

FELIPE VILLAVICENCIO T.

DERECHO PENAL PARTE GENERAL

GRIJLEY

VVR
VILLAVICENCIO
MORA & RIVERA
S. R. L. C. A.

Primera edición: marzo del 2006
Primera reimpresión: julio del 2006
Segunda reimpresión: agosto del 2007
Tercera reimpresión: octubre del 2010
Cuarta reimpresión: enero del 2013



DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente sin permiso expreso de la Editorial.

© 2013, Derecho Penal. Parte general
© 2013, Felipe Villavicencio T.
© 2013, Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L.
Oficina principal y distribución
Jr. Azángaro 1075 - Of. 207
T.: (51-1) 337-3252
info@grijley.com

Composición e Impresión: Editora y Librería Jurídica
Grijley E.I.R.L.

Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N° 2006-1339
ISBN: 9972-04-078-X

Tiraje: 1,000 ejemplares

RED COMERCIAL:

Grijley Import S.A.
Jr. Azángaro 1077 - Lima 01
T: (054) 321 0258 • 427 1881
grijley_import@yahoo.com

Grijley Arequipa
Calle Santa Marta N° 504 - Of. 105
T: (054) 288379 • C: (054) 95929 8700
arequipa@grijley.com
grijley_arequipa@speedy.com.pe

Grijley Trujillo
Jr. Pizarro N° 540
T: (044) 243898 • C: (044) 94920 6694
trujillo@grijley.com
grijleycomercial@hotmail.com

Grijley Huancayo
Calle Nemesio Ráez N° 545 - El Tambo
T: (064) 244525
huancayo@grijley.com

00000536

Capítulo XI

AMPLIACIÓN DE LA IMPUTACIÓN: TIPO IMPERFECTAMENTE REALIZADO

Sumario: §55. Consideraciones generales. §56. Fases del delito (*iter criminis*). §57. Tentativa. (fundamento de su punición). §58. Tipo de la tentativa. §59. Formas de la tentativa. §60. Desistimiento. §61. Desistimiento en caso de varios intervinientes. §62. Interrupción exterior. §63. Tentativa inidónea (Delito imposible). §64. Delito putativo. §65. Tentativa irreal o supersticiosa.

BIBLIOGRAFÍA

RABIEL ALCÁZER GUIRAO: *Comienzo de la tentativa en la comisión por omisión*, en Cuadernos de Política Criminal, N° 73, Edersa, enero, Madrid 2002. / ENRIQUE BAGICALUPO: *Tentativa* en Código Penal Comentado, T. I, Trivium, Madrid 1997. / VICENTE BÁEZ AVALLONE: *El arrepentimiento espontáneo*, en Cuadernos de Política Criminal N° 9, Madrid 1979. / JUAN BUSTOS RAMÍREZ: *Castigo o impunidad de la tentativa inidónea. Un falso dilema*, en Obras Completas, T. II, Ara, Lima 2004. / JOSÉ CEREZO MIR: *La regulación del iter criminis y la conceptualización de lo injusto en el nuevo Código Penal español*, en Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 9, Gráfica Horizonte, Lima 2000. / JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS: *Iter criminis*, en La ciencia del derecho penal ante el Nuevo Siglo. Libro Homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, Tecnos, Madrid 2003. / ENRIQUE CURY URZÚA: *Tentativa y delito frustrado*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1977. / EDUARDO DEMETRIO CRESPO: *La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa: una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa*, Comares, Granada 2003. / IDEM, *Sobre el comienzo de la tentativa en la autoría mediata*, en Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al profesor Claus Roxin, La Lectura-Lerner, Córdoba 2001. / AMADO EZAINE CHÁVEZ: *El proceso ejecutivo del delito: autoría y participación*, Lima 1997; IDEM, *El iter criminis*, 4ª ed., Ediciones Jurídicas Lambayecanas, Chiclayo 1983. / ELENA FARRÉ TREPAT: *La tentativa de delito (doctrina y jurisprudencia)*, Bosch, Barcelona 1986. / MARIO CARRIDO MONT: *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*, Edito-

rial Jurídica de Chile, Santiago 1984. / HANS JOACHIM HIRSCH: *Acerca de la regulación de la tentativa en el Código Penal peruano*, en Revista Peruana de Ciencias Penales Nº 18, Idemsa, junio, Lima 2003. / FRANCISCO MUÑOZ CONDE: *Desistimiento voluntario de consumar el delito*, Bosch, Barcelona, 1972. / CÉSAR AUGUSTO PAREDES VARGAS: *La tentativa en el Proyecto del Código Penal de 1986*, en Debate Penal, Nº 1 (enero-abril), Lima 1987. / NELSON R. PESSOA: *Fundamentos de la punición de la tentativa. El acto de tentativa es expresión objetivada bajo la forma de riesgo prohibido de una voluntad final prohibida*, en Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al profesor Claus Roxin, La Lectura-Lerner, Córdoba 2001; IDEM, *La tentativa: distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución de delitos*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires 1998; IDEM, *La tentativa*, Hammurabi, Buenos Aires 1987. / JOSÉ LEANDRO REAÑO PESCHIERA: *Sobre los fundamentos de la exención de pena por «desistimiento voluntario» de la tentativa*, en Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro homenaje al profesor doctor Günther Jakobs, Ara, Lima 2005. / PERCY REVILLA LLAZA: *¿Cuándo no es punible la tentativa del delito?*, en Actualidad Jurídica, T. 135, febrero, Lima 2005; IDEM, *Tentativa de delito*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004; IDEM, *Comportamientos impunes*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004; IDEM, *Desistimiento de actos ejecutivos-desistimiento activo*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004; IDEM, *Desistimiento activo en caso de pluralidad de intervinientes en el delito*, en Código Penal Comentado, T. I, Gaceta Jurídica, Lima 2004. / FIDEL ROJAS VARGAS: *Actos preparatorios, tentativa y consumación del delito. Dogmática penal y fase externa del delito*, Grijley, Lima 1997. / CLAUD ROXIN: *Acerca de la tentativa en el derecho penal*, en Problemas actuales de dogmática penal, trad. de Manuel A. Abanto Vásquez, Ara, Lima 2004; IDEM, *Sobre el desistimiento de la tentativa inacabada*, en Problemas básicos de derecho penal, trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Reus, Madrid 1976. / ISABEL SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ: *La criminalización en el ámbito previo como tendencia político-criminal contemporánea*, en Revista Peruana de Ciencias Penales, Nº 15, Idemsa, julio, Lima 2004; IDEM, *El moderno derecho penal y la anticipación de la tutela penal*, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico, Universidad de Valladolid, Valladolid 1999. / MARCELO A. SANCINETTI: *Por qué un concepto de ilícito penal sin disvalor de resultado permite una dogmática más racional*, en Revista Peruana de Ciencias Penales, Nº 15, Idemsa, Lima 2004; IDEM, *Las regulaciones sobre causas de extensión de la punibilidad*, en Dogmática del hecho punible y ley penal, Ad Hoc, Buenos Aires 2003; IDEM, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. A la vez: una investigación sobre el fundamento del ilícito en Jakobs*, Temis, Bogotá 1995. / JOSÉ RAMÓN SERRANO-PIEDRACASAS FERNÁNDEZ: *Fundamentación objetiva de la tentativa en el Código Penal español*, en Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales. Homenaje al profesor Claus Roxin, La Lectura-Lerner, Córdoba 2001. / ESERHARD STRUENSEE: *Dolo, tentativa y delito putativo*, Hammurabi, Buenos Aires 1992. / HANS WELZEL: *La doctrina de la acción finalista, hoy*, en Revista Jurídica Veracruzana, Nº 2, Jalapa 1970. / EUCENIO RAÚL ZAFFARONI/JOSÉ HENRIQUE PIERANGELLI: *Da tentativa*, Bauri, Jalovi 1980.

§55. Formas imperfectas de realización del tipo

Los delitos dolosos suponen la presencia de los elementos de la imputación objetiva y subjetiva, y en los supuestos que sólo concurre la primera

§56. Fases del delito (*iter criminis*)

evidentemente estaremos ante un error de tipo ⁽¹⁾. En caso contrario, cuando sólo exista la imputación subjetiva (dolo no concretizado), pero no se haya completado el aspecto objetivo del tipo (o parcialmente), será necesario ampliar la imputación ⁽²⁾. Precisamente a esto se denomina **formas imperfectas de realización del tipo** ⁽³⁾, que se presenta cuando el agente no logra ejecutar, pese a intentarlo, todos los elementos típicos necesarios para la configuración de un tipo penal determinado ⁽⁴⁾. Las disposiciones de la parte especial están redactadas en forma de tipos consumados y la sanción a etapas previas a la consumación se debe a una ampliación de la imputación a través de las reglas de la parte general. Es de precisar que los tipos imperfectamente realizados no constituyen conductas delictivas independientes de un tipo penal determinado, pues en ellos existe un déficit respecto a la tipicidad, y no quiere decir que nos encontremos ante delitos distintos ⁽⁵⁾.

871.
Formas imperfectas de realización del tipo

§56. Fases del delito (*iter criminis*)

Entendemos al «*iter criminis*» como las etapas constitutivas de un delito. Es un proceso que parte desde un momento mental (se concibe la idea de cometer el delito), hasta llegar a un momento externo (se llega a consumir el resultado). La construcción del proceso delictivo en base a etapas o momentos, es claro que resulta ser ideal, pues en muchos supuestos media solamente un instante entre la concepción de la idea y su ejecución. Así, para efectos didácticos, es recomendable mantener esta división de etapas a fin de verificar sus momentos básicos.

872.
iter criminis

La realización de un delito pasa por dos fases: interna y externa. La fase interna se desarrolla en la mente del autor. En esta etapa se encuentra la ideación que es el desarrollo de la idea delictiva. No se conoce todavía cómo actuará el sujeto, ya que *sólo él mismo* conoce de sus planes ejecutivos. La fase externa viene a ser la exteriorización de la fase interna al mundo real. En esta etapa ubicamos a los actos preparatorios, tentativa,

873.
Fases del delito

⁽¹⁾ STRATENWERTH, 2005, p. 325, num. 1; ROJAS VARGAS, 1997, p.100.

⁽²⁾ Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2005, p. 633, num. 2.

⁽³⁾ Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, 1987, p. 243.

⁽⁴⁾ Cfr. BERDUGO *et al.*, 1999, p. 274.

⁽⁵⁾ RODRÍGUEZ DEVEZA, 1991, p. 771.

consumación y agotamiento. Supone concretizar, en la realidad material, esas ideas delictivas ⁽⁶⁾. Comienza con la plasmación del plan criminal y termina con la consumación del resultado querido. Como veremos más adelante, a diferencia de la fase interna, en esta etapa la intervención punitiva resulta indiscutible. «El Derecho Penal proclama que solamente lo que corresponda a lo externo puede ser objeto de valoración y, en su caso, de castigo» ⁽⁷⁾.

Jurisprudencia:

«En el proceso del delito se destacan dos fases: la fase interna, que comprende la ideación y la fase externa, que abarca los actos preparatorios, la tentativa, la consumación y el agotamiento del delito» ⁽⁸⁾. En otro caso: «El iter criminis o camino recorrido por el acusado en su tercera comisión delictiva, ha sido el siguiente: a) empieza con la fase interna, desde que se le produce la idea de secuestro, lo delibera internamente y lo decide; b) continúa con la fase externa realizando actos preparatorios, vistiéndose adecuadamente, proveyéndose del arma de fuego, de las municiones, encaminándose al lugar de los hechos y colocando tres piedras en la carretera San Luis-Yauya, hasta el momento que llega la camioneta con el agraviado y los testigos que van dentro; c) empieza con los actos ejecutivos desde el momento que se acerca el vehículo en mención, haciendo un disparo al aire, para terminar dichos actos ejecutivos al momento que fallece el Padre D. B.» ⁽⁹⁾

874.
Relevancia
penal de la
tentativa y
consumación

El iter criminis es un proceso continuo, ininterrumpido, sin límites exactos entre las fases. Pero no todas estas etapas son relevantes desde el punto de vista jurídico-penal ⁽¹⁰⁾. De ellas, las que más le interesan al Derecho Penal son la tentativa y la consumación.

a. Ideación

875.
Ideación

El delito nace en la mente del sujeto, en ella se puede observar deliberación de la idea delictiva que, de acuerdo a las características del delito, se pretende realizar, la que puede ser más o menos breve o incluso faltar. Aquí se da la lucha entre la idea delictiva y las objeciones valorativas contrarias a ella ⁽¹¹⁾. Esto es importante para los efectos de determinar la

⁽⁶⁾ Vid. entre los autores nacionales: HURTADO POZO, 2005, p. 796; REVILLA LLAZO, 2004, p. 530; ROJAS VARGAS, 1997, p. 112; PEÑA CABRERA, 1983, p. 295; EZAINE CHÁVEZ, 1983, p. 9. PAREDES VARGAS, 1987, p. 37.

⁽⁷⁾ QUINTERO OLIVARES, 2000, p. 575.

⁽⁸⁾ Ejecutoria Suprema del 11 de enero de 1999, R. N. 4804-8, Huaura, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* 2, Lima, 2001, p. 668.

⁽⁹⁾ Exp. 573-97 Huari en ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, 1999, pp. 407-408.

⁽¹⁰⁾ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 425.

⁽¹¹⁾ MANTILLA/RODRÍGUEZ, 1999, p. 211; PEÑA CABRERA, 1997, p. 381.

premeditación, que puede ser una circunstancia de agravación genérica o específica ⁽¹²⁾. Esta etapa concluye con la resolución donde se decide realizar el acto delictivo. La resolución, más o menos lúcida, es presupuesto de todo hecho doloso ⁽¹³⁾.

Es regla general que la ideación es impune, pues tiene total validez el principio «*cogitationis poena nemo patitur*» (ULPIANO). Al Derecho Penal moderno no le interesa reprimir las ideas, hacerlo significaría violentar la dignidad y la libertad de la persona ⁽¹⁴⁾. La fase interna del *iter criminis* no puede ser objeto de sanciones penales, sino sólo cuando se concrete en una fase externa. Este principio tiene un fundamento constitucional en el artículo 2, numeral 3 de la Carta Política.

Jurisprudencia:

«Por regla general, los procesos que ocurren en el mundo interior del agente (ideación) no son típicos y, por ende, son impunes, dado que al derecho penal no le interesa reprimir las ideas o un simple pensamiento delictivo, sino que es necesario que se transforme en una conducta real.» ⁽¹⁵⁾.

En la fase interna ya se puede apreciar el *dolo*. Este elemento encuentra su origen en la ideación y acompaña al agente hasta la consumación delictiva ⁽¹⁶⁾; pero, en esta etapa del proceso delictivo, el dolo aparece inactivo ante las exigencias punitivas, ya que requiere que esté concretizado en conductas externas.

Por otro lado, la mera comunicación de la decisión de cometer el delito, en la medida que no suponga una amenaza (artículo 151, Código penal), es impune. Esto demuestra que no existen límites exactos, pues la comunicación de la decisión delictiva a un tercero, no es precisamente ideación (pues está exteriorizada), ni tampoco un acto preparatorio.

b. Actos preparatorios

Es la etapa en la que el autor dispone de los medios elegidos con el objeto de crear las condiciones para alcanzar el fin que se propone ⁽¹⁷⁾. Estos

⁽¹²⁾ Vid. MIR PUIG, 1983, p. 127; IDEM, 1985, p. 278.

