



Fidel Rojas Vargas

ACTOS PREPARATORIOS, TENTATIVA Y CONSUMACION DEL DELITO

DOGMATICA PENAL Y FASE EXTERNA DEL DELITO

√ DOCTRINA √ ANALISIS JURIDICO
√ CASOS PRACTICOS √ JURISPRUDENCIA
√ DERECHO COMPARADO



GRIJLEY

600117

Primera edición - Julio 1997

DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822

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

Composición e Impresión *Laser Graf Alvarado*

© 1997 - Editora Jurídica GRIJLEY - Lima, Perú

Jr. Lampa 1115 Of. 203 - Lima 1 • Teléfono: 427-6038 • Telefax: 427-7854



Editora y Distribuidora Jurídica **Grijley** E.I.R.L.

*A mis padres Fidel y Leonor,
en homenaje y testimonio de admiración.*



1000

INDICE GENERAL

<i>Prólogo</i>	xix
<i>Palabras Previas</i>	xxi
<i>Agradecimientos</i>	xxiii

TITULO PRIMERO

DOGMA TICA PENAL: CUESTIONES FUNDAMENTALES

1. DERECHO Y SISTEMA	3
1.1 El funcionalismo jurídico	8
1.2 La dogmática penal como sistema	11
2. LA DOGMÁTICA PENAL	11
2.1 Objeto de la dogmática penal	12
2.2 Crítica al positivismo kelseniano	14
2.3 Naturaleza de la Dogmática penal	15
3. CIENCIA Y DERECHO	18
3.1 Conceptualización genérica de Ciencia	20
3.2 Ley y Dogmática	21
3.3 El principio de verificación	23
3.4 Lo verdadero y falso en dogmática penal	23
3.5 La relatividad del conocimiento científico y de las teorías	24
3.6 Carácter instrumental y selectivo de la ciencia	27
3.7 La cuestión del método	28
3.8 Derecho y Ciencia: expectativas y limitaciones	30
4. LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL: PRECISIONES SOBRE LA DOGMA TICA JURÍDICA	34
4.1 Resumiendo: la dogmática ¿ciencia o método?	38

4.2	La dogmática penal: lo característico de una ciencia moderna	42
4.3	Dogmática y teorías penales	42
4.4	Sucesión de paradigmas en materia penal	45
4.5	Características de la dogmática penal	46
4.6	Objeciones a la dogmática penal	49
4.7	Funciones de la dogmática penal	51
4.8	La dogmática penal como sistema de conocimiento	54
5.	DE LA DOGMÁTICA A LA DECISIÓN JUDICIAL	55
5.1	El caso penal	56
5.2	La decisión judicial: factor de legitimación del derecho	57
5.3	Factores que inciden en la toma de decisión jurisdiccional	58
5.4	Colofón al título primero	63

TITULO SEGUNDO
LOS ACTOS PREPARATORIOS

1.	ACTO Y PREPARACIÓN	67
1.1	Acción	69
1.2	El comportamiento: Acción y Conducta	70
1.3	La estructura de la acción	73
1.4	La acción en derecho penal	74
1.5	El juicio de relevancia	75
1.6	El Acto	76
1.7	El Hecho	77
1.8	La Omisión	77
1.9	Importancia jurídico social de la omisión	79
1.10	La omisión y los actos de ejecución	80
2.	ACCIÓN Y RELACIÓN DE CAUSALIDAD	81
2.1	La causa	81
2.2	La causa penalmente relevante	83
2.3	Limitaciones de la relación causal	84
3.	EL CONCEPTO DE ACCIÓN Y ESCUELAS PENALES	85
3.1	El concepto causal de acción	86
3.2	El concepto finalista de acción	89

Actos preparatorios tentativa y consumación del delito

3.3	El concepto social de acción: objeciones a la teoría final de acción	90
3.4	El concepto normativo de acción	92
3.4.1	El concepto normativo conglobante de Jakobs	93
3.5	La función e importancia del concepto Acción	96
3.6	Concepto Sincrético de acción	96
3.7	Breves consideraciones sociológico-filosóficas sobre la acción....	98
4.	LO PREPARATORIO	100
4.1	Características de los actos preparatorios	101
4.2	Conceptos sobre actos preparatorios	103
4.3	Clasificación y definición de los Actos Preparatorios	105
4.4	Historia Legislativa de los Actos Preparatorios	108
5.	IDEACIÓN Y ACTOS PREPARATORIOS	111
6.	LA TEORÍA DE LAS “RESOLUCIONES MANIFIESTAS”	113
7.	IMPORTANCIA DE LOS ACTOS PREPARATORIOS	114
7.1	Precisiones sobre los actos preparatorios	115
7.2	Actos preparatorios y política criminal	117
8.	LOS ACTOS PREPARATORIOS EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO PENAL PERUANO	118
8.1	Planteamientos de los penalistas peruanos	121
9.	EL ACTO PREPARATORIO PUNIBLE	126
9.1	Generalidades históricas	126
9.2	En el pensamiento jurídico europeo	127
10.	FUNDAMENTOS Y MECANISMOS DE PUNICIÓN	133
10.1	Mecanismos de punición	134
10.2	Puntualizaciones	135
11.	NATURALEZA DEL ACTO PREPARATORIO	136
11.1	Clasificación de los actos preparatorios funcionales	138
11.2	Limitaciones a la punición de los actos preparatorios	139
12.	CASOS DE ACTOS PREPARATORIOS PUNIBLES EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO	140
a)	Asociación para delinquir (Art. 317)	141
b)	La conspiración(Art. 349)	142

Fidel Rojas Vargas

c)	Tráfico ilícito de drogas (Comercialización de Materias Primas e Insumos, Art. 2969).....	145
d)	Terrorismo (Actos de Colaboración Art. 4 D.L. 25475 y Art. 2-C, D.L. 25659).....	146
13.	EL ACTO PREPARATORIO EN EL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR	147
14.	DERECHO COMPARADO.....	148
	Código penal español	149
	Código penal portugués.....	150
	Código penal mexicano	152
	Código penal colombiano	153
	Código penal argentino.....	154
	Código penal del Ecuador	156
15.	CASOS	158
16.	JURISPRUDENCIA PERUANA (ACTOS PREPARATORIOS)	161

TITULO TERCERO
LA TENTATIVA

1.	BREVE EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONCEPTO "TENTATIVA".....	169
	1.1 En el Derecho Romano	172
	1.2 En el Derecho Germano	173
	1.3 En el Derecho Español (Las Siete Partidas).....	174
	1.4 En el Derecho Canónico.....	175
	1.5 Tentativa de Pecado y Tentativa de Delito	176
	1.6 En el derecho penal revolucionario francés.....	177
	1.7 El período de las codificaciones	178
2.	LA TENTATIVA EN LA CONCEPCIÓN DE BECCARIA, ROMAGNOSI Y FEUERBACH	180
	2.1 El Pensamiento de BECCARIA	180
	2.2 El Pensamiento de ROMAGNOSI.....	183
	2.3 El Pensamiento de ANSELM VON RITTER FEUERBACH	183
3.	CONCEPTOS SOBRE TENTATIVA	184
	3.1 En Europa	184
	3.2 En América Latina	193

Actos preparatorios tentativa y consumación del delito

4.	LA PROBLEMÁTICA DE LA DELIMITACIÓN ENTRE PREPARACIÓN Y EJECUCIÓN DEL DELITO	198
4.1	El criterio de la Univocidad (Teoría Objetiva)	199
4.1.1	Limitaciones	201
4.2	El criterio de la Idoneidad (Teoría Objetiva)	202
4.3	El criterio de la voluntad criminal (Teoría Subjetiva Extrema) ...	204
4.3.1	Crítica a las teorías subjetivas	209
4.4	El criterio del peligro para el bien jurídico (Teoría objetiva material).....	210
4.4.1	Limitaciones	213
4.5	El criterio de la acción típica (Teoría Formal Objetiva)	213
4.5.1	El aporte de BELING	215
4.5.2	Méritos y limitaciones	215
4.6	El criterio del plan del autor (Teoría subjetiva limitada)	216
4.7	Criterio mixto: Plan del autor y realización del tipo (Teoría subjetiva-formal objetiva)	217
4.7.1	La teoría del plan de acción	218
4.7.2	La posición de Stratenwerth y Jescheck	219
4.7.3	Críticas formuladas a esta teoría	221
4.7.4	Las precisiones de Jakobs	223
5.	OTRAS TEORÍAS, EL ENFOQUE DE LA DOGMÁTICA ITALIANA	224
5.1	El escepticismo italiano	225
5.2	Tratadistas italianos en la línea de la diferenciación	227
6.	EL PENSAMIENTO PENAL FRANCÉS SOBRE LA DELIMITACIÓN Y EL COMIENZO DE EJECUCIÓN.....	232
6.1.	Preparación y Ejecución delictiva: Precisiones sobre un tema central en Dogmática Penal.....	235
7.	ANÁLISIS DOGMÁTICO: BASES ÓNTICO-JURÍDICAS DE LA TENTATIVA	238
7.1	Los actos de ejecución	238
7.1.1	Importancia de su estudio	239
7.1.2	Clases de actos de ejecución.....	239
7.1.3	Alcance denotativo	240
7.1.4	Naturaleza de los actos ejecutivos	241
7.1.5	Actos ejecutivos y finalidad	242
7.1.6	Precisiones sobre los actos ejecutivos	242

7.1.7	Implicancia de la teoría de los actos de ejecución	243
7.2.	La naturaleza del peligro en la tentativa	244
7.2.1	Definición y contexto	245
7.2.2	El peligro en la tentativa y en los delitos del peligro.....	246
7.2.3	La significación del peligro	247
7.2.4	El peligro como probabilidad	247
7.2.5	Precisiones sobre el peligro de la tentativa	248
7.3	Tentativa: tipo autónomo o delito imperfecto	249
7.3.1	Lo específico en la tentativa	250
7.3.2	Tentativa ¿fragmento del delito o carencia de tipo?	251
7.3.3	Precisiones sobre la tentativa y propuesta	251
7.3.4	Naturaleza jurídica de la tentativa	253
8.	TIPICIDAD Y TIPO OBJETIVO	255
8.1	El juicio de tipicidad en la tentativa	255
8.2	Comienzo de ejecución	256
8.2.1	Naturaleza y características	257
8.2.2	Análisis concreto del comienzo de ejecución.....	257
8.2.3	Tendencias históricas de apreciación	258
8.3.4	Comienzo de ejecución y circunstancias del tipo	259
8.2.5	Comienzo de ejecución y finalismo	259
8.2.6	El comienzo de ejecución en los delitos agravados	260
8.2.7	El comienzo de ejecución como consumación de otro delito....	261
9.	NO CONSUMACIÓN DEL DELITO	261
9.1	La tridimensionalidad de la no consumación	262
9.2	Acción-No consumación-Resultado	263
9.3	No consumación y tentativa en el código penal peruano	264
10.	TIPO Y TIPICIDAD SUBJETIVA	265
10.1	El dolo	265
10.2	El dolo en la consumación y en la tentativa: identidad o diferenciación	266
10.3	Importancia del dolo en la tentativa	267
10.4	El dolo eventual en la tentativa	269
11.	DERECHO COMPARADO. ELEMENTOS DE LA TENTATIVA	270
11.1	Actos idóneos e inequívocos	271

Actos preparatorios tentativa y consumación del delito

11.1.1	Lo idóneo y lo adecuado	273
11.1.2	Lo inequívoco	274
11.2	El STRAFGESETZBUCH alemán y el tema de la Tentativa	275
12.	LA TENTATIVA EN LAS DIVERSAS CLASES DE DELITO (AMBITOS DE APLICACIÓN)	276
12.1	En los delitos de lesión y de resultado	276
12.2	En los delitos de actividad y peligro	277
12.3	La tentativa en los delitos calificados por el resultado	278
12.4	La tentativa en los delitos de omisión propia e impropia	280
12.4.1	En los tipos omisivos propios	282
12.4.2	La Situación en los delitos omisivos impropios	283
12.4.3	Precisiones finales	285
12.5	La tentativa en los delitos de consumación anticipada	285
12.6	La tentativa en los delitos culposos	286
12.7	La tentativa en las contravenciones	287
12.8	La tentativa en la autoría mediata	288
12.9	La tentativa en los delitos calificados (agravados) o circunstanciados	289
12.10	La tentativa en el "actio libera in causa"	290
12.11	Tentativa y error	291
12.12	Tentativa y Participación	292
12.13	Tentativa en concurso de delitos	294
12.14	Imputación objetiva y tentativa	295
12.14.1	Críticas a la teoría de la imputación objetiva	298
13.	LA PUNICIÓN DE LA TENTATIVA	300
13.1	Teoría objetiva	301
13.2	Teorías subjetivas	302
13.3	Teorías mixtas	303
14.	SISTEMAS DE PUNICIÓN	305
15.	MODALIDADES DEL DELITO IMPERFECTO	306
15.1	Tentativa Inacabada	307
15.1.1	Tentativa inacabada y tipos penales (casos de tentativa inacabada)	308
15.2	Delito Frustrado	313

