

**“CUESTIONAMIENTO DEL CONCEPTO DE TENTATIVA EN LA DOGMÁTICA PENAL A PARTIR DE UN CASO PLANTEADO POR EL PROFESOR LUZÓN PEÑA (EL DESPERTAR DE UN SUEÑO AUTO INDUCIDO), PERSPECTIVA COMPARATIVA ESPAÑOLA- COSTARRICENSE.”**

**Jaime Robleto Gutiérrez**

**RESUMEN:** Se plantea un caso basado en un ejemplo del profesor Luzón Peña, donde se estresa el concepto de tentativa conforme a las legislaciones de Costa Rica y España, siendo que el mismo parece no resistir el análisis dogmático concreto tamizado por algunos principios de derecho penal cuántico, lo que abre la discusión a la necesidad de una reforma legal.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho penal cuántico, física cuántica, el principio de incertidumbre, paradoja del gato de Schrödinger, tentativa.

**ABSTRACT:** a system based on an example of the Professor Luzon Peña, where the concept of attempt under the laws of Costa Rica and Spain stressed, being that it seems unable to resist the concrete dogmatic screening analysis by some principles of criminal law case arises quantum, which opens the discussion to the need for legal reform.

**KEYWORDS:** Quantum criminal law, quantum physics, the uncertainty principle, Schrödinger's cat paradox, attempt.

**Fecha de recepción:** 26 de marzo de 2015.

**Fecha de aprobación:** 13 de abril de 2015.

## 1. PROLEGÓMENOS Y PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El maestro Hassemer escribió alguna vez que no añoraba el canto de las sirenas pero no pudo ignorarlo,<sup>1</sup> yo creía de una manera ilusa en una cierta perfección de la dogmática penal a sabiendas de que como conocimiento humano a lo sumo era tan sólo perfectible. Porque a veces se elige la fe por encima de la epísteme y eso también tiene sentido a nivel existencial. El otro riesgo posible es el reduccionismo, el pensar que no necesitamos de otras disciplinas para entender y explicar la realidad jurídica, entonces nos cegamos epistemológicamente adrede porque somos arrogantes, o peor aún, porque ignoramos esas otras posibilidades explicativas.

Debo señalar que este artículo investigativo solamente tiene sentido desde una perspectiva causalista, ya que desde el Finalismo ni siquiera tendría caso el planteamiento del problema, dado que para esta corriente de pensamiento la mera expresión de la voluntad aún sin la producción de un resultado justifica su punición por la voluntad contraria a derecho, esto puede parecer una obviedad, sin embargo prefiero ser explícito en ello y ahorrarnos desencuentros en el propio planteamiento de los supuestos. Así mismo se trata de un caso límite, de laboratorio, diseñado para tensar el concepto de tentativa.

Seré directo, conciso y rotundo: el derecho penal como mecanismo de control social se ha definido como aquel sistema institucional de mínima intervención que determina y describe las acciones delictivas estableciendo una sanción consistente en una pena o una medida de seguridad. Este mecanismo de control social discontinuo puede verse desde una óptica positiva integradora o, desde una posición negativa intimidatoria, dependiendo si integramos la norma como pauta de comportamiento o, si por el contrario, la motivación para actuar conforme a las reglas sociales se da por el miedo a la sanción penal.

---

<sup>1</sup> Hassemer, Winfried. (2011). *Neurociencias y culpabilidad en derecho penal*. Barcelona, InDret, N°2, Abril.

Con frecuencia se expone que en las sociedades democráticas, en los estados sociales y democráticos de derecho, el derecho penal no tiene una función de mero control social, de control y dominación, sino que su finalidad es proteger de ataques graves, valores sociales específicos como la vida, la integridad personal, la libertad, entre muchos otros bienes jurídicos que son indispensables en la convivencia social. Estos conceptos no son excluyentes, por el contrario, se trata de que el control se ejerza con parámetros democráticos pues, no podemos, ni debemos permitir que el derecho penal se constituya en un instrumento deshumanizante que rinda pleitesía al autoritarismo de Estado, a formas plutocráticas de gobierno o bien a la represión auto complaciente.

El estudio del control social tiene sus raíces en el trabajo del sociólogo Max Weber.<sup>2</sup> Dicho control se considera a menudo como todo aquello que conduce a la conformidad, a las normas. Otros lo ven como la amplia representación de los mecanismos regulados, puestos sobre los miembros de la sociedad. En fin, el control social mira cuál comportamiento humano debe ser considerado extravagante (por ende siempre discontinuo). Los mecanismos de control social se pueden adoptar como leyes, normas, valores éticos, morales, costumbres. Nadie puede abstraerse del poder emanado del control social en sus distintas manifestaciones. El derecho penal es control social formal, descarado y por eso debe ser reglado con tanta rigurosidad, tanto en sus normas, principios, instituciones como en su dogmática, la cual debe ser retada si es necesario.

No seamos incautos, ese carácter coercitivo inherente en las sanciones penales se enfatiza al afirmarse por la doctrina que, si las normas del derecho penal estuvieran privadas de esta característica, se resolverían en la más aparatosa y falsa proclamación de principios programáticos de orientación del comportamiento humano en sociedad, privados de las más elementales condiciones de eficacia jurídica y, con ella, de utilidad social.<sup>3</sup> Algo así como un

---

<sup>2</sup> **Janowitz, Morris (1975).** *Teoría social y control social.* American Journal of Sociology. Volumen 81, 1. Universidad de Chicago. 1975. Publicado en Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales, N°6/7, 1995.

<sup>3</sup> **Polaino Navarrete, Miguel (1996).** *Derecho penal, parte general. Tomo I.* Barcelona, Editorial Bosch, página. 118.

*vademécum de lege ferenda* casi para enmarcar y colgar en una sala de buenos deseos.

## 2.- EL PROBLEMA CONCRETO Y EL DERECHO PENAL CUÁNTICO

### 2.1- EL PROBLEMA

En una ponencia acerca del dolo,<sup>4</sup> el profesor Luzón Peña reseña lo que él denomina el macabro supuesto del juego de la “ruleta rusa”, A quiere matar a B, quien está atado a una silla, le coloca en la sien un revólver, pero poniendo sólo una bala en el tambor del arma -en vez de las ocho balas que admite- y haciéndolo girar, aprieta el gatillo siendo que efectivamente se dispara la única bala colocada en el arma y la víctima muere. Luzón Peña estima que hay dolo directo e indica que alguna doctrina minoritaria enfoca el caso como dolo eventual. Vamos a modificar este caso y supondremos que el sujeto activo coacciona al agraviado de tal manera que logra que éste se dispare a sí mismo.