⁽¹³⁾ MIR PUIG, 2004, p. 335, núm. 4.

⁽¹⁴⁾ Cfr. BUSTOS, 2004, I, p. 658.

⁽¹⁵⁾ Ejecutoria Suprema del 11 de enero de 1999, R. N. 4804-8 Huaura en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* 2, Lima, 2000, p. 668.

⁽¹⁶⁾ BERDUGO *et al.*, 1999, p. 275.

⁽¹⁷⁾ BACIGALUPO, 2004, p. 438.

876.
Impunidad
de la
ideación

877.
Dolo
inactivo

878.
Comunica-
ción de la
decisión
delictiva

879.
Actos
preparatorios

comportamientos preceden a la ejecución típica del delito ⁽¹⁸⁾. Los actos preparatorios son las primeras conductas externas ubicadas entre la fase interna y el comienzo de la ejecución de la comisión típica de un delito determinado, dentro del *iter criminis* ⁽¹⁹⁾. No es calculable el número de actos que puede comprender la preparación delictiva, ya que esto dependerá del plan criminal que maneje el agente ⁽²⁰⁾.

Jurisprudencia:

«Los actos preparatorios, vienen a ser la etapa del proceso en la que el autor dispone de los medios elegidos con el objeto de crear las condiciones para alcanzar el fin que se propone, los que generalmente, también son atípicos y por ende impunes (...). El hallazgo de un costalillo de yute, dos linternas y otras especies en la maletera del vehículo en que se trasladaban los acusados, unida a la actitud sospechosa de aquellos, sólo puede calificarse como actos preparatorios de un delito de robo y no como actos de ejecución.» ⁽²¹⁾ En otro caso: *«Se imputa al acusado haber confeccionado los planos y croquis que determinaban la trayectoria a seguir por el agraviado, que luego sería objeto de la privación de su libertad personal; empero tal comisión delictiva no se perpetró, quedando entonces la actitud del procesado como un acto carente de suficiencia para violentar un bien jurídico tutelado por la ley en vista de no darse el presupuesto inequívoco de dar inicio en la comisión del hecho punible, por tanto debe encuadrarse tal situación como acto preparatorio que se encuentra en la fase externa del delito pero que no es parte de él, siendo que por sí solo, es incapaz de indicar la voluntad del hecho de continuar acabar su intento delictuoso.»* ⁽²²⁾

880.
Impunidad
de actos
preparatorios

En relación a la penalidad, la regla general es que los actos preparatorios son atípicos, por ende, impunes. En otras palabras, los actos son equívocos, ya que pueden ser entendidos dentro del ámbito de las conductas socialmente permitidas; estos actos se hallan muy alejados a una posible consumación típica del delito, que no significan una seria amenaza para el bien jurídico protegido ⁽²³⁾. Los actos preparatorios son «una de las garantías en el normal desenvolvimiento de las acciones humanas, cuyo

⁽¹⁸⁾ Los actos preparatorios implican ir más allá del plan criminal (límite mínimo), objetivando el hecho representado, no pudiendo haber iniciado la ejecución inmediata y típicamente relevante de la voluntad delictiva (límite máximo) (MAURACI/CÖSSEL/ZIFF, 1995, p. 8).

⁽¹⁹⁾ Cfr. MIR PUIG, 2004, p. 336, num. 5.

⁽²⁰⁾ QUINTERO OLIVARES, 2000, p. 577.

⁽²¹⁾ Ejecutoria Suprema del 11 de enero de 1999, Exp. 4804-98 Huaura en PRADO SILDARRIAGA, 1999, pp. 182-183.

⁽²²⁾ Ejecutoria del 18 de mayo de 1994, Exp. 111-94 en *Guía Rápida de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal*, Gaceta Jurídica, Lima 2001, pp. 35-36.

⁽²³⁾ JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 562.

respeto y objeto de mínima intromisión reflejan y grafican la real estructuración y funcionalidad de un Estado de derecho»⁽²⁴⁾.

En algunos casos, el legislador hace excepciones a esta regla de impunidad y decide sancionar tales acciones preparatorias que se dirigen inequívocamente al delito, especialmente en los casos de preparación de delitos graves y cuando la lucha eficaz contra ciertas formas de criminalidad requiera «una injerencia prematura»⁽²⁵⁾.

881.
Preparación
excepcionalmente
sancionada

Jurisprudencia:

«En la tentativa sólo es punible el comienzo de la ejecución mas no así (...) los actos preparatorios, a no ser que en este último caso dichos actos preparatorios por sí mismos constituyen delito»⁽²⁶⁾.

Se cree que son excepciones fundadas en razones de política criminal⁽²⁷⁾. Algunos consideran que esta afirmación es equivocada e innecesaria, pues sostienen que preparación y ejecución son conceptos que dependen del punto en el que fije el legislador el comienzo de la protección penal del bien jurídico. Si bien se estipula de manera genérica que los actos preparatorios no trascienden ningún tipo de efectos negativos, ya sea de peligro o de lesión, en perjuicio de los bienes jurídicos tutelados, el legislador en muchas ocasiones ha considerado anticiparse al resultado típico por la importancia que tiene la protección de algunos bienes jurídicos. En consecuencia, no hay «actos preparatorios» en sí, ni «actos de ejecución» en sí⁽²⁸⁾. Ejemplo: La tenencia de máquinas, cuños o cualquier otra clase de instrumentos destinados a la falsificación de monedas (artículo 255, Código penal) no serían actos preparatorios «excepcionalmente sancionados» sino actos de ejecución porque así lo ha decidido el legislador al extender hasta esos extremos la protección del bien jurídico. Por otro lado, no es exacto que estas excepciones tengan especiales motivos político-criminales, pues «todos los delitos del Código están incriminados por especiales motivos de política criminal»⁽²⁹⁾. Así también, consideramos que no es aceptable la punición de actos preparato-

882.
Fundamentos
para la
punición
de actos
preparatorios

⁽²⁴⁾ ROJAS VARGAS, 1997, p. 103.

⁽²⁵⁾ STRATENWERTH, 2005, p. 327, num. 9.

⁽²⁶⁾ Sentencia del 20 de abril de 1999, Exp. 96-0016-191601-SP01 Loreto en ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, 2000a, pp. 232-234.

⁽²⁷⁾ JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 562.

⁽²⁸⁾ BAGIGALUPO, 2004, p. 439.

⁽²⁹⁾ *Loc. cit.*

rios en relación a la peligrosidad personal de quien efectuó la preparación, porque ello significaría un supuesto de Derecho Penal de autor.

883.
Formas de
actos
preparatorios
punibles

La manera como el legislador decide adelantar la ejecución puede ser de dos formas. *Primero*, extiende un determinado tipo hasta comprender acciones preparatorias. *Segundo*, el legislador decide la *tipificación independiente* de algunas acciones preparatorias. Es decir, crea un delito autónomo. Ejemplo: fabricación, almacenamiento, suministro o posesión de explosivos (artículo 279, Código penal).

884.
Apología y
conspiración

En el supuesto de tipificación independiente de algunas otras acciones preparatorias, el Derecho Penal peruano prevé sanción para el delito de *apología* (artículo 316, Código penal) y el delito de *conspiración* para una rebelión, sedición o motín (artículo 349, Código penal)⁽³⁰⁾. Aparentemente estas figuras no tendrían nada que ver con el tema.

885.
Actos
preparatorios como
actos de
complicidad

Esta decisión del legislador, de sancionar acciones preparatorias, tiene importantes consecuencias prácticas en el ámbito de la punibilidad. De lo que se trata es de mantener atípicas aquellas acciones preparatorias todavía más lejanas que las ya penalizadas por la Ley. Otras veces los tipos legales son complementados por disposiciones generales, de tal manera que acciones preparatorias son sancionadas como actos de complicidad⁽³¹⁾. Ejemplo: la mujer que entrega el vehículo para un secuestro, el sujeto que entrega a otro un fusil para que mate (son tanto actos de complicidad como actos preparatorios que devienen punibles porque son actos de asistencia).

886.
Absorción
del acto
preparatorio

Por otro lado, el acto preparatorio como delito autónomo no puede ser punible independientemente si se ha producido la agresión final que el orden jurídico pretende evitar, que es también punible. No puede sancionarse dos veces por el mismo acto. Ejemplo: el sujeto que introduce en el territorio de la República máquinas destinadas a la falsificación de monedas (artículo 255, Código penal) y posteriormente produce la falsificación de éstas (artículo 252, Código penal), deberá ser sancionada por esta última figura.

c. Tentativa

887.
Tentativa

Los actos que se extienden desde el momento en que comienza la ejecución hasta antes de la consumación son actos de tentativa. Así pues, el

⁽³⁰⁾ Se trata de las «resoluciones manifestadas» del Código Penal español de 1995 en sus artículos 17 y 18. Vid. BACIGALUPO, 1997, p. 559.

⁽³¹⁾ LOGOZ, 1976, p. 113. HURTADO POZO, 2005, p. 801, num. 2042.

comienzo de la ejecución típica del delito y su no consumación representan sus límites.

Jurisprudencia:

«La tentativa consiste en el inicio de la ejecución de un delito, sin consumarlo, el comienzo de la ejecución comprende el inicio de la acción típica, así como la realización de actos demostrativos por el agente para poner en obra su finalidad»⁽⁸²⁾.

A diferencia de los actos preparatorios, la tentativa puede ser punible. Esta es una etapa superior en el desarrollo del delito, pues cuando se pasa a los actos de ejecución, los actos preparatorios quedan absorbidos por estos⁽⁸³⁾. Dentro del *iter criminis*, la tentativa se encuentra ubicada entre los actos preparatorios y la consumación. La delimitación entre los actos de tentativa y los actos preparatorios, y la propia consumación puede ser problemática. A ella nos referiremos más adelante.

888.
Tentativa y
actos
preparato-
rios

En realidad, la tentativa es la interrupción del proceso de ejecución tendente a alcanzar la consumación. Estas interrupciones pueden ser voluntarias (desistimiento) o involuntarias (externas o accidentales). En nuestra ley, la tentativa puede ser admitida en todos los delitos dolosos de comisión u omisión, a diferencia de otras legislaciones en las que es la propia ley la que precisa en qué casos la tentativa se sanciona. Hay consenso en que en los delitos imprudentes no hay tentativa.

889.
Definición
de la
tentativa

En relación con los *delitos de peligro concreto*, no existen problemas desde un punto de vista teórico para la admisión de la tentativa, ya que se exige la puesta en peligro del bien jurídico (resultado típico). En el caso de *delitos de peligro abstracto*, resulta muy difícil la admisión de la tentativa, ya que de su propia esencia se presume el peligro y no se exige su concreción⁽⁸⁴⁾.

890.
Tentativa
en delitos
de peligro

Jurisprudencia:

«Por ser el delito uno de peligro (tenencia ilegal de armas), su naturaleza jurídica no posibilita que exista tentativa en su comisión»⁽⁸⁵⁾.

⁽⁸²⁾ Sentencia del 20 de abril de 1999, Exp. 96-0016-191601-SP01 Loreto en ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, 2000a, pp. 232-234. Vid. tab. Ejecutoria del 18 mayo de 1994, Exp. 111-94 en *Guía Rápida de Jurisprudencia Penal y Procesal Penal*, Gaceta Jurídica, Lima 2001, pp. 35-36.

⁽⁸³⁾ BUSTOS, 2004, I, p. 1046.

⁽⁸⁴⁾ CORCOY BIDASOLO estima la impunidad para los delitos de peligro (1999, p. 271 y ss.).

⁽⁸⁵⁾ Exp. 573-97 Huarí en ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, 1999, pp. 396-419.

d. Consumación

Este es un concepto formal y equivale a la realización precisa de un tipo. El delito está consumado con el total cumplimiento del tipo ⁽³⁶⁾, es decir, con la realización de todos los elementos integrantes del mismo. Esencialmente, significa que el agente alcance el objetivo planeado mediante los medios que utiliza. Ejemplo: en el delito de hurto (artículo 185, Código penal), el momento de la consumación es el apoderamiento del bien mueble. Es importante el momento consumativo en su acepción formal, pues en algunos casos el legislador decide considerar consumado un delito incluso en etapas de tentativa o de preparación. Por otra parte, también resulta importante para solucionar muchos aspectos como la determinación del lugar y el tiempo de la comisión delictiva, el cómputo de la prescripción de la pena, etc. «En función a la configuración del tipo (delitos de lesión, de peligro o de resultado cortado), la consumación puede tener lugar en un momento anterior o posterior» ⁽³⁷⁾.

891.
Concepto formal de consumación

A diferencia de la tentativa, la consumación concuerda plenamente con el desvalor de acto y de resultado de lo injusto respectivo. Dicha diferenciación va a repercutir en la determinación de la pena aplicable, y tiene su razón de ser porque en la consumación no tan sólo existe desvalor de acción y desvalor del resultado, sino que a veces implica la lesión irreversible del bien jurídico que generalmente no se da en la tentativa ⁽³⁸⁾.

892.
Consumación como desvalor de acto y de resultado

Jurisprudencia:

«La tentativa, a diferencia de la consumación, importa de parte del agente una puesta en marcha del plan personal de ejecución sin lograr realizar el fin representado; así, está da cumplimiento de todos los requisitos del tipo, tanto objetivo como subjetivo, realizando dolo imperfectamente, de modo que constituye una interrupción del proceso de ejecución tendiente a alcanzar la consumación» ⁽³⁹⁾.

⁽³⁶⁾ WELZEL, 1976, p. 260.

⁽³⁷⁾ JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 556. «La consumación es, pues, un concepto formal que no indica nada sobre lesiones de bienes jurídicos» (JAKOBS, 1995, p. 85 num. 1g).

⁽³⁸⁾ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 1996, p. 430.

⁽³⁹⁾ Ejecutoria Suprema del 29 de octubre de 1999, R. N. 3395-99 en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales* 3, Lima 2002, pp. 543-544.

e. Delito agotado

Es la llamada «consumación material» que se presenta cuando el sujeto no sólo realiza todos los aspectos exigidos por el tipo, sino que además consigue alcanzar la intención que perseguía ⁽⁴⁰⁾. Ejemplo: el hijo que obtiene la herencia luego de matar a su padre (parricidio, artículo 107 Código penal).

893.
Consumación material

Para que se sancione basta la consumación y no se precisa del delito agotado, eventualmente, éste puede ser una circunstancia genérica de agravación de la pena (artículo 46, numeral 4, Código penal).

894.
Eventual sanción por agotamiento

La diferencia entre consumación y agotamiento tiene efectos prácticos, por ejemplo, «en los tipos de peligro, de resultado cortado o mutilados de dos actos, en los cuales la ley adelanta la frontera de la represión penal a un momento anterior a la efectiva producción de todo aquello que quiere evitar» ⁽⁴¹⁾.