Fidel Rojas Vargas

15.2.1	Generalidades	313
15.2.2	El aporte de Giandomenico Romagnosi	314
15.2.3	La teoría de la tentativa acabada (beendigter Versuch).....	316
15.3	La Tentativa Calificada	317
15.4	La tentativa sujeta a condiciones de punibilidad	317
15.5	Tentativa Inacabada, Delito Frustrado y Consumación del Delito	318
15.5.1	Enfoques de solución	318
15.5.2	Importancia de la delimitación	320
15.5.3	Tratamiento histórico punitivo.....	321
15.5.4	El agotamiento de los actos ejecutivos	321
15.5.5	Posturas actuales en torno al delito frustrado	322
15.6	La tentativa Inidónea y/o Delito Imposible.....	324
15.6.1	Breve recensión histórica	324
15.6.2	Características	324
15.6.3	Un absurdo lingüístico.....	326
15.6.4	La tentativa en consideración al sujeto pasivo del delito	326
15.6.5	El delito Imposible	327
15.6.6	Casos de tentativa simulada	328
15.6.7	El delito Putativo o Error de Prohibición al revés.....	329
15.6.8	Casos de inidoneidad en función al sujeto activo.....	330
15.6.9	La tentativa irracional o burdamente insensata	330
15.6.10	La tentativa irreal o supersticiosa	331
15.6.11	Punición de la Tentativa inidónea	332
15.7	La tentativa desistida (el Desistimiento)	333
15.7.1	Características	334
15.7.2	Naturaleza jurídica.....	335
15.7.3	La Voluntariedad	336
15.7.4	La eficacia del desistimiento	338
15.7.5	Relevancia jurídica del desistimiento involuntario	339
15.7.6	Definitividad del desistimiento	339
15.7.7	Desistimiento en tentativa acabada.....	340
15.7.8	El evitamiento del resultado.....	341
15.7.9	Desistimiento en los actos preparatorios	343

Actos preparatorios tentativa y consumación del delito

15.7.10	Teorías sobre el trato punitivo del desistimiento	344
1.	Las teorías jurídicas	344
2.	Los criterios políticos-criminales	345
3.	Las teorías premiales	346
4.	Teoría de la insuficiente culpabilidad	346
5.	Teoría de los fines de la pena	347
6.	Otros criterios	347
15.7.11	Ubicación sistemática del desistimiento	348
15.7.12	Casos de desistimiento: Kern-Roxin-Maiwald	348
16.	REGULACIÓN LEGAL DE LA TENTATIVA EN EL PERÚ Y OTRAS LEGISLACIONES	356
16.1	La tentativa en los códigos penales peruanos	356
16.2	El esquema legal peruano de tentativa	360
	Art. 16 (fórmula genérica)	360
	Art. 17 (irrelevancia del delito imposible)	361
	Art. 18 (desistimiento)	361
	Art. 19 (participación - impedimento y privilegio penal)	362
	I. Tratamiento de la autoría	362
	II. Tratamiento punitivo del partícipe(s)	362
16.3	Penalidad de la tentativa	364
17.	DERECHO COMPARADO (LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA)	365
17.1	En el derecho penal europeo	365
17.2	El panorama legislativo en América Latina	367
17.3	Tendencias actuales	368
18.	JURISPRUDENCIA PERUANA SOBRE TENTATIVA	369
18.1	El estado actual de la jurisprudencia peruana	369
18.2	Análisis Jurisprudencial	370
19.	DERECHO COMPARADO, LEGISLACIÓN: ESQUEMAS LEGALES DE TENTATIVA	377
19.1	Códigos históricos	377
1.	Código penal francés de 1810	377
2.	Código penal alemán de 1870	378
3.	Código penal italiano de 1889	379
4.	Código penal español de 1973	380

Fidel Rojas Vargas

19.2	Códigos vigentes	382
5.	Código penal italiano de 1930	382
6.	Código penal mexicano de 1931	383
7.	Código penal argentino de 1922	383
8.	Código penal portugués de 1982	384
9.	Código penal brasilero de 1984	385
10.	Código penal de Puerto Rico de 1974	386
11.	Código penal alemán de 1975	387
12.	Código penal francés de 1993	388
13.	Código penal español de 1995	388
14.	Código penal de Colombia de 1980	389
15.	Código penal del Ecuador 1938	389
16.	Código penal cubano de 1988	390
19.3	Anteproyectos y proyectos de códigos penales.....	391
17.	Anteproyecto peruano de 1877	391
18.	Anteproyecto peruano de 1902	392
19.	Proyecto Maúrtua 1916	393
20.	Anteproyecto de código penal (CORNEJO) 1927	394
21.	Anteproyecto de código penal suizo 1916	395
20.	JURISPRUDENCIA PERUANA (TENTATIVA)	396

TITULO CUARTO
LA CONSUMACION DEL DELITO

1.	GENERALIDADES	409
2.	DEFINICIONES.....	410
3.	PROBLEMAS DE INTERPRETACIÓN EN LA CONSUMACIÓN DEL DELITO	411
3.1	Consumación y resultado	413
3.2	La Consumación anticipada	417
4.	LOS MOMENTOS CONSUMATIVOS	417
4.1	Importancia	418
4.2	La consumación en estricto.....	418
4.3	La Terminación	419
4.4	El Agotamiento	421

Actos preparatorios tentativa y consumación del delito

5.	LA CONSUMACIÓN EN LOS DIVERSOS TIPOS PENALES	422
5.1	La consumación en el delito instantáneo.....	423
5.2	La consumación en el delito permanente	425
5.3	La consumación en el delito continuado	428
5.3.1	Diferencias entre el delito continuado y el delito permanente.....	430
5.4	La consumación en el delito plurisubsistente	432
5.5	La consumación en el delito complejo	433
6.	CASOS DE DELITO PERMANENTE.....	434
1.	La consumación en el delito de Usurpación	434
2.	La consumación en el delito de Secuestro	436
3.	La consumación en el delito de Hurto de Uso.....	437
7.	CONSUMACIÓN Y PRESCRIPCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.....	437

TITULO QUINTO

DESARROLLO HISTORICO DOCTRINARIO SOBRE EL ITER CRIMINIS

1.	LA ESCUELA CLÁSICA.....	443
2.	LA ESCUELA NEOCLÁSICA ALEMANA	447
3.	LA ESCUELA FINALISTA	449
4.	REPERCUSIONES DEL FINALISMO EN EL PENSAMIENTO PENAL ESPAÑOL ...	452
5.	LA ESCUELA ITALIANA, ANTOLISEI Y LA MODERNA DOGMÁTICA ITALIANA	457
6.	EL FUNCIONALISMO JURÍDICO DE GÜNTHER JAKOBS Y CLAUS ROXIN.....	462
7.	EL DEBATE EN AMÉRICA LATINA	467
8.	PERÚ : AVANCE DOGMÁTICO	472

TITULO SEXTO

LA CONSUMACION DEL DELITO EN LA PARTE ESPECIAL DEL CODIGO PENAL PERUANO DE 1991

1.	EN LOS DELITOS CONTRA LA VIDA EL CUERPO Y LA SALUD	485
2.	EN LOS DELITOS CONTRA EL HONOR	489
3.	EN LOS DELITOS CONTRA LA FAMILIA	491

Fidel Rojas Vargas

4.	EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD	492
5.	EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO	494
6.	DEFRAUDACION TRIBUTARIA	496
7.	EN LOS DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA	498
8.	EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	499
9.	EN LOS DELITOS CONTRA LA FÉ PÚBLICA	501
	Bibliografía general	503
	Indice por autores	527

PROLOGO

El libro que presentamos constituye un documentado y minucioso estudio crítico de los conceptos jurídico-penales que simbolizan los componentes externos del “iter criminis” o proceso ejecutivo del delito. Premunido de un excelente conocimiento de la doctrina extranjera y de la legislación comparada más significativa y contemporánea sobre la materia, a las que se refiere con oportunidad y profusión a lo largo de su trabajo, FIDEL ROJAS VARGAS realiza una exposición y crítica del Código Penal nacional de 1991 respecto a sus textos en los que se legisla sobre los actos preparatorios funcionales (considerados en sí mismos como delictivos por encontrarse inequívocamente vinculados a un tipo penal específico), así también sobre la tentativa. Los aportes del autor a la ciencia penal, en los temas que aborda en su libro, los concreta y ejemplifica con el estudio que hace al vincularlos con determinadas figuras delictivas, sin dejar de confrontar sus puntos de vista con las opiniones doctrinarias de los penalistas peruanos, siendo destacable su fundamentada y respetuosa discrepancia expresa en la mayoría de los casos.

Preocupado el autor por lograr que la legislación penal nacional se traduzca en un efectivo respeto por los Derechos Humanos, entre los que presenta un especial relieve el principio de legalidad de los delitos y penas, propone que los actos preparatorios y los actos de ejecución tentada (tentativa) deberían tener mención constitucional y un mayor y mejor trato normativo a nivel del Código Penal. Consecuentemente indica, por ejemplo, que la tentativa, además de estar contemplada en la Parte General del C.P., debería también expresarse (como punible) en los tipos de la Parte Especial que la admitan, con tendencia a irrelevarla en las acciones mínimamente criminalizadas

(es decir, en los tipos delictivos que no revistan gravedad). No cabe duda que en el tema en cuestión el autor está influenciado por la doctrina y legislación alemanas. Al respecto cabe recordar que tanto el C.P. alemán de 1870 (Parágrafo 43), como su nueva versión del 1o. de enero de 1975 (Parágrafo 23, inciso 1) prescriben que la tentativa en los crímenes siempre será castigada; en cambio, la tentativa respecto a los delitos únicamente cuando así lo establezca la ley en su parte especial para las infracciones en particular. En caso contrario la tentativa en los delitos no exceptuados resulta impune.

Es interesante destacar, por otro lado, que FIDEL ROJAS VARGAS estima que la tentativa, por su importancia dogmática y práctica debe ser tratada a nivel del tipo en el estudio de la teoría del delito, es decir, según nuestro entender, para el autor la tentativa es una institución jurídico-penal que solamente tiene una autonomía relativa (no así plena), puesto que si bien es cierto que el autor está de acuerdo con la teoría que le asigna una naturaleza accesoria por considerarla una extensión del hecho típico supuesto consumado, o una extensión de la pena correspondiente a éste, también es verdad que propone insertar la tentativa en el estudio del tipo, tesis que no deja de ser discutible.

La obra que hoy se pone al alcance del público constituye una excelente contribución al mejor conocimiento de nuestro Código Penal de 1991 y a sus futuros perfeccionamientos. Se trata de un estudio de dogmática jurídica extenso y meditado, con el mejor sustento doctrinario y eficaz manejo de la legislación comparada, sin estar exento de matices filosóficos e históricos que enmarcan su desarrollo a manera de introducción. Estas son las razones por las que el trabajo que prologamos no pasará desapercibido para los estudiantes y estudiosos de la ciencia del delito y de la pena, mereciendo los más efusivos elogios por haber sido culminado en un medio nada fácil para la investigación científica.

LUIS E. ROY FREYRE

Lima, junio de 1997

PALABRAS PREVIAS

El derecho es una realidad socio-cultural dinámica, por lo mismo cambiante, cuya temática de estudio integra directivas y directrices diversas (de poder y de consenso), normas jurídicas, comportamientos relevantes y valoraciones diversas, en unidad e interconexión dialéctica que le otorgan un carácter especial en el espectro de las ciencias sociales.

La dogmática como esquema global de conocimiento científico de la realidad jurídica, nos brinda los presupuestos teóricos y los instrumentos crítico-conceptuales para hacer de esta realidad una cada vez más humana y previsible, donde la justicia y la libertad sean mundos posibles de existencia y expresiones racionales de convivencia.

La ciencia del Derecho Penal (la dogmática penal) como unidad indesligable entre teoría y práctica judicial aspira hacer de la predictibilidad en las decisiones y de la justicia una praxis cotidiana en la solución de los conflictos suscitados en el interactuar humano, ofreciendo a legisladores, jueces, juristas, abogados y justiciables el saber jurídico penal, que junto a la fuerza de la argumentación y la verdad procesal epistémica contribuirá a aliviar las imperfecciones de la condición humana inserta en su contexto social históricamente determinado.

