo referido a la realización del respectivo tipo-de-delito. En los términos favorecidos por Dold, esto significa rechazar la “tesis de la identidad”, según la cual la resolución-al-hecho admitiría ser identificada con la disyunción de las diversas formas que podría exhibir el dolo.¹⁸ El problema está, sin embargo, en que Struensee pretendía al mismo tiempo sostener que, tratándose de una tentativa inacabada, habría que negar la configuración de un “dolo completo” o un “dolo de consumación”, para postular, en cambio, la configuración de un “fragmento de dolo” (Struensee, 1989, pp. 533 ss.). Esto es problemático, en cuanto incompatible con una determinación puramente *doxástica* del dolo, esto es, con una identificación del dolo con un criterio de imputación fundado en la adscripción de una *creencia* de cierta clase. La sugerencia de que el dolo de un delito cualquiera pudiera verse más o menos “realizado” pasa crucialmente por alto que, en su carácter de título de imputación co-fundamentado por una creencia predictiva (cualificada por un cierto grado de probabilidad), el dolo exhibe la misma dirección de ajuste que es propia de toda creencia en cuanto actitud proposicional de naturaleza doxástica, a saber: una dirección de “mente-a-mundo” (Mañalich, 2019, pp. 303 ss.).¹⁹ Quien cree que *p*, tiene por verdadera la proposición *p*, siendo el caso que la creencia en cuestión resulta ser acertada cuando es verdad que *p*, y desacertada cuando no es verdad que *p*.

Si se asume una concepción del dolo como la aquí reseñada, la tematización de un “fragmento de dolo” no resulta inteligible. Con esto no quiere decirse que la especificidad estructural de la tentativa inacabada carezca de implicaciones en lo tocante a la fundamentación del dolo. Pero esas implicaciones no conciernen al contenido del dolo, que está invariablemente determinado por la descripción que especifica el género de comportamiento delictivo que se corresponde con la realización antijurídica del tipo en cuestión. Ellas conciernen, antes bien, a la determinación de las condiciones contextuales de cuya satisfacción dependa que una creencia predictiva fundante-de-dolo pueda ser legítimamente atribuida al respectivo destinatario de la norma de cuyo posible quebrantamiento *sub specie* tentativa inacabada se trata. Esto significa que el problema de la determinación del inicio de la tentativa es el problema de fijar el umbral a partir del cual la correspondiente creencia predictiva resulta ser, en efecto, fundante-de-dolo, y no fundante, en cambio, de un mero *dolus antecedens*, que no es dolo alguno.²⁰

Hacia el final de su contribución, Struensee apuntaba que el “desvalor de acción” de la tentativa inacabada no logaría ser reconducible al quebrantamiento de la norma cuyo quebrantamiento sería igualmente reconocible tratándose, como contrapartida, de un delito consumado o de la correspondiente tentativa acabada (Struensee, 1989, pp. 534 ss. y 538 ss.). Intentando refutar la afirmación de Binding en cuanto

a que también la tentativa inacabada resultaría antinormativa bajo la respectiva norma de comportamiento, Struensee observaba, con razón, que “una norma sólo es quebrantada a través de la ejecución de aquellas acciones que ella prohíbe” (Struensee, 1989, p. 537). Pero reproduciendo el error que subyace a todas aquellas concepciones que pretenden determinar el contenido semántico de las normas de comportamiento a partir de su función motivacional,²¹ Struensee desconocía que un comportamiento constitutivo de la tentativa acabada de un delito cualquiera es uno que resulta imputable, como tal, bajo una descripción que determina su falta de antinormatividad.

Desde este punto de vista, la diferencia entre una tentativa acabada y una tentativa inacabada del delito respectivo se reduce a que solo en la primera de ellas el comportamiento efectivamente desplegado por el destinatario de la norma es suficiente para constituirse, con cargo a la respectiva creencia predictiva, como la infracción de un deber fundamentado por la norma. En la tentativa inacabada, por el contrario, el comportamiento del agente por sí mismo no logra, con cargo a esa misma creencia, servir de vehículo a la declaración de que la norma respectiva no resulta reconocida como premisa vinculante. Para que sea posible afirmar que también la tentativa inacabada conlleva una infracción de un deber fundamentado por esa misma norma, es necesario disponer de un *criterio de compensación* de la insuficiencia declarativa del comportamiento desplegado por el agente. Como habrá de mostrarse en lo que sigue, ese criterio de compensación lo encontramos en la exigencia de una así llamada “resolución-al-hecho”, que puede ser definida como la intención, atribuible al destinatario de la norma, de desplegar un comportamiento que, de ser acertada su representación de las circunstancias, habría de llegar a exhibir las propiedades primarias que respectivamente fundamentarían la antinormatividad de ese mismo comportamiento, sin que esto último necesite formar parte del contenido de la intención en cuestión (Mañalich, 2017a, pp. 486 ss.). Esto hace posible anticipar que, en contra de un extendido lugar común,²² la categoría de la resolución-al-hecho es privativa de la estructura de la tentativa inacabada.²³

B. La resolución-al-hecho como intención previa

De acuerdo con lo recién sugerido, la función de la exigencia una resolución-al-hecho como presupuesto (privativo) de la constitución de una tentativa inacabada consiste en compensar el déficit por falta de materialización exhibido por un comportamiento que, según la representación del propio agente, no ha alcanzado a ser desplegado de una manera que haga suficientemente probable –en el sentido de que satisface el umbral mínimo de probabilidad que es co-definitorio del concepto de dolo– que ese comportamiento llegue a exhibir las propiedades respectivamente fundantes-de-antinormatividad.

Que la resolución-al-hecho pueda proveer el criterio de compensación requerido, depende críticamente de cómo ella sea caracterizada. Las razones por las cuales cabe desestimar que la resolución-al-hecho pueda ser identificada con una creencia –esto es, una actitud de tipo doxástico– atribuible al agente han sido pormenorizadamente examinadas por Dold, justamente en el contexto de su refutación de la ya referida “tesis de la identidad” (Dold, 2017, pp. 79 ss.), sobre lo cual no es necesario volver en el presente contexto. Ahora interesa más bien explicar por qué la mejor reconstrucción disponible de la exigencia de una resolución-al-hecho necesita descansar en su conceptualización como una intención de cierta clase, y más precisamente: como una *intención previa*.

Tomando como punto de partida el ya clásico análisis del concepto de intención ofrecido por Anscombe,²⁴ Dold distingue tres usos lingüísticos suficientemente claros que involucran la referencia a alguna intención atribuible a algún agente, a saber: (a) el consistente en la adscripción de una intención de hacer o no hacer algo; (b) el consistente en la caracterización de la ejecución u omisión de una cierta acción como intencional; y (c) el consistente en la identificación de la intención con la cual se hace o no se hace algo (Dold, 2017, pp. 63 ss.). *Stricto sensu*, en el segundo caso se trata de un uso adverbial, concerniente a la manera en la cual una acción es ejecutada u omitida. En este sentido, que una acción sea *intencionalmente* ejecutada quiere decir que ella es ejecutada con alguna intención, de manera tal que el agente necesariamente se representa lo que hace bajo una determinada descripción (Davidson, 2001, pp. 84 ss.; Brandom, 1994, pp. 254 ss.), sin que esto implique, sin embargo, que aquello que el agente hace intencionalmente tenga que corresponderse con el contenido de la intención en cuestión.²⁵ En tal medida, el uso adverbial pone el foco en el aspecto distintivamente doxástico del fenómeno captado, a su vez, por el tercero de los usos distinguídos por Dold.²⁶

Esta clarificación hace posible fijar nuestra atención en el contraste del primer y el tercer uso. En estos términos, identificar la intención *con la cual* un agente hace o no hace algo determinado es identificar una intención que guía al agente en la actual ejecución u omisión de la acción respectiva, y que podemos denominar “intención-en-la-acción”. En cambio, identificar la intención que un agente se forma *en orden a* hacer o no hacer algo es identificar un compromiso (práctico) que el agente asume en cuanto a ejecutar u omitir una acción de cierta clase, sea en el futuro inmediato, próximo o remoto, y que podemos denominar una “intención previa”.²⁷ Acertadamente, Dold muestra cómo la noción de “intención-en-la-acción” –en sus términos: de “intención de resultado”– se corresponde con el así llamado “dolo directo de primer grado”, o “dolo de propósito”, cuya pertinencia como pretendida forma de dolo debe ser negada, empero, si se asume un concepto “cognitivista” o doxástico de dolo (Dold, 2017, pp.

65 ss. y 71 ss.). Como contrapartida, la noción de “intención previa” hace reconocible la infraestructura que ha de exhibir la resolución-al-hecho en cuanto categoría de la tentativa inacabada.²⁸

La adecuación de la noción de intención previa para la clarificación de la estructura de la resolución-al-hecho resulta del rol funcional desempeñado por una intención de esa índole. Ese rol funcional descansa en la manera en que la formación de una intención puede ser entendida como la adquisición de un compromiso práctico. Ello es consistente con que una intención, en general, exhiba la dirección de ajuste opuesta a la de una creencia, a saber, una dirección de “mundo-a-mente”, de manera tal que una intención cuenta como realizada precisamente cuando el mundo llega a exhibir la configuración que la intención proyecta como “intencionada” (Searle, 1983, pp. 7 ss., 87 ss. y 96 s.; 2010, pp. 27 ss.). Desde este punto de vista, la especificidad de una intención previa consiste en que su contenido está constituido por la ejecución u omisión de una acción de cierta clase por quien se forma esa intención, de manera tal que una intención previa cuenta como realizada cuando el agente en efecto llega a ejecutar u omitir una acción de la clase proyectada.²⁹ De ahí que la realización de una intención previa exhiba, según la apta descripción ofrecida por Searle, una distintiva “autorreferencialidad causal” (Searle, 1983, pp. 83 ss.; 2010, pp. 33 ss.).