895.
Diferencia práctica entre consumación y agotamiento

§57. Tentativa (fundamento de su punición)

a. Teoría objetiva

Entiende que la razón de la sanción de la tentativa está en la puesta en peligro del bien jurídico protegido ⁽⁴²⁾. En estas teorías se da mayor importancia al desvalor del resultado pues se exige que haya una *afectación al bien jurídico*. Este criterio se apoya en un fundamento garantista de seguridad jurídica para el ciudadano, pues sólo se castigan procesos subjetivos que produzcan un resultado.

896.
Tentativa: teoría objetiva

Jurisprudencia:

«Para la configuración de la tentativa se requiere la puesta en peligro del bien jurídico, debiendo analizarse cuál ha sido este» ⁽⁴³⁾.

⁽⁴⁰⁾ MUÑOZ CONDE, 2004, p. 140.

⁽⁴¹⁾ MIR PUIG, 2004, p. 353, num. 80.

⁽⁴²⁾ En su época FEUERBACH afirmaba que «es imposible que una acción sea antijurídica sin chocar con el derecho externo, pues solo lo es una acción (exterior) que lesiona o pone en peligro al derecho». De este principio dedujo que «quien habla de participación en el crimen con un veneno falso o del homicidio de un cadáver o similares, confunde lo moral con lo jurídico» (§42 cita 3; ed. castellana, 1989, p. 76).

⁽⁴³⁾ Ejecutoria del 8 de abril de 1996, Exp. 68-95 Callao en ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, 2000a, pp. 260-263.

897. Consecuencias de la teoría objetiva Las *consecuencias* político-criminales son las siguientes: *Primera*, impunidad de actos preparatorios, pues se encuentra demasiado lejos de la lesión al bien jurídico ⁽⁴⁴⁾. *Segunda*, menor sanción de la tentativa respecto de la consumación, pues el bien jurídico es afectado en menor gravedad ⁽⁴⁵⁾. *Tercera*, impunidad de la tentativa inidónea, pues el bien jurídico no ha sido afectado. Sin embargo, esta teoría pudo extender la punición a la tentativa inidónea reconociendo que no sólo entraría en consideración el peligro corrido por el bien jurídico sino también la peligrosidad exteriorizada por el autor ⁽⁴⁶⁾. Esto fue posible pues la pena se fundamentó en la prevención especial (von LISZT).

898. Críticas a la teoría objetiva La *crítica* que se ha formulado a la teoría objetiva se apoyan en las dificultades prácticas que existen para diferenciar entre acciones peligrosas y las que no lo son, de manera que no logran satisfacer las exigencias de seguridad jurídica de las que surgieron, además se ha resaltado especialmente en el caso de la tentativa inidónea las consecuencias injustas que esta posición plantea; sin embargo, la verdadera causa del abandono de estas teorías objetivas se encuentra en la imposibilidad de explicar el injusto de la tentativa y no sólo de la tentativa inidónea desde un punto de vista exclusivamente objetivo ⁽⁴⁷⁾.

899. Teoría objetiva en el Derecho peruano Nuestro Código Penal, parcialmente, ha adoptado esta teoría, v. gr. establece que sólo será penado los actos practicados cuando constituyen por sí otros delitos, en los casos de desistimiento en tentativa inacabada (artículo 18) en relación al delito consumado, y señala la impunidad para la tentativa inidónea (artículo 17).

b. Teoría subjetiva

900. Tentativa: teoría subjetiva Se origina en la jurisprudencia del Tribunal del Imperio Alemán y también se difundió en Italia por la Escuela Positiva (GAROFALO). Esta teoría pretende fundamentar la punición de los actos no consumativos en la *intención del sujeto*, es decir, en su voluntad dañina. Faltando la lesión del bien jurídico, lo decisivo sería la dirección de la voluntad hacia dicha lesión en cuanto se manifiesta externamente ⁽⁴⁸⁾. Para la Escuela Positiva italiana bastaba con la *peligrosidad social* del sujeto como fundamento de la punición de la tentativa. En la Escuela de Kiel, también se acentuó el aspecto subjetivo pues precisaba que lo importante era la voluntad contra el pueblo alemán, la traición como la base del delito ⁽⁴⁹⁾.

901. Fundamento de la teoría subjetiva La fundamentación de esta teoría se ubica en la *teoría de la equivalencia de condiciones*, donde destacando la no existencia de distinción alguna en el plano objetivo, debido a que todas las condiciones son equivalentes para un resultado, se hace imperante dirigirnos al plano subjetivo ⁽⁵⁰⁾. Así pues, resulta impropio hablar de la inidoneidad del medio porque la inidoneidad es lo contrario al medio.

⁽⁴⁴⁾ MIR PUIG, 2004, p. 336, num. 8. *Vid.* su descripción de la teoría objetiva moderna (1983, p. 129).

⁽⁴⁵⁾ JESÚS, 1985, p. 292; MIR PUIG, 2004, p. 337, num. 9.

⁽⁴⁶⁾ BACIGALUPO, 1998, p. 337.

⁽⁴⁷⁾ FARRÉ TREPAT, 1986, pp. 8-9

⁽⁴⁸⁾ MIR PUIG, 2004, p. 337, num. 11.

⁽⁴⁹⁾ BUSTOS, 1984, p. 309.

⁽⁵⁰⁾ BACIGALUPO, 1998, p. 337. *Vid.* JAKOBS, 1995, p. 862, num. 17.

§57. Tentativa (fundamento de su punición)

Las consecuencias prácticas de esta teoría son las siguientes: *Primera*, una ampliación del ámbito de los actos ejecutivos sancionables, con el riesgo de reducir el espacio de los actos preparatorios impunes. Todo ello en razón que la voluntad delictiva se manifestaría desde el principio. *Segunda*, similar punición de consumación y tentativa, ya que en ellas existe la misma subjetividad delictiva sin importar la ausencia del resultado. *Tercera*, punibilidad de la tentativa inidónea, pues afirma que no tiene sentido una distinción entre tentativa inidónea e idónea, ya que toda tentativa es inidónea pues si era idónea, el delito se hubiera consumado ⁽⁵¹⁾. *Cuarta*, ofrecen dificultades para excluir de punibilidad a las tentativas irreales (supersticiosas o imaginarias) ⁽⁵²⁾.

Es evidente que esta posición se apoya en un *Derecho Penal de autor*, vulnerando el principio del Derecho Penal de acto. Hay que destacar que castigar la pura voluntad delictiva sin que se produzca la puesta en peligro o la lesión del bien jurídico, tiene un sentido bastante autoritario que conduce a la arbitrariedad ⁽⁵³⁾. Además, no toda tentativa constituye una señal de la peligrosidad del agente, de tal manera que fundamentar la tentativa inidónea en la peligrosidad del autor, significa aceptar el hecho que se aplique una pena por la simple existencia de una sospecha ⁽⁵⁴⁾.

Nuestro Código Penal no se inclina por esta teoría ya que establece la impunidad en el delito imposible (artículo 17).

c. Teoría de la impresión

Estas ideas parten de la teoría subjetiva pero la combinan con elementos objetivos. Pretenden establecer una conjunción de los criterios básicos de las teorías anteriores destacando tanto la voluntad dañina o criminal y el peligro resultante en perjuicio del bien jurídico. «La voluntad puesta en marcha frente a la norma de comportamiento es, ciertamente, fundamento de la tentativa; sin embargo, el merecimiento de pena de la acción dirigida al hecho sólo es afirmado si con ésta se ve afectada la confianza de la colectividad en la validez del Ordenamiento jurídico y el sentimiento de seguridad jurídica, pudiéndose menoscabar así la paz jurídica (teoría de la impresión)» ⁽⁵⁵⁾. Desde el punto de vista dogmático, esta teoría pone el acento especialmente en el desvalor de acto, por lo que no es necesario que produzca una afección al bien jurídico, bastando con la conmoción que el hecho puede provocar en la generalidad.

Se le critica porque «la sede del problema de la tentativa no es la 'conmoción' 'psicológico-social' de 'generalidad' alguna, sino la legitimidad de la intervención anterior a la realización del tipo» ⁽⁵⁶⁾. Además, se considera que esta teoría es demasiado ambigua y que las frases «impresión de la generalidad» y «conmoción del ordenamiento jurídico»

902.
Conse-
cuencias
de la teoría
subjetiva

903.
Críticas a
la teoría
subjetiva

904.
Rechazo a
la teoría
subjetiva

905.
Tentativa:
teoría de la
impresión

906.
Crítica a la
teoría de la
impresión

⁽⁵¹⁾ BACIGALUPO, 1998, p. 337; MIR PUIG, 2004, p. 337, num. 14.

⁽⁵²⁾ WELZEL (1970, p. 267) y STRATENWERTH (1982, p. 214) afirman que la teoría subjetiva excluye la punibilidad de esta tentativa irreal.

⁽⁵³⁾ ZAFFARONI, 1982, p. 424. Vid. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 779.

⁽⁵⁴⁾ FARRÉ TREPAT, 1986, p. 23.

⁽⁵⁵⁾ JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 552.

⁽⁵⁶⁾ JAKOBS, 1995, p. 863, num. 20.

precisan de concreción ⁽⁵⁷⁾. A su favor se alega que, desde el punto de vista de las garantías del ciudadano, ella aparece preferible a las tesis subjetivas pues exigen una manifestación exterior de los procesos subjetivos del individuo ⁽⁵⁸⁾.

907.
Conse-
cuencias
de la teoría
de la
impresión

Las consecuencias que surgen de esta concepción son las siguientes: *Primera*, en cuanto a los actos preparatorios, tiende sólo a castigar determinados casos, aunque en número mayor que las tesis objetivas, pues basta con el criterio de conmoción social. *Segunda*, en relación a la tentativa se propugna una atenuación facultativa de la pena, según se aminore o no la conmoción social. *Tercera*, en cuanto a la tentativa inidónea, ya que es una exteriorización de la voluntad criminal y que con ella se conmueve al ordenamiento jurídico, se estima igualmente punible como la tentativa. *Cuarta*, en relación a la tentativa irreal, propugna su impunidad pues ella no determina ninguna alarma social.

908.
Teoría de la
impresión
en el
Derecho
peruano

Nuestro Código se orienta parcialmente en esta posición en cuanto a la disminución prudencial de la pena en los casos de tentativa (artículo 16, párrafo segundo) y en la impunidad de la tentativa irreal.

d. Teoría funcionalista

909.
Tentativa
teoría
funciona-
lista

Dentro de un sistema funcionalista, JAKOBS plantea que los fundamentos de la punibilidad de la tentativa deben de partir del agente por medio de la *desobediencia a una norma preexistente*. Se trata del carácter expresivo de la negación de una norma ⁽⁵⁹⁾. En toda persona responsable existe una «libertad de organización interna», dicha libertad implica, a su vez, un deber: «La persona tiene que cuidar de que de su ámbito de organización no salgan procesos causales dañosos» ⁽⁶⁰⁾.

910.
Tentativa
material y
tentativa
formal

Tomando en cuenta este planteamiento, se deduce una *tentativa material* y una *tentativa formal*; lo primero se refiere a un abandono del dominio en perjuicio potencial de otro; lo segundo implica el abandono del dominio con la consecuencia de una potencial realización del tipo ⁽⁶¹⁾. Se establece que «el fundamento de punición de la tentativa es que se pone de manifiesto una infracción de la norma; en la tentativa en sentido material, a través de un comportamiento externo; en la tentativa en sentido exclusivamente formal, a través de un comportamiento que el Derecho positivo declara externo» ⁽⁶²⁾.

911.
Conse-
cuencias
de la
explicación
funciona-
lista de la
tentativa

Con esta fundamentación de la tentativa basada en una explicación normativa se superaría la dificultad de diferenciación entre actos preparatorios y la tentativa, pues esta última cuenta con el significado comunicativo de constituirse como una defraudación de la norma. Además, la sanción de la *tentativa inidónea* estaría racionalmente fundamentada. Sobre el entendimiento de la tentativa fundada en el significado social del hecho, los supuestos de *tentativa irreal* no pueden considerarse tentativa sancionable, ni tampoco la llamada tentativa burda (*delito imposible*) basada en interpreta-

⁽⁵⁷⁾ FARRÉ TREPAT, 1986, p. 27.

⁽⁵⁸⁾ BUSTOS, 1984, p. 310.

⁽⁵⁹⁾ BACIGALUPO, 2004, p. 441. Para ROJAS VARGAS (1997, p. 301) los planteamientos de JAKOBS se identifican como criterios objetivo-formales (normativismo penal).

⁽⁶⁰⁾ JAKOBS, 1995, pp. 863-864, num. 21.

⁽⁶¹⁾ *Ibidem*, p. 864, num. 21.

⁽⁶²⁾ *Loc. cit.*

§58. Tipo de la tentativa

ciones personales de la realidad, pues carecen de una relevancia social. «Solamente aquello que produce una perturbación social, esto es, una afectación a la identidad normativa de la sociedad, puede dar lugar a una sanción penal, y ciertamente aun cuando nadie haya salido realmente perjudicado por ello» ⁽⁶³⁾.

§58. Tipo de la tentativa

Son **elementos** del tipo de la tentativa: el dolo y otros elementos subjetivos (**tipo subjetivo**), el comienzo de ejecución de la conducta típica (**tipo objetivo**), y la falta de la consumación del tipo (**factor negativo**).

912.
Tipo de la
tentativa

Jurisprudencia:

«Que, penalmente, la tentativa se da cuando el sujeto da inicio a la ejecución de la acción típica mediante hechos directos pero faltan uno o más para la consumación del delito, exigiéndose la concurrencia de tres requisitos: resolución criminal, comienzo de la ejecución y falta de consumación (elemento negativo)» ⁽⁶⁴⁾.

Estos tres elementos deben siempre ser analizados desde la perspectiva de un tipo penal concreto. Es por eso que la tentativa es un *tipo dependiente* ya que sus elementos no se constituyen por sí mismos sino que se hallan referidos a un tipo penal determinado. «No hay un delito de tentativa sino tentativas de delitos, toda vez que el dispositivo amplificador no consiste en otra cosa que en la proyección retrospectiva del mismo tipo (consumado)» ⁽⁶⁵⁾.

913.
Tentativa
como tipo
dependiente

a. Tipo subjetivo

Como expresamos, el dolo es fundamental pues sólo existe tentativa de un delito doloso. Para la imputación subjetiva de la tentativa se exige que el agente actúe queriendo los actos realizados impulsado con la intención de consumar el hecho o al menos aceptando que se pueda dar lugar a la consumación; es decir, la doctrina ha visto la necesidad de identificar **la resolución de consumar el delito»** ⁽⁶⁶⁾.

914.
Tipo
subjetivo
de la
tentativa

⁽⁶³⁾ GARCÍA CAVERO, 2003, pp. 712-713.

⁽⁶⁴⁾ Exp. 889-98-P/APL Camaná en ARMAZA GALDOS/ZAVALA TOYA, 1999, p. 58.

⁽⁶⁵⁾ ZAFFARONI/ALACIA/SLOKAR, 2000, p. 775.

⁽⁶⁶⁾ MIR PUIG, 2004, p. 352, num. 74. Vid. JESCHECK, 1993, p. 466.