Lo propuesto en este artículo no versa en torno al tipo de dolo que despliega el agente, sino que, a partir de este ejemplo propuesto por Luzón Peña, cabe analizar otro escenario hipotético: ¿qué sucede si el resultado de muerte no se produce pese al *animus necandi* del sujeto activo?, dado que existe una en ocho probabilidades (12.5%), que al percutirse el revólver se encuentre con una cámara vacía como producto del medio empleado. No cabe duda que el atentado contra la vida de B es idóneo, el arma de fuego está cargada parcialmente y tiene la potencialidad de segar la vida del ofendido.

Quien hace que la víctima hale el percutor hace todo lo necesario para que el resultado se produzca conforme a la lógica del medio que seleccionó para su causación.<sup>5</sup> En este proscenio que hemos creado al efecto, imaginemos que luego

---

<sup>4</sup> Luzón Peña, Diego-Manuel (1999). *Dolo y dolo eventual: reflexiones*. Revista Manuales de formación continuada (Ejemplar dedicado a: Problemas específicos de la aplicación del Código penal), N° 4, Madrid. Editada por el Consejo General del Poder Judicial de España, página 122.

<sup>5</sup> Aunque para los efectos se enuncia como un caso límite, es mi opinión que un psicópata cognitivo, concretamente un asesino serial del tipo sádico, podría utilizar esta forma retorcida de

de que no se produce la muerte, minutos después, la Policía irrumpe en el sitio y A es detenido. Evidentemente el no deceso de B no se debe a la intervención de los agentes policiales quienes llegaron al sitio después de que el revólver fue percutido, sino que la pervivencia de B se explica únicamente por el azar implícito en la forma en que A decidió darle muerte. De previo a estudiar las posibilidades de posibles soluciones al caso, conviene introducir temas inusuales para juristas pero que conviene aproximarlos.

## 2.2- FÍSICA CUÁNTICA MÍNIMA PARA ABOGADOS

Reseño de forma muy breve el origen y el concepto de lo cuántico para abordar el tema planteado. Tanto Infeld como Einstein, dieron una buena explicación y analogía con la vida real acerca del significado de la palabra cuántica y los cuantos. En su libro “La física, aventura del pensamiento”<sup>6</sup> dijeron que por ejemplo en una mina de carbón la producción puede variar en un modo continuo, si aceptamos cualquier unidad de medida por más pequeña que sea. Es decir podríamos decir que se produjo 1 granito más de carbón que ayer. Lo que no podemos hacer es expresar la variación de personal en forma continua, no tiene sentido hablar de que se aumentó el personal en 1,80 personas, es decir la medida de la cantidad de personal es discreta y no continua. Otro ejemplo, una suma de dinero solo puede variar de a saltos, discontinuamente. La unidad mínima para el dinero es el centavo o el céntimo según la moneda a considerar. Decimos entonces que ciertas magnitudes cambian de una manera continua y otras de una manera discontinua o discreta, o sea por cantidades elementales o pasos que no pueden reducirse indefinidamente.

A estos pasos mínimos e indivisibles, se los llama cuantos elementales de la magnitud en cuestión. Es evidente que al aumentar la precisión de cómo se

---

matar con el sufrimiento adicional de la víctima por la no certeza en la producción del resultado.

<sup>6</sup> **Einsten, Albert, e Infeld, Leopold (2003).** *La física, aventura del pensamiento.* Buenos Aires, páginas 200 y 201.

realizan las medidas de cualquier tipo de magnitud, unidades que se consideraban indivisibles dejen de serlo y adoptan un valor aún menor. O sea ciertas magnitudes que se consideran continuas pueden tener una naturaleza discreta. En física, ciertas magnitudes consideradas por muchos años como continuas, en realidad están compuestas de cuantos elementales. La energía es una de estas magnitudes que al estudiar los fenómenos del mundo de los átomos, se detectó que su naturaleza no era continua sino discreta y que existe una unidad mínima o cuanto elemental de energía. Este fue el descubrimiento de Max Planck con el que se inicia la teoría cuántica.

Cuanto o *quantum* utilizado como un sustantivo se refiere a la cantidad más pequeña de algo que es posible tener. En el mundo de la física clásica existe el concepto de que todos los parámetros físicos como por ejemplo la energía, la velocidad, la distancia recorrida por un objeto, son continuos. Para entender que es esto de continuos, pensemos en el termómetro que mide la temperatura, cuando vemos que la misma aumenta en un grado en realidad aumentó primero en una décima de grado y así siguiendo antes en una millonésima de grado etc., etc. Es decir el proceso de aumento de temperatura que medimos con el termómetro decimos que es continuo. Bien en el mundo de la física cuántica esto no es así, en concreto cuando Max Planck estudió como se producía la radiación desde un cuerpo incandescente, su explicación fue que los átomos que componen el cuerpo incandescente, cuando liberaban energía en forma de radiación, lo hacían no en forma continua, sino en pequeños bloques a los que él denominó cuantos de energía. Lo extraño de todo este proceso o de la explicación de Planck es que no existen posiciones intermedias, es decir no existen medios cuantos o un cuarto de *quantum*. Es como si en el caso del termómetro no existiera la fracción de grado.

Todas las partículas que componen el universo físico se deben mover en saltos cuánticos. Un cuerpo no puede absorber o emitir energía luminosa en cualquier cantidad arbitraria sino solo como múltiplos enteros de una cantidad básica o *quantum*. Volviendo a la extrañeza de estos fenómenos, imaginemos por

un momento otra analogía: estamos arrojando piedras en un estanque de agua tranquilo. El sentido común dado por la experiencia que acumulamos en el tiempo nos dice que al hacer esto se producirán ondas en el estanque que son producto de la energía que la piedra transmitió al caer al agua. Un estanque cuántico, se comportaría de diferente forma, al arrojar una o varias piedras nada ocurrirá, y de repente sin que medie ninguna conexión entre la causa (arrojar piedras) y el efecto (se generan ondas en la superficie), el estanque comenzará a vibrar con ondas, hasta que de repente se tranquilizará nuevamente por más que en ese momento estemos lanzando piedras. Si todas las piedras son del mismo tamaño, y arrojadas desde la misma altura, entregarán al caer la misma cantidad de energía al agua. Si dicha cantidad de energía resulta ser inferior al cuanto de energía, entonces debemos arrojar más de una piedra para iniciar el movimiento. Quiero recalcar la extrañeza de este fenómeno, llamando la atención sobre el hecho de que el cuanto no es una cantidad que pueda subdividirse, es decir, el concepto de continuidad pierde significación, entre 0 y el cuanto no existe nada. Son estados que la naturaleza no permite. Esta es la característica esencial del descubrimiento de Planck al estudiar los fenómenos llamado radiación del cuerpo negro (tema que escapa al objeto de estudio): existe un límite inferior al cambio de energía (absorción o emisión de energía en forma de luz) que un átomo puede experimentar. Lo importante y que quiero rescatar para los efectos de este estudio es que el mundo binario se difumina y en una perspectiva cuántica se puede ser 0 y 1 a la vez.