El presente trabajo se halla en esta perspectiva, espero que su estudio y crítica contribuya al servicio de la justicia y participe de las inquietudes intelectuales que, con sentido ético, brotan hoy proficuas en estas tierras de nuestra América irredenta. Conozco de las limitaciones ideológicas del derecho, de su carácter instrumentalizable políticamente y de sus innegables condicionamientos de poder. Pero

Fidel Rojas Vargas

comparto la idea que con él se puede acceder a niveles de respeto por la dignidad y los derechos humanos, sin los cuales el Derecho, como diría León Düguit, no valdría un minuto de esfuerzo.

El Autor

El Callao, mayo de 1997

Agradecimientos

Al Dr. Luis E. Roy Freyre por sus perspicaces e ilustradas enseñanzas y por el acogimiento sincero brindado desde un primer momento. A la doctora Denyse Baca Cabrera, por darme la oportunidad de hurgar en el entretejido múltiple apasionado y doloroso de la materia real de los procesos penales. Al doctor Justo Micalay mi reconocimiento y admiración. A los doctores Víctor Prado Saldarriaga, Mirtha Bendezú, al doctor Raúl Peña Cabrera (+) a quien tuve el privilegio de conocer en sus años de otoñal vigor y lozanía intelectual. A los profesores de Filosofía de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Aníbal Campos, Alberto Llanos y Julio Sanz (+). A los doctores Enrique Llontop, César Iglesias, Alexei Sáenz, por los momentos de debates y coloquios compartidos. A Katty y Marlene Neyra, por sus contribuciones para la realización de esta obra. A la Dra. Maritza Yucra, por su constante interés y apoyo moral. A las señoritas Libia Huamali y Janett Ruiz por su especializada labor de composición y diagramación del presente trabajo, quienes tuvieron que tolerar mis afanes insoportablemente perfeccionistas. A Carlos Atocsa por su participación en las correcciones a la redacción del texto. A todos ellos y a quienes sin haberles nombrado y que contribuyeron con sus ideas y sugerencias a la concreción de este modesto esfuerzo.

El derecho consiste en la limitación de la libertad de cada uno, basada en la condición de que ésta concuerde con la libertad de todos los demás, en cuanto ello sea posible según una ley universal.

INMANUEL KANT
El conflicto de las facultades, 1798

Es en vano esperar gran provecho en las ciencias, injertando siempre sobre el antiguo tronco; antes al contrario, es preciso renovarlo todo, hasta las raíces más profundas, a menos que se quiera dar siempre vueltas en el mismo círculo y con un progreso sin importancia y casi digno de desprecio.

FRANCIS BACON
Novum organum, 1620

TÍTULO PRIMERO

**DOGMÁTICA PENAL:
CUESTIONES FUNDAMENTALES**

1. DERECHO Y SISTEMA

Es mérito atribuible a la vertiente sociologizante del funcionalismo jurídico, en lo que va de la segunda mitad de este siglo, haber dado consistencia teórica a una idea que desde tiempo atrás se hallaba en los trabajos de numerosos juristas y ius filósofos: el carácter social del derecho como sistema de relaciones y expectativas basadas en acciones e interacciones humanas (1). A criterio de REHBINDER el derecho es un subsistema social de naturaleza cultural con funciones propias (2), y vinculantes con los otros subsistemas exis-

(1) El uso del concepto "sistema" no es reciente en el campo del derecho. Ha constituido, como indica VINCENZO TOMEO, una constante ambición que ha condicionado el trabajo de los juristas y de los teóricos del derecho del pasado y los de ahora, que han considerado ello la coronación de una reflexión teórica sobre el derecho (*Il diritto come struttura del conflitto*, Milano, 1981, p. 11). KARL LARENZ remonta la idea de "sistema" a los trabajos de los teóricos de la escuela del derecho natural. Véase de dicho autor, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1979, p. 39.

(2) Sobre la función del derecho, los planteamientos de REHBINDER han encontrado singular aceptación en determinados círculos doctrinarios y académicos alemanes. Según este autor: "El Derecho ya no se agota en la tradicional función de asegurar la paz y el orden; sino que materializa también la organización y la legitimación del poder social". El derecho es una forma de planificación y un medio de control y obtención del progreso social. REHBINDER establece cinco *funciones básicas del derecho*: 1) La resolución de conflictos (función de reacción); 2) la orientación de comportamientos (función de orden); 3) la legitimación y organización del poder social (función de constitución); 4) la configuración de las condiciones de vida (función de planificación); y 5) la administración de justicia (función de control).

tentes en el marco del “sistema global sociedad” (3), que no puede ser abstraído arbitrariamente de su contexto, ni recreado especulativamente al margen de sus presupuestos sociales y aplicaciones concretas, y que, en el control de comportamientos y en la función que cumple como factor de equilibrio de las estructuras y garantía de coexistencia del sistema de dominio establecido, encuentra su papel institucional que lo legitima socio-históricamente (4). El derecho

Sobre REHBINDER, véase ALFRED BÜLESBACH, “La ciencia jurídica ante las ciencias sociales” en ARTHUR KAUFMANN y WINFRIED HASSEMER (Eds.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Editorial Debate, 1992, p. 370. De MANFRED REHBINDER véase “Die Gesellschaftlichen Funktionen der Rechts”, en *Soziologie: Rene Köning zum 65. Geburtstag*, 1973, p. 254.

(3) La frase “sociedad global” es un concepto comprensivo de extrema generalidad, de uso frecuente en sociología general. Interesa tal concepto en el mundo del derecho porque con él se delimita el espacio jurídico de vigencia-eficacia del sistema normativo nacional o multinacional. Véase al respecto JEAN CARBONNIER *Sociología jurídica*, Madrid, Tecnos, 1982, pp. 116, 117.

(4) Esta será la constante en el pensamiento jurídico filosófico de la vertiente funcionalista del derecho, que se encuentra en autores como NIKLAS LUHMANN. Según dicho autor: “La función del derecho deberá entenderse como reducción concluyente y sancionadora de la complejidad social en el dominio de las expectativas de conducta interhumana” (*Ilustración sociológica y otros ensayos*, Buenos Aires, Sur, 1973, p. 125). LUHMANN no tiene del concepto sistema el enfoque organicista, cibernético, biológico ni matemático. Su teoría de los sistemas se orienta por una concepción en la que: “Los sistemas sociales sólo cobran su identidad por una combinación inteligible del sentido que los agentes atribuyen a sus acciones, es decir por que sé que la acción de A guarda con la acción de B una relación de sentido. Sólo como plexos de acciones trabadas entre sí se deslindan los sistemas sociales de su entorno”. Vid. N. LUHMANN y J. HABERMAS, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, Frankfurt, 1971, p. 81. (Para una exposición más detallada de la Teoría de Sistemas de LUHMANN, véase su obra *Sociedad y Sistema: La ambición de la teoría*, Barcelona, Paidós, 1990, pp. 41 y ss.

Podemos clasificar los siguientes enfoques de importancia sobre los sistemas: 1) La teoría general de los sistemas (*General Systems Theory*) en cuanto teoría interdisciplinaria de lo isomórfico; 2) la teoría de la cibernética de los sistemas, a modo de la teoría de gobierno, regulación y control de

como realidad social integrada en un sistema complejo históricamente determinado, pasible de ser enfocado desde diferentes ángulos y disciplinas científicas, que pretende ser conceptualmente completo e integrado, sin lagunas ni vacíos, que explica todas las interacciones y procesos relevantes, encuentra así una explicación racional y coherente. El derecho, con estructuras y sub-estructuras de variada pluralidad de actores principales y auxiliares que actúan e interactúan, cumpliendo funciones y roles propios y específicos que, al decir del sociólogo norteamericano TALCOTT PARSONS (1902-1979), va a permitir la integración, conservación, funcionamiento y viabilidad del sistema, evitando que éste se derrumbe.

Aunque ofreciendo variantes, los trabajos teóricos de LUHMANN, HELMUT COING, MARIO LOSANO, AMELUNG, JAKOBS, HANS TROJE, ROXIN y en cierta medida RENE DAVID, junto a los cuestionamiento de la nueva criminología y los sistemas alternativos fragmentariamente propuestos, han contribuido notablemente a reforzar la noción de “sistema” en el ámbito de lo jurídico ⁽⁵⁾.

sistemas; 3) el modelo *input-output* del sistema político; 4) las teorías estructural funcional y funcional estructural de los sistemas, 5) la teoría cibernética de la regulación jurídica: la actividad jurídica como sistema que reacciona con regulaciones (*output*) a las perturbaciones (*input*) procedente de su medio social. Véase de ALFRED BÜLLESBACH, “Enfoques de Teorías de Sistema”, en KAUFMANN-HASSEMER (Eds.), *El pensamiento jurídico*, cit., p. 315. Véase también de HELMUT SCHOECK, *Diccionario de Sociología*, Barcelona, Herder, 1977. Igualmente revítese la *Teoría General de los Sistemas* de LUDWIG VON BERTALANFFY, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, pp. 5, 6, 30, 121, 122 y 240-247, relacionadas con la aplicación de la teoría general de sistemas a las ciencias sociales.

(5) De los citados autores consúltese NIKLAS LUHMANN, *Sistema jurídico y dogmática penal*, Madrid, 1974; ÍDEM, *Sociedad y Sistema*, cit.; ÍDEM (conjuntamente con JÜRGEN HABERMAS), *Theorie der Gesellschaft*, cit.; ÍDEM, *Rechtssoziologie*, Hamburgo, 1972; *Soziologische Aufklärung*, Colonia, 1970; *Soziale Systeme*, Frankfurt, 1984. *Die Wirtschaft der Gesellschaft*, Frankfurt, 1988. GÜNTHER JAKOBS: *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, Berlin-New York, 1991. De HELMUT COING: *Geschichte und Bedeutung des Systemgedankens in der Rechtswissenschaft*, Frankfurt, 1956. De MARIO LOSANO, *Sistema e struttura*

Los sistemas según LUHMANN (1927): “tienen la función de concebir y reducir la complejidad. Sirven para mediar entre la máxima complejidad del universo y la muy escasa capacidad del hombre – apenas mejorable por razones antropológicas– para la elaboración de las vivencias” (6) Sistema entendido, no a la usanza tradicional, es decir como una simple reunión de elementos (todo-parte), sino como plexo de funciones, roles e interacciones, sujetos a procesos de optimización, deterioro o perversiones.

El funcionalismo jurídico ha procedido a hacer uso y aplicación de categorías, conceptos, metodología e instrumental sociológico en la fundamentación-explicación de la realidad jurídica (7). Particularmente LUHMANN es quien partiendo de los esquemas teóricos del funcional estructuralismo sociológico de PARSONS-MERTON y de la filosofía antropológica de ARNOLD GEHLEN ha logrado articular con éxito una teoría funcional del derecho, dotando con ella a la sistemática jurídica de valiosos criterios gnoseológicos que permiten entender su naturaleza y función, y legitimándola racionalmente como factor de integración de las estructuras socio-político concretas. Una función, en el lenguaje de LUHMANN, es un efecto útil; un efecto es funcional en tanto sirva al mantenimiento de una unidad estructurada en forma compleja

nel diritto, Turin, 1968. De KNUT AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, 1972. De HANS TROJE, *Wissenschaftlichkeit und System der Jurisprudenz des 16 Jahrhunderts*, 1969. De CLAUS ROXIN: *Strafrecht: Allgemeiner Teil*, München, 1992; ÍDEM, *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1972. De RENE DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 1966.

(6) LUHMANN, *Ilustración sociológica*, cit., p. 147.

(7) Extraídos principalmente de la vertiente funcionalista de la Sociología, representada por TALCOTT PARSONS, continuada por ROBERT MERTON y liderada en la actualidad por NIKLAS LUHMANN, quien, a diferencia de PARSONS, pone el énfasis en la función que cumplen los elementos y estructuras del sistema. Según éste, con respecto a la sociedad como un todo, el derecho cumple funciones comprensivas de generalización y estabilización de expectativas de conducta (LUHMANN, *Sistema jurídico*, cit., p. 45). Véase del mismo autor *Sociedad y Sistema*, cit., pp. 43 y ss.

a un sistema (8). Sociedad y derecho expresan, pues, las relaciones entre estructura y función, relación que privilegia lo segundo. O discutiendo con palabras de NIKLAS LUHMANN (9): “Hay, por tanto, un plano de la relación entre el sistema jurídico y el sistema social que, por parte del sistema jurídico, se refiere a la dogmática como mecanismo de dirección más abstracto y por parte de la sociedad, a exigencias muy generales, sin que la correlación sea mediada por efectos alternos indicables concretamente. En consecuencia la función del derecho debería entenderse como reducción concluyente y sancionada de la complejidad social en el dominio de las expectativas de conductas interhumanas” (10).

(8) LUHMANN, *Ilustración sociológica*, cit., pp. 10-11.