Jurisprudencia:

«La tentativa no sólo comprende el comienzo de los actos ejecutivos, es decir la exteriorización de los actos tendientes a producir el resultado típico sino también requiere que el agente quiera los actos que objetivamente despliega, aun teniendo conocimiento de su peligrosidad, teniendo además la intención de proseguir en la ejecución de los actos necesarios para la consumación del delito»⁽⁶⁷⁾.

915.
Rechazo a la tentativa por imprudencia

Con ello se distingue la imposibilidad de hablar de una *tentativa por imprudencia*, ya que quien actúa en forma imprudente no materializa la resolución de consumir un delito. En el Derecho Penal peruano no se admite tentativa de un delito imprudente. El Anteproyecto de la parte general del Código Penal del 2004 en su artículo 16 fija la tentativa sólo en casos de imperfecta comisión de delitos dolosos, excluyéndose para los delitos culposos⁽⁶⁸⁾.

916.
Dolo de tentativa

No existe un **dolo de tentativa**, se trata del dolo del delito consumado; de tal manera que si para la consumación es suficiente el **dolo eventual**, también lo será para la tentativa. Siendo el dolo del tipo de la tentativa el mismo que el dolo de un tipo penal consumado, sus componentes —elemento cognitivo y elemento volitivo— deben de comprender la totalidad de los elementos objetivos del tipo, ya que lo contrario nos llevaría a rechazar el tipo de la tentativa⁽⁶⁹⁾. De la misma forma, en los tipos agravados o atenuados, el dolo deberá de comprender los elementos cualificadores. Siendo idéntico el tipo subjetivo de la tentativa y el delito consumado, deben también exigirse aquellos *elementos subjetivos del tipo distintos del dolo*.

b. Comienzo de ejecución (tipo objetivo)

917.
Comienzo de ejecución

El elemento objetivo y central del tipo de la tentativa viene a ser el **comienzo de ejecución**, que consiste en dar inicio a las actividades delictivas, que sin pasar a otras fases intermedias se dirige directamente a la realización del tipo penal⁽⁷⁰⁾. En nuestro Código Penal se ha recepcionado,

⁽⁶⁷⁾ Resolución del 20 de setiembre de 1999, Consulta 147-99 Callao en ROJAS VARGAS, 2000, pp. 84-85.

⁽⁶⁸⁾ Introducción, p. 82, num. 15.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. JESCHECK, 1993, p. 466; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, 2002, p. 426. MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN señalan que «en los supuestos en los que la conexión causal no sea controlable o no se den respecto al resultado todos los elementos característicos del dolo, habrá que rechazar la calificación de tentativa, debiéndose castigar todo lo más la acción peligrosa si, a su vez, constituye un delito autónomo de lesiones o de peligro» (2002, p. 431).

⁽⁷⁰⁾ Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 555.

para la formulación de la tentativa, el criterio del comienzo de ejecución (artículo 16). Su origen se remonta al Código Penal francés de 1810 y quizá anteriormente a los prácticos italianos ⁽⁷¹⁾.

Este término legislativo presenta el problema de distinguir los *actos preparatorios* del *comienzo de ejecución*. En la realidad, es muy difícil precisar el comienzo de la ejecución. Para resolver este problema han surgido diferentes teorías.

918.
Acto preparatorio y comienzo de ejecución

b.1. Teoría objetiva

En su antigua versión italiana esta posición trata de distinguir los actos preparatorios de los ejecutivos recurriendo a la fórmula de diferenciar entre actos equívocos e inequívocos. CARRARA afirmaba que «el que estén unívocamente dirigidos al delito es la primera característica indispensable que ha de buscarse en los actos externos que se pretenden imputar como tentativa. Mientras el acto externo sea de tal índole, que pueda conducir así al delito como también a una acción inofensiva, no tendremos sino un acto preparatorio, que no pueda imputarse como tentativa» ⁽⁷²⁾. Las dificultades objetivas para alcanzar una distinción entre actos equívocos e inequívocos motivaron su abandono, lo que, sin embargo, no impidió ser tomada en el antiguo *Código Zanardelli* en el artículo 56 del antiguo Código Penal italiano ⁽⁷³⁾.

919.
Comienzo de ejecución: teoría objetiva

b.1.1. Teoría formal-objetiva

Para que se dé el comienzo de ejecución, se exige que el autor haya realizado en forma efectiva una parte de la propia *conducta típica*, penetrando así en el «núcleo del tipo» ⁽⁷⁴⁾. Se sabe que se está ante actos de tentativa y no ante actos preparatorios, acudiendo a la descripción estricta de la conducta típica.

920.
Comienzo de ejecución: teoría formal-objetiva

BELING trató de precisar este límite recurriendo al «uso natural del lenguaje», afirmando que no era suficiente «que la actividad tenga cualquier relación con el tipo. Por el contrario, la actividad se debe poder caracterizar según el uso natural del lenguaje como una actividad de la especie de la descrita como núcleo del tipo por el verbo correspondiente» ⁽⁷⁵⁾. Una apreciación fundada en el uso natural del lenguaje para diferenciar entre preparación y ejecución presenta graves inconvenientes y es, en la práctica, de difícil aplicación. Si bien en muchos casos este criterio conduce a claras decisiones (ejemplo: no es posible aceptar que ponerse de acuerdo con un

921.
Uso natural del lenguaje

⁽⁷¹⁾ JIMÉNEZ DE ASÚA, 1984, VII, Nº 2133, nota 122.

⁽⁷²⁾ CARRARA, 1971, I, pp. 247-248.

⁽⁷³⁾ Para ZAFFARONI, esta posición es una limitación a la teoría subjetiva (1982, p. 446). Para CURY se trata de una teoría objetiva impropia (1985, p. 197).

⁽⁷⁴⁾ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 791. Cita a v. HIPPEL y v. LISZT-SCHMIDT. Vid. STRAFENWERTH, 2005, p. 337, num. 30.

⁽⁷⁵⁾ BACIGALUPO, 1987, p. 292.

niño sobre el lugar y la hora de un encuentro, ya constituye el comienzo de actos sexuales o, la consulta de una gestante al médico sobre su disposición a practicarle un aborto tampoco puede ser el comienzo de una interrupción del embarazo), en muchos otros el límite que proporciona el uso del lenguaje resulta muy inseguro (76)

b.1.2. Teoría material-objetiva

922. Comienzo de ejecución: teoría material-objetiva. No es una alternativa a la teoría formal-objetiva, sino un complemento que ha pretendido alcanzar mayor precisión para determinar el comienzo de ejecución. Esta teoría parte de la necesidad de contar con un criterio material que facilite delimitar objetivamente el inicio de aquel espacio previo a la consumación y que permita entender que ya estamos ante el comienzo de la acción típica en sentido amplio (77). Se puede identificar dos puntos de vista:

923. Tesis de Frank. Tesis de Frank. Tesis de Frank. «Existe ya un principio de ejecución en todos los momentos de actividad que en virtud de su necesaria conexión con la acción típica aparecen como partes integrantes de ella según la concepción natural» (78). Se suele diferenciar entre teoría formal-objetiva y la material-objetiva, en el sentido que la primera se refiere al uso natural del lenguaje y la segunda, en la fórmula de FRANK, a la concepción natural. La diferencia que se ubica en que se pretende resolver desde la cosa misma sin recurrir al uso del lenguaje. Se ha criticado esta apreciación por su vaguedad e indeterminación.

924. Tesis de la puesta en peligro del bien jurídico. Tesis de la puesta en peligro del bien jurídico (SCHÖNKE-SCHRÖDER). Toman en consideración la directa puesta en peligro del bien jurídico protegido para distinguir entre preparación y ejecución. Se le critica por la imprecisión del concepto del peligro, así como que el peligro es un componente eventual de la tentativa que incluso puede estar presente en los actos preparatorios (80). Se pretende recurrir a que la inmediatez del peligro caracteriza la tentativa, pero ello nos conduce a un círculo vicioso pues dicha inmediatez tendrá que resolverse de acuerdo a la «concepción natural», es decir, en la misma instancia que en la fórmula de FRANK (81).

b.2. Teoría subjetiva

925. Comienzo de ejecución: teoría subjetiva. Determina el comienzo de ejecución según la calidad de la voluntad expresada en la acción que tiende a un delito (82). Se han elaborado diferentes posiciones.

(76) STRATENWERTH, 2005, p. 337, num. 30.

(77) MIR PUIG, 2004, pp. 346-347, num. 346-347.

(78) FRANK, en FARRÉ TREPAT, 1986, p. 163.

(79) WELZEL, 1976, p. 263.

(80) JESÚS, 1985, p. 248.

(81) STRATENWERTH, 2005, p. 338, num. 32.

(82) *Ibidem*, num. 34.

Teoría Subjetiva Pura. Propuesta por von BURI en el siglo XIX, que en la actualidad ya no se sostiene, considera que lo decisivo para distinguir los actos ejecutivos de los preparatorios es la opinión del sujeto acerca de su plan criminal, así serán los actos ejecutivos aquellos que para el agente ya constituyen la fase decisiva de su plan ⁽⁸³⁾. Ésta tiene el inconveniente de elevar el criterio individual del autor a criterio determinante del límite de lo prohibido cuando lo que se requiere es el criterio de un tercero.

926.
Teoría
subjetiva
pura

Teoría del *dolus-ex-re*. Para esta posición «existe tentativa cuando de los hechos probados se puede extraer la conclusión que se quería cometer un determinado delito, y si de los hechos probados no se puede extraer esta conclusión, entonces la acción permanece impune» ⁽⁸⁴⁾. Es decir, consideran comenzada la tentativa con la realización de actos que revelan de manera suficiente el propósito delictivo del agente. Esta fórmula subjetivista, menos radical, de todas maneras conduce hacia una ampliación excesiva de la tentativa en desmedro de la preparación ⁽⁸⁵⁾.

927.
Teoría del
dolus-ex-re

Teoría de la firmeza de la resolución. De acuerdo a esta posición, para que exista una acción ejecutiva, no es suficiente la manifestación de una resolución delictiva o de una voluntad encaminada a un determinado delito, sino que es necesaria la presencia de una resolución firme, invariable o irrevocable ⁽⁸⁶⁾. Se la critica que también amplía excesivamente el ámbito de los actos ejecutivos a costa de los actos preparatorios y, en realidad, desaparece la diferencia entre actos preparatorios y ejecutivos, que no puede depender del grado de fortaleza que manifiesta la voluntad del sujeto ⁽⁸⁷⁾.

928.
Teoría de
la firmeza
de la
resolución

La posición de Bockelmann de la teoría subjetiva entiende que un hecho alcanzará el nivel de la tentativa, cuando «el dolo del autor ha superado la prueba de fuego de la situación crítica» ⁽⁸⁸⁾. Esta teoría, primordialmente subjetiva, recurre a criterios objetivos para resolver la cuestión de cuál es la situación que debe considerarse «crítica», no pudiendo establecerse sin una referencia concreta al plan del autor, lo que acercaría a esta variante de la teoría subjetiva a la tesis del llamado criterio «objetivo-individual» ⁽⁸⁹⁾.

929.
Teoría
subjetiva
de
Bockel-
mann

b.3. Teoría objetivo-individual

De acuerdo a esta teoría, «la tentativa comienza con aquella actividad con la cual el autor, según su plan delictivo, se pone en relación inmediata con la realización del tipo delictivo» ⁽⁹⁰⁾. Para determinar el comienzo de ejecución hay que partir de la acción descrita en el tipo y luego agregar la comprobación individual de si el autor, de acuerdo a su plan delictivo, se puso en actividad inmediata a la realiza-

930.
Comienzo
de
ejecución:
Teoría
objetivo-
individual

⁽⁸³⁾ MIR PUIG, 2004, p. 345, num. 51.

⁽⁸⁴⁾ R.E. JOHN, en FARRÉ TRAPET, 1986, p. 146.

⁽⁸⁵⁾ MIR PUIG, 2004, p. 346, num. 52.

⁽⁸⁶⁾ FARRÉ TREPAT, 1986, p. 148.

⁽⁸⁷⁾ *Ibidem*, p. 153.

⁽⁸⁸⁾ BOCKELMANN, en FARRÉ TREPAT, 1986, p. 154.

⁽⁸⁹⁾ ZAFFARONI, 1982, p. 447.

⁽⁹⁰⁾ WELZEL, 1976, p. 263.

ción típica⁽⁹¹⁾. Esta posición propone como aspecto igualmente importante, además del plan concreto del autor «el grado de aproximación o de intermediación que se alcanza justamente dentro de este con relación a la realización típica»⁽⁹²⁾. Es el denominado criterio de *inmediatez temporal* para la realización del plan del autor.

931.
Críticas a
la teoría
objetivo-
individual

El mérito esencial de esta teoría es apoyarse en el plan concreto del autor y en la aproximación a la realización típica que se ha alcanzado conforme al plan. Sin embargo, se considera que ella contiene todavía un considerable margen de imprecisión: «su deficiencia reside en no haber elaborado pauta o criterio conceptual para determinar cuándo, dentro del plan trazado por el autor, se ha entrado en relación de intermediación con el tipo delictivo (WELZEL)»⁽⁹³⁾.

932.
Teoría
objetivo-
individual
en
Jescheck

JESCHECK considera que esta teoría «debe contrarrestar, a través de la restricción de la tentativa a la fase precedente de la realización inmediata del tipo, el continuo adelantamiento del comienzo de la tentativa a una etapa previa al hecho»⁽⁹⁴⁾. Para este autor «la representación del hecho por parte del autor» significa el punto de inicio para la delimitación entre los actos de preparación y los actos de tentativa, «pues del suceso externo realizado, meramente fragmentario y, en cualquier caso, en la tentativa inacabada, sólo puede comprenderse desde el plan del autor»⁽⁹⁵⁾. Para determinar si se ha puesto en marcha la realización del tipo, hay que atender a cómo el autor se haya imaginado el curso del hecho y a cuándo, y de qué manera quisiera empezar la acción típica ejecutiva⁽⁹⁶⁾. Con el elemento «inmediata puesta en marcha a la realización del tipo», JESCHECK plantea que se pretende aproximar la tentativa «hasta el límite mismo de la acción típica»⁽⁹⁷⁾. Siendo, por consiguiente, los actos de tentativa sucesos que se encuentran situados inmediatamente antes de la realización de un elemento del tipo⁽⁹⁸⁾.

Para ZAFFARONI, «el criterio objetivo-individual constituye una aproximación más al núcleo del problema, pero estamos seguros que no lo soluciona. Se trata de un principio general orientador, pero no proporciona ninguna regla cierta»⁽⁹⁹⁾. Este autor

⁽⁹¹⁾ Fórmula incorporada en el §22 del StGB alemán («Incurrir en tentativa de hecho punible el que, actuando de conformidad con su representación del hecho, se aplica inmediatamente a la realización del tipo», en ESPINOLA, 1976, p. 18). Y en el 15.2 del Código Penal austriaco («El acto está intentado tan pronto como el autor ha dado comienzo a su resolución de ejecutarlo o de determinar a otro a hacerlo mediante la ejecución de una acción inmediatamente precedente», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid 1980).