Para captar con mayor precisión el sentido en que una intención previa exhibe la función de un compromiso práctico, puede ser útil contrastar la noción de intención con la noción de deseo.³⁰ Un deseo es, en general, una actitud proposicional que, al igual que una intención, exhibe una dirección de ajuste de “mundo-a-mente”: un deseo se ve satisfecho cuando el mundo llega a tener la configuración que se adecua al contenido de ese deseo. Y por supuesto, es perfectamente concebible que el contenido del deseo en cuestión esté constituido por la ejecución u omisión de alguna acción por el sujeto de ese mismo deseo. Quien se forma un deseo de esa índole, empero, no adquiere compromiso alguno de hacer o no hacer algo en pos de la satisfacción de ese deseo; y si él no llega a hacer o no hacer algo a tal efecto, no hay razón alguna para asumir que el deseo en cuestión habría cesado de existir. En cambio, quien se forma una intención difícilmente podría argüir que sigue manteniendo la intención en cuestión si, ante la constatación de que “ha llegado el momento” para hacer o no hacer algo en congruencia con el contenido de esa intención, en efecto no ejecutara o no omitiera acción alguna a tal efecto. Pues quien se forma una intención de hacer o no hacer φ pasa a estar en una situación definida por su compromiso de ejecutar u omitir una acción que hubiera de exemplificar φ, cuando se presente la oportunidad para ello.³¹

C. Compromiso práctico y principio enlazador

Siguiendo a Bratman, Dold ofrece una explicación de la manera en que una intención previa puede desempeñar el rol funcional de un compromiso práctico, que descansa en el recurso al así llamado “principio enlazador” (Dold, 2017, pp. 85 ss. y 111 ss.).³² Este especifica las condiciones bajo las cuales es racional, para un agente que se ha formado una intención, realizar esta intención cuando, bajo la representación del propio agente, “llega la hora para ello” (Dold, 2017, pp. 78 y 86.). O formulado al revés: el principio enlazador especifica las condiciones bajo las cuales el agente se comporta irracionalmente si abandona una intención que ya se ha formado.

El recurso al principio enlazador resulta preferible a la vía explicativa ofrecida por la así llamada “teoría del motivo adicional”, según la cual la formación de una intención conduciría a que el agente pase a tener una razón adicional a las razones con las que ya cuenta para hacer o no hacer algo en pos de la realización de la intención en cuestión.³³ La superioridad explicativa del recurso al principio enlazador queda de manifiesto ante el problema que presentan los así llamados “casos Buridan”, que exhiben las dos características siguientes: (1) el agente dispone de múltiples posibilidades de acción equivalentes, pudiendo decidirse por nada más que una (cualquiera) de ellas; y (2) optar por cualquiera de estas posibilidades de acción resulta, para el agente, más beneficioso que no optar por alguna de ellas (Dold, 2017, pp. 88 ss.).³⁴ En una situación tal, el agente tendría que formarse la intención de realizar alguna (cualquiera) de las posibilidades de acción disponibles, en razón de que solo así él podrá planear cómo seguir comportándose en el futuro.

La falta de plausibilidad de la teoría del motivo adicional se muestra en la respuesta que de ella se sigue para la pregunta de si el agente tendría alguna razón para lamentar que, de manera inadvertida por él, la posibilidad de acción que termine realizando no coincida con la posibilidad de acción por la cual él se hubiera decidido. Consideremos, a modo de ejemplo, el caso siguiente:

A desea beber una cerveza, siendo para él igualmente preferibles una cerveza de la marca X y una de la marca Y, y habiendo nada más que una botella de cada una de las dos marcas disponibles en el refrigerador del almacén. Puesto que A necesita optar por una de las dos botellas para ejecutar controladamente la acción consistente en tomar alguna de las dos botellas para después llevarla hacia la caja, A se forma la intención de coger la botella de la marca X. En el instante preciso en que A está por tomar la botella, la presencia de otro comprador lo distrae, por lo cual, sin advertirlo, termina cogiendo la botella de la marca Y, lo cual A nota recién al disponerse a beber la cerveza, después de haberla comprado.

Bajo la teoría del motivo adicional, la intención de comprar la botella de la marca X pasa a integrar la base motivacional de A, de manera tal que, al constatar que no ha comprado la botella de esa marca, A tendría que lamentar no haber ejecutado la acción preferible bajo su propio sistema de preferencias. La situación es enteramente

distinta si se recurre, en cambio, al principio enlazador. Desde este punto de vista, la formación de la intención de comprar la botella de la marca X no tiene impacto alguno en el sistema de preferencias de A, de manera tal que, al comprobar que ha comprado la botella de la marca de Y, A podría sorprenderse, mas no lamentarse de ello.³⁵ Con ello, la ventaja que exhibe el recurso al principio enlazador frente a la tesis del motivo adicional consiste en hacer adecuadamente reconocible el carácter *instrumental* del mecanismo de la formación y realización de intenciones para con la adecuación del comportamiento del agente a las razones con las que el propio agente cuenta. En estos términos, el principio enlazador contribuye a explicar que ser alguien capaz de formarse y realizar intenciones es valioso por la importancia de que las razones que tenemos para hacer o hacer algo logren llevarnos a hacer o no hacer, intencionalmente, aquello a favor o en contra de la cual hablan esas mismas razones, y no porque nuestras intenciones tengan valor con independencia de estas.

Por esta vía deviene posible explicar por qué cabe esperar que un agente que se ha formado una intención previa dé realización a esa intención cuando, desde su punto de vista, llegue el momento para ello. Ello es fácil de advertir si se presta atención a lo que Dold presenta como la “formulación completa” del principio enlazador:

El abandono de una intención es irracional, si (1) las actuales creencias del agente, de haberlas tenido este ya en el momento de la formación de su intención, no lo habrían inhibido de formarse la intención, y si (2) la intención fue formada racionalmente (Dold, 2017, p. 112).

La imputación jurídico-penal puede ser entendida como un programa de *racionalización negativa* del comportamiento del destinatario de la norma (Mañalich, 2014, pp. 23 ss.; 2018a, pp. 16 ss.). La negatividad de tal racionalización, implicada por el principio de la contrafactividad de la imputación, explica que, según observa Dold, la segunda de las dos condiciones incluidas en la formulación completa del principio enlazador sea impertinente en el contexto jurídico-penal.

En efecto, para que el principio enlazador sea aprovechable para la dogmática de la tentativa, es necesario prescindir enteramente de la pregunta acerca de si la intención de ejecutar u omitir la acción en cuestión fue formada racionalmente (Dold, 2017, p. 113.). Desde el punto de vista de la imputación jurídico-penal es enteramente irrelevante cuáles pudieran ser las razones que positivamente expliquen el comportamiento del agente, precisamente porque el foco de la imputación queda únicamente puesto en la pregunta de si para el agente era posible transformar la norma de comportamiento por él quebrantada en premisa vinculante para omitir o ejecutar la acción que él en definitiva no omitió o no ejecutó. Y que el agente haya llegado a formarse la intención constitutiva de la correspondiente resolución-al-hecho significa que, en el momento relevante para decidirse a favor de una alternativa de comportamiento cuya realización sea compatible con el seguimiento de la norma, el

agente se habrá decidido, en cambio, a favor de una alternativa de comportamiento que bajo su representación de las circunstancias es incompatible con su seguimiento. Como habrá de mostrarse más abajo, esto último es crucial para advertir que también el autor de una tentativa inacabada quebranta (imperfectamente) la norma cuya contravención es constitutiva del respectivo delito consumado.

Lo anterior no quiere decir que sea conceptualmente imposible que una intención previa no llegue a ser realizada por el agente que se la ha formado. Pues es claro que semejante intención puede ser revisada o revocada (Bratman, 1987, pp. 16 ss.). Pero el mecanismo de la formación de una intención es inconcebible si se prescinde de la relativa estabilidad que acompaña al compromiso práctico adquirido por quien se decide a –o “resuelve”– hacer o no hacer algo.³⁶ A diferencia de un deseo, que puede desaparecer (y así también: reaparecer) sin más, una intención no puede ser abandonada o alterada sin que el agente reabra un proceso de deliberación que precisamente ha de haberse visto cerrado a través de su adopción. En esto consiste la (relativa) “resistencia contra la revocación del proceso del razonamiento práctico” que exhibe, en general, toda intención previa (Dold, 2017, pp. 75 ss).³⁷

D. La compatibilidad entre resolución-al-hecho y dolo eventual

El rol funcional desempeñado por una intención previa queda definido por otros dos aspectos, asimismo analizados por Dold. Por una parte, la formación de tal intención queda sometida a un principio de coherencia de medio-a-fin:

Si un agente tiene la intención de hacer F, y está convencido de que M es necesario para que él pueda hacer F, y está además convencido de que él tiene que intentar hacer M para que M se realice, entonces él también tiene que tener la intención de hacer M (Dold, 2017, p. 77).³⁸