La física que estudia y explica los fenómenos que ocurren en el dominio de los átomos, de sus núcleos y de las partículas elementales se denomina cuántica; y la teoría matemática básica que explica los movimientos y relaciones en este campo se denomina mecánica cuántica. No se debe sin embargo pensar que la física cuántica no corresponde al mundo macroscópico, en realidad toda la física es cuántica; y las leyes de ésta tal como las conocemos hoy, constituyen nuestras leyes más generales de la naturaleza.

En el mundo macroscópico las leyes de la naturaleza que se han descubierto son las denominadas leyes de la física clásica; en estas se tratan aquellos aspectos de la naturaleza para los que la cuestión de cuál es la constitución última de la materia no es algo que importe en forma inmediata. Cuando aplicamos las leyes de la física clásica a los sistemas macroscópicos tratamos de describir solamente ciertos rasgos globales del comportamiento del sistema. Los detalles más finos del comportamiento del sistema se ignoran. En este sentido las leyes de la física clásica son leyes aproximadas de la naturaleza y debemos considerarlas como formas límite de las leyes de la física cuántica, más fundamentales y que abarcan mucho más. Las teorías clásicas son teorías fenomenológicas.

Una teoría fenomenológica intenta descubrir y resumir hechos experimentales dentro de un cierto dominio limitado de la física. No se persigue describirlo todo en el reino de la física, pero si es una buena teoría fenomenológica, describirá de manera muy precisa cualquier aspecto dentro de aquel dominio limitado. En realidad toda teoría física es fenomenológica (trata de los fenómenos o eventos o hechos que ocurren). Como decimos, las teorías clásicas no poseen validez universal, aunque son muy buenas teorías fenomenológicas, no lo dicen todo acerca de los cuerpos macroscópicos. Por ejemplo no podemos explicar ¿por qué las densidades son lo que son?, ¿por qué las constantes elásticas de los materiales tienen los valores que tienen?, ¿por qué se rompe una barra cuando la sometemos a una tensión mas allá de cierto límite?, ¿por qué el cobre funde a 1083°C?, ¿por qué el vapor de sodio emite luz amarilla?, ¿por qué brilla el sol?, ¿por qué el núcleo de uranio se desintegra espontáneamente?, ¿por qué la plata conduce la electricidad?, ¿por qué el azufre no conduce la electricidad?; se podría seguir con muchos ejemplos de la vida cotidiana o que tienen cierto impacto en muchas de las cosas de esta vida cotidiana, acerca de los cuales la física clásica tiene poco o nada que decirnos. Conviene ejercer un poco de humildad y recordar que como dijo el buen Sócrates

sólo sabemos que nada sabemos, pero conviene al menos tener consciencia de nuestra ignorancia.

### 3.- FUNDAMENTO DE LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA

La Tentativa se ha definido materialmente como un adelantamiento de la punibilidad,<sup>7</sup> esta postura tiene tal arraigo que -como teoría objetiva- es decir fundamentada en la peligrosidad, encontramos sus antecedentes en Feuerbach.<sup>8</sup> Feuerbach señaló que el fundamento de punición de la tentativa se encontraba en la peligrosidad de la acción, determinada por la posibilidad objetiva de producción del resultado. Quería Feuerbach que sólo se castigase el acto peligroso de tentativa y, por consiguiente, exigía que las condiciones exteriores del acto estuvieran en relación causal con el resultado perseguido. Tittmann, por el contrario, prefirió apoyarse en consideraciones de carácter histórico y en la redacción de la *Constitutio Criminalis Carolina*, un texto que, todavía a principios del siglo XIX, continuaba desplegando su influencia en Alemania; también el idealismo alemán tuvo su influjo con sus concepciones del delito.

Más tarde, desde 1872 en adelante, Von Buri emerge como el nuevo fundador de la teoría subjetiva que sitúa la clave en las representaciones del autor: “El fracaso del acto es conceptualmente esencial a toda tentativa, de modo que en ausencia de todos los criterios objetivos, el punto de vista subjetivo, que todo lo sitúa en el sentido y creencia del agente es el único compatible con la lógica”. Nos encontramos, pues, desde el principio, con dos maneras de entender la fundamentación del castigo de la tentativa notoriamente opuestas, que marcarán los límites entre los cuales discurrirá la discusión sobre la tentativa. Por un lado, la teoría objetiva, que, partiendo de la lesión del bien jurídico como fundamento del delito, explica la tentativa en base a la peligrosidad objetiva de la acción, atendida

---

<sup>7</sup> Fletcher, George P (1997). *Conceptos Básicos de Derecho Penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, página 249.

<sup>8</sup> Feuerbach, Paul Johann Anselm (1989). *Tratado de derecho penal*, traducción de la 14ª edición alemana, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, § 42.

la posibilidad de la lesión; y, por otro lado, la teoría subjetiva, más interesada en la voluntad del autor, que prefiere basar el castigo en la voluntad manifestada contraria a Derecho. Estas dos grandes facciones contrapuestas en la búsqueda de la esencia de la punibilidad del delito intentado reflejan las diferentes concepciones que se han mantenido con respecto a la propia naturaleza de los actos preparatorios y de ejecución, y, en coherencia con sus premisas, aportan respuestas muy distintas para resolver las cuestiones que plantea la tentativa.

Pero el concepto en sí de tentativa pertenece a la categoría de lo formal.<sup>9</sup> Existe un diáfano sentido común en este adelantamiento de la punibilidad. Desde un punto de vista material, el adelantamiento de la punibilidad a estadios anteriores a la consumación suele justificarse, en términos muy generales, sobre la base de la siguiente consideración estándar: si el Estado emprende la persecución del delito porque éste amenaza la seguridad pública, ¿no sería más lógico intervenir y prevenir el daño antes de que ocurra? ¿Por qué no detener y castigar al delincuente cuando está a punto de cometer el delito? Aquí es donde surge el concepto de tentativa.

La doctrina coincide en señalar el origen cronológico de la tentativa en el Medioevo,<sup>10</sup> siendo los prácticos italianos de la Baja Edad Media quienes elaboraron por primera vez, con rigor científico, un concepto general de tentativa (*conatus*)<sup>11</sup> cuya esencia quedó plasmada como el “*cogitare, agere, sed non*

---

<sup>9</sup> **Jakobs, Günther (1997)**. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Traducción de la 2ª edición alemana. Madrid, Editorial Marcial Pons, apartado 25, núm. 1g., página 855.