⁽⁹²⁾ PESSOA, 1987, p. 45.

⁽⁹³⁾ *Ibidem*, pp. 46-47.

⁽⁹⁴⁾ JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 557.

⁽⁹⁵⁾ *Ibidem*, p. 558.

⁽⁹⁶⁾ *Loc. cit.*

⁽⁹⁷⁾ *Loc. cit.*

⁽⁹⁸⁾ *Loc. cit.*

⁽⁹⁹⁾ ZAFFARONI, 1982, p. 454.

En su propósito de buscar puntos más o menos claros que puedan servir para un trabajo indagatorio más profundo, y sobre la base de la teoría objetivo-individual de WEIßEL, propone los siguientes: «(a) el comienzo de ejecución del delito no es estrictamente el comienzo de ejecución de la acción señalada objetivamente por el verbo típico, (b) sino que también abarca los actos que, conforme al plan del autor (el modo de realización concreto de la acción típica escogido por el autor), son inmediatamente anteriores al comienzo de ejecución de la acción típica e importan objetivamente un peligro para el bien jurídico, bien entendido que (c) un acto parcial será inmediatamente precedente de la realización de la acción típica cuando entre ésta y aquél no haya otro acto parcial en el plan concreto del autor» ⁽¹⁰⁰⁾. Para PESSOA, la tesis de ZAFFARONI origina «una ampliación del campo de la tentativa a momentos o actos anteriores al plano de lo típico» ⁽¹⁰¹⁾. No cree que este sea el camino correcto para precisar los límites de la tentativa y considera que ellos deben surgir de una correcta interpretación del tipo penal, funcionando éste sobre el plan concreto del autor considera que la vía más correcta sería la de indagar sobre el «núcleo del plan concreto» del autor, como dato real u óptico sobre el que reside la tentativa ⁽¹⁰²⁾.

Otro criterio objetivo de valoración del plan del autor es el de la **puesta en peligro inmediata** en el sentido que el comienzo de la tentativa se afirma cuando se produce ya una inmediata puesta en peligro del bien jurídico ⁽¹⁰³⁾. Para explicar el concepto peligro inmediato es posible utilizar criterios más subjetivos o criterios más objetivos ⁽¹⁰⁴⁾. Si se usan criterios más subjetivos, en el caso del que espera en una esquina a la víctima con un arma de fuego, dicha conducta será ya comienzo de ejecución pues constituye un peligro inmediato para el bien jurídico. Por el contrario, si se usan criterios menos subjetivos y mientras la situación propuesta en el plan no se haya concretado íntegramente (que la víctima esté presente) el autor podría todavía desistir de ejecutar el delito y no debería de privársele de esta posibilidad, anterior al comienzo de ejecución ⁽¹⁰⁵⁾. Este criterio de la puesta en peligro inmediata es utilizada como complemento para casos dudosos (tentativa en delito de omisión, en la autoría mediata, en la tentativa acabada) ⁽¹⁰⁶⁾. Sin embargo, el criterio de la **inmediatez temporal** «ofrece la ventaja de su mayor precisión, pues siempre será discutible cuándo empieza a producirse una puesta en peligro inmediata» ⁽¹⁰⁷⁾.

933.
Teoría
objetivo-
individual
en
Zaffaroni

934.
Puesta en
peligro
inmediata
o criterio
de
inmediatez
temporal

⁽¹⁰⁰⁾ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2005, pp. 645-646, num. 11. Vid. ZAFFARONI/PIERANGELLI, 1981, p. 61.

⁽¹⁰¹⁾ PESSOA, 1987, p. 50.

⁽¹⁰²⁾ *Ibidem*, pp. 50-51. Sobre su intento de ubicar el «núcleo del plan concreto», vid. *ibidem*, pp. 57 y ss.

⁽¹⁰³⁾ MIR PUIG, 2004, p. 347, num. 58.

⁽¹⁰⁴⁾ BACIGALUPO, 1984, p. 169.

⁽¹⁰⁵⁾ *Ibidem*, p. 170.

⁽¹⁰⁶⁾ MIR PUIG, 2004, pp. 347-348, num. 58.

⁽¹⁰⁷⁾ *Ibidem*, p. 347, num. 58.

935.
Teoría
objetivo-
individual
en el
Derecho
peruano

A pesar de las críticas aludidas, la teoría individual-objetiva es la que sigue ofreciendo más claros criterios delimitadores entre actos preparatorios e inicio de ejecución. Creemos que hasta el momento, esta es la fórmula más adecuada para explicar el problema del comienzo de la ejecución en el Derecho Penal peruano (artículo 16, Código penal).

Jurisprudencia:

«La doctrina nos proporciona varias teorías como la formal-objetiva, la material-objetiva y la individual-objetiva, esta última es considerada la más correcta por la mayoría de tratadistas de derecho penal porque no sólo contempla la iniciativa de la «acción típica» en sentido estricto, esto es, el comienzo de realización de la acción descrita por el verbo típico, en este caso comenzar a hacer sufrir el acto sexual, sino además comprende a la realización de actos demostrativos del agente para poner en obra su finalidad delictiva, poniéndose como ejemplo en el delito de violación de la libertad sexual que el autor derriba a la víctima y se ponga en posición adecuada»⁽¹⁰⁸⁾.

b.4. Posición de Jakobs

936.
Comienzo
de
ejecución:
posición
funciona-
lista de
Jakobs

JAKOBS establece directrices al problema de la delimitación entre tentativa y actos preparatorios. Estas directrices vienen a ser criterios obligatorios (negativos) y criterios variables o mutables (positivos). Los criterios negativos se ubican: *Primero*, no es apreciable una conducta determinada como tentativa cuando la situación, según la representación del autor, no se aproxima a la consumación. «El comportamiento que supone retardado (...) no es tampoco tentativa cuando el autor ejecuta estas conductas con el dolo de llevar a cabo inmediatamente después la acción ejecutiva. Pero si puede haber empezado la tentativa antes de tal comportamiento, y persistir por el comportamiento ya llevado a cabo»⁽¹⁰⁹⁾. *Segundo*, las conductas socialmente habituales no constituyen tentativa. «El comportamiento mediante el que alguien salvaguarda sus derechos de modo socialmente usual, o ejercita el uso común, sólo constituye tentativa cuando tal comportamiento, según la representación del autor, ya ha de ser la propia acción ejecutiva»⁽¹¹⁰⁾.

937.
Criterios
positivos o
variables

Los criterios positivos son los siguientes: *Primero*, para hablar del inicio de la tentativa, se requiere, en principio, de la proximidad temporal del comportamiento (en el sentido de la fórmula de FRANK) a la acción ejecutiva pretendida, sin ningún tipo de interrupciones. «El argumento de la proximidad temporal sólo sirve cuando el autor, sin haber comenzado ya por otro motivo la tentativa, realiza un comportamiento que supone un retardo o es socialmente normal»⁽¹¹¹⁾. *Segundo*, «el argumento de la proximidad temporal no es invertible. Una gran diferencia temporal no impide la tentativa

⁽¹⁰⁸⁾ Sentencia del 20 de abril de 1999, Exp. 96-0016-191601-SP01 Loreto en ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, 2000a, pp. 232-234.

⁽¹⁰⁹⁾ JAKOBS, 1995, p. 883, num. 64.

⁽¹¹⁰⁾ *Ibidem*, num. 65.

⁽¹¹¹⁾ *Ibidem*, p. 885, num. 67.

si el autor no puede llevar a cabo más rápidamente, desde el punto de vista técnico, un hecho del género del planeado, pero comienza a actuar sobre el objeto del hecho»⁽¹¹²⁾. Tercero, «el argumento es inverible en el sentido en que decae la tentativa cuando la penetración en la esfera de la víctima o la influencia sobre el objeto de la acción son necesarios para la consumación, pero no la preceden aún muy cerca temporalmente»⁽¹¹³⁾.

c. Falta de consumación del tipo

Este elemento se presenta de manera negativa: para que estemos ante un tipo de la tentativa, se requiere que los actos ejecutivos no lleguen a alcanzar la concreción de todos los elementos típicos. El problema aquí se presenta para delimitar entre tentativa y consumación. Es clara esta distinción si nos encontramos frente a delitos de resultado, pero resulta discutible en los delitos de actividad. Se estima que en este tipo de delitos no es concebible la tentativa, ya que la realización de la conducta típica comporta ya la consumación. Aunque, sí se puede hablar de tentativa en aquellos hechos donde se observe fragmentación de actos⁽¹¹⁴⁾. Ejemplo: la injuria por medio escrito (artículo 130, Código penal).

Consecuencia penal: el artículo 16 del Código Penal establece que el juez reprimirá disminuyendo prudencialmente la pena, es decir, se disminuirá la pena en relación a la que corresponda a un delito consumado⁽¹¹⁵⁾.

938.
Falta de consumación del tipo

939.
Consecuencia penal de la tentativa

§59. Formas de tentativa

Se distingue entre tentativa inacabada y tentativa acabada. La diferencia entre tentativa acabada e inacabada debe resolverse tomando en consideración la representación del autor en base al estado de realización de su hecho⁽¹¹⁶⁾. Normalmente basta recurrir a esta subjetividad del autor, pero en algunos casos el criterio objetivo puede dar buenos resultados, lo que es una consecuencia de la extensión del criterio objetivo-individual⁽¹¹⁷⁾.

940.
Formas de tentativa

⁽¹¹²⁾ *Loc. cit.*

⁽¹¹³⁾ *Ibidem*, p. 887, num. 69.

⁽¹¹⁴⁾ ROJAS VARGAS, 1997, p. 277.

⁽¹¹⁵⁾ Sentencia del 20 de enero de 1999, Exp. N° 98-0191-1215-JX01P Huánuco en ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, 2000a, pp. 251-257.

⁽¹¹⁶⁾ STRATENWERTH, 2005, p. 356, num. 74.

⁽¹¹⁷⁾ *Vid.* ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 808.

a. Tentativa inacabada

941.
Tentativa
inacabada

Se presenta cuando el autor, según la representación de los hechos que tiene en el instante que toma la decisión, no ha realizado lo necesario para alcanzar el resultado propuesto, pues se presenta una interrupción originada en la intervención voluntaria del mismo agente (desistimiento, artículo 18, Código penal) o por circunstancias externas (artículo 16, Código penal).

b. Tentativa acabada

942.
Tentativa
acabada

Se da cuando el agente, según su representación de los hechos, entiende haber realizado todos los actos necesarios para que se consuma el delito, faltando sólo la producción del resultado, sin embargo, éste no se produce por la propia intervención voluntaria del autor (desistimiento, artículo 18, Código Penal) o por circunstancias externas (artículo 16, Código penal).

Jurisprudencia:

«La conducta imputada a los acusados es la de robo en grado de tentativa acabada y no la de robo consumado como lo ha consignado el colegiado, dado que los citados encausados dieron principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos los actos que objetivamente y subjetivamente deberían producir el resultado típico, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad de éstos.»⁽¹¹⁸⁾

943.
Criterios
objetivos
para
distinguir
tentativa
acabada e
inacabada

Existe la necesidad de recurrir, algunas veces, a *criterios objetivos* para alcanzar la distinción entre tentativa acabada e inacabada. Esto ocurre en los supuestos que el sujeto en el momento que interrumpe la ejecución conocía la posibilidad de seguir realizando la acción, pero no lo hizo. Ejemplo: el que piensa matar a su enemigo apuñalándolo una sola vez. Luego de hacerlo, apreciando que sólo lo ha herido y pudiendo realizar otras acciones para matarlo, se abstiene. De acuerdo a la *teoría de la consideración global* en estos casos debería admitirse una tentativa inacabada, siempre que los actos realizados y los que se han dejado de ejecutar constituyan una *unidad natural de acción*⁽¹¹⁹⁾. En sentido contrario, la *teoría de la consideración individual* (consideración objetiva-individual) toma en cuenta si el agente ha estimado como adecuados a los actos realizados para la producción o la no producción del resultado. Si el agente ha evaluado que el acto realizado resulta adecuado por sí mismo para consu-

⁽¹¹⁸⁾ Ejecutoria Suprema del 3 de marzo de 1999, Exp. 4385-98, en *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Año I, N° 1, Trujillo, 1999, p. 351.

⁽¹¹⁹⁾ JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 582; BAGIGALUPO, 1998, p. 348.

...nar el delito, la tentativa será acabada ⁽¹²⁰⁾, es decir, si por ejemplo, el sujeto asesta a la víctima la puñalada en una zona altamente vulnerable para su vida, la tentativa será acabada y, si por el contrario, era una zona no vital y el objetivo del sujeto era matarlo después de inhabilitarlo, se tratará de una tentativa inacabada.

Si bien es un tema fuertemente discutido, se acepta que todos estos principios de delimitación son igualmente aplicables cuando el agente actúa con dolo eventual ⁽¹²¹⁾. «La punición de la tentativa no dependerá, ni se verá condicionada en un principio, por el hecho de que la misma sea realizada con dolo directo de primer grado, de segundo grado o eventual; sino de la peligrosidad ex ante que la misma crea para el bien jurídico. Ciertamente, en el marco del dolo eventual se ha planteado si este posee el mismo contenido de injusto que las restantes formas de dolo, o si, por el contrario, su contenido de injusto es menor, lo cual sería cierto si se demostrase que las conductas cometidas con dolo eventual crean ex ante una menor peligrosidad para el bien jurídico protegido. En este caso, y atendiendo a la menor punibilidad de la tentativa frente al delito consumado, se plantearía en los supuestos de tentativa con dolo eventual una doble atenuación que derivaría para algunos casos en la escasa o nula punibilidad de los mismos» ⁽¹²²⁾.

944.
Dolo
eventual
en la
tentativa

§60. Desistimiento

a. Desistimiento en tentativa inacabada

Se presenta el desistimiento en la tentativa inacabada cuando, iniciado el proceso de ejecución, el autor abandona voluntariamente la ejecución. Según su representación de los hechos, él considera que no ha hecho lo que tenía que hacer para consumar el delito y decide voluntariamente interrumpir la ejecución. Ejemplo: el ladrón que ingresa a una casa para sustraer un valioso jarrón, en el momento en que pretendía tomarlo se desiste y se retira del lugar. Nuestro Código Penal declara que esta tentativa no es punible.

945.
Desisti-
miento en
tentativa
inacabada

⁽¹²⁰⁾ BACIGALUPO, 2004, p. 451; JAKOBS, 1995, p. 889, num. 71. Vid. GARCÍA CAVERO, 2003, p. 729.

⁽¹²¹⁾ WELZEL, 1976, p. 272. Vid. PAREDES VARGAS, 1987, p. 37; ROJAS VARGAS, 1997, pp. 269-270; REVILLA LLAZA, 2004, p. 535, cita 31.

⁽¹²²⁾ FARRÉ TREPAT, 1986, p. 95.

a.1. Fundamento de la impunidad

946.
Teoría del «puente de plata»

Se han presentado distintos criterios. En principio, se utiliza la teoría político-criminal «puente de plata» -FEUERBACH-, «puente de oro para la retirada» -LISZT-. Según esta posición la impunidad es un incentivo para el autor a fin que impida la producción del resultado. Se le critica en la medida que la mayoría de personas no tienen conocimiento de este «puente de oro» y, en consecuencia, mal puede constituirse como un motivo del desistimiento ⁽¹²³⁾.