(9) LUHMANN, *Sistema jurídico*, cit., p. 89; véase también su *Ilustración sociológica*, cit., p. 124. Con los mismos afanes globalizadores y dentro del pensamiento jurídico marxista, se distinguen especialmente los planteamientos de EUGENIO BRONISLAVOVIC PASUKANIS, el más prestigioso jurista que haya producido la dolorosa experiencia de construcción del “socialismo real”. PASUKANIS entiende el derecho como forma mistificada de una relación social específica, producto de las relaciones de producción, especialmente de las relaciones de intercambio mercantiles. Una *teoría general del derecho* para este autor es necesariamente *de carácter social*, donde su objeto no son las normas jurídicas, sino determinadas relaciones sociales en la que sus miembros se relacionan entre sí en cuanto poseedores de mercancías, en cuanto sujetos egoístas y portadores de intereses privados; es *objetiva* al reflejar un proceso histórico real (el proceso de desarrollo de la sociedad burguesa); es *crítica* al poner de manifiesto el carácter ideológico de sus categorías; y finalmente es *teórica o científica*, ya que no persigue una finalidad puramente pragmática, técnica, sino cognoscitiva. PASUKANIS, criticando el racionalismo positivista, señala que el jurista dogmático que reduce el derecho a las normas abstractas provenientes del estado asume un punto de vista ahistórico y formal: no estudia el derecho realmente existente, el derecho en cuanto fenómeno objetivo, concreto sino en cuanto producto de la verdad, en cuanto norma (véase MANUEL ATIENZA y JUAN RUIZ MANERO, *Marxismo y Filosofía en el Derecho*, México, Fontamara, 1993, pp. 74 y ss).

(10) La reducción de la complejidad, es uno de los pilares básicos en la teoría sistémica que sobre la sociedad construye LUHMANN. Ello implica partir de la consideración que en las sociedades modernas existe una sobreabundancia

En materia penal tal esfuerzo sistémico normativo se concentra en los trabajos de GÜNTHER JAKOBS, profesor de la Universidad de Bonn, quien a través de sus diversas publicaciones ⁽¹¹⁾ se ha constituido en el jurista e ideólogo del equilibrio y viabilidad del sistema jurídico político dominante. Con CLAUS ROXIN, colocando la dogmática penal al servicio de los dictados de la política criminal, se encuentra pues JAKOBS, haciendo del derecho como control el factor de legitimación y estabilidad del sistema global de poder.

1.1. El funcionalismo jurídico

El funcional racionalismo jurídico, como paradigma conceptual ⁽¹²⁾ que tomó cuerpo luego del declive del paradigma finalista, ha sido

de relaciones, de constantes divisiones y diferenciaciones en todos los niveles de estructura y función, donde las posibilidades, las interconexiones, los sucesos y sus implicancias no observan una sucesión lineal ni separada; es decir, donde lo simple en la relación de los elementos es lo no característico. Entonces, es tarea de primer orden de toda teoría, la reducción de esta complejidad. Véase de LUHMANN, *Sociedad y Sistema*, cit.

(11) GÜNTHER JAKOBS, *Derecho penal. Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1995; ÍDEM, *Der strafrechtliche handlungsbegriff*, München, 1992; ÍDEM, *Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt*, Berlin, 1972. Además, revítese de dicho autor: *La imputación objetiva*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994; "El concepto jurídico penal de acción", en *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 3, Enero-Junio, Lima, 1994. Interesa resaltar las semejanzas del esfuerzo sistémico intelectual, realizado por LUHMANN y JAKOBS, con el trabajo de FRANCIS FUKUYAMA, *El fin de la historia y el último hombre*, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1992, que igualmente se dirige a legitimar conceptualmente la existencia del sistema global del estado capitalista de dominación.

(12) El concepto "paradigma" es usado en el sentido dado por THOMAS S. KUHN en su obra *La estructura de las revoluciones científicas* en cuanto unidad teórica fundamental compartida por la comunidad científica, pero lo bastante incompleta para dejar muchos problemas para ser resueltos por el redelimitado grupo de científicos, donde por lo general cada transformación de los paradigmas implica revoluciones en el campo científico (México, Fondo de Cultura Económica, 1971, pp. 33 y ss.). Véase una crítica al concepto

objeto de severos cuestionamientos por su carácter acrítico del sistema que convalida ⁽¹³⁾, y por el manifiesto desdén en el tratamiento de conceptos filosóficos valorativos considerados tradicionalmente

“paradigma” en MARGARET MASTERMAN, “La naturaleza de los paradigmas”, en IMRE LAKATOS y ALAN MUSGRAVE, *La crítica y el desarrollo del conocimiento*, México, Grijalbo, 1975, p. 159.

(13) La crítica al funcionalismo jurídico es en realidad la crítica a su matriz sociológica, la cual, como expresión de la sociología norteamericana de mediados del siglo XX, tuvo sus raíces explicantes en el apogeo mundial del capitalismo norteamericano, tras haber alcanzado hegemonía luego de la Segunda Guerra Mundial. El funcionalismo sociológico ha sido objeto de cuestionamientos por su apego a las estructuras de poder dominante del sistema capitalista, por el privilegio dado al equilibrio y a la integración como funciones cumplidas por las estructuras del sistema. Para profundizar sobre este punto, véase *La teoría sociológica* de NICOLÁS S. TIMASHEFF, México, Fondo de Cultura Económica, 1961, pp. 276 y ss.; DON MARTINDALE, *La teoría sociológica: Naturaleza y escuelas*, Madrid, Aguilar, 1968. Asimismo, de GEORGE RITZER, *La teoría sociológica contemporánea*, Madrid, Mc Graw Hill, 1995, pp. 77 y ss.

Son de particular importancia las objeciones lanzadas por JÜRGEN HABERMAS, a la teoría sistémica de la sociedad de LUHMANN, a la que critica de ser “una teoría que se presta al cumplimiento de una función latente de legitimar el poder” (Véase de J. HABERMAS, “Teoría Sistémica de la Sociedad o Teoría Crítica de la Sociedad”, en *La lógica de las ciencias sociales*, Madrid, Tecnos, 1990, págs. 311 y ss.). Afirma HABERMAS: “Tras el intento de justificar la reducción de la complejidad del mundo como punto de referencia supremo del funcionalismo sociológico se oculta el no confesado compromiso de la teoría con los planteamientos conformes con el poder, con la apología de lo existente *por mor* de la conservación de lo existente. LUHMANN renueva de forma más sutil el irracionalismo de la filosofía de la vida al anclar en la propia autocomprensión metodológica de la teoría la sujeción acrítica de ésta a las coacciones de la reproducción de la sociedad. Con ello la teoría queda reservada para un uso tecnocrático. Quedan excluidos los abusos revolucionarios. Y el subjetivismo encuentra efectivamente un correctivo en la vinculación de la investigación de sistemas a los imperativos de la conservación de lo existente” (ídem, *op. cit.*, p. 311). La exposición de la teoría jurídica de HABERMAS véase en su obra *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und demokratischen Rechtsstaats* [Facticidad y

intrínsecos al derecho, como la justicia, la dignidad humana, la libertad, lo justo (14); y por el culto que rinde a la estabilidad frente al cambio. De esta forma el funcionalismo jurídico –por lo menos en sus variantes radicales– resulta una suerte de neopositivismo que sacraliza la validez formal de la norma jurídica.

En el fondo de la discusión se halla presente la validez e importancia del contenido material del derecho. ¿Es suficiente la sola validez formal del instrumental normativo, de modo tal que haya que aceptar por derecho, normas jurídicas objetivamente iníquas, confiscatorias, opresivas, que contradicen la sistemática del ordenamiento jurídico, y que en suma sólo sirven de manifiesta expresión de poder? ¿Qué haya que pasar por encima de la necesaria corrección que debe poseer un derecho positivo, obviando principios constitucionales y pautas mínimas de convivencia social propias de un estado social y democrático de derecho? La cuestión se define en una respuesta al interrogante de sí el derecho es un mecanismo de

validez. Aportes a la teoría discursiva del derecho y del estado democrático de derecho], Frankfurt del Meno, Suhrkamp, 1992.

(14) Véase la integración que hace JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA de los valores paz, justicia, libertad, seguridad, solidaridad y orden, como componentes del campo temático penal, en su trabajo “Cómo es posible una dogmática axiológica”, en *Libro Homenaje a Francisco Carrara*, Bogotá, Temis, 1988, pp. 156 y ss. KARL ENGISCH, por ejemplo, sin citar ya a los numerosos juristas que privilegian los valores contenidos en el derecho, considera a lo justo el valor fundamental sobre el cual debe ordenarse el derecho (*Introducción al pensamiento jurídico*, Madrid, Guadarrama, 1967, p. 16). Posición asumida en España y América Latina, por juristas como: CARLOS COSSIO (*Teoría Ecológica: La libertad como fundamento de la justicia*), RECASÉNS SICHES, GARCÍA MAYNEZ, LEGAZ LACAMBRA, MIGUEL REALE y otros. Contrariamente, autores tan destacados como KELSEN, LUHMANN, JAKOBS y otros, consideran a las categorías “Justicia” y “Verdad” desprovistas de interés jurídico y carentes de existencia real, estimándolas a lo sumo “bellos sueños de la humanidad” o “buenas intenciones”. Lo que va a explicar las formulaciones teóricas exclusivamente normativistas presentes en los trabajos de los citados autores. De NORBERT HOERSTER, véase *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, Gedisa, 1992. De ROBERT ALEXIS, véase *El concepto y validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994.

opresión y enajenación colectiva, o constituye una expresión que otorgue calidad de vida y viabilice optimizando, con el menor costo posible las expectativas de convivencia humana.

1.2. La Dogmática Penal como Sistema

Entendido el Derecho como un sistema parcial, es decir como un componente del macro sistema sociedad ⁽¹⁵⁾, tan igual que la política, economía, familia, religion, etc., surgido –usando el lenguaje de LUHMANN– a través de un proceso de diferenciación y “reducción de complejidades”, encierra en su campo temático cuerpos teóricos, normativos e institucionales con funciones específicas. Uno de ellos es la “Dogmática jurídico penal”, como matriz cognoscitiva y factor de certidumbre en la aplicación del derecho.

2. LA DOGMATICA PENAL

La dogmática penal como parte de la dogmática jurídica es la ciencia del derecho penal. Como ciencia ⁽¹⁶⁾ es un Conjunto sistemático de enunciados con sentido, construidos lógicamente y con sustrato óntico, expresados en teorías, dotadas de alto nivel interpretativo-explicatorio y consistencia lógico-semántica ⁽¹⁷⁾.

(15) LUHMANN habla de una cultura jurídica autónoma basada en la sociedad mundial que se va formando paulatinamente (*Sistema jurídico*, cit., p. 15).

(16) ANGEL LATORRE, en su obra *Introducción al Derecho*, sintetiza acertadamente el sentimiento que reina en los dedicados al mundo del derecho y los que lo analizan desde fuera, con la siguiente expresión: “El nombre de ciencia acostumbra producir algunas perplejidades a los no juristas y ni aun entre éstos existe una opinión unánime respecto a su existencia, su objeto y sus métodos” (Barcelona, Ariel, 1968, pp. 105-106). Como ejemplo véase el concepto de ciencia jurídica que maneja GUSTAV RADBRUCH, en su obra *Filosofía del Derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, pp. 145-146.

(17) Véase BERND SCHÜNEMANN, “Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal”, en SCHÜNEMANN *et. al.*, *El sistema moderno del derecho penal: Cuestiones fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 31. En este trabajo el autor desarrolla la idea del conocimiento científico como sistema abierto.

2.1. Objeto de la dogmática penal

Tradicionalmente se ha considerado el ámbito de las normas jurídico penales como el objeto *per se* de análisis de la dogmática penal, entendiéndose con ello que el derecho como ciencia ⁽¹⁸⁾ tiene al ordenamiento normativo (sistema cerrado de derecho) como único y excluyente objeto de estudio ⁽¹⁹⁾. Tales ideas encierran un problema

(18) Una de las varias *clasificaciones hechas sobre la ciencia*, que asumen contemporáneamente ARTHUR KAUFMANN y JÜRGEN HABERMAS, divide a ésta en: a) Ciencias empírico-analíticas; b) ciencias de la acción sistemática (economía, sociología y política); y c) ciencias histórico-hermeneúticas (en las que está incluida el derecho). Clasificación que a su vez es un desdoblamiento de aquélla que dividía a la ciencia en ciencias naturales y ciencias de lo humano (de la acción y del espíritu). JEAN PIAGET, haciendo la salvedad de lo erróneo que significa diferenciar entre ciencias sociales y ciencias humanas, establece cuatro subdivisiones en las disciplinas que toman las múltiples actividades del hombre como temática (ciencia del hombre): a) *Ciencias nomotéticas*, que intentan establecer leyes que describan y expliquen su campo temático objetivo (psicología científica, sociología, etnología, lingüística y ciencias económicas); b) *ciencias históricas*, cuyo objeto es la reconstrucción y comprensión de la vida social en sus diversas manifestaciones a través del tiempo; c) *ciencias jurídicas*; y d) *disciplinas filosóficas*. Véase de PIAGET: "La situación de las ciencias del hombre dentro del sistema de las ciencias", en *Tendencias de la investigación en las Ciencias Sociales*, Madrid, Alianza Universidad, 1975, pp. 44 y ss. DILTHEY (1883), a su vez, las divide en *ciencias del espíritu* y *ciencias naturales*; las primeras congloban la realidad histórico social pero, sin embargo, tienen indudables vinculaciones y se fundamentan en la realidad natural (WILHELM DILTHEY, *Introducción a las Ciencias del Espíritu*, Madrid, Alianza Editorial, 1980, pp. 37 y ss.). Este autor, para fines metodológicos, subdivide las ciencias del espíritu en: Ciencias de los Sistemas de Cultura y Ciencias de la Organización (política, derecho). Otras clasificaciones, la de WINDELBAND y RABDRUCH: Ciencias Normativas e Ideográficas; la de H. RICKERT: Ciencias Culturales y Ciencias Naturales; la de CASSIRER (ciencias culturales de formas simbólicas y ciencias naturales); EDMUND HUSSERL: *Ciencias abstractas o nomológicas, ciencias concretas u ontológicas y ciencias normativas*.