<sup>10</sup> **Jiménez de Asúa, Luis (1970)**. *Tratado de Derecho penal*, Tomo VII (El delito y su exteriorización), Buenos Aires, página 455.

<sup>11</sup> Sabemos por **Mommsen, Theodor (1976)**. *Derecho penal romano* (trad. Castellana de P.Dorado), Bogotá, página 66, que no existió en el Derecho romano ni el concepto de tentativa ni un tecnicismo específico que la refiriese. “Las acciones punibles, prohibidas por la ley, se castigaban siempre, como tales, cuando se habían consumado”, pues solo cuando se había causado un daño era posible calcular la reparación. No obstante, ello no impidió que, en cuanto a la punibilidad, también en muchos casos se castigase el conato de delito consumado, en los crímenes más graves: lesa majestad, desertión, en el caso concreto del homicidio, era suficiente con la afirmación del propósito de matar para que existiera el hecho punible (Digesto, lib. XLVIII, I, § 3.º, “Qui hominem non occidit sed vulneravit, ut occidet pro homicida damnandum”. Cuya traducción aproximada sería: “El que no mata pero ha herido debe ser condenado”. Puede colegirse que la solución romana para el caso bajo estudio sería considerar que existe una tentativa de homicidio.

*perficere*”, sea: “*de pensar de actuar, pero sin terminar*”; descripción esta que subraya la desproporción que acontece entre la componente psicológica del actuar y lo que realmente se lleva a efecto en el exterior.

Posteriores nociones conceptuales de la tentativa y del delito frustrado se formularon en los siglos XVI y XVII, admitiéndose la punibilidad de éstos en cuanto a las infracciones graves y la impunidad respecto a las leves. Fue a partir de ese período cuando comenzó el desarrollo de la teoría de la tentativa, en el orden teórico y normativo, aunque lenta y progresivamente en sus primeros tiempos y de manera más profunda y acelerada en la actualidad.

Aun cuando en la Ley del 22 Predial del año IV de 10 de mayo de 1796, se había adoptado el principio del comienzo de ejecución como fundamento de la punición de la tentativa, generalmente se reconoce que el modelo de su evolución en el siglo XIX lo constituyó el Código Penal francés de 1810, que en el artículo 2 adoptó los actos de ejecución como fundamento para la penalización de la tentativa, y se difundió en las legislaciones penales, pasando al Código al Código Penal español de 1870 y al Código Penal alemán de 1871. No obstante, las bases objetivas de dicha concepción fueron pronto puestas en tela de juicio y se comenzó una amplia discusión acerca de la teoría de la tentativa, que no ha tenido aún su punto final o, por lo menos, una coincidencia aceptable.<sup>12</sup>

La cuestión de la legitimación del adelantamiento de la punibilidad supone una referencia a criterios y categorías materiales. Sin embargo, tanto el concepto de consumación como el concepto de tentativa son conceptos formales. La consumación de un determinado tipo, esto es, la realización completa del supuesto de hecho de una norma punitiva, no prejuzga en modo alguno cuál sea la relación entre esa realización completa y grado de afectación del objeto de protección de la norma. En otros términos, no existe una vinculación necesaria entre consumación y lesión de un bien jurídico: en este sentido, por ejemplo, los delitos de peligro también se consuman con la completa realización del tipo.

---

<sup>12</sup> **Colorado Rivas, Isidro.** *Teoría del delito.* Tomado de: <http://www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/C/Colorado%20Isidro-Teoria%20del%20delito.htm>, 10 de abril de 2015.

El concepto de lesión de un bien jurídico, en cambio, sí es un concepto material que puede servir de referencia para la comprensión del problema de legitimación a que se enfrenta el adelantamiento de la punibilidad. Es sumamente discutible, sin embargo, que el principio de protección de bienes jurídicos constituya un criterio adecuado para la evaluación de la satisfacción de los estándares de legitimación a que debe sujetarse tal adelantamiento.

Tradicionalmente se entiende que el límite a que se enfrenta todo adelantamiento de la punibilidad (no sólo la tentativa, sino también los delitos de peligro, la punibilidad de actos preparatorios -en sentido material- como delitos autónomos, etc.) está constituido por el denominado “principio del hecho”: *cogitationis poenam nemo patitur*, principio que se corresponde con la tesis de que “en el Derecho penal moderno se parte de la distinción liberal entre Moral y Derecho que prohíbe a éste la regulación de los pensamientos y limita su esfera de acción al terreno social de los actos externos”.<sup>13</sup>

Lo que se debe poner de manifiesto, sin embargo, es que no puede asumirse sin más la existencia de una relación de optimización conjunta entre el principio del hecho y el principio de protección de bienes jurídicos. En esta dirección destacan las observaciones formuladas por el profesor Günther Jakobs.<sup>14</sup>

Según Jakobs, en efecto, la referencia a la protección de bienes jurídicos sería uno de los principales factores en la explicación de la generalizada disposición a aceptar las diversas manifestaciones de la tendencia actual a la anticipación de la punibilidad. Esto porque el principio de la protección de bienes jurídicos “induce a creer en la legitimación de todo aquello que puede ser puesto en una relación positiva con el concepto de bien jurídico”, lo cual, como único punto de partida, “conduce sin duda al desbordamiento, porque con ello cae por completo fuera de la perspectiva de la esfera jurídica del autor”.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> **Mir Puig, Santiago (1998).** *Derecho Penal. Parte General.* Barcelona, 5ª edición, lección 13, número 4.

<sup>14</sup> **Jakobs, Günther (1997).** *Criminalización en un estadio previo la lesión de un bien jurídico,* en *Estudios de Derecho Penal.* Madrid, Civitas, págs. 293 y ss.

<sup>15</sup> *Idem*, página 295.

En tal medida, el autor pasa a ser definido (sólo) como fuente de eventual peligro para el bien jurídico, esto es, como enemigo del bien jurídico, sin que se le reconozca una esfera privada en la cual se garantice la no-relevancia social (y jurídico-penal) de su conducta. Ciertamente, la punibilidad de la tentativa no constituye la única expresión de la línea cada vez más intensa a la “criminalización en un estadio previo a la lesión de un bien jurídico”. En general, los delitos de peligro representan la forma más paradigmática de realización de esta tendencia. No obstante, es la categoría de los delitos de peligro abstracto la que mayor controversia genera desde el punto de vista de su legitimación.