Por otra parte, la formación de una intención también queda sometida a una doble exigencia de consistencia, que resulta del hecho de que, normalmente, tal intención pueda quedar integrada en algún complejo de intenciones, que Bratman tematiza como un *plan* (Bratman, 1987, pp. 9 ss. y 28 ss.; Yaffe, 2010, pp. 51 ss). La primera forma de consistencia aquí relevante, que Dold denomina “débil”, consiste en la compatibilidad de la respectiva intención con las demás intenciones constitutivas del plan. Pero a esto se añade aquella forma de consistencia que Dold llama “fuerte”, y que consiste en la compatibilidad de la intención en cuestión con las creencias atribuibles al agente (Dold, 2017, p. 78).³⁹

Esto último tiene importancia para explicar por qué el hecho de que una intención (previa) tenga que poder ser adscrita al agente para que pueda constituirse una tentativa inacabada no implica en lo absoluto que semejante tentativa haya de quedar vinculada con una exigencia de “dolo directo de primer grado” (Mañalich, 2017b,

pp. 177 ss.). Esto se sigue de que, bajo un modelo de imputación sometido al ya referido principio de contra-facticidad, la atribución de responsabilidad jurídico-penal no queda condicionada por la adscripción de una intención de contenido delictivo al agente. Por su importancia para la tesis aquí defendida, puede ser conveniente fundamentar algo más detenidamente esta última proposición.⁴⁰

Un comportamiento potencialmente delictivo queda especificado, en cuanto objeto de imputación jurídico-penal, por su valor declarativo *negativo*: al destinatario de la norma se imputa el respectivo comportamiento como expresivo de una *falta de reconocimiento* de esa misma norma como premisa vinculante. Esto determina que esa imputación asuma la forma de una “falsación” de una hipótesis de fidelidad al derecho. Con ello, los criterios de imputación del quebrantamiento de la norma se identifican con las condiciones de cuya satisfacción depende que del destinatario de la norma pueda esperarse el seguimiento (intencional) de esta, bajo la premisa contra-fáctica de que el seguimiento de la norma sería su preferencia dominante. Si se ven satisfechas esas condiciones, mas sin que el destinatario haya dado seguimiento a la norma, entonces cabe concluir –en el sentido de una inferencia destructiva en *modus tollendo tollens*– que el seguimiento de la norma en efecto no era su preferencia dominante, resultando así falseada la hipótesis de fidelidad al derecho. Esto explica, entre otras cosas, que bajo los criterios para la imputación subjetiva del respectivo quebrantamiento de una norma carezca de toda relevancia si ese quebrantamiento resulta ser intencional o no. Pues la única intención con relevancia para la imputación consiste en una intención que el destinatario de la norma en efecto *no* se formó, a saber: la de omitir o ejecutar una cierta acción *en cumplimiento del deber* fundamentado por la norma.

Que la forma de punibilidad correspondiente a una tentativa inacabada es enteramente acoplable al dolo eventual en cuanto forma básica del dolo, lo ilustra el siguiente caso:

A pretende ejercitar su puntería en el arte del disparo con una escopeta, para lo cual selecciona un blanco ubicado a una distancia tal que para A resulta dudoso si se trata de un espantapájaros, como él quisiera que fuera, o en cambio de un trabajador agrícola que pudiera encontrarse de pie, contemplando el horizonte. Tras apuntar hacia su objetivo, y en el instante de empezar a mover su dedo índice para tirar del gatillo, un tercero, que tampoco sabe si aquello contra la cual A está *ad portas* de disparar consiste en un espantapájaros o un ser humano vivo, se lanza sobre A, botándolo al suelo e impidiendo así que este logre disparar.

Puesto que A no se disponía a efectuar el disparo con la intención de matar a otro ser humano, es posible descartar sin más un dolo directo de primer grado de homicidio. Más bien, A se representaba la chance de que aquello sobre lo cual se disponía a disparar fuese un ser humano, susceptible de ser matado a través del disparo, pero sin estar seguro de que esto fuera a producirse. Dado que tal incertidumbre

es incompatible con un dolo directo de segundo grado o “de las consecuencias necesarias”, solo subsiste la posibilidad de afirmar un dolo eventual de homicidio. La adscripción de una creencia predictiva referida a la chance de que el disparo en cuestión resultase ser letal para otro ser humano, fundante de dolo eventual de homicidio, es compatible con la intención, asimismo atribuible a A, referida a la ejecución del disparo, sin que la producción de la muerte de otra persona necesariamente hubiera de integrar el contenido de esa misma intención. Esto quiere decir que la compatibilidad entre la estructura de la tentativa inacabada y el dolo eventual como criterio general de imputación subjetiva se sigue del hecho de que, mientras la creencia predictiva fundante del dolo queda necesariamente referida a las circunstancias que fundamentarían la antinormatividad del comportamiento de cuya imputación se trata, el *contenido de la intención* constitutiva de la resolución-al-hecho no necesita ser delictivamente relevante.

IV. Resolución-al-hecho e inicio de la tentativa

A. La actualización de la intención como resolución-al-hecho

Para la constitución de una tentativa inacabada de un delito cualquiera es condición necesaria, mas no suficiente, que al potencial autor sea atribuible una intención previa susceptible de ser eventualmente identificada con una resolución-al-hecho. Pues para ello es igualmente necesario que el comportamiento del potencial autor satisfaga el criterio de cuya satisfacción depende la constatación de un inicio de la tentativa en cuestión. La clarificación de este punto depende de una adecuada explicación de la relación en la que se encuentran las categorías de resolución-al-hecho e inicio de la tentativa. El problema ha sido planteado con total precisión por Schuhr, en inmediata referencia a un pronunciamiento del Tribunal Supremo Federal alemán a su vez referido a un caso en el cual se planteaba la pregunta por el eventual inicio de una tentativa de asesinato (*Mord*) bajo la fórmula, plasmada en el § 22 del Código Penal alemán (“StGB”), según la cual la existencia de una tentativa depende de que el hechor “se dispon[ga] inmediatamente a la realización del tipo” (Schuhr, 2014, pp. 402 ss.). A este respecto, Schuhr ofrece la siguiente descripción de la relación en cuestión:

Una resolución-al-hecho existe recién en el momento en el cual ella es puesta en marcha [*betätigt*]. En la tentativa no hay primeramente una resolución-al-hecho y después un disponerse inmediatamente, sino sólo ambos o bien ninguno (Schuhr, 2014, p. 402).

Una implicación fundamental de esta última proposición consiste en que, bajo el § 22 del StGB, el momento del disponerse inmediatamente a la realización del tipo es el momento en el cual la respectiva intención se *actualiza* como la correspondiente

resolución-al-hecho. Como observa Schuhr, ello se sigue del sometimiento del reconocimiento del inicio de la tentativa al “principio de simultaneidad” (Schuhr, 2014, p. 402). Esto quiere decir que el momento del inicio de la tentativa puede ser abstractamente identificado con el momento en el cual la intención de ejecutar u omitir una acción que, de acuerdo con la creencia predictiva atribuible al destinatario de la norma, habría de llegar a ejemplificar el tipo de acción sometido a prohibición o de requerimiento se actualiza en la forma de una resolución-al-hecho. Bajo el § 22 del StGB, el criterio para ello queda asociado a la fórmula, ya referida, del “disponerse inmediatamente a la realización del tipo”; bajo el art. 7º del CPch, a la fórmula de “da[r] principio a la ejecución del [...] delito por hechos directos”, que resulta considerablemente más próxima a la fórmula plasmada en el § 43 del antiguo Código Penal del Imperio alemán.⁴¹ Y sobra decir que el derecho comparado conoce un catálogo de fórmulas alternativas a estas, cuya mayor o menor homogeneidad no puede ni necesita ser considerada aquí.⁴²

Pero ya con independencia de cómo deban ser interpretadas las fórmulas legislativas en cuestión, cabe notar que la puntualización aportada por Schuhr demuestra la inadecuación de la tesis de Dold en cuanto a la naturaleza extrínseca de la relación en que se encontrarían la adscripción de una resolución-al-hecho y la satisfacción del criterio asociado a la fórmula del “disponerse inmediatamente a la realización del tipo”. Dold sostiene que, según la explicación del fundamento de punibilidad de la tentativa “no concluida” por él favorecida, y desde el punto de vista de la justificación de la pena frente al propio autor, sería suficiente que el agente “actúe con resolución-al-hecho” (Dold, 2017, p. 107.). Según él, ello sería en todo caso compatible con que la respectiva regulación legal condicione la punibilidad de tal tentativa a la satisfacción de un presupuesto adicional, expresado en la fórmula con la que esa misma regulación fije el criterio para el inicio de la tentativa, como lo es la fórmula del “disponerse inmediatamente a la realización del tipo” bajo el § 22 del StGB . Dold afirma que esta exigencia adicional, no internamente impuesta por la concepción por él defendida, admitiría ser explicada en términos de cómo la punición de su autor habría de ser justificada frente a “un tercero que observa al hechor” (Dold, 2017, p. 107). Para un tercero tal, respecto de quien el principio enlazador no despliega el efecto vinculante que sí tiene para el propio agente, sería perfectamente racional asumir que, no obstante haberse formado la correspondiente intención, el agente podría aún renunciar a ponerla en marcha.⁴³ Desde este punto de vista, la satisfacción de la exigencia del “disponerse inmediatamente a la realización del tipo” revertiría la “probabilidad no irrelevante” de que el agente termine abandonando su resolución-al-hecho ya formada (Dold, 2017, pp. 107 ss.).