(19) Así, ARTURO ROCCO, quien, pese al plausible esfuerzo realizado por liberar la Ciencia Penal de las ataduras y esquemas conceptuales –que

teórico de partida a resolver, el cual radica en la consideración que se haga de las normas como exclusivo viabilizador del derecho, o como simples instrumentos lógicos formales que en sí mismos considerados carecen de rigor científico; entonces ¿es a la norma penal o al comportamiento relevante mediante normas penales al cual debe tomarse como el objeto del derecho? (20). Es el derecho una formalidad jurídica o una realidad jurídica; en otras palabras el derecho agota su contenido en la norma jurídica o posee un campo más vasto de alcance en su campo temático. Tales interrogantes deben de absolverse para delimitar la naturaleza científica de la dogmática penal. Aquí, sin entrar al análisis de dicha problemática, se adopta

terminaron encasillándola como un apéndice o una rama de la sociología, antropología o sicología criminal-, al señalarle como objeto de estudio el exclusivo conocimiento del derecho positivo vigente en función a su aplicación práctica a los casos particulares, incurrió con su tecnicismo jurídico – no obstante sus destacables méritos al establecer los límites y campo temático de las ciencias de lo criminal– en una subestimación de la importancia y naturaleza epistémica del derecho penal (véase de ROCCO su discurso inaugural del 15 de enero de 1910 en la Universidad de Sassari-Italia: “El Problema y el Método de la Ciencia del Derecho Penal”). Véase igualmente de HANS KELSEN, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1982 (traducción de la edición francesa de 1953), pp. 18, 34, 41, 45 y 46. Es interesante hacer un seguimiento a las ulteriores ediciones de esta obra de KELSEN (1934, 1953, 1960) Para una evolución de los enfoques: positivistas, naturalistas, positivo-formalistas, psicologistas y científicos del derecho, véase KARL LARENZ, *Metodología*, cit., pp. 58-60 y 186.

(20) Este dilema está presente en la obra de KELSEN (véase *Teoría pura*, cit., p. 45). El citado autor, lo entiende como parte de la estática o dinámica del derecho. Hasta ahí llega KELSEN, no atreviéndose a desarrollar las implicancias de lo que él llama la parte dinámica del delito. Al respecto obsérvese los matices entre las concepciones de MIGUEL REALE, CARLOS COSSIO y FERNÁNDEZ SESSAREGO, sobre la tridimensionalidad del derecho y el lugar que ocupa en ella la conducta humana. De REALE véase su *Teoría Tridimensional do Direito*, Sao Paulo, Saraiva, 1968; ÍDEM, *Fundamentos del Derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1976. De CARLOS COSSIO, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de Libertad*, Buenos Aires, Losada, 1944. De CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, *El derecho como libertad*, Lima, Studium, 1987.

apriorísticamente el segundo criterio que congloba reglas, principios, conceptos; comportamientos relevantes; instituciones político-penales y actos de toma de decisión y ejecución. Y ello sin desprestigiar la importancia de la norma jurídica, objeto de análisis metatético y de importantes descubrimientos.

2.2. Crítica al positivismo kelseniano

El positivismo formalista de HANS KELSEN ⁽²¹⁾, que entendió la ciencia del derecho como la ciencia de las normas positivas (objeto ideal del derecho), como el sistema de normas que se reproduce por sí misma, sin consideraciones extra-normativas y que representa en dogmática una de las tendencias –la mejor elaborada y la más reduccionista– de fuerte arraigo kantiano, que retroalimentándose teóricamente en el presente siglo de los postulados del “Círculo de Viena”, y desarrollándose con los planteamientos de WALTER, VON WRIGHT, HART, LOSANO y otros, se concentra hoy, en una versión remozada, en las construcciones de NORBERTO BOBBIO. Sin embargo, la cadena de círculos viciosos en la que se halla inmersa la teoría pura del derecho, con sus disecciones arbitrarias entre el *ser* y el *deber ser*, su abstracción purista y rigidez metódica, la legitimación a través de la validez (entendida como existencia formal), el culto al formalismo legal y al acto legislante, distan mucho de constituir supuestos suficientes para la construcción de una ciencia jurídica comprensiva y moderna; siendo sus presupuestos lógico-normativos contrastados constantemente por los procesos de perversión normativa. El criterio de ciencia del derecho manejado por KELSEN, como teoría ideal de las normas, se halla pues superado y denota con su monismo jurídico, estrechez cognoscitiva; lo cual no implica

(21) Sin entrar al enfoque del positivismo normativo de BINDING, para una exposición de la obra de KELSEN en este campo véase el trabajo de MARIO LOSANO, *La teoría pura del derecho: Evolución y puntos cruciales*, Bogotá, Temis, 1992. Para una crítica de la teoría pura del derecho, véase de WOLFGANG SCHILD, *Las teorías puras del derecho: Reflexiones sobre Hans Kelsen y Robert Walter*, Bogotá, Temis, 1983, pp. 38 y ss.

negar sus aportes conceptuales (22), que han permitido afirmar una discutible asepsia normativa; y sobre todo, como recuerda FERRAJOLI, han dejado bien sentado el principio de estricta legalidad, pero sin embargo “ha permitido modelos penales absolutistas caracterizados por la ausencia de límites al poder normativo del soberano y la neutralidad respecto de todas las demás garantías penales y procesales” (23).

Como es fácil de colegir, el entender la dogmática como ciencia presupone esclarecer una serie de aparentes y en otros casos problematizadas cuestiones referentes a la naturaleza de la dogmática, explicar su carácter científico (fundamentos epistémicos), la cuestión del método jurídico, sus relaciones con la teoría del delito y a delimitar sus funciones y nexos con la toma de la decisión judicial.

2.3. Naturaleza de la dogmática penal

Dos son las concepciones principales al respecto, primero, se trata del método propio del derecho, y segundo, nos estamos refiriendo con ella a la ciencia del derecho penal.

(22) Para tener una visión actual de lo realmente rescatable del positivismo jurídico contemporáneo, véase de NORBERT HOERSTER, *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, Gedisa, 1992, trabajo en el cual el autor, luego de analizar cinco tesis básicas del iuspositivismo, concluye indicando que sólo la neutralidad, entendida ésta como la definición del derecho al margen de sus contenidos y el subjetivismo en el sentido que los criterios del derecho recto son de naturaleza subjetiva, son las únicas valederas en la actualidad. Las otras tesis que señala HOERSTER, son: la definición del derecho a través del concepto de Ley; la subsunción libre de valoraciones en la aplicación del derecho y finalmente la tesis del legalismo que indica que las normas deben ser obedecidas en todas las circunstancias.

(23) LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995, p. 23. Como anota ARTHUR KAUFMANN: “Así como el positivismo empírico pierde de vista la norma, el positivismo lógico-normativo pierde de vista la vida real” véase “Panorámica histórica de los problemas de la filosofía del derecho” véase en KAUFMANN-HASSEMER, (Eds.), *El pensamiento jurídico*, cit., p. 125.

El enfoque que hace de ella un método irrumpe a partir de los trabajos de RUDOLPH IHERING (1883) (24), entendido como instrumento lógico jurídico para interpretar normas, explicarlas y en función a ello articular teorías. En España se adhieren a este planteamiento entre otros, GIMBERNAT y MIR PUIG, (25) y en América Latina EUGENIO R. ZAFFARONI (26). Por otro lado, la dogmática vista como ciencia es

(24) Es consenso remitir el origen de la metodología jurídica a los trabajos de SAVIGNY e IHERING con quienes además se inicia la doctrina clásica de la interpretación jurídica, expuesta hasta hoy en universidades y textos de dogmática penal (de RUDOLF IHERING, véase su obra capital *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, Madrid, 1891, T. III. Del mismo autor, *La dogmática jurídica*, Buenos Aires, 1946; ÍDEM, *La lucha por el derecho*, Valparaíso, Edeval, 1977. De SAVIGNY: *Sistema del derecho romano actual*, Madrid, 1878, T. I, pp. 145 y ss. (interesantes disquisiciones sobre la ciencia del derecho, la relación entre teoría y práctica, y la función de los juriconsultos, pp. 70 y ss.); véase también su *Metodología Jurídica*, Buenos Aires, Depalma, 1979. Igualmente revítese de KARL LARENZ, *Metodología*, cit. Para un estudio analítico de la metodología analítica de SAVIGNY, véase de WALTER WILHELM, *La metodología jurídica en el siglo XIX*, Madrid, Edersa, 1980.

Para IHERING, la dogmática (el autor emplea el concepto romanista de "jurisprudencia") es un método, una técnica, arte y economía jurídica (véase *El espíritu del derecho romano*, T. IV, p. 9). El célebre autor indica que "el método jurídico no es una regla exterior, arbitrariamente aplicada al derecho; es el medio suministrado por el mismo derecho, en virtud de una necesidad contenida en su esencia misma, de regular de una manera segura la marcha del derecho en el dominio de la práctica" (*ibídem*, T. III, p. 6).

(25) DE ENRIQUE GIMBERNAT, véase "¿Tiene futuro la dogmática jurídica penal?", en *Estudios de derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 140 y ss.

De SANTIAGO MIR PUIG, véase una detallada historia del método dogmático en *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1976, pp. 181 y ss.

(26) Véase *Tratado de Derecho penal: Parte general*, México, Cárdenas Editor, 1988, T. I, pp. 277 y ss. ZAFFARONI maneja un desacertado concepto de ciencia, orientado fundamentalmente hacia predicaciones de validez lógica. Así sostiene: "Hay un orden de conocimientos científicos siempre que construimos o nos hallamos con un sistema de proposiciones u oraciones que admiten el predicado de verdaderos o falsos" (*Tratado*, T. I, p. 278). Lo erróneo

asumida por FRANZ VON LISZT, ARMIN KAUFMANN, HANS H. JESCHECK; en España por MUÑOZ CONDE, SILVA SÁNCHEZ y otros; en esta segunda línea de orientación SCHÜNEMANN habla de ella como un sistema abierto de enunciados científicos (27). Contrariando estos criterios, autores como THEODOR VIEHWEG, desde la perspectiva de la jurisprudencia tópica o retórica le niegan a la dogmática carácter científico y rigurosidad metódica afirmando que se trata de un pensamiento de opinión atendido a dogmas puestos fuera de toda duda y con relativa flexibilidad de pensamiento en la interpretabilidad, declinabilidad y discutibilidad (28). Y más, aun teóricos marxistas como PASUKANIS consideran a la dogmática como una técnica práctica (jurisprudencia práctica) distinta de la ciencia y del método jurídico. Similar es la posición de HASSEMER dentro de la perspectiva de la política criminal y del derecho orientado a sus consecuencias y la de WOLFGANG NAUCKE: “La dogmática jurídico penal en la que trabajan tanto la ciencia del derecho penal, como la jurisprudencia penal, formula reglas para la decisión jurídica penal de un caso, a un nivel de abstracción medio, situado entre la ley y el caso” (29). Igual posición es la asumida por las diversas vertientes de las teorías críticas, deslegitimadoras y reduccionistas del derecho penal (BARATTA, HULSMAN, FOUCAULT, SUTHERLAND, FERRAJOLI, COHEN y otros). VIKTOR KNAPP, por su parte, concibe el derecho como un instrumento de transformación social (30).

de este argumento, que parte de ideas kantianas sobre la verdad como atributo de la ciencia, fue ya puesto en evidencia por LUIS RECASÉNS SICHES, para quien tales predicaciones no pueden ser aplicadas a las reglas de derecho, por comprender éstas casi siempre valores y determinaciones normativas. Véase de RECASÉNS: *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, México, Porrúa, 1980.