947.
Teoría del premio

También se ha elaborado la teoría del premio (teoría de la gracia) en el sentido que el desistimiento voluntario debe valorarse como un «mérito personal» y, por tanto, debe «premiarse» con el perdón ⁽¹²⁴⁾. Se le objeta el hecho que ella se limita a afirmar que el autor se beneficia con el desistimiento pero no da respuesta a por qué la ley otorga un beneficio tan amplio ⁽¹²⁵⁾.

948.
Culpabilidad insignificante

Según la teoría de la culpabilidad insignificante (WELZEL), «el verdadero sentido del privilegio al que se desiste reside en la insignificancia de su culpabilidad» ⁽¹²⁶⁾. Los autores que defienden la atipicidad del desistimiento niegan validez a esta posición.

949.
Teoría del indicio

La teoría del fin de la pena (teoría del indicio) busca la respuesta en el catálogo tradicional de los fines de la pena y entiende que la impunidad se fundamenta en la atenuación de la culpabilidad, o en el desinterés mostrado por el que se desiste o en una conexión de ambos que determinan prescindir de la pena desde un punto de vista retribucionista o de prevención (ROXIN, OTTO) ⁽¹²⁷⁾.

950.
Impunidad del desistimiento en el Derecho peruano

En definitiva, se puede afirmar que son diversos los criterios que se ubican detrás el artículo 18 del Código Penal. La culpabilidad desaparece o es insignificante por el retroceso del autor, es también menor la necesidad de fortificar la vigencia de la norma. Y si se renuncia por completo a la sanción es porque al autor se le estimula en interés de la no producción del resultado ⁽¹²⁸⁾ ⁽¹²⁹⁾.

⁽¹²³⁾ BAGIGALUPO, 2004, p. 449; ZAFFARONI/ALACIA/SLOKAR, 2000, p. 804

⁽¹²⁴⁾ MIR PUIG, 2004, p. 357, num. 97.

⁽¹²⁵⁾ STRATENWERTH, 2005, p. 354, num. 69. A favor de esta concepción: ZAFFARONI, 1982, pp. 483-484.

⁽¹²⁶⁾ WELZEL, 1976, p. 271.

⁽¹²⁷⁾ STRATENWERTH, 2005, p. 354, num. 69. Vid. JAKOBS, 1995, p. 901, num. 6.

⁽¹²⁸⁾ STRATENWERTH, 2005, p. 354, num. 70.

⁽¹²⁹⁾ REAÑO PESCHIERA (2005, p. 381) propone *de lege ferenda* la derogación del desistimiento voluntario y se fundamenta en que éste es un acto debido y no un acto que

a.2. Naturaleza

Precisar la naturaleza jurídica del desistimiento ha sido también arduamente discutido. Las más importantes opiniones consideran al desistimiento como *causal de atipicidad* ⁽¹³⁰⁾, *causal de inculpabilidad* ⁽¹³¹⁾ o *excusa absoluta personal* ⁽¹³²⁾. Para nosotros se trata de una **causa personal que cancela la punibilidad**. Consideramos que la naturaleza del desistimiento, más que un problema de la teoría de la imputación, es un problema de la determinación judicial de la pena. La principal consecuencia del desistimiento es que sólo favorece al que lo practica y no a los demás que participan en el delito.

951.
Naturaleza del desistimiento

a.3. Requisitos

Abstenerse. El abstenerse de continuar (omitir continuar) con la ejecución del delito tendente a la consumación.

952.
Abstenerse

Voluntariedad. El artículo 18 del Código Penal exige la **voluntariedad del desistimiento**. La legislación peruana ha diferenciado entre espontaneidad y voluntariedad ⁽¹³³⁾. Creemos que el término «voluntariamente» es el más adecuado, pues en el caso del sujeto que interrumpe la ejecución por sugerencia de la víctima o de un tercero, la exigencia de la «espontaneidad» ⁽¹³⁴⁾ excluiría el desistimiento. Ejemplo: el violador que desiste porque la joven víctima, fingiendo, le promete satisfacer voluntariamente su deseo en otra oportunidad.

953.
Voluntariedad

merezca ser premiado. Así expresa que «lo que ya ha sido valorado como penalmente insoportable no puede reducirse o disminuirse a niveles de tolerabilidad, pues al desistir de la continuidad de la tentativa (...) el sujeto cumple respectivamente un deber de aseguramiento o de salvamento» (*Ibidem*, p. 379).

⁽¹³⁰⁾ Esta tesis no deja de ser sugestiva, pues estima al desistimiento como un elemento negativo que elimina la intencionalidad y tiene como consecuencia que no se castiga al partícipe.

⁽¹³¹⁾ Por ejemplo ROXIN, quien elabora la culpabilidad a partir del fin de la pena (prevención general y especial), concluye que el desistimiento prueba que no queda nada que prevenir, por lo que no tiene caso la culpabilidad del injusto. Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 804.

⁽¹³²⁾ WEIßEL, 1976, p. 271. BUSTOS, 1984, p. 316.

⁽¹³³⁾ El Código Penal peruano de 1924 hacía referencia a la «espontaneidad».

⁽¹³⁴⁾ Espontaneidad supone que la voluntad se determina sin la intervención de factores externos (CURY, 1977, p. 125).



954.
Teoría
psicológica
de la
voluntarie-
dad

En la doctrina y jurisprudencia dominantes se utiliza el término «voluntariedad». Para explicarla se han elaborado diversas teorías. Las teorías psicológicas se originan en la fórmula de FRANK, en el sentido que el desistimiento es voluntario si el sujeto no quiere alcanzar la consumación aunque puede, y es involuntario, cuando no puede aunque quisiera ⁽¹³⁵⁾. No está claro cuándo el sujeto «puede» o «no puede», es decir, si, por ejemplo, el miedo o la cercanía de la autoridad policial, etc., suponen ya involuntariedad. No cualquier «no puedo» excluye la voluntariedad, pues la falta de valor en el agente implica un «no puedo», pero en ese caso no debe considerarse que el desistimiento es involuntario ⁽¹³⁶⁾. En otros casos, existe la duda de la suficiencia de la voluntariedad para la impunidad, motivo por el que la jurisprudencia alemana, corrigiendo la fórmula de FRANK, exigiera que el sujeto pudiera *racionalmente*, según la experiencia, llegar a la consumación ⁽¹³⁷⁾.

955.
Teoría
normativa
de la
voluntarie-
dad

Las insuficiencias de las teorías psicológicas hacen surgir las teorías valorativas (normativas). Según ellas, la voluntariedad se aceptaría sólo si obedece a un motivo susceptible de una valoración positiva. Algunos propugnan una valoración ética de los motivos (BOCKELMANN) y otros una valoración jurídica (ROXIN) en el sentido de la «racionalidad del delincuente»: el desistimiento es voluntario cuando no es «razonable» para la «lógica del delincuente», siendo «involuntario» cuando es aceptado por la forma propia de razonar del delincuente. Ejemplo: no hay desistimiento si el agente deja a su víctima porque en ese momento ve a otra con mayores recursos económicos. Se le critica por no dar una respuesta al límite de la renuncia entre una persona decente en el momento decisivo, de aquel delincuente fríamente calculador ⁽¹³⁸⁾.

956.
Reglas
para la
voluntarie-
dad

En definitiva, consideramos que no puede elaborarse una fórmula general para todos los casos. Sin embargo, es posible recurrir a ciertos principios. En general, el desistimiento viene a ser voluntario en la medida en que proviene de la propia decisión del autor (motivo autónomo) y no de

⁽¹³⁵⁾ WELZEL, 1976, p. 272; MIR PUIG, 2004, p. 358, num. 100.

⁽¹³⁶⁾ ZAFFARONI/ÁLAGIA/SLOKAR, 2000, p. 806.

⁽¹³⁷⁾ MIR PUIG, 2004, p. 358, num. 102.

⁽¹³⁸⁾ STRATENWERTH, 1982, p. 224. Dentro de esta corriente existen dos variantes en la doctrina española. Algunos autores (MUÑOZ CONDE, RODRÍGUEZ MOURULLO) prefieren decidir la valoración jurídica del desistimiento «ya sean fundados sobre la prevención general (sólo cuando el desistimiento implica borrar totalmente el mal ejemplo del comportamiento respecto de la sociedad) o de prevención especial, es decir, que el sujeto se ha vuelto a someter a las reglas sociales» (BUSTOS, 1984, p. 316), estos criterios valorativos están basados en función de si elimina o no la necesidad de la pena (MIR PUIG, 1983, p. 144). Otros toman como fundamento el punto de vista valorativo del merecimiento de la pena; ella sostiene que «lo que es necesario determinar es si realmente el desistimiento ha llevado a la eliminación del desvalor de acto del hecho (...), solo entonces será voluntario, pues ha eliminado la intención delictiva» (BUSTOS, 1984, p. 316).

circunstancias ajenas. Dicha decisión debe ser entendida como libre sin la intervención de elementos extraños a la voluntad que puedan entorpecer la ejecución del delito. El desistimiento no va a ser voluntario «si está provocado por impedimentos independientes de la voluntad del autor que paralizan su libertad de decisión» ⁽¹³⁹⁾.

Jurisprudencia:

«La tentativa no es punible sólo cuando el agente se hubiera desistido espontáneamente de la infracción, no así cuando el desistimiento se produce al darse cuenta que los padres de la menor volvían en el preciso momento en que le despojaba de su calzón con el propósito de practicarle el acto sexual.» ⁽¹⁴⁰⁾.

Así, el desistimiento no será voluntario si existe un impedimento que puede ser físico ⁽¹⁴¹⁾, ejemplo: disparar sobre una persona que posee un chaleco protector y luego abstenerse de seguir disparando, o quien es rechazado físicamente por la víctima de la violación; si se presenta una amenaza del sistema penal que puede conducir a la punición del hecho ⁽¹⁴²⁾. Ejemplo: quien al robar es descubierto por un policía, agente de seguridad particular, aparatos de defensa mecánica (alarma), etc. Tampoco el desistimiento es voluntario cuando el sujeto no actúa, producto de *coacción* de un tercero.

No es suficiente para descartar la voluntariedad del desistimiento el simple temor de una amenaza de pena, ejemplo: el sujeto que está robando y observa a un policía que pasa sin descubrirlo y se desiste; o el cálculo especulativo sobre las consecuencias de su acto, ejemplo: el ladrón piensa que de abstenerse obtendrá mayor beneficio que de consumir el delito, o cree que la persecución penal es segura porque la víctima lo ha reconocido, etc.

No interesan para determinar la voluntariedad del desistimiento las valoraciones éticas o morales ⁽¹⁴³⁾.

957.
No hay desistimiento por impedimento físico o coacción de tercero

958.
Desistimiento y por temor a la pena, o por cálculo especulativo

959.
Desistimiento y valoraciones ético-morales

⁽¹³⁹⁾ WESSELS, 1980, p. 186.

⁽¹⁴⁰⁾ Ejecutoria Suprema del 29 de octubre de 1970 en *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Lima 1971, p. 264.

⁽¹⁴¹⁾ HURTADO POZO, 2005, p. 825, num. 2104.

⁽¹⁴²⁾ ZAFFARONI, 1982, pp. 489-490.

⁽¹⁴³⁾ ROXIN, 2004, p. 197.

960.
Desistimiento en tentativa inidónea

Se considera que el desistimiento es admisible en la tentativa inidónea siempre que el agente no haya reconocido la inidoneidad ⁽¹⁴⁴⁾.

961.
Abandono definitivo de la ejecución

Abandono definitivo de la ejecución del delito. Existen dos posiciones. La primera sostiene que es definitivo el desistimiento cuando el sujeto abandona su propósito original (ejecución concreta iniciada) aunque piense en el futuro intentarla de nuevo ⁽¹⁴⁵⁾. La segunda exige que el autor abandone definitivamente, renuncie completamente a la ejecución, sin reservas ⁽¹⁴⁶⁾. Nos inclinamos por la primera solución.

962.
Desistimiento eficaz

El desistimiento debe ser eficaz. Es imprescindible que la consumación del delito no se produzca. Puede ser que el sujeto haya realizado, sin saberlo, todas las condiciones previas para la producción del resultado que en efecto se origina. Ejemplo: el sujeto que piensa matar a otro de cinco disparos, pues es un mal tirador. Al disparar el primer tiro se desiste por temor a la pena y pretende auxiliar a la víctima, sin embargo, por azar ese disparo fue suficiente. Se presentan dos opiniones: los que consideran que este caso admite el desistimiento y el beneficio de la impunidad y quizás un resto de responsabilidad imprudente; y los que consideran que ese desistimiento no puede liberar de pena pues el resultado ya se ha producido ⁽¹⁴⁷⁾. En definitiva, creemos que el desistimiento debe ser eficaz, es decir, que haya impedido la consumación del delito. En caso de haberse consumado, sólo admitiremos el desistimiento si la desviación del desarrollo causal que el agente se representó ha sido total ⁽¹⁴⁸⁾.

a.4. Efectos

963.
Efectos del desistimiento en tentativa inacabada

El desistimiento origina la impunidad, pero no los actos practicados que constituyan por sí mismos delitos (artículo 18, Código penal). Ejemplo: el sujeto que ingresa a una casa a sustraer un valioso objeto y se desiste, comete tentativa de hurto en forma de desistimiento impune, pero es punible por el delito de violación de domicilio (artículo 159, Código penal).

⁽¹⁴⁴⁾ BACIGALUPO, 1998, p. 349.

⁽¹⁴⁵⁾ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, 2002, p. 439; MUÑOZ CONDE, 2004, p. 149.

⁽¹⁴⁶⁾ BACIGALUPO, 1998, p. 349. STRATENWERTH, 2005, p. 360, num. 81; WESSLS, 1980, p. 186; JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 584.

⁽¹⁴⁷⁾ Cfr. STRATENWERTH, 2005, p. 360, num. 82.

⁽¹⁴⁸⁾ ZAFFARONI, 1982, p. 495.

b. Desistimiento en tentativa acabada

El **desistimiento en tentativa acabada** ⁽¹⁴⁹⁾ ⁽¹⁵⁰⁾ se presenta cuando el sujeto de acuerdo a su representación de los hechos, realizó todos los actos necesarios para la producción del resultado y desarrolla una nueva actividad para impedirlo ⁽¹⁵¹⁾. Un sector de la doctrina descarta la posibilidad de desistir en una tentativa acabada, restringiendo el desistimiento a la tentativa inacabada ⁽¹⁵²⁾. En este sentido, las alternativas planteadas en el artículo 18 del Código Penal («proseguir los actos de ejecución», «impide que se produzca el resultado») deberán ser vistas no como las modalidades del desistimiento en la tentativa inacabada y acabada respectivamente sino como formas de desistimiento de la tentativa inacabada *comisiva* y la tentativa inacabada *omisiva* ⁽¹⁵³⁾.