Con ello, Dold atribuye relevancia meramente “evidencial” a la satisfacción del criterio de reconocimiento del inicio de la tentativa.⁴⁴ Y esto queda asociado a su desconocimiento de que, en general, la justificación de la punición jurídica no tiene lugar desde la perspectiva del propio hechor ni desde la perspectiva de un observador cualquiera, sino desde la perspectiva del Estado que, por esa vía, reafirma la pretensión de autoridad exhibida por las normas de comportamiento que la legislación de ese Estado refuerza mediante normas de sanción penal (Mañalich, 2018a, pp. 38 ss. y 50 ss.).

Precisamente porque la función de la exigencia de la resolución-al-hecho consiste en compensar la falta de materialización de la declaración de la falta de reconocimiento de la norma como premisa vinculante, tal compensación solo resultará operativa en la medida en que la resolución-al-hecho haga *interpretable* el comportamiento del potencial autor de la tentativa como soporte performativo de esa falta de reconocimiento de la norma en cuestión (Mañalich, 2017a, p. 487.). De ahí que, como tempranamente observara Hälschner, la objetivación de la toma de posición del autor contra la norma, implicada en la satisfacción de la fórmula legal que especifica el criterio de reconocimiento de un inicio de la tentativa, resulta ser constitutiva (y no meramente “evidencial”) del quebrantamiento de esa misma norma, en cuanto imputable a título de tentativa (Hälschner, 1881, pp. 342 ss.).⁴⁵

B. La “incondicionalidad” de la resolución-al-hecho

Una vez que se advierte que la relación entre la resolución-al-hecho y el inicio de la tentativa debe entenderse sometida al ya referido principio de coincidencia, es posible superar la errática manera en que suele explicarse el carácter “incondicional” que tendría que exhibir la primera. Con entera plausibilidad, la exigencia de la incondicionalidad de la resolución-al-hecho expresa la necesidad de que al autor de la respectiva tentativa sea atribuible la formación de una decisión definitiva, y no provisional, a favor de una alternativa de comportamiento cuya realización, bajo su propia representación de las circunstancias, es incompatible con el seguimiento de la norma en cuestión (Dold, 2017, pp. 98 ss.). El problema se suscita, sin embargo, porque al mismo tiempo se afirma que tal incondicionalidad no se vería afectada por la circunstancia de que el agente condicione la ejecución o la omisión de la acción respectiva a la efectividad de algún estado de cosas, hablándose entonces de una “resolución *condicionada* al hecho” (Roxin, § 29, marg. 81 ss.). Siguiendo a Schmid, cabe decir que la sugerencia de que el carácter “condicionado” de una resolución-al-hecho *no* comprometería su “incondicionalidad” o bien expresa una contradicción en los términos, o bien descansa en un uso manifiestamente ambiguo de los términos que figuran en su formulación (Schmid, 1962, pp. 49 ss.).

Schmid ofreció una muy promisoria propuesta de desambiguación, que en efecto conlleva una disolución del problema planteado, el cual consistiría en la confusión de tres preguntas susceptibles de ser claramente distinguidas, a saber: (1) la pregunta de si el agente ha llegado a formarse una decisión definitiva a favor de la respectiva alternativa de comportamiento, susceptible de ser contrastada con la “irresolución” (*Unentschlossenheit*) asociada a una mera “propensión” a favor de la misma alternativa de comportamiento; (2) la pregunta de si la respectiva resolución-al-hecho pudiera descansar en “fundamentos fácticos inciertos”; y (3) la pregunta por la eventual relevancia de que el agente se forme la intención constitutiva de la resolución-al-hecho bajo una así llamada “reserva de desistimiento” (Schmid, 1962, pp. 50 ss.).

La incondicionalidad que ha de exhibir la resolución-al-hecho concierne exclusivamente a la primera de las tres preguntas recién distinguidas. Quien muestra (nada más que) una propensión favorable a ejecutar u omitir alguna acción que, según su representación de las circunstancias, tendría que omitir o ejecutar para así adecuar su comportamiento a la norma, sin todavía haberse formado una intención de ejecutar u omitir tal acción, no se encuentra “resuelto al hecho”, de manera tal que su comportamiento no resulta constitutivo de tentativa (inacabada) alguna (Schmid, 1962, pp. 51 ss.). En tal medida, la exigencia aquí considerada no representa más que una explicitación del carácter definitivo de la decisión adoptada por el agente a favor de una alternativa de comportamiento cuya realización no es compatible con un seguimiento de la norma en cuestión. Y ello en efecto resulta incompatible con que la intención así formada tenga el carácter de una “intención condicional”, esto es, de una intención de hacer o no hacer algo *si* se configura un determinado estado de cosas.⁴⁶ Pues el “compromiso condicional” adquirido por quien se forma una intención de hacer ϕ (solo) *si* se cumple una determinada condición no puede ser descrito como un compromiso de hacer ϕ , sino únicamente como un compromiso de formarse la intención (incondicional) de hacer ϕ en caso de que se verifique la condición en cuestión (Ludwig, 2016, pp. 56 ss.).

Al someter la relación entre la adscripción de la correspondiente resolución-al-hecho y la satisfacción del criterio de inicio de la tentativa al ya referido principio de simultaneidad,⁴⁷ el modelo aquí favorecido convierte la “puesta en marcha” de la intención constitutiva de la resolución-al-hecho en un criterio de demostración *ostensiva* de la correspondiente intención, en la medida en que esa puesta en marcha consista en la transformación de la intención previa en una intención-en-la-acción.⁴⁸ Que esto es sin más compatible con que el agente asuma que la efectiva *realización* de su resolución-al-hecho pueda depender de la verificación de una o más condiciones que se encuentran más allá de su propia capacidad de control, no debería ser difícil de advertir. Pues la inteligibilidad de tal resolución-al-hecho apoyada en “fundamentos

fácticos inciertos” no es más que una implicación de la compatibilidad de la forma de punibilidad de la tentativa inacabada con la forma básica del dolo, que se corresponde, en efecto, con el dolo eventual (Schmid, 1962, p. 54). Ello se deja reformular en términos de que semejante “condicionamiento” no afecta la fuerza de la actitud identificada con el operador “intentar”, sino solo la especificación del *contenido* al cual se encuentra referido este mismo operador.⁴⁹

Contra la adscripción de una resolución-al-hecho que satisfaga la exigencia de incondicionalidad, en el sentido ya explicado, tampoco habla la posibilidad de que el propio agente anticipa su eventual *abandono* de la resolución por él ya formada en caso de que se verifiquen una o más condiciones. Como lo advirtiera Schmid, ello no es más que la contracara de la posibilidad de que la resolución-al-hecho descance en fundamentos fácticos inciertos (Schmid, 1962, p. 57). Una posible “reserva de desistimiento” no logra revertir la existencia de la correspondiente resolución-al-hecho, lo cual resulta incontrarrestable si se repara en el argumento *a fortiori* sugerido por Schmid: si el efectivo desistimiento de una tentativa ya iniciada no logra revertir los presupuestos de su constitución como tentativa (aun cuando sí logre hacer decaer, eventualmente, la punibilidad de la tentativa así desistida), tampoco puede hacerlo una mera reserva de desistimiento (Schmid, 1962, p. 58).

V. La tentativa inacabada como delito imperfecto

A. ¿Asimetría normológica entre la tentativa acabada y la tentativa inacabada?

Ahora es posible volver sobre el problema planteado al comienzo del presente trabajo, concerniente a la manera en que una tentativa inacabada se constituye como instancia de quebrantamiento imperfecto de la respectiva norma de comportamiento.

Esto exige desvirtuar los argumentos que, en la senda marcada por Struensee, hacen suyos quienes se inclinan por negar que la tentativa inacabada pueda exhibir el estatus de un quebrantamiento de la misma norma de comportamiento que fundamenta el deber cuya infracción puede ser constitutiva o bien del respectivo delito consumado, o bien de una tentativa acabada del delito en cuestión.⁵⁰ Tal planteamiento aparece formulado, con máxima claridad, en la siguiente observación de Murmann: “Con la resolución el autor se dirige contra una norma de comportamiento diferente de aquella que resulta contravenida con la acción típica”, a saber, contra una norma que prohíbe, más bien, “ciertas acciones preparatorias próximas al tipo, que son ejecutadas con la intención de transitar hacia la acción típica” (Murmann, 1999, p. 12).