(27) BERND SCHÜNEMANN, “Introducción ...”, en SCHÜNEMANN *et. al.*, *El sistema moderno*, cit., p. 31.

(28) THEODOR VIEHWEG, *Tópica y Filosofía del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1991, pp. 15, 71, 101 y ss.

(29) WINFRIED HASSEMER, *Fundamentos del Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1984, p. 250.

(30) VIKTOR KNAPP, *La ciencia jurídica*, Madrid, Tecnos-UNESCO, 1982, p. 148.

3. CIENCIA Y DERECHO

Intentar dilucidar esta relación supuestamente aporética supone partir de premisas claras –por lo menos consensualmente– en lo atinente a ciencia y método. Si nos adscribimos a una concepción empirista de ciencia, que ve ésta realizable sólo en el ámbito de los hechos fácticos, sujetos a verificación experimental, o como en el caso de los postulados del empirismo lógico (neopositivismo, escuela analítica: SCHLICK, CARNAP, AYER, HEMPEL, WITTGENSTEIN) (31), que ponen énfasis a la validez de los enunciados en consideración únicamente a estructuras y convenciones, obviamente tendremos dificultades insalvables para considerar el derecho una ciencia. Ni hechos en bruto, ni principios de verificación reducidos a criterios de verdad o falsedad son en propiedad atributos del objeto de estudio de la ciencia jurídico penal, ni de una concepción moderna y realista de ciencia. *La idea de ciencia como construcción conceptual* de un segmento de la realidad material, observable o no, cuyos enunciados, reunidos en teorías, son demostrables y verificables mediante la experiencia, los mismos que se construyen a través de leyes como entidades categoriales; (enunciados sometidos a principios de regularidad, legalidad, geneticidad y no contradicción) (32),

(31) De los autores mencionados es importante revisar los trabajos de LUDWIG WITTGENSTEIN, sobre todo el *Tractatus logico-philosophicus* (Madrid, Alianza Editorial, 1995), publicada inicialmente en Inglaterra en 1922, y que sirviera de base y fundamento para las teorías neopositivistas del Círculo de Viena y de la Escuela Analítica.

(32) MARIO BUNGE define la ciencia como: “Todo discurso que sea a la vez racional (dotado de significado y coherencia) y al menos confirmado en parte por la experiencia, si bien no necesariamente demostrada, o sea, no necesariamente caracterizada por una elevada probabilidad de ser verdadera” (*Causalidad: El principio de causalidad en la ciencia moderna*, Buenos Aires, Eudeba, 1961, p. 238). Véase también del mismo autor, *La ciencia, su método y su filosofía*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1966; ÍDEM, *La investigación científica: Su estrategia y su filosofía*, Barcelona, Ariel, 1972.

Véase, *in extenso*, de KARL POPPER, *Conjeturas y refutaciones: El desarrollo del conocimiento científico*, Barcelona, Paidós, 1967. Igualmente,

ha sufrido importantes modificaciones. Y no sólo son modificaciones los cuestionamientos que se le puede hacer a tal modelo de ciencia, interrogantes tales como ¿quién o quiénes otorgan el título de ciencia a un conocimiento que explica una generalidad de situaciones?; ¿con qué criterios metodológicos o gnoseológicos, harto ya cuestionados, se puede fácilmente delimitar lo científico de lo que no lo es? (33); ¿porqué la autoridad científica pide verificabilidad y contrastación al saber científico social y los exceptúa en la geometría y la física cuántica?, por no hablar del extravío de haber considerado la lógica una ciencia (34). ¿La certificación del carácter científico de algún conocimiento le otorga acaso a éste una calidad tal, de modo que aquellos conocimientos que no alcancen dicho "status" deban de ser inexorablemente marginados y tratados despectivamente por parte de las comunidades científicas? ¿Cuál es, en suma, la importancia, donde reside la legitimación de la búsqueda del honroso título "científico" para nuestros esquemas conceptuales que trabajan con temática humana? O es que nos equivocamos en la dirección de nuestros "anhelos" y el asunto carece de interés desde el punto de vista cognoscitivo como indica ALBERTO CALSAMIGLIA, para quien "el impulso de una investigación viene

consúltense el conjunto de materiales de diversos autores compilados por A. J. AYER en su libro *El positivismo lógico*, 3a. reimpr., México, Fondo de Cultura Económica, 1993. CALSAMIGLIA, en *Introducción a la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1986, pp. 24-25, luego de criticar los postulados del empirismo y las limitaciones del método racionalista clásico, concluye diciendo: "Ni la razón ni la experiencia son criterios que permitan por sí solos asegurar la verdad". No todos nuestros conocimientos proceden de la experiencia.

(33) Véase LARRY LAUDAN, "Un enfoque de solución de problemas al progreso científico", en IAN HACKING, *Revoluciones científicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, p. 291: "La búsqueda de una forma específicamente de conocimiento, o de una norma de demarcación entre ciencia y no ciencia, ha sido un fracaso en toda la línea".

(34) Sobre el criterio de la lógica como teoría de la ciencia véase EDMUND HUSSERL, *Investigaciones lógicas*, Madrid, Biblioteca de la Revista de Occidente, 1976, pp. 38, 41 y ss.

determinada por el rendimiento explicativo y no por la definición” (35). Queda claro entonces que la búsqueda del reconocimiento de una identidad epistémica para la ciencia del derecho, va más allá de los exámenes y requisitos que las comunidades científicas, aún bajo el influjo empirista (trátese del empirismo lógico o de los postulados de las otras variantes que pueda ofrecer la escuela analítica), pidan para otorgar el estatuto anhelado. La ciencia, sea esta causal empírica o cultural es una creación intelectual que construye y recrea sus propias leyes, que escoge y delimita sus campos de acción y estudio. Los criterios positivistas que hicieron de los hechos y datos naturales, el modelo ideal y exclusivo de ciencia, ha tiempo ya que han caducado, y tórnanse hoy esquemas estrechos y reduccionistas que cosifican y parametrizan el desarrollo del conocimiento (36).

3.1. Conceptualización genérica de Ciencia

Toda ciencia no viene a ser más que esquemas de alta conceptualización sistemática contrastados para explicar y dominar mediante teorías racionales diversos aspectos puntuales de la realidad; sea ésta natural, social o superestructural, y que hallan en la comunidad científica criterios de consenso, por lo menos en la época de lo que KUHN llama “ciencia normal” (37). Al decir de KARL POPPER la

(35) ALBERTO CALSAMIGLIA, *Introducción*, cit., pp. 67-68: “Para mí, la cuestión relevante es la siguiente: si se afirma o niega el estatuto científico de la jurisprudencia ¿se conoce más y mejor el derecho?, ¿se puede establecer una distinción rígida entre la ciencia y la no ciencia?”

(36) Un ataque a la validez de la ciencia como forma del conocimiento humano, a su naturaleza ideológica, véase en PAUL FEYERABEND, “Cómo defender a la sociedad contra la ciencia”, en IAN HACKING, *Revoluciones científicas*, cit., pp. 294 y ss. Es igualmente importante el concepto de verdad semántica manejada por TARSKI –en contraposición a la verdad de consenso– y que tanta polémica y adeptos ha concitado, en su aplicabilidad al terreno de lo jurídico. Véase de ALFRED TARSKI, *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión, 1972, pp. 13 y ss.

(37) Uno de los méritos de la epistemología es el haber puesto en evidencia que la “ciencia”, más que construida sobre esencias o “cosas en sí”,

racionalidad de la ciencia no reside en su hábito de apelar a datos empíricos en apoyo de sus dogmas –pues eso lo hacen también los astrólogos– sino exclusivamente en el enfoque crítico, en una actitud que supone por supuesto el uso crítico, entre otros argumentos de datos empíricos (especialmente en las refutaciones) (38). A lo que habría que agregar que la racionalidad no sólo reside en el enfoque crítico, sino también en su utilidad para la solución de conflictos de la forma más racional y certera.

3.2. La ley y la dogmática

En el ámbito de la ciencia, la Ley, como enunciado general de validez universal constituye el componente fundamental e indispensable de la misma. No hay ciencia en sentido propio sin fórmulas

es en no pocas veces producto de la convención y del consenso. La Era de la ciencia normal según KUHN, es aquella en la cual los paradigmas hallan su plena vigencia, ya que la comunidad científica se identifica con sus contenidos cognoscitivos; donde los cuestionamientos y contrastaciones observan una baja intensidad. Véase THOMAS KUHN, *La estructura*, cit., pp. 33. Para una crítica del concepto kuhniano de “ciencia normal”, véase STEPHEN TOULMIN, “La distinción entre ciencia normal ciencia revolucionaria, ¿resiste un examen?”, en LAKATOS-MUSGRAVE, *La crítica y el desarrollo del conocimiento*, cit., p. 81; en la misma obra véase la crítica de KARL POPPER y JOHN WATKINS (pp. 115 y 149).

(38) KARL POPPER, *Conjeturas y refutaciones*, cit., p. 266. Este destacado epistemólogo relativista, llega a decir: “Para nosotros, por consiguiente la ciencia no tiene nada que ver con la búsqueda de la certeza, de la probabilidad o de la confiabilidad. No nos interesa establecer que las teorías científicas son seguras, ciertas o probables. Conscientes de nuestra falibilidad sólo nos interesa criticarlas y testarlas, con la esperanza de descubrir en qué estamos equivocados, de aprender de nuestros errores y, si tenemos suerte, de lograr teorías mejores”. POPPER no niega que la verdad sea un objetivo de la ciencia, es decir, la verdad como teorías verdaderas (aunque nunca lleguemos a ellas, como lo señaló JENÓFANES o aunque nunca sepamos que son verdaderas en caso de que lleguemos a ellas). Pero no admite que sea ella el único objetivo de la ciencia: “La mera verdad no basta, lo que buscamos son respuestas a nuestros problemas” (POPPER, *ibidem*, p. 266).

legaliformes, sentencia MARIO BUNGE. En la ciencia no ocurre nada sin leyes (39). No obstante y como lo sostiene PIAGET, la legalidad no es otra cosa que reconocimiento de la generalidad del hecho, no siendo en sí misma explicación alguna (40). Conforme al axioma de BUNGE las teorías que no poseen como substrato leyes subyacentes dejan de tener carácter científico. Tanta es la importancia otorgada en la epistemología clásica a la categoría conceptual "Ley", que sin ella cualquier construcción por rigurosa y sistemática que sea se derrumba. Tal absolutización amerita indicar, sin embargo, que es una posición asumida hoy cada vez menos. Decir que las leyes tengan existencia propia es sentenciar que la naturaleza se desarrolla en base a leyes que forman parte o componen su estructura e impulsan su funcionamiento. Sin embargo, es criterio ya dominante que las leyes no existen como categorías ónticas, que se trata de creaciones conceptuales de necesidad metódica para explicar objetos o sucesos que observan determinadas características (generalidad, permanencia, causalidad, predictibilidad), para articular teorías. KURT HÜBNER llega a decir: ¿con qué derecho imponemos leyes a la naturaleza... con qué derecho se presuponen leyes físicas, sino están dadas en la experiencia, si por lo tanto, su existencia en modo alguno está garantizada... ni la existencia ni el contenido de las leyes naturales son hechos empíricamente dados, sino más bien, en un

(39) MARIO BUNGE, *La investigación científica*, cit., p. 334: "Una ley científica es una hipótesis de una determinada clase, a saber una hipótesis confirmada de la que se supone que refleja un esquema objetivo (...) Las Leyes condensan nuestro conocimiento de lo actual y lo posible. Las teorías unifican leyes y por medio de las teorías (tejidos de leyes) entendemos y prevemos los acontecimientos". Véase, asimismo, la clasificación que hace el autor de los tipos de leyes (*ibidem*, pp. 356-357). Igualmente véase ERNEST NAGEL, *La estructura de la ciencia* (Barcelona, Paidós, 1981), donde aborda temas como el carácter lógico de las leyes científicas (pp. 56 y ss.), las leyes experimentales y las teorías (pp. 84 y ss.). Véase también CARL HEMPEL, *La explicación científica*, Barcelona, Paidós, 1988, pp. 233 y ss. (especialmente el punto: "La función de las leyes generales de la historia").

(40) PIAGET, "La situación de las ciencias del hombre ..." en *Tendencias*, cit., p. 109.

cierto sentido, las imponemos a la naturaleza, las introducimos en ella (41). El Dogma mismo de la validez universal de las leyes empíricas, se torna pues indefendible, las leyes tienen un contexto de realización explicativa relativo y sujeto casi siempre a excepciones y contrastaciones.