964.
Desistimiento en tentativa acabada

b.1. Requisitos

Actividad positiva del agente. El desistimiento en la tentativa acabada tiene una naturaleza positiva, pues exige de parte del agente el desarrollo de una nueva actividad. Ejemplo: el que pretende envenenar a una persona y luego de haber agregado el veneno a sus alimentos, la víctima lo ingiere, pero antes que haga efecto el agente se desiste y la conduce a un hospital, donde un oportuno lavado gástrico le salva la vida. El desistimiento voluntario en tentativa inacabada ⁽¹⁵⁴⁾ se caracteriza porque el sujeto se abstiene de proseguir la ejecución, por ende, basta que el sujeto quede inactivo, a diferencia del desistimiento que ahora tratamos, pues

965.
Requisitos: actividad positiva del agente

⁽¹⁴⁹⁾ PAREDES VARGAS utiliza el término desistimiento en tentativa acabada (1987, p. 27). Cfr. GARCÍA CAVERO, 2003, p. 724. REVILLA LLAZA identifica este desistimiento como interrupciones del curso causal en caso de ejecuciones delictivas concluidas (2004b, p. 594). Una posición de rechazo a esta denominación es la de ROJAS VARGAS (1997, p. 340).

⁽¹⁵⁰⁾ No se identifica esta figura con el **arrepentimiento activo** que induce a error (ESCHECK, 2002, p. 586), pues este vocablo indica una idea de «constricción» que debe obedecer, obviamente, a motivos valiosos. Para nosotros, esto no resulta necesario, pues el arrepentimiento puede ser uno de los motivos que impulsan al autor.

⁽¹⁵¹⁾ Cfr. JESÚS 1985, p. 295; MIR PUIG, 2004, p. 360.

⁽¹⁵²⁾ SANCINETTI, 1995, p. 72.

⁽¹⁵³⁾ *Ibidem*, p. 74.

⁽¹⁵⁴⁾ «También prefiere hablarse en Alemania de desistimiento (*Rücktritt*) para referirse a las dos formas, distinguiéndose entre desistimiento simple —que se da en la tentativa inacabada— y el desistimiento activo —en la tentativa acabada—» (MUÑOZ CONDE, 1972, p. 9, cita 8).

en éste es necesario que el sujeto *actúe* mediante acciones para impedir el resultado.

966.
Voluntariedad del desistimiento

Voluntariedad del desistimiento. El texto legal expresa que el agente debe actuar voluntariamente. En ese sentido, nos remitimos a todo lo expuesto sobre este aspecto en el desistimiento en tentativa inacabada ⁽¹⁵⁵⁾. Sin embargo, basta que el agente impida activamente la producción del resultado y no interesa indagar las cualidades morales de los motivos. Creemos además que no es necesario que el agente desarrolle su actividad tendente a impedir la producción del resultado en la forma directa o personal, pues bien puede valerse de un tercero, v. gr. un cómplice.

967.
Acción descubierta

Se considera «descubierta» una acción cuando es identificada como hecho delictivo por las personas que podrían evitar el resultado o que originen la persecución penal ⁽¹⁵⁶⁾, ejemplo: la conducta es descubierta por un pariente o por un agente de la policía. No se requiere el descubrimiento del autor. Puede sin embargo, aceptarse el desistimiento cuando a pesar de haber sido «objetivamente descubierto» el sujeto no lo sabía. En sentido inverso, puede también aceptarse el desistimiento cuando el agente, sin un verdadero motivo, se considera descubierto y evita el resultado, a pesar que objetivamente no estaba descubierto ⁽¹⁵⁷⁾. Ejemplo: el policía se acerca, no lo descubre y se retira, y el agente «considerándose descubierto» se arroja al río para salvar a la víctima a quien pretendía matar.

968.
Desistimiento definitivo

El desistimiento debe ser definitivo. Se requiere que la acción emprendida por el sujeto para impedir el resultado deba ser original de un desistimiento definitivo. Sobre este aspecto, nos remitimos a lo expuesto en el desistimiento voluntario en tentativa inacabada.

969.
Eficacia del desistimiento

Eficacia del desistimiento. Por exigencia del artículo 18 del Código Penal no debe producirse el resultado, es decir, si se produce el resultado, el desistimiento se elimina ⁽¹⁵⁸⁾. Se acepta el desistimiento en la tentativa acabada cuando la consumación se ha producido por una desviación total del desarrollo causal que el sujeto se representó, y que no era imputable dolosamente, siempre que el desistimiento haya sido seriamente encaminado a evitar el resultado ⁽¹⁵⁹⁾. Después de producida la consumación no se admite el desistimiento. Ejemplo: quien roba y al día siguiente

⁽¹⁵⁵⁾ *Supra*, núms. margs. 953-956.

⁽¹⁵⁶⁾ WELZEL, 1976, p. 274.

⁽¹⁵⁷⁾ *Loc. cit.*

⁽¹⁵⁸⁾ Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 586. STRATENWERTH, 2005, p. 364, num. 90.

⁽¹⁵⁹⁾ ZAFFARONI, 1982, p. 497.

§61. Desistimiento en caso de varios intervinientes

devuelve el bien a la víctima. Sin embargo, deberá tenerse en cuenta esta circunstancia en el momento de la aplicación judicial de la pena («reparación espontánea que hubiera hecho del daño», o «la confesión sincera antes de haber sido descubierto», artículo 46, numeral 9 y 10, Código penal).

Nuestra legislación penal, de manera excepcional, adopta un tratamiento especial para supuestos de **arrepentimiento posterior** en el marco de colaboración eficaz en delitos de terrorismo (Decreto Legislativo 925), criminalidad organizada (Ley 27378), delitos tributarios (Decreto Legislativo 815), delitos de tráfico ilícito de drogas (Decreto Legislativo 824).

970.
Arrepentimiento posterior

b.2. Consecuencia penal

El Código Penal considera impune tanto el desistimiento en tentativa inacabada como acabada. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la aplicación del artículo 18 del Código Penal no significa que el agente deje de ser perseguido por la infracción independiente que puede constituir su acción.

971.
Consecuencia penal del desistimiento en tentativa acabada

§61. Desistimiento en caso de varios intervinientes

En los casos de concurso de personas, el Código Penal en el artículo 19 señala que si varios agentes participan en el hecho, «no es punible la tentativa de aquél que voluntariamente impidiera el resultado, ni la de aquél que se esforzara seriamente por impedir la ejecución del delito, aunque los otros partícipes prosigan en su ejecución o consumación». El desistimiento se presenta como una causal personal de impunidad, donde se le exime de la pena al agente partícipe por su desistimiento al delito, no alcanzando dicho efecto eximente a los demás partícipes. «El desistimiento de uno de los partícipes en el hecho de desistir o de evitar la producción del resultado puede ser intrascendente si los demás continúan con la ejecución, o bien, topar con la oposición de otros partícipes que lo impidan, pero la ley penal tiene el poder de valorar esa conducta, pues evidentemente se ha producido un cambio sustancial en su significación (en su desvalor)»⁽¹⁶⁰⁾.

972.
Desistimiento en caso de varios intervinientes

(160) QUINTERO OLIVARES, 2000, p. 597.

973.
Efectos
eximentes

Para lograr que se exima la pena, el artículo en mención nos señala dos supuestos: el *primer supuesto* se da con la consumación del delito, es decir, cuando el autor ha impedido la realización del resultado típico, y el *segundo supuesto*, el autor debe de haber hecho un esfuerzo serio por impedir el resultado típico, aunque los demás partícipes prosigan con la ejecución o consumación del delito. En relación al segundo supuesto, hay que precisar que cuando se hace mención a un «esfuerzo serio» en el desistimiento del autor, la valoración debe ser dada de acuerdo a las circunstancias y a las posibilidades con que cuenta la persona que quiere impedir el delito ⁽¹⁶¹⁾. «En el caso que el partícipe haya retirado su aportación y los demás intervinientes prosiguen con el hecho o no lo impiden, se tratará de un hecho distinto. Su desistimiento será eficaz frente al primer hecho, mientras que en el segundo no habrá una participación que lo incrimine. El desistimiento de un partícipe no alcanza al resto de los intervinientes» ⁽¹⁶²⁾. El desistimiento en el primer supuesto no libera de responsabilidad penal a los otros agentes participantes. Como es lógico, impide un posible desistimiento de los demás agentes participantes. Caso contrario resulta en el desistimiento del segundo supuesto, donde el agente partícipe que se haya desistido de su actuación delictiva e impida de manera seria la consumación —y aún así siga persistente la ejecución delictiva—, permita la posibilidad que los demás agentes participantes puedan desistir de su conducta delictiva.

974.
Reforma
del artículo
19 del
Código
Penal

De lege ferenda, en este último aspecto, la introducción del Anteproyecto de la parte general del Código Penal del 2004 (numeral 16) señala que «el problema reside en la expresión utilizada por la fórmula legal del artículo 19 del Código Penal de 1991: '*se esforzara seriamente*', que entiendo que la valoración del desistimiento se realizará de acuerdo a los medios y posibilidades con que cuenta la persona que quiere impedir el delito. Por ello, en el Anteproyecto se emplea la expresión '*con los medios a su alcance*'».

⁽¹⁶¹⁾ BRAMONT-ARIAS TORRES, L. M., 2002, p. 360.

⁽¹⁶²⁾ GARCÍA CAVERO, 2003, pp. 731-732. «Hay que advertir, por otra parte, que el dominio sobre el hecho no debe ser comprendido en un sentido naturalista, pues ello nos llevaría a afirmar que en el caso de los partícipes de la fase preparatoria, un concepto de dominio o capacidad de influencia sobre el hecho debe entenderse en un sentido normativo, esto es, que la acción ejecutiva no sólo es una acción del autor, sino también del partícipe, de manera tal que el partícipe sigue siendo posible. Por el contrario, tras la terminación de la tentativa y la pérdida de una posibilidad de reversión, un desistimiento no resulta posible, sino solamente una rectificación posterior» (*Ibidem*, p. 732).

§62. Interrupción externa

a. Interrupción externa en tentativa inacabada

La interrupción externa, exterior o ajena a la voluntad del agente es una forma de tentativa inacabada prevista en el artículo 16 del Código Penal. Es también conocida como *tentativa imperfecta* o *tentativa propiamente dicha* ⁽¹⁶³⁾. La **interrupción externa** se produce en el momento en que el agente ha comenzado la ejecución del delito. Se caracteriza porque el agente no llega a practicar todos los actos de ejecución, que según su representación del hecho, son necesarios para la producción del resultado, debido a circunstancias ajenas a su voluntad. Se encuentra aquí la diferencia con el desistimiento, pues en él la interrupción es voluntaria. Ejemplo: en el delito de hurto (artículo 185, Código penal) la ejecución es interrumpida accidentalmente en el momento de la sustracción debido al funcionamiento automático de la alarma, la intervención de la policía, u otras circunstancias. Las posibilidades de interrupción externas son innumerables, ejemplo: el hijo que ofrece un postre envenenado a su padre a quien pretende matar (parricidio, artículo 107, Código penal), pueden ser diversas las circunstancias de interrupción: el padre conoce las intenciones de su hijo y evita tomar el postre, interrumpe la ejecución una tercera persona que conocía el hecho, etc.

975.
Interrupción
externa en
tentativa
inacabada

Las condiciones para aceptarla son las siguientes ⁽¹⁶⁴⁾: *Primera*, se dé inicio a la ejecución de los actos que constituyen el delito. *Segunda*, la interrupción del proceso de ejecución se debe a circunstancias ajenas a la voluntad del agente. *Tercera*, se encuentren presentes el dolo y demás elementos subjetivos del tipo.

976.
Requisitos
de la
interrupción
externa

Jurisprudencia:

«Los hechos constituyen un supuesto de tentativa inacabada, al haber el inculgado interrumpido la comisión del delito por circunstancias externas y ajenas a él, al haber sido descubierto mientras intentaba violar a la menor» ⁽¹⁶⁵⁾.

⁽¹⁶³⁾ JESÚS, 1985, p. 189.

⁽¹⁶⁴⁾ FRAGOSO, 1985, p. 250.

⁽¹⁶⁵⁾ Sentencia del 20 de enero de 1999, Exp. 98-0191-1215-JX01P Huánuco en ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA, 2000a, pp. 251-257. Otro caso: «La acción del procesado de amenazar a la agraviada con un arma para despojarla de sus pertenencias, resulta un ilícito que no se llegó a concretar por la resistencia que opuso la víctima y la oportuna aparición de su hermano, configurándose la tentativa del delito contra el patrimonio». Sala Penal Exp. 2760-97 Lima en ROJAS VARGAS, 1999, p. 184.

b. Interrupción externa en tentativa acabada

Está prevista también en el artículo 16 del Código Penal y es una forma de tentativa acabada, que se le conoce también como **tentativa perfecta** o **delito frustrado** ⁽¹⁶⁶⁾. Esta forma de interrupción externa o accidental del proceso de ejecución se caracteriza porque el agente ha realizado (o cree realizar) todos los actos que, según su representación del hecho, eran necesarios para la producción del resultado, pero dicho resultado no se produce por circunstancias ajenas o accidentales. Ejemplo: el sujeto que sustrae un bien mueble de un domicilio particular (artículo 185, Código penal) y es perseguido por el agraviado hasta su inmediata captura. En esta forma de tentativa lo único que falta es la consumación, pues el agente ha realizado todo lo que considera necesario para que ésta se produzca, pero se interpone una interrupción accidental. Ejemplo: quien pretende ahogar a quien no sabe nadar y lo arroja al mar y una tercera persona lo salva. El que con el fin de matar a otro le dispara dos veces, pero no logra su propósito pues la víctima es auxiliada oportunamente por los facultativos, etc. Existen muchas posibilidades de interrupciones accidentales.

977.
Interrupción
externa en
tentativa
acabada

Jurisprudencia:

«Que, concretamente la tentativa del delito materia de juzgamiento es acabada por interrupción accidental toda vez que los agentes realizaron todos los actos que fueron necesarios para la consumación del ilícito (cortaron la soga de seguridad de la tolva y con la tenencia de las cajas emprendieron la fuga); sin embargo, dicho acto criminal no se consumó por la decidida persecución que emprendió el agraviado aunado a ello la oportuna intervención policial.» ⁽¹⁶⁷⁾. En otro caso: *«Si el acusado ha puesto de su parte todo lo necesario para la consumación del delito, el cual no se produjo por circunstancias accidentales, estamos frente al caso de una tentativa acabada.»* ⁽¹⁶⁸⁾

La diferencia con la interrupción externa en tentativa inacabada, está en que en ésta el agente no realiza todos los actos que, según su representación del hecho, eran necesarios para producir la consumación, interrumpida accidentalmente. Ejemplo: interrupción externa en tentativa inacabada, el sujeto que pretende envenenar y es sorprendido cuando servía el veneno a la víctima antes que la ingiera; interrupción externa en tentativa acabada, el sujeto logra que la víctima ingiera el veneno pero no se produce la muerte por un oportuno lavado gástrico.

978.
Diferencia
de
interrupción
externa de
tentativa
inacabada
y acabada

⁽¹⁶⁶⁾ JESÚS, 1985, p. 289.