Una fundamentación precisa de esta última tesis ha sido ofrecida, recientemente, por Kindhäuser. Su punto de partida consiste en la constatación de que, mientras el delito consumado y la tentativa acabada exhibirían una “equivalencia estructural” desde el punto de vista de la fundamentación, sobre la base de la respectiva norma de comportamiento, del deber susceptible de ser infringido por el autor, la tentativa inacabada quedaría definida por la particularidad de que el comportamiento efectivamente desplegado por el autor no se dejaría identificar con el comportamiento cuya evitación sería prácticamente necesaria, según su propia representación de las circunstancias, para dar seguimiento a la norma (Kindhäuser, 2018, pp. 137 ss.). Así, por ejemplo, si asumimos que el apuntar el arma por parte del potencial autor (A) como paso inmediatamente previo al disparo contra la potencial víctima (V) ya es constitutivo de una tentativa inacabada de homicidio, tendríamos que concluir que la acción de apuntar el arma como tal no necesita ser omitida por A en pos de evitar producir la muerte de V, bastando para ello, en cambio, que A simplemente no llegue a efectuar el disparo (Kindhäuser, 2018, p. 138). Puesto que solo el disparo contra la potencial víctima puede exhibir el estatus de una acción principal bajo la prohibición del homicidio, sería ineludible la conclusión de que el comportamiento eventualmente constitutivo de la correspondiente tentativa inacabada de homicidio, que en el caso considerado se identificaría con el apuntar el arma en contra de V, solo puede tener el carácter de la ejecución (o la omisión) de una acción *auxiliar* (Kindhäuser, 2018, p. 138).⁵¹

Lo anterior lleva a Kindhäuser a sostener que, “[e]n virtud de la independencia causal de la acción auxiliar respecto de la acción principal, el comportamiento susceptible de ser interpretado como tentativa inacabada no contraviene, bajo su consideración aislada, la prohibición de la acción principal” (Kindhäuser, 2018, p. 138). Y esto resultaría inteligible sin más, si se reparara en que, dado que no es posible matar a otra persona por la vía de apuntar un arma en su contra, la prohibición del homicidio no es una razón obligante para omitir la acción consistente en apuntar el arma. Con ello, la estructura de la tentativa inacabada resultaría más bien próxima a la de complicidad, en el sentido preciso de que el autor de una tentativa inacabada “se ayuda a sí mismo”, por la vía de configurar, a través de la ejecución o la omisión de una acción auxiliar, la oportunidad para la ejecución o la omisión de la acción respectivamente principal (Kindhäuser, 2018, pp. 138 ss.).

El costo que Kindhäuser se muestra dispuesto a pagar como consecuencia del argumento así perfilado no es exiguo. Pues tal como él lo hace explícito, ello lleva a la tesis de que la declaración de punibilidad de la tentativa inacabada implicaría la postulación de una “prohibición autónoma de formas de comportamiento que han de ser interpretadas como [constitutivas de una] tentativa inacabada” (Kindhäuser,

2018, p. 138). De esta manera, sin embargo, Kindhäuser abandona la pretensión, enunciada al comienzo de su indagación, de explicar cómo un comportamiento que objetivamente es adecuado a derecho, en cuanto *no* consistente en la ejecución de una acción prohibida o en la omisión de una acción requerida por la norma en cuestión, pudiera ser interpretado, no obstante, como un quebrantamiento de *esa* norma de prohibición o de requerimiento (Kindhäuser, 2018, pp. 125 ss.).

B. El principio enlazador y la identidad personal del agente

La estrategia mejor aspectada para no abandonar la pretensión de preservar la *unidad categorial* de la tentativa como forma de punibilidad consiste en hacer explícito cómo la satisfacción de la exigencia de una resolución-al-hecho justifica interpretar el comportamiento del agente como expresivo de una declaración (concluyente) de una falta de reconocimiento de la norma como premisa vinculante. Para esto es crucial volver sobre el principio enlazador, en conformidad con el cual para un agente (A) que se ha formado la intención de ejecutar u omitir una acción de cierta clase es irracional no ejecutar u omitir tal acción siempre que las creencias que A tiene actualmente, de haberlas tenido ya en el momento en que se formó la intención, no lo habrían inhibido de formársela.⁵² La pregunta que ahora interesa considerar es por qué, sobre esta base, un modelo de imputación jurídico-penal puede legítimamente apelar al estándar de racionalidad aquí implicado para así desconocer la posibilidad de que el agente que se ha resuelto a ejecutar u omitir una acción de una clase que, por el contrario, él tendría que omitir o ejecutar para así dar seguimiento a la norma respectiva *no* llegue a realizar íntegramente la intención en cuestión. O concretando la pregunta en referencia al ejemplo ofrecido por Kindhäuser: ¿por qué puede ser legítimo que, para efectos de una eventual imputación jurídico-penal, sea desconocida la posibilidad de que A, quien se ha formado la intención de disparar contra V, en efecto no llegue a disparar contra V?

Como ha mostrado Dold, la respuesta a esta pregunta queda determinada por la manera en que el principio enlazador contribuye a la constitución de la identidad personal del respectivo agente a través del tiempo, lo cual en jerga filosófica suele ser tematizado como la “identidad numérica” de una persona.⁵³ Por tal cabe entender el hecho de que un individuo sea una y la misma persona en dos o más puntos de tiempo diferentes (Parfit, 1986, pp. 201 ss.). Desde una perspectiva estrictamente jurídico-penal, tal identidad numérica es un presupuesto tanto de la imputación (en cuanto sometida al principio de culpabilidad) como de la punición (en cuanto sometida al principio de personalidad de la pena).⁵⁴ La condena de una persona a la que se imputa, en un momento t_2 , haber quebrantado una determinada norma en un momento t_1 , descansa en la presuposición de que la persona condenada en t_2 es numéricamente idéntica a la que delinquió en t_1 . Y que la persona condenada en t_2 , por el hecho de

haber sido condenada, haya de quedar –verbigracia– sometida a la ejecución de una pena desde el momento t_3 hasta el momento t_4 , descansa asimismo en la presuposición de que la persona penada desde t_3 hasta t_4 es numéricamente idéntica a la condenada en t_2 (y por transitividad: a la que delinquió en t_1).

En la medida en que la identidad de una persona, *en cuanto* persona,⁵⁵ depende de la existencia de una “continuidad psicológica” (Parfit, 1986, pp. 204 ss.), que a su vez es un aspecto irreducible de lo que Bratman llama “agencia temporalmente extendida” (Bratman, 2007, pp. 28 ss.), tal continuidad se expresa tanto retrospectivamente como prospectivamente. En estos términos, ser una persona es ser alguien capaz de identificarse, bajo determinadas condiciones, tanto con su pasado como con su futuro (Dold, 2017, pp. 93 ss.). Y esto vuelve fácil reconocer la contribución que la formación de una intención previa hace a la identidad de la persona en cuestión. Pues “generamos la conexión psicológica con nuestro sí-mismo futuro por la vía de que a través de intenciones guiamos *nuestro* comportamiento futuro y con ello influimos en *nuestras* experiencias futuras” (Dold, 2017, p. 94), de manera tal que, correspondientemente, juzgamos nuestro posterior comportamiento como la realización de una o más intenciones que nos hubiéramos formado (Bratman, 2007, pp. 29 ss.). Y a esto se añade que, en un sentido distinto, la constitución de la identidad personal del agente también se ve determinada por el hecho de que la respectiva intención sea realizada por las mismas razones que lo llevaron a formársela (Dold, 2017, pp. 111 ss.).

Las consideraciones precedentes arrojan la siguiente conclusión: la imputación jurídico-penal tiene como presupuesto la identidad personal del agente a través del tiempo, lo cual habla decisivamente a favor de la adopción del principio enlazador, en la medida en que este descansa en la relevancia que el mecanismo de la formación y realización de intenciones tiene para la constitución de esa misma identidad. Esto tiene una consecuencia fundamental para el problema aquí considerado. Pues con arreglo a ese mismo principio, de un agente que se forma una intención de ejecutar u omitir una acción de cierta clase cabe esperar razonablemente que realice esa intención cuando, bajo su representación de las circunstancias, se configure la oportunidad para ello. Así, tratándose del posible quebrantamiento de una norma que prohíbe o requiere acciones de cierta clase, se constituye una tentativa inacabada del delito en cuestión siempre que el comportamiento del destinatario de la norma hace reconocible la intención de ejecutar u omitir una acción de cierta clase, representándose aquel como existentes circunstancias cuya existencia provee o proveería una oportunidad para omitir o ejecutar tal acción, con arreglo a la norma que prohíbe o requiere las acciones de esa misma clase.

Esto se sigue de que el instante en que el agente se representa como existentes las circunstancias constitutivas de la oportunidad para ejecutar u omitir una acción que,

de ser acertada esa representación, resultaría prohibida o requerida por la norma en cuestión *es* el instante en que queda fundamentado su deber de omitir o ejecutar tal misma acción. Y con arreglo al principio enlazador, si en esa misma situación el agente tiene la intención de ejecutar u omitir una acción que debe omitir o ejecutar, cabe concluir que él no reconoce la norma en cuestión como premisa vinculante. Pues quien reconociera esa norma como premisa vinculante estaría prácticamente comprometido con la omisión o la ejecución de la acción que el autor de la correspondiente tentativa inacabada se encuentra resuelto a ejecutar u omitir.

C. La tentativa inacabada como tentativa

La clave para la tesis precedente se encuentra en que, en conformidad con el principio enlazador, el agente no puede legítimamente esperar que, desde el punto de vista del sistema jurídico de referencia, su comportamiento sea juzgado bajo la hipótesis de que él no realizaría la intención que él mismo se ha formado, creyendo él encontrarse en una situación que provee la oportunidad para su realización. Pero en contra de lo sostenido por Dold, de esto no se sigue que una imputación a título de tentativa inacabada –o en sus términos: de “tentativa no concluida”⁵⁶ – tenga que descansar en lo que él mismo denomina la “consideración como-si” (Dold, 2017, pp. 85 ss. y 96 ss.).

Dold hace suya la constatación de que el comportamiento constitutivo de semejante tentativa no representaría una “contravención inmediata” de la norma en cuyo quebrantamiento consiste el delito en cuestión. Pero él al mismo tiempo afirma que al autor de semejante tentativa sería imputable el quebrantamiento de esa misma norma, en razón de que, de acuerdo con el principio enlazador, el autor podría ser tratado *como si* él la hubiese quebrantado (Dold, 2017, p. 97). Con ello, y aun cuando de la mano de otra terminología, Dold termina abrazando exactamente la misma solución a la que llega Haas, consistente en sostener que toda imputación a título de tentativa descansaría en una ficción jurídica, resultante en hacer responsable al agente de haberse comportado de una manera en la que de hecho no llegó a comportarse (Haas, 2011, pp. 239 ss., 245 ss.).