3.3. El principio de verificación

El criterio de verificabilidad (comprobación empírica del sentido de los enunciados o proposiciones) de los conocimientos científicos ha sido largamente el argumento al cual más han acudido los metodólogos y filósofos de la ciencia, empiristas, neoempiristas y de otras tendencias para descartar la naturaleza científica del conocimiento social, y en nuestro caso del derecho, por ser inverificable; tal postura ahora en declive no puede argumentar como conciliar con tales criterios los cálculos de mediciones y distancias astronómicas, el comportamiento y estructura del microcosmos, los postulados de la teoría de la relatividad, etc. En tales circunstancias la verificabilidad de la totalidad del conocimiento científico de sustrato sensorial se torna un mito difícilmente sostenible, e incluso a nivel intrasistémico el criterio de la verificación observa notorias incongruencias (42); así: ¿Cuándo ésta realmente se realiza, cuándo concluye, cuándo se puede hablar de verificación definitiva y cuándo no?

3.4. Lo verdadero y falso en dogmática penal

En consonancia con lo anterior igual suerte han corrido los criterios de validación científica construidos en torno a las predicaciones “verdadero y falso” de los enunciados. Tales ejercicios

(41) KURT HÜBNER, *Crítica de la razón científica*, Barcelona, Alfa, 1981, p. 13.

(42) Incidiendo sobre el principio de verificación un eminente positivista como CARL HEMPEL señala que “la característica definitoria de un enunciado empírico es su capacidad de ser sometido a prueba mediante la confrontación con hallazgos experimentales, es decir, con los resultados de experimentos apropiados o de la observación dirigida” (*La explicación científica*, cit., p. 13).

intelectuales han demostrado ser lo suficientemente pueriles para ser tenidos como filtros de la naturaleza científica o no del conocimiento, los cuales en materia jurídico-normativa, no llegan a ser sino validaciones irrealizables (43). Al respecto véase la posición de FERRAJOLI (44), donde el destacado jurista italiano basándose en la teoría de la verdad de TARSKI y los planteamientos de GOTTLIB FREGE nos habla de una “verificabilidad jurídica” que se manifiesta cuando por ejemplo “una tesis judicial es verificable y refutable si y sólo si los términos empleados en ella están provistos de extensión determinada; es decir ...si y sólo si sus intensiones están definidas de manera clara y precisa... Diremos por ello que la verificabilidad jurídica está determinada por la semántica del lenguaje legal y que la verificabilidad fáctica está condicionada por la semántica del lenguaje común no técnico del que también hacen uso los discursos judiciales”. Las afirmaciones de FERRAJOLI, premunidas de los postulados de la filosofía analítica, sin embargo resultan discutibles, no tanto por que se hallen construidas en base a metatérminos lingüísticos, sino por cuanto es controvertible reducir los contenidos de verdad de un enunciado –en este caso jurídico– a únicamente consideraciones de validez semántica.

3.5. La relatividad del conocimiento científico y de las teorías

La ciencia como esquema racional (el más eficiente, racional y exigente discurso sistémico) es, pues, una de las varias formas de conocimiento, sin embargo no es la única rigurosa, ni la que en exclusiva conduzca al conocimiento de lo ignorado o aporético (45).

(43) Para una aproximación al estudio de estos problemas, véase WILLIAM P. ALSTON, *Filosofía del Lenguaje*, Madrid, Alianza Editorial, 1985, pp. 105 y ss.

(44) FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., pp. 117 y ss.

(45) Existen otras formas de acceder al conocimiento. Para poner un ejemplo, tenemos el conocimiento cierto y comprobado sobre las propiedades de ciertas sustancias que actúan positivamente sobre el funcionamiento del organismo humano, que la ciencia con su rigor metódico ha tardado

Así como carece de los atributos de infalibilidad y validez universal, atributos de los que erronéamente se había visto rodeada, la ciencia es conocimiento limitado pero eficaz, que en una sucesión de paradigmas se va acercando sin nunca llegar a alcanzar certeza absoluta ni verdad esencial del conocimiento, por ser estos objetivos contradictorios con la realidad de las cosas y procesos en constante cambio. Tanto como DAVID HUME en 1840, fue DILTHEY (1833-1911) quien en 1883 puso de manifiesto la relatividad del conocimiento científico y su obligado carácter histórico: “Toda ciencia particular del espíritu sólo conoce la realidad histórico social relativamente concebida con consciencia de su relación con las demás ciencias del espíritu” (46). Como dice JHON WATKINS: “después de HUME –o mejor todavía después del fracaso del intento kantiano de responder a HUME– nadie podía ya insistir en exigir certeza absoluta a la ciencia, como nadie podía exigir en pedir explicaciones últimas” (47).

mucho tiempo en llegar en su cognoscer a las mismas conclusiones. Nos estamos refiriendo para tomar un ejemplo al conocimiento, obtenido por vía inductiva experimental, contenido en la medicina naturista acerca de los efectos del Betacaroteno y la vitamina E, en cuanto a sus propiedades antioxidantes de las células humanas, que permiten mantener bajo control, y desaparecer crecimientos tumorales; así como de los beneficios de la vitamina A, sobre el mejoramiento de la calidad y fuerza visual.

(46) DILTHEY, *Introducción*, cit., p. 72.

(47) JOHN WATKINS, “El enfoque popperiano del conocimiento científico”, en G. RADNITZKY-G.ANDERSON-P. FEYERABEN-GRÜNBAUM, *Progreso y racionalidad de las ciencias*, Madrid, Alianza Editorial, 1982, p. 33. La importancia del trabajo crítico y demolidor de convencionalismos, mitos y consensos cognoscitivos tenidos por definitivos en su tiempo por las comunidades científicas, es quizás el mayor aporte de ese gran filósofo de las ciencias que fue DAVID HUME, en pleno siglo XIX, cuando aún la epistemología no había adquirido el rigor y el reconocimiento del que hoy disfruta. HUME, en su *Tratado de la naturaleza humana* [1837-1840], sometió a balance crítico los conocimientos dominantes y periféricos de su época, indagando por el supuesto epistémico de los mismos. Véase la Parte III (“Del conocimiento y la probabilidad”) de este *Tratado*, Buenos Aires, Orbis, 1984, T. I, pp. 171 a 309.

Toda ciencia aspira a construir teorías verdaderas con gran capacidad de explicación de segmentos de la realidad. Pero en este campo, como lo ponen de relieve los trabajos de POPPER, KUHN, FEYERABEN, TOULMIN (48) y otros, tales anhelos contrastan con una modesta realidad: los problemas científicos se hallan penetrados de lagunas, excepciones y anomalías y sólo nos brindan respuestas aproximadas. El conocer científico dista mucho de poseer las características que tradicionalmente se le había atribuido (verdad, certeza, universalidad); lo mismo pasa con el criterio de validez que en la experiencia y en la práctica halla su legitimación, pues resulta limitado e insuficiente para la ciencia moderna que trabaja con variables de alta abstracción a nivel macro y microsistémico. La era de la ciencia normal se halla pues remecida por un descubrimiento de primer orden en la filosofía de las ciencias: todo conocimiento científico es limitado, sujeto a contrastaciones y relativo a un parcial segmento de la realidad, que muchas veces parece ironizar los esquemas teóricos dominantes. Todo conocimiento es imperfecto y falible, muchas veces dogmatizado e ideologizado y circunscrito a su contexto histórico concreto que lo condiciona y explica (49).

(48) Véase G. RADNITZKY et. al., *Progreso y racionalidad*, cit., p. 14.

(49) Es muy interesante revisar la polémica entre LAKATOS y KUHN, sobre "el saber científico". Al respecto, véase LAKATOS-MUSGRAVE, *La crítica y el desarrollo del conocimiento*, cit., De LAKATOS consúltese además su obra *Metodología de los programas de investigación científica*, Madrid, Alianza Editorial, 1983, pp. 158 y ss.

RAINER SPECHT, profesor de filosofía en la Universidad de Mannheim, ha puesto en evidencia, con especial énfasis, lo relativo de la "verdad" en el conocimiento científico. Verdades científicas que drásticamente son sustituidas por otras verdades y éstas lo serán igualmente por otras, que cambian de acuerdo a la imagen del mundo (*weltbilder*) que se tenga en la época en la que se produce tal verdad. Nada garantiza que las citadas verdades de la física de hoy, de la biología o de cualquier otra ciencia sean tenidas más tarde como verdades históricas, es decir limitadas, incompletas y erróneas (o por lo menos adecuadas a su tiempo). De dicho autor véase "Preconcepciones y realidades" en AA.VV., *El factor ideológico en la ciencia y tecnología*, Lima, Mosca Azul, 1984.

3.6. Carácter instrumental y selectivo de la ciencia.

Otros aspectos característicos de las ciencias actuales tiene que ver con la instrumentalización que los grupos de poder hegemónico mundial (EE.UU., Europa y Japón) hacen de ella, a la par que de la tecnología, en un proceso constante de enajenación colectiva. Lo que se pone de manifiesto por ejemplo, cuando extienden y profundizan campos temáticos en la medida que interese o colisione con expectativas de los círculos, grupos o países dominantes. Esta situación se halla ilustrada por RAMÍREZ VALDEZ, quien se inquiera acerca de la súbita importancia otorgada al denominado “efecto invernadero”, en el discurso científico actual, “al producirse el calentamiento de las zonas norteñas del hemisferio, pese a que dichos cambios climatológicos venían afectando desde mucho atrás al África Sahariana” (50). Igualmente tenemos el problema de los límites cognoscitivos de la ciencia en cuanto facultad explicante: “La ciencia no tiene como función resolver todos los problemas que se le plantean de una vez y para siempre” (51). THOMAS KHUN acertadamente sentencia sobre esto que la ciencia selecciona problemas a resolver y evita otros que resultan problemáticos o que no hallen solución, sin que por ello vea disminuido su carácter científico. Es claro pues que en la época de “postmodernidad” se maneja un proyecto de ciencia que más que buscar la verdad, se orienta por obtener poder e información. Todo esto revela que así como en el mundo de las matemáticas no existen leyes que hallen un sustento empírico, igualmente en el mundo de la cultura construir “leyes” a imagen de las leyes naturales que “gobiernan y explican” se ha revelado como un esfuerzo inútil (esto pone de manifiesto, la necesidad de modelos distintos para la temática humano social, o como diría DILTHEY, para las ciencias del espíritu). ¿Ello acaso está invalidando que se

(50) RAMÍREZ VALDEZ, GRISEL, “Los límites de la ciencia”, en *Yachay* (Revista de Filosofía de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos), Año I, N°1, Lima, 1995, p. 28.

(51) THOMAS KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas*, cit., p. 71.

pueda hablar de ciencia en el campo del derecho? Que éste resulte un terreno sometido a la arbitrariedad, voluntarismo y caprichos de los actos de decisión humana; que sus esquemas teóricos constituyan simplemente recreaciones especulativas desligadas de la realidad. Sin duda que tales extremos representan los límites entre los cuales ha tratado de ser concebido el carácter del derecho, los parámetros en los que ha tratado de ser aprehendido y cosificado. Pero de allí, el radicar la cognoscibilidad científica de la materia jurídica a dichas limitaciones no hace más que reiterar el círculo vicioso interesadamente mantenido con singular fuerza sobre el objeto de la ciencia del derecho.

3.7. La cuestión del método

Al igual que la problemática sobre la ciencia, se plantea la cuestión hasta ahora no suficientemente esclarecida del “*método*” (52), como conjunto de reglas de procedimiento para la búsqueda del conocimiento, que se opone al azar y la incertidumbre. No existe consenso en la existencia de un único método definitivo ni exclusivo, táxativamente demarcado, ya sea para el ámbito de las ciencias naturales, ya para las ciencias humanas. La naturaleza del objeto de estudio marca necesariamente el método a emplear (pensamiento ya enunciado por ARISTÓTELES (53)). Como igualmente que existe intercambiabilidad entre los métodos dominantes en temática natural y espiritual, con una sorprendente incidencia de los métodos probabilísticos en los comportamientos humanos. Lo que sí concierta consenso de epistemólogos y filósofos es el aserto que en palabras de ERNEST NAGEL indica que “la práctica del método científico consiste en la persistente crítica de argumentaciones, a la luz de cánones probados para juzgar la confiabilidad de los procedimientos por los cuales se obtienen los datos que sirven como elementos

(52) Para un estudio de los métodos de la ciencia jurídica véase ANGEL LATORRE, *Introducción al derecho*, cit., pp. 129 y ss.

(53) ARISTÓTELES, *Metafísica*, Barcelona, Sarpe, 1985, Libro II, Capítulo III, p. 67.

de juicio y para evaluar la fuerza probatoria de esos elementos de juicio sobre los que se basan las conclusiones” (54).

No existen reglas definidas ni concluyentes, éstas como el método se adecúan a los objetivos y caracteres de la investigación (55). Todo ello ha permitido a algunos epistemólogos dirigir sus objeciones a la idea de la posibilidad y eficacia del método científico (56) y

(54) ERNEST NAGEL, *La estructura de la ciencia*, cit., p. 25.