⁽¹⁶⁷⁾ Ejecutoria del 30 de marzo de 1998, Exp. 152-97 en BRAMONT-ARIAS TORRES, L. A., 2000, p. 94.

⁽¹⁶⁸⁾ Ejecutoria Suprema del 6 de julio de 1976 en *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Lima 1976, p. 1303.

En consecuencia, podemos identificar ciertas *características* en la interrupción externa en tentativa acabada: *Primera*, que el agente haya realizado todos los actos necesarios para la consumación. *Segunda*, que la no producción del resultado se deba a circunstancias extrañas a la voluntad del agente. *Tercera*, que esté presente el dolo y demás elementos subjetivos del tipo.

979.
Características de la interrupción externa de tentativa acabada

c. Consecuencia penal

El artículo 16 del Código Penal no ha previsto en cuanto a la pena, una distinción entre las interrupciones externas en tentativa acabada e inacabada, como lo hacía el Código Penal de 1924 ⁽¹⁶⁹⁾. En ambos casos el juez disminuirá la pena *prudencialmente*.

980.
Consecuencia penal de las interrupciones externas

En el derecho peruano la interpretación del término «*prudencialmente*» plantea la duda de si la disminución de la pena puede producirse por debajo del *mínimo legal*. Creemos que «lo que se somete a interpretación va a criterio del juez se halla en el término 'prudencial', que debe orientar la disminución. Esto se ejemplifica en un caso específico del siguiente modo: si, por ejemplo, el tipo básico de homicidio fija pena privativa de libertad que oscila entre 6 y 20 años para el delito consumado, la tentativa de homicidio será punida con pena que se halle por debajo de los 6 años. Tal es el sentido encerrado en el texto de la ley, por cuanto 'pena' es la medida coercitiva comprendida entre un mínimo y un máximo, por consiguiente su disminución prudencial implicará la de su extremo mínimo» ⁽¹⁷⁰⁾.

981.
Reducción «prudencial» de la pena

§63. Tentativa inidónea

Estamos frente a una *tentativa inidónea* o *delito imposible* cuando la ejecución delictiva dirigida por el autor no llega a consumarse por razones fácticas o jurídicas. Los *límites* de la tentativa inidónea son precisados por

982.
Tentativa inidónea

⁽¹⁶⁹⁾ Vid. VILLAVICENCIO, 1990, pp. 183 y 187, respectivamente.

⁽¹⁷⁰⁾ ROJAS VARGAS, 1997, p. 365. BRAMONT ARIAS/BRAMONT-ARIAS TORRES establecen que «el art. 16 CP se limita a establecer que la penalidad atenuada de la tentativa rige como principio acogido por la ley. Si el fundamento de la tentativa se halla en la afectación al bien jurídico (en sus formas de daño, peligro o perturbación del titular del bien jurídico), cuando el delito no se consuma, el grado de afectación al bien jurídico es menor y, en consecuencia, la pena ha de ser menor a la que corresponde al delito consumado» (2001, p. 175).

el artículo 17 del Código Penal y ésta se presenta cuando la consumación del delito resulta imposible debido a «la ineficacia del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto».

Jurisprudencia:

«En la tentativa no punible, esta falta de punibilidad sólo opera cuando el medio para cometer el ilícito es ineficaz absolutamente para lograr el cometido o, el objeto sobre el cual recaerá la acción es absolutamente impropio.»⁽¹⁷¹⁾

983.
Teorías de la impunidad de la tentativa inidónea

Sobre la punibilidad del delito imposible existen diversas opiniones: la teoría objetiva considera la impunidad del delito imposible, la teoría subjetiva fundamenta la punibilidad al igual que las teorías mixtas, aunque con diferentes criterios. Nuestro actual Código Penal precisa la impunidad para esta forma de tentativa.

984.
Elementos del delito imposible

Aspectos importantes del delito imposible están referidos al inicio de la fase ejecutiva y a la imposibilidad absoluta de realizar el delito, debido a la inidoneidad del medio o del objeto (error de tipo al revés). El texto del artículo 17 del Anteproyecto de la parte general del Código penal del 2004 utiliza el término «inidoneidad del medio empleado o del objeto».

985.
Absoluta impropiedad del objeto

La absoluta impropiedad del objeto, puede presentarse por razones fácticas o jurídicas. Así, impropiedad fáctica absoluta del objeto: tentativa de aborto en una mujer no embarazada, impropiedad jurídica absoluta del objeto: tentativa de hurto cuando se desconoce el consentimiento del propietario. La impropiedad del objeto debe ser absoluta, y ello se presenta cuando no existe el objeto, ejemplo: sustracción de una caja de televisor llena de desperdicios en la creencia que contiene el aparato; o cuando por la situación o condición particular del objeto es imposible alcanzar el resultado previsto, ejemplo: disparar sobre un cadáver.

Jurisprudencia:

«No son punibles las maniobras ginecológicas practicadas con fines abortivos a una mujer que al momento de los hechos no se encontraba en estado de gestación.»⁽¹⁷²⁾ En otro caso: «Si bien los agentes actuaron con animus lucrandi, no fue posible que perpetraran el delito de robo por cuanto las tarjetas electrónicas de la víctima no se encontraban activadas, lo cual impidió el retiro de dinero de sus cuentas y en consecuencia el perjuicio patrimonial; es así que al no haber bien posible de sustraer, la tentativa de perpetrarla deviene en inidónea, por lo que el robo deviene en un delito

⁽¹⁷¹⁾ Exp. 141-98-P/APL Camaná en ARMAZA GALDOS/ZAVALA TOYA, 1999, p. 68.

⁽¹⁷²⁾ Ejecutoria Suprema del 18 de abril de 1991. Recaída en la causa 818-90 de la Primera Sala Penal de la Corte Superior de Lima, en PRADO SALDARRIAGA, 1996, II, p. 119.

§63. Tentativa inidónea

imposible»⁽¹⁷³⁾. En un tercer caso: «Si bien el evento criminal fue planificado y acordado con la finalidad del robo de dinero o barras de oro, bienes que no fueron encontrados por los agentes, tal ilícito constituye una tentativa inidónea por absoluta impropiedad del objeto del delito»⁽¹⁷⁴⁾.

La ineficacia absoluta del medio. Entendemos que el texto legal cuando utiliza la expresión «medio» se refiere tanto a los instrumentos como a las conductas del agente. Ejemplo: quien pretende causar un aborto aplicando a la mujer inyecciones analgésicas en la creencia que son idóneas. El medio será inidóneo de manera absoluta cuando, por su esencia o naturaleza, no es capaz de producir el resultado⁽¹⁷⁵⁾.

986.
Ineficacia
absoluta
del medio

La exigencia legal de la ineficacia absoluta o absoluta impropiedad, hace descartar los casos en los que el medio o el objeto eran *relativamente inidóneos*. En estos casos, será recomendable tipificar la conducta en el artículo 16 del Código Penal. El medio es relativamente inidóneo cuando siendo normalmente eficaz, deja de operar por la situación o circunstancia en que fue utilizado. Ejemplo: veneno en dosis reducida no letal. El objeto es relativamente inidóneo cuando una condición accidental del propio objeto neutraliza la eficacia del medio usado por el agente, o cuando estando presente el objeto en la etapa inicial de la conducta, se presenta en el instante del ataque⁽¹⁷⁶⁾. Ejemplo: un chaleco protector de la víctima desvía el proyectil o el sujeto dispara su arma de fuego sobre la cabeza de la víctima en la que se encontraba segundos antes.

987.
Inidonei-
dad
relativa del
medio o
del objeto

La valoración de la inidoneidad del objeto de la acción o del medio delictivo debe de efectuarse en el momento mismo de la comisión delictiva (*ex ante*) y situando a un espectador objetivo en la posición del autor⁽¹⁷⁷⁾. Esta valoración *ex ante* implica ubicarnos en los momentos en los cuales se ejecutaba el delito donde la pregunta estaría dirigida en relación al grado de probabilidad de que se produzca el resultado típico; si no hay ninguna probabilidad la tentativa resultará inidónea⁽¹⁷⁸⁾.

988.
Momento
de
valoración
de la
inidonei-
dad

⁽¹⁷³⁾ Ejecutoria Suprema del 4 de noviembre de 1999, R. N. 2924-99 en *Diálogo con la Jurisprudencia*, Año 8, número 47, Lima 2002, p. 287.

⁽¹⁷⁴⁾ Ejecutoria Suprema del 29 de enero de 1998, Exp. 5990-97 La Libertad en ROJAS VARGAS, 1999, p. 106.

⁽¹⁷⁵⁾ FRAGOSO, 1985, p. 260. En contra ROJAS VARGAS, 1997, pp. 324 y ss.

⁽¹⁷⁶⁾ JESÚS, 1985, p. 302.

⁽¹⁷⁷⁾ Cfr. BERDUGO *et al.*, 1999, p. 281.

⁽¹⁷⁸⁾ RODRÍGUEZ DEVESA, 1991, p. 789.

989. Error de tipo al revés. Es posible identificar esta versión, con el error de tipo al revés. Para calificar el delito imposible bastará el error de tipo al revés evitable, ejemplo: quien pretende envenenar agregando azúcar al alimento de su víctima en la creencia que es veneno. Si se trata de un error de tipo al revés inevitable, es mejor recurrir al artículo 16 del Código Penal. Ejemplo: sujeto que compra veneno para ratas en una farmacia, pero el producto tiene una falla en su elaboración que lo convierte en inofensiva sustancia, y sin saberlo, se lo hace ingerir a la víctima.
990. Consecuencia penal de la tentativa inidónea. **Consecuencia Penal:** No es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del delito, por la ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto.

§64. Delito putativo

991. Delito putativo. El delito putativo se presenta cuando el sujeto supone, por error, estar practicando un hecho punible, siendo su conducta penalmente irrelevante.
992. Error de prohibición al revés. Esta es una forma de error de prohibición al revés, ya que el sujeto supone de manera equivocada que su conducta está prohibida por una norma, que sólo existe en su imaginación, mas no en la realidad. Dicha suposición errónea puede estar referida a la exigencia de la norma prohibitiva como tal, a la mala interpretación de los límites de una norma penal existente o puede, por último, desconocer el efecto justificante de una proposición permisiva (causal de justificación) ⁽¹⁷⁹⁾.
993. Diferencia entre delito putativo y delito imposible. La distinción entre el delito putativo y el delito imposible se efectúa en consideración a si el error afecta el supuesto de hecho de una norma o a la norma en sí ⁽¹⁸⁰⁾. En el primer caso estaríamos ante un delito imposible, en el segundo, ante un delito putativo. La delimitación entre ambas formas delictivas reside en los límites entre el tipo y la prohibición. «La representación errónea de una prohibición que no se da constituye siempre delito putativo, mientras que la representación errónea de que se da un tipo puede ser tentativa pero –en los casos de sobreestimación de deberes– no tiene que serlo necesariamente» ⁽¹⁸¹⁾.

⁽¹⁷⁹⁾ JESCHECK/WEIGEND, 2002, p. 573.

⁽¹⁸⁰⁾ Cfr. *Ibidem*, p. 572.

⁽¹⁸¹⁾ JAKOBS, 1995, p. 874, num. 38.

§65. Tentativa irreal o supersticiosa

El delito putativo no constituye una forma de tentativa, pues no es suficiente que el sujeto suponga erróneamente que su conducta impune sería jurídico-penalmente prohibida. La doctrina nacional es unánime en entender que el delito putativo es impune. Es evidente que la determinación de lo que constituye o no delito, no corresponde a la opinión del sujeto sino a la ley y por ello, el error del autor nunca pueda significar su equivalencia a una prescripción penal ⁽¹⁸²⁾.

994.
Impunidad
del delito
putativo

En el supuesto del error sobre la idoneidad del sujeto, que se presenta cuando alguien comete un supuesto delito de infracción de deber en la creencia errónea que posee la calidad exigida en el tipo para ser autor, nos inclinamos por considerar que en esos casos no hay tentativa sino solo un delito putativo, por lo tanto impune, pues consideramos que la calidad de autor en los delitos especiales o de infracción del deber determina la existencia de un deber especial que incumbe al sujeto; en consecuencia, la suposición de un deber es, en realidad, la suposición de la antijuridicidad que no existe y, por lo tanto, es la suposición de un delito que no existe ⁽¹⁸³⁾. Ejemplo: el administrador de un edificio de apartamentos que cree haber cometido un delito funcional al aceptar una dádiva para dar prioridad en los servicios. Algunos autores han estimado que nos encontramos en estos casos ante delitos imposibles, ya que establecen que el deber especial que se funda en la calidad del agente en los delitos especiales es un auténtico elemento del tipo. La no concurrencia de dicha calidad debe ser entendida como la inexistencia de un elemento típico ⁽¹⁸⁴⁾.

995.
Delito
putativo y
delito de
infracción
de deber

§65. Tentativa irreal o supersticiosa

Se presenta cuando el agente utiliza medios mágicos o supersticiosos para alcanzar un resultado delictivo. En estos casos, la inidoneidad de la tentativa logra alcanzar un grado tal que para cualquier observador objetivo, ubicado en la situación del autor, carece de toda base la posibilidad de que se alcance la consumación ⁽¹⁸⁵⁾. La tentativa irreal no es un simple error sobre la causalidad sino que se trata de una causalidad que no se admite porque no es verificable. Ejemplo: quien pretende matar a otro clavando alfileres en un muñeco que representa a la víctima.

996.
Tentativa
irreal o
supersti-
ciosa

⁽¹⁸²⁾ STRATENWERTH, 2005, p. 335, num. 25.

⁽¹⁸³⁾ Cfr. MIR PUIG, 2004, p. 356, num. 91.

⁽¹⁸⁴⁾ BACIGALUPO, 1998, p. 351.

⁽¹⁸⁵⁾ MIR PUIG, 2004, p. 355, num. 87.

997.
Impunidad
de la
tentativa
irreal o
supersti-
ciosa

En el Perú, la riqueza de pautas culturales haría que se presenten diversidad de supuestos. La imposibilidad de verificar la causalidad ha motivado en la doctrina un acuerdo sobre su impunidad. Para fundamentar la impunidad se han elaborado criterios objetivos y subjetivos. La *posición objetiva* considera que el Derecho Penal debe limitarse a prevenir hechos socialmente nocivos, que en el momento de realizarse aparezcan como peligrosas para los bienes jurídicos ⁽¹⁸⁶⁾. La *posición subjetiva* considera que en la tentativa imaginaria a la voluntad le falta todo merecimiento de pena por cuanto la acción tentada pierde toda base de realidad ⁽¹⁸⁷⁾. La *teoría de la impresión* (objetiva-subjetiva) considera que el empleo de métodos mágicos y otros análogos no puede despertar ningún tipo de impresión en la comunidad ⁽¹⁸⁸⁾. Las tres posiciones coinciden en la impunidad y solo varían en los fundamentos.

⁽¹⁸⁶⁾ BACIGALUPO, 1984, p. 171; WELZEL, 1976, p. 269; STRATENWERTH, 1982, p. 211.

⁽¹⁸⁷⁾ MIR PUIG, 1983, p. 142.

⁽¹⁸⁸⁾ WELZEL, 1976, p. 267.