La falta de plausibilidad de tal solución es manifiesta. Bajo cualquier sistema jurídico que diferencie los regímenes de penalidad asociados a una y otra forma de punibilidad, es claro que, en general, al autor de una tentativa precisamente no se lo trata *como si* fuera autor del correspondiente delito consumado. Y en la medida en que, tal como sucede bajo el derecho chileno, el mismo sistema jurídico vuelva penológicamente relevante la distinción entre las estructuras de la tentativa acabada y la tentativa inacabada,⁵⁷ también es claro que quien resulta responsable de una tentativa inacabada no es tratado *como si* se le imputara un comportamiento constitutivo de una tentativa acabada del delito en cuestión. De ahí que la explicación de que la tentativa inacabada

pueda identificarse con un quebrantamiento de la norma en cuyo quebrantamiento consiste el delito en cuestión no pueda hacerse descansar en semejante ficción jurídica.

Que Dold se vea forzado a recurrir a la consideración “como-si” no es independiente de la neutralidad que, según ya se mostrara, su concepción muestra frente a la satisfacción del respectivo criterio de reconocimiento del inicio de la tentativa.⁵⁸ Bajo la aproximación aquí favorecida, por el contrario, la explicación puede ser construida sin recurrir a ficción jurídica alguna.

Con arreglo al principio de simultaneidad, la respectiva intención previa solo queda actualizada como resolución-al-hecho en el instante en que se satisface el criterio de reconocimiento de un inicio de la tentativa. Esto determina que, en el momento en que, estando resuelto al hecho, el agente tiene por existentes las circunstancias constitutivas de una situación que ofrecería la oportunidad para omitir o ejecutar una acción prohibida o requerida por la norma respectiva, a él pueda atribuirse un compromiso práctico que resulta incompatible con el seguimiento de la norma. Y puesto que tal compromiso práctico es el compromiso de “poner en marcha” esa intención previa en la forma de una transición desde esta hacia una correspondiente intención-en-la-acción, al destinatario de la norma que se encuentra resuelto al hecho, teniendo por configurada la correspondiente oportunidad-para-la-acción, puede imputarse su comportamiento como la infracción de un deber directamente fundamentado por la norma en cuestión. Pues según ya se explicara, la acción que el agente se encuentra entonces resuelto a ejecutar u omitir es una acción cuya omisión o ejecución, por el contrario, se correspondería con la conclusión de un silogismo práctico que tuviera en la norma en cuestión su premisa mayor (Mañalich, 2017a, pp. 469 ss. y 483 ss.).⁵⁹

Desde este punto de vista, el deber cuya infracción es constitutiva de una tentativa inacabada queda fundamentado de la misma manera en que queda fundamentado todo deber cuya premisa consiste en la norma de cuyo quebrantamiento (perfecto o imperfecto) se trata. Esto presupone una determinación estricta de lo que, abstractamente, cuenta como un inicio de la tentativa correspondiente. Pero de esto depende que lo que se tematiza como una tentativa inacabada en efecto exhiba el estatus de una tentativa del delito en cuestión, y no más bien el estatus de la preparación de un delito que, en retrospectiva, no llega a ser tentado.

Referencias bibliográficas

- Alcácer, Rafael, 2001: *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica.* Madrid, Edisofer.
- Alwart, Heiner, 1982: *Strafwürdiges Versuchen.* Berlín, Duncker & Humblot.

- Anscombe, G.E.M, 1963: *Intention*. Londres y Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- Brandom, Robert, 1994: *Making it Explicit*. Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- Bratman, Michael, 1987: *Intention, Plans, and Practical Reason*. Stanford, CSLI.
- _____, 1999: *Faces of Intention*. Cambridge, Cambridge University Press.
- _____, 2007: *Structures of Agency*. Oxford y Nueva York, Oxford University Press.
- Cury, Enrique, 1977: *Tentativa y delito frustrado*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- Davidson, Donald, 2001: *Essays on Actions and Events*, 2^a ed. Oxford, Oxford University Press.
- DeGrazia, David, 2003: "Identity, Killing, and the Boundaries of Our Existence". *Philosophy & Public Affairs*, vol. 31, pp. 413-442.
- Dold, Dennis, 2017: *Eine Revision der Lehre vom Rücktritt vom Versuch*. Tübingen, Mohr Siebeck.
- Duff, Antony, 1990: *Intention, Agency & Criminal Liability*. Londres, Basil Blackwell.
- _____, 1996: *Criminal Attempts*. Oxford, Clarendon Press.
- Fiedler, Herbert, 1967: *Vorhaben und Versuch im Strafrecht*. Baden-Baden, Nomos.
- Garrido, Mario, 1984: *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- _____, 2005: *Derecho Penal. Parte General*, tomo II, 4^a ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- Gili, Antonio, 2012: "Pérdida del control sobre el riesgo creado y terminación del delito intentado". *Indret*, núm. 2, pp. 1-36. Disponible en: <http://www.indret.com/pdf/885.pdf>.
- Haas, Volker, 2011: "Zum Rechtsgrund von Versuch und Rücktritt". *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 123, pp. 226-259.
- Hälschner, Hugo, 1881: *Das Gemeine Deutsche Strafrecht*, vol. I. Bonn, Adolph Marcus.
- Hart, H.L.A., 1968: *Punishment and Responsibility*. Oxford, Clarendon Press.
- Hruschka, Joachim, 1988: *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2^a ed. Berlín, Walter de Gruyter.
- Jakobs, Günther, 1991: *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Berlín, Walter de Gruyter.
- Jiménez de Asúa, Luis, 1985: *Tratado de Derecho Penal*, tomo VII, 3^a ed. Buenos Aires, Losada.
- Kagan, Shelly, 2012: *Death*. New Haven y Londres, Yale University Press.
- Kawaguchi, Hirokazu, 2010: "Introducción a la problemática de la identidad personal en derecho penal", en Suárez, Carlos *et al.*, *Estudios de Derecho Penal*. Bogotá, Fundación Universidad de Bogotá Jorge Tadeo Lozano, pp. 17-31.
- Kindhäuser, Urs, 1989: *Gefährdung als Straftat*. Fráncfort del Meno, Vittorio Klostermann.

- _____, 2007: "Der subjektive Tatbestand im Verbrechensaufbau. Zugleich eine Kritik der Lehre von der objektiven Zurechnung", *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, núm. 154, pp. 447-468.
- _____, 2018: "Versuch und Vollendung — normtheoretisch betrachtet", en Barton, Stephan *et al.* (eds.), *Festschrift für Thomas Fischer*. Múnich, C.H. Beck, pp. 125-141.
- Ludwig, Kirk, 2016: *From Individual to Plural Agency. Collective Action*, vol. 1. Oxford, Oxford University Press.
- Maier, Thomas, 2005: *Die Objektivierung des Versuchsunrechts*. Berlín, Duncker & Humblot.
- Mañalich, Juan Pablo, 2009: *Nötigung und Verantwortung*. Baden-Baden, Nomos.
- _____, 2014: *Norma, causalidad y acción*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires y San Pablo, Marcial Pons.
- _____, 2017a: "La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44, núm. 2, pp. 461-493.
- _____, 2017b: "¿Incompatibilidad entre frustración y dolo eventual?", *Revista de Estudios de la Justicia*, núm. 27, pp. 171-182.
- _____, 2018a: *Estudios sobre la fundamentación y la determinación de la pena*. Santiago, Thomson Reuters.
- _____, 2018b: "Norma, acción y deber: el modelo del silogismo práctico", en González Lagier, Daniel y Figueroa Rubio, Sebastián (eds.), *Libertad, razón y normatividad. La vigencia del pensamiento de G.H. von Wright a cien años de su nacimiento*. Lima, Palestra, pp. 89-122.
- _____, 2019: "Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo", *Política Criminal*, vol. 14, núm. 27, pp. 296-375.
- Merkel, Reinhard, 1999: "Personale Identität und die Grenzen strafrechtlicher Zurechnung", *JuristenZeitung*, núm. 54, pp. 502-511.
- Moos, Reinhard, 2008: "Die Abgrenzung Versuch/Vollendung als Nichtigkeitsgrund", *Juristische Blätter*, núm. 130, pp. 341-347.
- Murmann, Uwe, 1999: *Versuchsrecht und Rücktritt*. Heidelberg, C.F. Müller.
- Novoa, Eduardo, 1950: "Cuestiones jurídicas relativas al delito de amenazas", *Revista de Ciencias Penales*, tomo XII, pp. 15-23.
- Olave, Alejandra, 2018: "El delito de hurto como tipo de delito de resultado", *Política Criminal*, vol. 13, núm. 25, pp. 175-207.
- Parfit, Derek, 1986: *Reasons and Persons*. Oxford y Nueva York, Oxford University Press.
- Politoff, Sergio, 1999: *Los actos preparatorios del delito. Tentativa y frustración*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- Quante, Michael, 1993: *Hegels Begriff der Handlung*. Stuttgart y Bad Cannstatt, Frommann-Holzboog.