#### **4- LA REGULACIÓN COSTARRICENSE**

El Código Penal de Costa Rica dispone en el artículo 24 que: *“Hay tentativa cuando se inicia la ejecución de un delito, por actos directamente encaminados a su consumación y ésta no se produce por causas independientes del agente. No se aplicará la pena correspondiente a la tentativa cuando fuere absolutamente imposible la consumación del delito. (TEXTO MODIFICADO por Resolución de la Sala Constitucional de Costa Rica N° 1588-98 de las 16:27 horas del 10 de marzo de 1998).”*

La no producción del resultado por causas independientes (*de lege lata*) del agente, tradicionalmente se explica en la doctrina, por la intervención de terceros en el curso causal, o bien por efecto de una causa externa al sujeto activo. En el caso propuesto, la supervivencia de B no se puede dilucidar por la oportuna intervención de las autoridades policiales, ni tampoco por un evento externo al sujeto activo, ya que fue precisamente éste quien seleccionó el método para ultimar a B, en consecuencia, aunque el resultado era posible y el medio es potencialmente idóneo, la muerte no se produce por el amplio espectro de la incertidumbre permitida, introducida y querida por el perpetrador,<sup>16</sup> tan vasto que porcentualmente se expresa como un 87.5% de posibilidades de no consecución del resultado de muerte por esa vía. Evidentemente, partimos de la premisa de

---

<sup>16</sup> Que integra la tipicidad subjetiva dolosa.

que la víctima únicamente tirará una vez del gatillo del revólver porque así lo quiere el agente.

En consecuencia, hay que admitir que el factor aleatorio en la producción eventual del resultado (dar muerte a otro), no es externo al sujeto activo, sino que integra su dolo, puesto que el mismo agente elige el azar como modo definitorio de la acción, por ende, incluso, de causarse la muerte, cabe preguntarse si el sufrimiento adicional de la víctima ante la ansiedad generada por la perspectiva de su deceso no debería considerarse como una circunstancia calificante (ensañamiento) del homicidio.

En cuanto al azar, producto de la voluntad del perpetrador (factor interno) y reflejado en el modo que eligió para dar muerte, estimo que no podría reputarse como un factor externo *per se*, de ahí que el concepto formal de tentativa se ve tensado con el caso bajo análisis, por cuanto el resultado de muerte no se da como consecuencia del oportuno actuar de terceras personas, ni por una causa externa propiamente dicha, dado que incluso -dentro de las posibilidades existentes- el agente previó un escenario posible de consumación partiendo de la premisa misma de la incertidumbre que introdujo, y el que se verifique o no el reflejo de su *animus necandi*, si bien escapa a su control directo, está contemplado como parte de su plan de autor.

## **5.- EL PRINCIPIO DE INCERTIDUMBRE Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO PENAL**

Ese componente de “suerte” que ponderamos, no es otra cosa que una aplicación en el derecho penal del principio de incertidumbre descubierto por Werner Heisenberg en 1927 y que es fundamental en física cuántica. Del cual se derivan muchas inferencias inter y transdisciplinarias que no deberíamos seguir soslayando. En efecto, el citado principio establece que  $\Delta p \Delta x \geq h$  donde  $\Delta p$  es la incertidumbre en conocer el momento de la partícula (momento igual a masa por velocidad),  $\Delta x$  es la incertidumbre en conocer la posición de la partícula y  $h$  es la

constante de Planck ( $h=6.63 \times 10^{-34}$  Js). Las implicaciones de esta fórmula son enormes. Si se conoce de forma muy precisa la posición de la partícula no podremos conocer de forma tan precisa su velocidad y viceversa independientemente de lo bueno que sea el aparato de medida o de lo que nos esforcemos en ello. La incertidumbre en el sistema es intrínseca y no puede desaparecer nunca. Precisamente esa es la raíz de la dificultad, no podemos saber ambas cosas a la vez. En resumen, conviene aceptar a veces el desconocimiento causal de los eventos presentes y futuros en el comportamiento humano, ya que es parte de un sistema de mayor incertidumbre.

Volviendo al ejemplo modificado de Luzón Peña, ¿significa entonces que en el caso de no producirse el resultado, la conducta es impune como si fuese una tentativa inidónea?, si bien el actuar del agente es idóneo para producir la muerte, ¿existe formalmente una tentativa? el concepto de la misma no parece resistir el examen del caso concreto. Entonces, ¿es razonable no perseguir penalmente al sujeto que realizó la acción estudiada? Omitamos para efectos de este estudio el hecho de que ya se ha perpetrado un delito de coacción, centrémonos propiamente en la finalidad querida por el agente, es decir un homicidio azaroso a través de un medio sumamente incierto pero con un dolo perfectamente manifestado. Una solución posible, es la adoptada por el derecho penal alemán, ya que dentro de una variante de una teoría subjetiva para la fundamentación de la punibilidad de la tentativa es aquella que tradicionalmente se ha atribuido a la jurisprudencia alemana, tanto al antiguo Tribunal del Reich como al actual Tribunal Supremo.<sup>17</sup> Construida a partir de una inversión de la teoría de la *conditio sine qua non*, en el sentido de que si tras la realización de la acción en cuestión no se ha producido el resultado, entonces esa acción, en esas circunstancias, no ha podido ser condición y, por ende, causa de ese resultado, esta teoría niega la posibilidad de distinguir entre acciones peligrosas y no peligrosas. Por ende, si no es plausible el recurso al criterio de la peligrosidad, la punibilidad de la tentativa habría de ser explicada en función de la puesta en acción de una voluntad hostil al

<sup>17</sup> **Roxin Claus, (1998).** *Acercas del fundamento penal de la tentativa*, en Dogmática Penal y Política Criminal, Lima, Idemsa, páginas 268 y 269.

derecho, esto es, de la voluntad criminal. La objeción fundamental a que se enfrenta la teoría subjetiva clásica apunta a que la misma desconoce la exigencia de objetivación que deriva del principio del hecho como estándar de legitimación. Si la pregunta por la subjetividad sólo debe ser consecuencia de la constatación de una perturbación exteriorizada, la referencia a una voluntad hostil al derecho como explicación de la punición de la tentativa no alcanza a justificar que la punibilidad no retroceda a estadios anteriores al principio de ejecución. Más desafiante, en virtud de su consistencia, parece la teoría subjetiva que resulta de la concepción del injusto vinculada al denominado finalismo radical. Se trata aquella corriente que, teniendo como fundador a Armin Kaufmann y como máximos exponentes al profesor Diethart Zielinski y Marcelo Sancinetti, postula una concepción puramente subjetiva del injusto, en función de una determinada aproximación a la teoría de las normas.<sup>18</sup>

## **6- LA TENTATIVA EN EL DERECHO PENAL ESPAÑOL**

El Código Penal Español establece en lo conducente:

*“Artículo 15.*

*Son punibles el delito consumado y la tentativa de delito.*

*Artículo 16.*

*1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.*

---

<sup>18</sup> **Kaufmann, Armin (1977).** Teoría de las Normas. Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna. Buenos Aires, Depalma, página 98.