- Raz, Joseph, 1990: *Practical Reason and Norms*, 2^a ed. Oxford, Oxford University Press.
- Reyes, Yesid, 2016: *El delito de tentativa*. Montevideo y Buenos Aires, BdF.
- Robinson, Paul, 1997: *Structure and Function in Criminal Law*. Oxford, Clarendon Press.
- Roxin, Claus, 2003: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, tomo II. Múnich, C.H. Beck.
- Schmid, Werner, 1962: “‘Bedingter Handlungswille’ beim Versuch und im Bereich der strafbaren Vorbereitungshandlungen”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 74, pp. 48-77.
- Schuhr, Jan, 2014: “Der ‚Entschluss‘, spätestens überüberübermorgen zu töten (usw.)”, *HRRS*, núm. 10, pp. 402-404.
- Schumann, Antje, 2006: *Zum Standort des Rücktritts vom Versuch im Verbrechensaufbau*. Berlín, Duncker & Humblot.
- Searle, John, 1983: *Intentionality*. Cambridge, Cambridge University Press.
- _____, 2010: *Making the Social World*. Oxford y Nueva York, Oxford University Press.
- Searle, John y Vanderveken, Daniel, 1985: *Foundations of Illocutionary Logic*. Cambridge, Cambridge University Press.
- Seminara, Sergio, 2012: *Il delitto tentato*. Milán, Giuffrè Editore.
- Silva Sánchez, Jesús, 2008: “Identidad en el tiempo y responsabilidad penal”, en García Valdés, Carlos et al. (eds.), *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, tomo II. Madrid, Edisofer, pp. 661-690.
- Struensee, Eberhard, 1989: “Versuch und Vorsatz”, en Dornseifer, Gerhard et al. (eds.), *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*. Colonia, Berlín, Bonn y Múnich, Carl Heymann, pp. 523-539.
- Sturm, Friedrich, 1940: “Das unvollendete fahrlässige Delikt”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 59, pp. 23-32.
- Von Wright, Georg Henrik, 1963: *Norm and Action*. Londres, Routledge & Kegan Paul.
- Yaffe, Gideon, 2010: *Attempts in the Philosophy of Action and in the Criminal Law*. Oxford, Oxford University Press.

Agradecimientos

El presente artículo ha sido elaborado en el marco del Proyecto Fondecyt N° 1160147 (regular), del cual el autor es investigador responsable. Versiones preliminares del texto fueron presentadas en las XV Jornadas Chilenas de Derecho Penal y Ciencias Penales, organizadas por la Universidad Alberto Hurtado y celebradas durante los días 21, 22 y 23 de noviembre de 2018, así como en un seminario de investigación del Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, celebrado el 5 de febrero de 2019. Agradezco a quienes intervinieron en la discusión en ambos encuentros por las observaciones y objeciones que dirigieran a los argumentos aquí desarrollados.

Notas

- 1 Con el propósito de hacer commensurable el aparato conceptual asumido y desplegado en el marco de este trabajo con las estipulaciones terminológicas plasmadas en la regulación legal, en lo que sigue la expresión “tentativa” será usada, en general, para designar tanto lo que el Código Penal chileno (“CPch”) denomina “tentativa”, que se corresponde con una tentativa inacabada, como lo que el mismo código denomina “delito frustrado”, que se corresponde con una tentativa acabada (no desistida).
- 2 Cabe apuntar aquí que tal distinción, enteramente asentada en la discusión especializada, no es equivalente a distinciones menos estandarizadas doctrinalmente. Tal es el caso de la distinción, introducida por Dold, entre los conceptos de “tentativa no-concluida” (*nicht abgeschlossener Versuch*) y “tentativa concluida” (*abgeschlossener Versuch*), bajo la cual una tentativa contaría como concluida una vez que tiene lugar la “renuncia (dolosa) al control sobre el peligro” por parte del autor; véase Dold, 2017, pp. 41 ss. y 46 ss. A pesar de la proximidad terminológica, esta última distinción no coincide con aquella entre “tentativas no terminadas” y “tentativas terminadas”, acuñada por Gili, quien precisamente la desacopla del criterio de la “pérdida de control del peligro” para el agente; véase Gili, 2012, pp. 3 ss., 15 ss. y 29 ss.
- 3 La conexión es contingente dado que la inexistencia de un déficit por falta de materialización es condición suficiente, pero no necesaria, para la inexistencia de un déficit por falsedad de descripción. Que aun no existiendo el primer déficit puede darse el segundo es justamente lo que hace inteligible la categoría de la tentativa acabada.
- 4 Fundamental al respecto, Alwart, 1982, pp. 94 ss. y 131 ss.; también Maier, 2005, pp. 55 ss.
- 5 En detalle al respecto, Jiménez de Asúa, 1985, pp. 219 ss. Para esquematizaciones parcialmente coincidentes con esta, véase Cury, 1977, pp. 9 ss.; Garrido, 1984, pp. 45 ss., quienes tematizan una fase constituida por la “planificación” o “planeamiento” del hecho punible proyectado; véase también Politoff, 1999, pp. 25 ss.
- 6 Acerca de la tematización de la categoría de la “amenaza simple” como un estadio (contingente) del *iter criminis* correspondiente al hecho punible cuyo anuncio constituye la amenaza, véase Schumann, 2006, pp. 12 ss.; al respecto, también Novoa, 1950, p. 15. Ello contribuye a explicar la regla de subsidiariedad que bajo el art. 296 N° 3 del CPch condiciona la punibilidad de la respectiva amenaza simple a que la eventual perpetración del hecho punible anunciado no dé lugar a la imposición de una pena más severa, lo cual avala la caracterización de la primera como hecho anterior co-penado respecto del segundo; al respecto, véase Mañalich, 2018a, pp. 208 ss.
- 7 Véase al respecto, asimismo, Garrido, 1984, p. 47, quien, no obstante rechazar su categorización como formas de “resolución manifestada”, acertadamente sugiere que la proposición y la conspiración “no son exteriorizaciones de una resolución delictiva, sino el desarrollo de una actividad de varios sujetos tendiente a lograr la formación de una

determinación común a todos ellos de ejecutar un delito en conjunto”; en el mismo sentido, Garrido, 2005, pp. 347 y 412 ss.

- 8 En efecto, Jiménez Asúa, 1985, p. 227, hace mención, en tal contexto, de las nociones de tentativa, delito frustrado, delito consumado y delito agotado.
- 9 En particular sobre el concepto de agotamiento, véase Jiménez de Asúa, 1985, pp. 978 ss., con múltiples referencias.
- 10 Bajo el CPch, de ello quedan excluidos, por defecto, los hechos punibles constitutivos de falta, según lo establecido en su art. 9º, lo cual resulta revertido, empero, en determinados contextos regulativos, tal como ello sucede, destacadamente, bajo el inc. 2º del art. 494 bis; a este último respecto, véase Olave, 2018, pp. 176 ss. y 201 ss.
- 11 A favor de la posibilidad de tentativas imprudentes “en un plano puramente teórico” se manifiesta Reyes, 2016, pp. 252 ss.
- 12 El problema es obviado por Sturm en su intento por defender la inteligibilidad de la noción de un “delito imprudente no-consumado”; véase Sturm, 1940, pp. 26 ss., quien estimaba terminológicamente inadecuado, empero, emplear la expresión “tentativa” en tal contexto. Al quedar centrado en las implicaciones del reconocimiento de la previsibilidad como un componente (objetivo) de la noción de imprudencia, el argumento de Sturm desconoce que la determinación de la *previsibilidad* de un estado de cosas presupone la identificación de ese mismo estado de cosas; si se prescinde de una cierta descripción del mundo, según la efectiva configuración de este, la pregunta por la previsibilidad de un determinado estado de cosas carece de todo punto de referencia.
- 13 El modelo del *iter criminis* también fracasa por su ineptitud para dar cuenta de la estructura de la tentativa de cualquier delito omisivo. Pues aun suponiendo que como comportamiento potencialmente constitutivo de un delito omisivo necesariamente haya de venir en consideración la omisión de alguna *acción* de cierta clase, la omisión de una acción no exhibe, como tal, fase *ejecutiva* alguna.
- 14 Una denuncia de semejante error categorial es ofrecida por Moos, 2008, pp. 344 ss., en su revisión crítica de una sentencia de una cámara “reforzada” del Tribunal Supremo austriaco, de 3 de mayo de 2007, que negó que la errónea calificación de un hecho punible bajo la distinción entre consumación y tentativa pudiera dar lugar a un vicio de nulidad por errónea subsunción judicial, para afirmar, en cambio, que se trataría de un problema de aplicación de un criterio de determinación de la pena.
- 15 Ello no se ve alterado por la circunstancia de que la ley haga uso del criterio del “principio de ejecución” para algún propósito distinto, como lo es la atribución de competencia relativa para conocer de la imputación de un presunto delito a aquel tribunal penal “en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho que da motivo al juicio”, declarando que para tal efecto “[e]l delito se entenderá cometido en el lugar donde se hubiere dado comienzo a su ejecución”, según reza el art. 157 del Código Orgánico de Tribunales de la República de Chile. Semejante regulación procesal se distingue por ser (necesariamente) insensible a la distinción entre consumación y tentativa, desde ya porque la individuación del “hecho procesal”, que fija el ámbito temático