*2. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito.*

*3. Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito.”*

Nos centramos obviamente en el párrafo primero del artículo 16 *idem*, y no se encuentra ninguna diferencia sustancial con el ordinal 24 del Código Penal Costarricense que reza que: *“Hay tentativa cuando se inicia la ejecución de un delito, por actos directamente encaminados a su consumación y ésta no se produce por causas independientes del agente. No se aplicará la pena correspondiente a la tentativa cuando fuere absolutamente imposible la consumación del delito. (TEXTO MODIFICADO por Resolución de la Sala Constitucional N° 1588-98 de las 16:27 horas del 10 de marzo de 1998).”*

Es decir tanto la independencia de la voluntad del autor (en la legislación española), como las causas independientes del agente (en el derecho costarricense), no afectan el dolo directo del caso de laboratorio planteado, porque el dolo del autor es perfecto en ambas jurisdicciones, sino que el punto es que iniciado el curso causal de los acontecimientos, la posición del resultado de muerte es cuántica y no binaria, dado que tanto puede o no producirse el deceso en razón de la incertidumbre sumada por el sujeto activo, en este sentido el caso es similar al gato de Schrödinger.

## **7.- APLICACIÓN DE LA PARADOJA DEL GATO DE SCHRÖDINGER AL PROBLEMA EN ESTUDIO.**

El gato de Schrödinger es la paradoja más popular de la cuántica. La propuso el nobel austriaco Erwin Schrödinger en 1935. Es un experimento mental que muestra lo desconcertante del mundo cuántico. Tiene distintas variantes, se opta por exponer la más sencilla.<sup>19</sup> Imaginemos un gato dentro de una caja completamente opaca. En su interior se instala un mecanismo que une un detector de electrones a un martillo. Y, justo debajo del martillo, un frasco de cristal con una dosis de veneno letal para el gato. Si el detector capta un electrón activará el mecanismo, haciendo que el martillo caiga y rompa el frasco. Se dispara un electrón. Por lógica, pueden suceder dos cosas. Puede que el detector capte el electrón y active el mecanismo. En ese caso, el martillo cae, rompe el frasco y el veneno se expande por el interior de la caja. El gato lo inhala y muere. Al abrir la caja, encontraremos al gato muerto. O puede que el electrón tome otro camino y el detector no lo capte, con lo que el mecanismo nunca se activará, el frasco no se romperá, y el gato seguirá vivo. En este caso, al abrir la caja el gato aparecerá sano y salvo.

Hasta aquí todo es lógico. Al finalizar el experimento veremos al gato vivo o muerto. Y hay un 50% de probabilidades de que suceda una cosa o la otra. Pero la cuántica desafía nuestro sentido común. El electrón es al mismo tiempo onda y partícula. Para entenderlo, sale disparado como una bala, pero también, y al mismo tiempo, como una ola o como las ondas que se forman en un charco cuando tiramos una piedra. Es decir, toma distintos caminos a la vez. Y además no se excluyen sino que se superponen, como se superpondrían las ondas de agua en el charco. De modo que toma el camino del detector y, al mismo tiempo, el contrario. El electrón será detectado y el gato morirá. Y, al mismo tiempo, no será detectado y el gato seguirá vivo. A escala atómica, ambas probabilidades se

---

<sup>19</sup> Fischer, Ernst Peter (2008). *El gato de Schrödinger y el árbol de Mandelbrot*. Barcelona, Editorial Crítica, página 49.

cumplen. En el mundo cuántico, el gato acaba vivo y muerto a la vez, y ambos estados son igual de reales. Pero, al abrir la caja, nosotros sólo lo vemos vivo o muerto.

Al implementar la paradoja de gato de Schrödinger al caso planteado, evidentemente no se ajusta de manera simétrica porque no estamos lidiando con posibilidades cuantificables en nanómetros, sin embargo, dado que toda realidad es en esencia cuántica, las leyes de la probabilidad obedecen a los mismos principios cuánticos. De tal manera que la víctima al ser obligada a percutir contra sí misma, está viva y muerta a la vez en esos términos físicos, pero la decisión jurídica dependerá de la orientación final a la que se conduzca la materia y energía en ese momento concreto. Ello por cuanto si el resultado de muerte se produce tendremos un homicidio, pero si no ocurre dicho desenlace y la persona ofendida sobrevive, entonces la variante es que el concepto tradicional de tentativa en las legislaciones bajo estudio no resiste el examen y en un primer momento el homicidio tentado parece ser impune pese a que la tentativa es idónea, lo cual no parece encajar bien en términos de justicia.

La falta aparente de sintonía en la eventual no punibilidad del caso concreto que nos hace ruido se puede explicar desde el enfoque de la teoría de la impresión. Esta posición pretende explicar la punibilidad de la tentativa a partir de la consideración del efecto de conmoción social que produce el comportamiento enjuiciado: la tentativa sería punible, según Maurach, “*porque la actuación de la voluntad contraria al derecho es idónea para remecer la confianza de los justiciables en la vigencia del ordenamiento jurídico*”.<sup>20</sup> En sentido análogo, Jescheck sostiene que “*el verdadero fundamento de la punición de la tentativa es la voluntad contraria a una norma de conducta, pero sólo se afirma el merecimiento de pena de la exteriorización de la voluntad dirigida al hecho cuando con ello pueda perturbarse profundamente la confianza de la colectividad en la vigencia del ordenamiento jurídico, así como el sentimiento de seguridad jurídica,*

---

<sup>20</sup> **Maurach-Gössel-Zipf, (1995).** *Derecho Penal. Parte General, volumen 2*, traducción de la 7ª edición alemana, Buenos Aires, Astrea, § 40, número 40.

y, en consecuencia, resultar menoscabada la paz jurídica”.<sup>21</sup> Como se puede observar, el punto de partida corresponde al de la teoría subjetiva tradicional, respecto del cual, empero, se formula, como correctivo, la exigencia de que la conducta en cuestión produzca una “impresión”, esto es, una perturbación en la confianza colectiva en relación con el respeto de la(s) norma(s).

## 8.- LA SOLUCIÓN LEGAL ALEMANA

La teoría de la impresión es considerada actualmente dominante en el contexto de la doctrina alemana, fundamentalmente por su supuesto rendimiento explicativo de la regulación vigente según el Código Penal Alemán (StGB). En efecto, conforme a la redacción del párrafo 22 de dicho cuerpo legal, que define el concepto de tentativa así: “*comete tentativa de un hecho punible el que conforme a su representación del hecho se dispone inmediatamente a la realización del tipo*”.<sup>22</sup>

En la formulación de la representación del autor como criterio de imputación se encontraría la comprobación de la corrección del punto de partida subjetivo. Y precisamente el disponerse inmediatamente a la realización del tipo, desde la propia representación del autor, aun cuando esta representación sea errada, constituiría el hecho valorado como capaz de conmocionar la confianza colectiva en la observancia del derecho. Esta última consideración es particularmente importante en el contexto de la discusión acerca de la punibilidad de la tentativa inidónea. Con mucha más razón cuando la representación del autor es correcta, pero la producción del resultado no depende de la habilidad del sujeto activo, sino de un factor azaroso producto de la incertidumbre querida y provocada por el propio imputado, de acuerdo a la solución legal germana, no cabe duda que el caso bajo estudio se consideraría una tentativa de homicidio, por lo que en

---

<sup>21</sup> **Jescheck, Hans-Heinrich (1993).** *Tratado de Derecho Penal. Parte General, traducción de la 4ª edición alemana.* Granada, Comares, página 465.

<sup>22</sup> Traducción del profesor Antonio Bascuñán Rodríguez.

Alemania no existe el problema de laboratorio bajo consideración, lo que no está igual de claro conforme a la legislación penal general de España y Costa Rica.

Sobre la base de una evaluación crítica de la teoría de la impresión, en el sentido de que el centro del problema que presenta la punibilidad de la tentativa no sería “la <<conmoción >> <<psicológico-social>> de <<generalidad>> alguna, sino la legitimidad de la intervención [punitiva] anterior a la realización del tipo”<sup>23</sup>, el profesor Günther Jakobs emprende la explicación del injusto de la tentativa equiparándolo al de la consumación: “*dado que tanto tentativa como consumación suponen ataques a la validez de la norma, el autor de la tentativa, al igual que el de la consumación, debe poner de manifiesto que no se rige por la norma*”.<sup>24</sup> Es la expresión de la infracción de la norma que implica la tentativa lo que fundamenta su punibilidad. La expresión del quebrantamiento de la norma, según Jakobs, se produce de manera distinta según se trata de casos de “tentativa en sentido material” o de casos de “tentativa en sentido formal”. En la tentativa en sentido material, lo que caracteriza al comportamiento sería un abandono del dominio de cursos causales lesivos para otros originados en el propio ámbito de organización. En la tentativa en sentido formal, en cambio, el abandono no se refiere a un curso lesivo sino a la realización potencial de un tipo de delito. La diferencia radica en si se trata o no de tentativas de delitos cuya consumación implique la lesión de un bien jurídico. Ninguna duda cabe que de cuál tentativa se trata con relación al tipo de homicidio.

## 9.- TOMA DE POSTURA. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Técnicamente hablando, el concepto de tentativa no resiste la tensión a la que se ve sometida en el caso concreto, toda vez que el curso causal no se interrumpe por la intervención de terceros, ni por un evento externo, sino que el resultado de muerte podría no producirse precisamente porque está ínsito en el método seleccionado por el sujeto activo, que contiene un alto nivel de azar e

<sup>23</sup> Jakobs, *Derecho Penal...*, op. cit., [nota 3], apartado 25, núm. 20, página 863.

<sup>24</sup> *Ídem*, apartado 25, núm. 21, pág.863.

incertidumbre, pero que en todo caso es un factor interno deseado de la voluntad del agente y por ende aceptado por éste. Ello no significa que su dolo sea incompleto, no se duda de su intención de dar muerte a la víctima con dolo directo, lo que sucede es que la forma elegida para ello es más farragosa e incierta.

Conviene recordar a Carrara, para quien el fundamento del castigo se encuentra, en este momento todavía inicial del delito, en “el riesgo corrido”, que hace las veces del “daño”, y la acción constituye delito, aunque falta la fuerza física objetiva (el resultado prohibido por la ley) y también aunque resulta incompleta su fuerza física subjetiva (la acción corporal del agente). Esta es la base de toda la doctrina sobre la tentativa criminal desarrollada por Carrara. Aunque no se ha producido el resultado dañoso, sin embargo, el ánimo de los ciudadanos se conmueve, igual que con el delito consumado, a la vista de una voluntad injusta que dio comienzo a actos encaminados a conseguir aquel mal propósito e idóneo para realizarlo, pero que tan sólo por un mero accidente, algo imprevisible, no desembocó en la lesión propuesta. La tentativa, que pone en peligro la seguridad, produce un “daño político”, al cual se pone remedio político con el castigo de aquel a cuyos malos propósitos sólo faltó el favor de la fortuna. Pero Carrara limitó la idea del peligro, que fundamenta el castigo de la tentativa, al “peligro” o “riesgo” efectivamente corrido, excluyendo el meramente futuro o por correr, lo que denota su concepción puramente objetiva. El peligro futuro o meramente ideal no puede aceptarse por sí sólo –según Carrara- como razón legítima de castigar, pues por ese camino se llegaría a punir la “mala intención criminal”, y, en último término, los malos pensamientos, con lo que acabarían difuminándose los límites entre la moral y el derecho.<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> Un sector de la doctrina alemana estableció una correspondencia entre los delitos de peligro y la tentativa. Concretamente Merkel, A., Derecho penal, I [trad. castellano por Dorado Montero P. G. Madrid (sin fecha), Página 190, concluye que la tentativa punible se incluye entre los delitos de peligro. En contra, Binding discrepa advirtiendo que también en los delitos de peligro cabe la realización imperfecta, quedando el delito tan sólo intentado, y se pregunta lo que quedaría en el caso de tentativa de uno de estos delitos, si la tentativa fuera peligro? (Die Normen and ihre Ubertretung. Tomo 1, 4ª edición, Leipzig, 1922, página 375) .

El peligro desempeña en la tentativa la función del daño inmediato. Así como el delito consumado no existe si falta el daño, así la tentativa deja de producirse donde el peligro no resulta. Así pues, mientras que los primeros ideólogos de la teoría objetiva, como Feuerbach, no aclaraban como había de concretarse la peligrosidad objetiva en la causación de la tentativa (la peligrosidad de la acción, en concreto, o, por el contrario, peligrosidad potencial, en abstracto), cuando Carrara habla de “peligro”, está haciendo referencia a un riesgo que en un momento dado existe verdaderamente como hecho, no a un peligro de mera previsión.