- del proceso en cuestión, no puede quedar determinada por la calificación jurídica de aquello que se imputa; véase Mañalich, 2018a, pp. 77 ss. y 89 ss.
- 16 Véase Dold, 2017, pp. 141 ss., quien acertadamente muestra que el objeto de referencia del dolo debe entenderse constituido por circunstancias que realizan o realizarían el tipo, y no por circunstancias que acumulativamente realizarían cada uno de los múltiples elementos en que aquél pudiera descomponerse.
- 17 Véase también Murmann, 1999, pp. 8 ss.
- 18 Al respecto, Dold, 2017, pp. 63 ss. En referencia a la tradición del *common law*, un punto de vista enteramente coincidente subyace a la contundente demostración ofrecida por Robinson en cuanto a la plena divergencia funcional que separa los presupuestos generales del *mens rea*, por un lado, de la condición de punibilidad de la “tentativa incompleta” representada por el requisito específico de una “intención de conducta futura”, por otro; véase Robinson, 1997, pp. 131 y 157 ss.
- 19 En el mismo sentido, ya Dold, 2017, pp. 79 ss.
- 20 Fundamental Hruschka, 1988, pp. 4 ss. y 341 ss., quien distingue entre tal “principio de simultaneidad” y un “principio de referencia”; véase también Kindhäuser, 1989, pp. 120 ss. y 128, quien unifica ambos en la forma de un “principio de coincidencia”.
- 21 Latamente al respecto, Mañalich, 2009, pp. 36 ss. y 43 ss., con múltiples referencias ulteriores.
- 22 Véase, por ejemplo, Schmid, 1962, p. 51; Roxin, 2003, § 29, marg. 61.
- 23 En esta dirección, recientemente, Kindhäuser, 2018, p. 137. En referencia inmediata al art. 7º del CPch, Mañalich, 2017b, pp. 176 ss.
- 24 Véase Anscombe, 1963, pp. 1 ss., 9 ss. y 30 ss.; también Davidson, 2001, pp. 83 ss. y 88 ss.; Ludwig, 2016, pp. 41 ss. Desde la perspectiva de la filosofía jurídico-penal, véase Hart, 1968, pp. 116 ss.; también Duff, 1990, pp. 38 ss. Críticamente al respecto, Bratman, 1987, pp. 5 ss., poniendo en cuestión la corrección de la afirmación de la “primacía metodológica de la intención-en-la-acción”.
- 25 Fundamental al respecto, Bratman, 1987, pp. 111 ss. y 119 ss. Véase también Hart, 1968, pp. 118 ss., aun cuando sugiriendo la existencia de una divergencia entre tal uso jurídico y el uso ordinario de expresiones del tipo “X hizo f intencionalmente”.
- 26 Ello se corresponde muy exactamente con el “predominio de lo cognitivo” que Quante atribuye a la concepción de la intencionalidad de la acción atribuible a Hegel; véase Quante, 1993, pp. 173 ss. y 183 ss., quien destaca los paralelismos que se dan entre el enfoque hegeliano y la concepción de Davidson.
- 27 Fundamental al respecto, Searle, 1983, pp. 79 ss.; también Brandom, 1994, pp. 253 ss.; Ludwig, 2016, pp. 42 ss. Dold, 2017, pp. 63 ss. y 71 ss., propone asociar las dos formas de intención a las nociones de “intención de resultado” e “intención de acción”, pero ello resulta

- equívoco, desde ya porque la especie de intención que Dold denomina “intención de resultado” es, en la jerga filosófica más establecida, frecuentemente denominada “intención-en-la-acción”.
- 28 Nótese que, en términos de lo explicado *supra*, nota 2, Dold analiza la resolución-al-hecho como presupuesto de lo que él tematiza como una “tentativa no-concluida”.
- 29 En tal medida, se trata aquí de “intenciones-*de*” y no, en cambio, de “intenciones-*que*”; para esta distinción, véase Yaffe, 2010, pp. 83 ss. y 205 ss.
- 30 Fundamental al respecto, Bratman, 1987, pp. 15 ss. Véase también Duff, 1990, pp. 52 ss. y 66 ss.
- 31 Donde “ ϕ ” simboliza una correspondiente clase (o tipo) de acciones, lo cual descansa en que el contenido de una intención previa necesariamente queda constituido en referencia a alguna clase de acciones. Acerca de la correspondiente noción de “oportunidad-para-la-acción”, véase Von Wright, 1963, pp. 37, 42 ss. y 45 ss.
- 32 Véase Bratman, 1999, pp. 52 y 63 ss.
- 33 En esta dirección, Raz, 1990, pp. 70 s.; al respecto, Dold, 2017, pp. 88 ss.
- 34 Al respecto, véase Bratman, 1987, pp. 11 ss. y 22 ss.; Bratman, 1999, pp. 219 ss.
- 35 Así Dold, 2017, p. 90, en referencia a un caso estructuralmente equivalente al aquí analizado.
- 36 Así Raz, 1990, p. 65: “Decidir es formarse una intención”. Véase también Searle, 2010, p. 33. Sobre ello, véase asimismo Duff, 1990, pp. 44 ss.
- 37 Al respecto, también Ludwig, 2016, pp. 41 ss.
- 38 Véase también Yaffe, 2010, p. 54.
- 39 Al respecto, véase Bratman, 1987, p. 31; también Duff, 1990, pp. 55 ss.
- 40 Para lo que sigue, véase Kindhäuser, 1989, pp. 29 ss.; Mañalich, 2009, pp. 46 ss.; 2014, pp. 23 ss.
- 41 Para ello resultan sumamente ilustrativos los análisis del antiguo § 43 ofrecidos por Hälschner, 1881, pp. 337 ss.; y Fiedler, 1967, pp. 57 ss. y 67 ss.
- 42 Desde una perspectiva histórica y comparatista, véase Jiménez de Asúa, 1985, pp. 338 ss. y 512 ss.; también Seminara, 2012, pp. 316 ss., 636 ss. y 855 ss.; desde una perspectiva metodológica, Roxin, 2003, § 29, marg. 99 ss.; también Alcácer, 2001, pp. 20 ss. Acerca de las fórmulas conocidas en la tradición del *common law*, véase Duff, 1996, pp. 33 ss.
- 43 Para la correspondiente noción de “puesta en marcha”, véase Searle, 1983, pp. 85 ss.
- 44 Tal tesis es explícitamente defendida por Yaffe, 2010, pp. 215 ss.
- 45 Fundamental al respecto, asimismo, Duff, 1996, pp. 313 ss.
- 46 Fundamental al respecto, Ludwig, 2016, pp. 46 ss., ofreciendo una taxonomía de las circunstancias antecedentes que pueden condicionar una intención, bajo la cual son

- diferenciadas (a) “condiciones-que-proveen-razones”, (b) “precondiciones” y (c) “condiciones cualificantes”.
- 47 Véase supra, IV.A.
- 48 Véase Ludwig, 2016, pp. 42 ss. Al respecto, también Brandom, 1994, pp. 257 ss., quien propone una distinción entre la especificación de una acción por vía de *descripción*, que es propia de una intención previa, y su especificación por vía de *demostración* (u ostensión), que es propia de una intención-en-la-acción. Sobre el problema, véase también Duff, 1990, pp. 56 ss.
- 49 Véase Ludwig, 2016, p. 50. Para la correspondiente distinción entre un acto ilocutivo condicional y un acto ilocutivo de contenido proposicional condicionado, véase Searle y Vanderveken, 1985, pp. 157 ss. Sobre el problema, véase también Davidson, 2001, pp. 99 ss., quien acertadamente observa que la creencia (predictiva) del agente en la que se sustenta su formación de una intención no forma parte de lo que aquel intenta.
- 50 En la discusión angloamericana, esta posición es defendida por Robinson, 1997, pp. 133 s., con nota 16.
- 51 En detalle acerca de la distinción entre los conceptos de acción principal y acción auxiliar como categorías de la teoría de las normas, Mañalich, 2014, pp. 71 ss., con múltiples referencias ulteriores.
- 52 Véase supra, III.C.
- 53 Al respecto, Dold, 2017, pp. 91 ss. En general sobre el problema de la identidad numérica de una persona, en contraste con el de su identidad cualitativa, sigue siendo fundamental Parfit, 1986, pp. 199 ss.; para una muy accesible exploración del problema, véase por ejemplo Kagan, 2012, pp. 102 ss.
- 54 Véase Dold, 2017, p. 96. En particular sobre el primer aspecto, véase Merkel, 1999, pp. 503 ss. y 509 ss., identificando “casos límites” que desafiarían la satisfacción del presupuesto en cuestión. En general sobre el problema, véase asimismo Silva Sánchez, 2008, pp. 661 ss. y 672 ss.; Kawaguchi, 2010, pp. 27 ss.
- 55 Esta precisión es importante si, a diferencia de Dold, uno prefiere no tomar partido por una concepción psicológica de la identidad numérica del individuo que se corresponde con la persona en cuestión, para así dejar abierta la posibilidad de entender que “personería” designa una eventual *fase* de la existencia de un individuo humano cuya identidad *como tal* quedaría determinada por un criterio biológico, y no psicológico. Véase DeGrazia, 2003, pp. 417 ss.
- 56 Véase supra, nota 2.
- 57 Véase supra, nota 1.
- 58 Véase supra, IV.A.
- 59 En detalle acerca del modelo del silogismo práctico como esquema de fundamentación de deberes a partir de normas, Mañalich, 2014, pp. 17 ss.; 2018b, pp. 104 ss.

Recepción: 07 diciembre 2018

Revisión: 17 marzo 2019

Aceptación: 03 julio 2019