En otras palabras, pese a la conmoción social que el hecho genere en la comunidad porque se ha puesto de manifiesto una voluntad homicida, es mi criterio que tal y como están redactadas las normas atinentes en Costa Rica y España no habría una tentativa de homicidio en el caso concreto. Lo cual evidencia que quizás sea necesaria una revisión del articulado para abarcar casos como el presente. Opino que pensar de otra manera vulneraría el principio de legalidad y con ello el debido proceso. Evidentemente, bajo esta tesitura, se abre una discusión seria acerca del adelantamiento de las barreras de resultado en los delitos de peligro abstracto, pero al menos de *lege lata* estos tipos penales tienen una cobertura legal expresa.

No cabe ninguna duda que para los seguidores de la teoría objetiva de la tentativa el caso de laboratorio que hemos examinado debe ser castigado. Ya que en términos generales, podríamos decir que, para la teoría objetiva, habrá tentativa siempre que, con arreglo a un juicio objetivo hecho por un observador imparcial, la acción se presente apropiada para realizar efectivamente la resolución delictiva. Como consecuencia de los planteamientos de la teoría objetiva, el criterio en base al cual se va a determinar el comienzo de la tentativa será la proximidad de la lesión del bien jurídico, dejando de lado la voluntad del autor, y con ese patrón se establece la frontera entre lo que son los actos preparatorios y los verdaderos actos ejecutivos, únicos capaces de constituir una tentativa. La necesidad de punición desaparece cuando falta la capacidad de la

acción para producir el resultado, pues en dicha capacidad reside el fundamento mismo del castigo de la tentativa, así, la línea divisoria entre la tentativa idónea y la tentativa inidónea quedará trazada según la idoneidad de la acción de cara a la producción del resultado delictivo. Por su peligrosidad, se estima que la tentativa idónea siempre ha de ser castigada, mientras que la tentativa inidónea, carente de esa peligrosidad, permanecerá impune. Yo no comparto esta posición objetiva de la tentativa porque estimo que obedece a criterios de reacción social tanto formal como informal, y porque, en un caso límite como en el expuesto, su capacidad de rendimiento roza la ilegalidad normativa como se ha indicado. La teoría subjetiva de la tentativa tampoco resuelve el dilema, al contrario, está más interesada en la voluntad del autor, y por ende prefiere basar el castigo en la voluntad manifestada contraria a Derecho. En esa medida, se acerca mucho al planteamiento del Finalismo y no permite una solución aceptable al caso límite en estudio.

Alguien puede aducir que estoy haciendo una interpretación demasiado literal de las normativa española y costarricense citada, pero en materia penal la hermenéutica tiene que ser necesariamente restrictiva cuando va en menoscabo del imputado, so pena de incurrir en una analogía *in malam partem*, de ahí que no es posible ser laxos en la lectura de los artículos indicados anteriormente y en consecuencia debe respetarse su contenido tal y como aparece consignado, y no acomodarse al sentimiento social de conmoción que genera el suceso en sí.

Con base en lo expuesto, concluyo tentativamente indicando que en el caso expuesto no cabe pensar que existe una tentativa de homicidio toda vez que el resultado de muerte no producido no se debe a la intervención de una tercera persona, ni a un suceso eventual externo. Sino a un elemento interno azaroso introducido y deseado por el sujeto activo, aspecto que no está taxativamente contemplado en la normativa penal como factor interruptor del curso causal, por ello, ante esa falta de previsión legal, no puede llenarse ese vacío con una analogía o interpretación extensiva dado que sería *contra legem*.

Aunque parezca obvio, no nos hemos detenido a examinar otras conductas delictivas (como la coacción), que hayan podido cometerse en el ejemplo

estudiado, porque no es el objeto acometido. Confío en que este esbozo teórico dogmático sirva de punto de partida hacia posteriores reflexiones acerca del problema que planteo y sirva también de recordatorio que el Derecho es una ciencia social viva y en constante evolución donde no hay que dar nada por sentado y el cuestionarse las instituciones resulta siempre sano y muchas veces necesario.

#### **BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA:**

**Colorado Rivas, Isidro.** *Teoría del delito.* Tomado de: <http://www.universidadabierta.edu.mx/Biblio/C/Colorado%20Isidro-Teoria%20del%20delito.htm>, 10 de abril de 2015.

**Einsten, Albert, e Infeld, Leopold (2003).** *La física, aventura del pensamiento.* Buenos Aires.

**Feuerbach, Paul Johann Anselm (1989).** *Tratado de derecho penal*, traducción de la 14ª edición alemana, Buenos Aires, Editorial Hammurabi.

**Fischer, Ernst Peter (2008).** *El gato de Schrödinger y el árbol de Mandelbrot.* Barcelona, Editorial Crítica.

**Fletcher, George P (1997).** *Conceptos Básicos de Derecho Penal.* Valencia, Tirant lo Blanch.

**Hassemer, Winfried. (2011).** *Neurociencias y culpabilidad en derecho penal.* Barcelona, InDret, N°2, Abril.

**Jakobs, Günther (1997).** *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, Traducción de la 2ª edición alemana. Madrid, Editorial Marcial Pons, apartado 25, núm. 1g.

**Jakobs, Günther (1997).** *Criminalización en un estadio previo la lesión de un bien jurídico*, en Estudios de Derecho Penal. Madrid, Civitas.

- Janowitz, Morris (1975).** *Teoría social y control social.* American Journal of Sociology. Volumen 81, 1. Universidad de Chicago. 1975. Publicado en Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales, N°6/7, 1995.
- Jescheck, Hans-Heinrich (1993).** *Tratado de Derecho Penal. Parte General, traducción de la 4ª edición alemana.* Granada, Comares.
- Jiménez de Asúa, Luis (1970).** *Tratado de Derecho penal, Tomo VII (El delito y su exteriorización),* Buenos Aires.
- Kaufmann, Armin (1977).** *Teoría de las Normas. Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna.* Buenos Aires, Depalma.
- Luzón Peña, Diego-Manuel (1999).** *Dolo y dolo eventual: reflexiones.* Revista Manuales de formación continuada (Ejemplar dedicado a: Problemas específicos de la aplicación del Código penal), N° 4, Madrid. Editada por el Consejo General del Poder Judicial de España.
- Maurach-Gössel-Zipf, (1995).** *Derecho Penal. Parte General, volumen 2,* traducción de la 7ª edición alemana, Buenos Aires, Astrea.
- Mir Puig, Santiago (1998).** *Derecho Penal. Parte General.* Barcelona, 5ª edición, lección 13, número 4.
- Mommsen, Theodor (1976).** *Derecho penal romano (trad. Castellana de P. Dorado),* Bogotá.
- Polaino Navarrete, Miguel (1996).** *Derecho penal, parte general. Tomo I.* Barcelona, Editorial Bosch.
- Roxin Claus, (1998).** *Acerca del fundamento penal de la tentativa,* en Dogmática Penal y Política Criminal, Lima, Idemsa.