(55) MARIO BUNGE (*La investigación científica*, cit., pp. 26-27), haciendo la salvedad de lo falible y frágil de establecer reglas en cuanto al método, establece las siguientes, que según su opinión se observan en el método científico: a) Formular el problema con precisión y al principio específicamente; b) proponer conjeturas bien definidas y fundadas de algún modo, y no suposiciones que no comprometan en concreto, ni tampoco ocurrencias sin fundamento visible; c) someter las hipótesis a contrastación dura, no laxa, d) no declarar verdadera una hipótesis satisfactoriamente confirmada, considerarla, en el mejor de los casos, como parcialmente verdadera; y e) preguntarse porqué la respuesta es como es, y no de otra manera: no limitarse a hallar generalizaciones que se adecúan a los datos, sino intentar explicarlas a base de leyes más fuertes.

(56) Así, PAUL K. FEYERABEND llega a decir: “La idea de que la ciencia puede y debe regirse según unas reglas fijas y de que su racionalidad consiste en un acuerdo con tales reglas no es realista y está viciada. No es *realista*, puesto que tiene una visión demasiado simple del talento de los hombres y de las circunstancias que animan o causa su desarrollo. Y está *viciada*, puesto que el intento de fortalecer las reglas levantará indudablemente barreras a lo que los hombres podrían haber sido, y reducirá nuestra humanidad incrementando nuestras cualificaciones profesionales” (*Contra el método: Esquema de una teoría anarquista del conocimiento*, Buenos Aires, Orbis, 1984, p. 122). Igual postura asume SKOLIMOWSKI.

Por su parte I. M. BOCHENSKY define al método como “la forma y manera de proceder en cualquier dominio, es decir, de ordenar la actividad y ordenarla a un fin”. Agrega BOCHENSKY: “Para cada orden de cosas puede haber una metodología, así tenemos metodología química, didáctica, ascética y otras muchas. Todas ellas pueden dividirse en dos clases: Las que versan sobre la técnica física y las que se ocupan de las acciones del espíritu (...). En el orden de las acciones del espíritu cabe distinguir nuevamente diferentes clases de métodos” (*Los métodos actuales del pensamiento*, Madrid, Rialp, 1962, pp. 31-32).

con ello a los esfuerzos de los metodólogos para establecer reglas que justifiquen la validez de los enunciados científicos. La consideración de que sólo existe ciencia, si es que el conocimiento posee un objeto y un método⁽⁵⁷⁾ es obviamente una simplificación de la naturaleza del conocimiento científico.

3.8. Derecho y ciencia: expectativas y limitaciones

Regresando a nuestro tema de análisis, los intentos de hacer del derecho una ciencia, más allá de la confusión que el uso de este término genera en los ambientes jurídicos⁽⁵⁸⁾, han chocado fundamentalmente con la imposibilidad de someter éste al dominio de leyes científico-causales, debido al carácter singular del sustrato óntico y marcada contingencia de la materia formal objeto del derecho: normas jurídicas de frágil estabilidad, sujetas a los vaivenes de los cambios de política criminal; lo que ha permitido hablar del derecho como técnica o como arte mas no como ciencia, tal es el sentido que le da, por ejemplo, MARIO BUNGE. Diversidad de enfoques conceptuales, preminencia de determinados principios generales, con abrogación de los mismos en otras legislaciones; las no muy infrecuentes incompatibilidades entre el esquema teórico y la labor práctica de los jueces; la incertidumbre de los fallos judiciales, etc. En suma, materias no sometidas a leyes naturales, cuya generalidad, validez universal, regularidad y geneticidad no son observables en las mismas. La dificultad radica en realidad en el prejuicio causal naturalista que como paradigma de ciencia ha pervivido –incluso hasta el presente– en la labor de

BUNGE, por su parte, indica que se trata de pautas normalmente satisfactorias de plantear problemas y poner a prueba hipótesis. El método científico nos indica cómo no plantear el problema, nos evita perdernos en el caos aparente de los fenómenos y cómo no sucumbir al prejuicio de nuestros prejuicios predilectos (*La ciencia*, cit., p. 69).

(57) Véase en tal sentido JAIME GIRALDO ANGEL, *Metodología y técnica de la investigación jurídica*, Bogotá, Temis, 1980, p. 2.

(58) VÍCTOR KNAPP, *La ciencia jurídica*, cit., pp. 12 y ss.

los científicos sociales, quienes, retomando aquí algunas frases de GEORG GADAMER (59), han tratado de construir ciencias humanas en base al modelo de las ciencias naturales, con el objeto de asegurarse un mal entendido “status científico” de su saber. Como bien remarcan DILTHEY y GADAMER el fin de las ciencias del espíritu (ciencias humanas o ciencias sociales) no es meramente describir o explicar fenómenos concretos, sino sobre todo *comprender un fenómeno histórico en su singularidad*, en su unidad. Y el derecho es una realidad social históricamente circunstanciada, donde tanto horizontal como verticalmente coexisten diferentes sistemas jurídicos con diversos principios e instituciones en una misma época. Esta toma de consciencia histórico-filosófica, como posición reflexivo-crítica de lo que asocia y distingue a las ciencias del espíritu con las ciencias naturales, es uno de los logros trascendentales en la autonomía y reivindicación de los objetos temáticos de la ciencia.

No obstante las anteriores constataciones negativas en el campo del derecho, éstas no son atributos exclusivos de la materia jurídica, por cuanto son igualmente observables en todos los campos de estudio de la ciencias histórico-sociales (60). Todos los esfuerzos realizados hasta ahora por reducir procesos y objetos sociales a enunciados teóricos de extrema generalidad y validez universal que los comprendan y expliquen, han resultado estériles. Ni la economía, sociología y otras ciencias sociales, gozan de la calidad de leyes científicas, entendidas éstas en el sentido empirista o neoempirista. La teoría materialista del marxismo fue indudablemente el más serio intento por someter la sociedad al designio de leyes que supuestamente la explicaban y permitían predecir el curso de los

(59) HANS GEORG GADAMER, *El problema de la consciencia histórica*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 47.

(60) Al respecto, son acertadas las precisiones formuladas por PIAGET, cuando al referirse a las llamadas “leyes históricas” indica que estas regularidades en definitiva entran en el campo específico de las ciencias nomotéticas, es decir de la sociología, etnología, etc. Véase nota 18.

acontecimientos (61). La práctica y experiencia real, tenidas como criterio de verdad por los científicos y por lo tanto, de validez de dichas teorías, se ha encargado de contrastar y evidenciar la inconsistencia de tales consideraciones. Esto ha permitido decir a ADOMEIT que: “las ciencias de la cultura, al igual que la historia, se ocupan de objetos, que tienen una configuración individual, es decir, que son únicos y comparados con otros son prácticamente invariables. El interés del conocimiento de estas ciencias se concentra en lo individual que debe ser aprehendido o expuesto; digamos por ejemplo un texto filológicamente fiel de platón o la verdadera real historia de la revolución de octubre” (62). Estas ideas de ADOMEIT ya están

(61) El materialismo histórico organiza su esquema conceptual sobre la sociedad, en base a leyes que la rigen y explican: el choque de las fuerzas productivas y las relaciones de producción como explicación del desarrollo económico; la lucha de clases como motor de la historia; la ley del desarrollo desigual y combinado de las formaciones económicas sociales; la ley de la unidad y lucha de contrarios y los saltos dialécticos; la ley de la determinación de la superestructura político-jurídica por la estructura económica; la ley del control y planeación del desarrollo de las sociedades a un nivel racional, etc. Se trata de criterios sumamente útiles para cualquier análisis del desarrollo social, pero que sin embargo no han podido ser equiparadas a leyes de carácter general y validez universal. Véase de KARL MARX, “Prefacio a la contribución a la crítica de la economía política” en MARX-ENGELS, *Obras Escogidas*, Moscú, Editorial Progreso, 1955, T. I, pp. 341 y ss.; ÍDEM (junto con ENGELS), *El manifiesto comunista*, Barcelona, Sarpe, 1984; ÍDEM, *El capital*, México, Fondo de Cultura Económica, 1966, T. I, pp. 131 y ss.; ÍDEM, *La ideología alemana*, México, Grijalbo, 1974, pp. 55 y 369; ÍDEM, “Carta a P. V. ANNENKOV (28 de Diciembre 1846)”, en MARX-ENGELS, *Obras Escogidas*, cit., T. II, p. 42; ÍDEM, *Contribución a la crítica de la economía política*, Buenos Aires, Ediciones Estudio, 1975, pp. 191 y ss. En dichas obras se concentra el riguroso y singular pensamiento del marxismo de KARL MARX sobre las ciencias sociales. Más específicamente sobre temática jurídica véase su “Crítica del Derecho de Estado de Hegel” en *Marx: Escritos de juventud*, México, Fondo de Cultura Económica, pp. 319 y ss.; igualmente, en la misma obra, su “En torno a la filosofía de Hegel”, pp. 491 y ss. Para un estudio global del pensamiento jurídico de MARX, véase de UMBERTO CERRONI, *Marx y el derecho moderno*, México, Grijalbo, 1975.

(62) KLAUS ADOMEIT, *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Civitas, 1984, pp. 28-29. A continuación señala: “los científicos de estos campos nos

contenidas en la exposición epistémica de DILTHEY, para quien los fines de las ciencias del espíritu –aprehender lo singular, lo individual de la realidad histórico social, conocer las regularidades que actúan en su producción, establecer fines y normas de su desarrollo– sólo pueden alcanzarse mediante los recursos del pensamiento, a través del análisis y la abstracción. Y como bien señala H. SKOLIMOWSKI: los métodos de la ciencia física son insuficientes para el estudio de los fenómenos de la vida a un nivel elevado de complejidad (63). Incidiendo sobre esto, PASUKANIS afirmará: “contra la teoría general del derecho como lo entendemos nosotros no se puede objetar que tal disciplina tenga por materia únicamente definiciones formales y convencionales y construcciones artificiales. Nadie pone en duda que la economía política estudia una realidad objetiva, aunque MARX haya hecho la advertencia de que el valor, el capital, el beneficio o la renta no pueden observarse con el auxilio del microscopio y del análisis químico. Ahora bien, la teoría jurídica opera con abstracciones no menos artificiales: el sujeto jurídico o la relación jurídica tampoco pueden ser estudiados con los métodos de las ciencias naturales, pero detrás de tales abstracciones se ocultan tal vez fuerzas sociales absolutamente reales (64). KNAPP, jurista checoeslovaco, al referirse a las tendencias de la ciencia jurídica contemporánea,

brindarán mucho extraordinariamente interesante –sólo que muy poco en el sentido de las leyes de las ciencias naturales–, ciertamente que no faltan intentos de superar estas barreras teóricas científicas y de descubrir en la historia leyes. Pero si bien con proyectos de leyes de esta especie ya es posible explicar sucesos pasados, hasta ahora no se ha logrado pronosticar el curso futuro de la historia y todo hace suponer que nunca se llegará a tales predicciones” (*loc. cit.*).

(63) H. SKOLIMOWSKI, *Racionalidad evolutiva*, Valencia, Universidad de Valencia, 1977 (Cuadernos Teorema), pp. 35 y ss.

(64) BRONISLAVOVIC PASUKANIS, *Teoría general del derecho y marxismo*, citado por ATIENZA y RUIZ MANERO, *Marxismo y filosofía en el derecho*, cit., p. 80. Para una crítica del pensamiento de PASHUKANIS, véase PER MAZUREK, “Teoría marxista y socialista del derecho”, en KAUFMANN-HASSEMER (Eds.), *El pensamiento jurídico*, cit., pp. 337 y ss. Igualmente revítese de E. L. JOHNSON, *El sistema jurídico soviético*, Barcelona, Península, 1974.

llega a indicar que éstas no sólo están determinadas por el desarrollo del espíritu humano, sino que se derivan de la evolución social en una mutua interacción ⁽⁶⁵⁾; KNAPP recalcará que la política influye en el contenido y la forma del derecho, e incluso de las ciencias jurídicas, lo mismo que las concepciones filosóficas imperantes, y en ciertos sistemas de derecho, las religiones. Las tendencias en las ciencias jurídicas según este autor reflejan las diferencias e incluso los antagonismos sociales e ideologías del mundo contemporáneo ⁽⁶⁶⁾.

4. LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL: PRECISIONES SOBRE LA DOGMÁTICA JURÍDICA

El derecho como ciencia (dogmática jurídica), esto es, como esquema conceptual cognoscitivo comprensivo-explicativo de la realidad jurídica, posee: a) una estructura lógica que le otorga consistencia y funcionabilidad (principios de no contradicción o de contradicción soportable, de identidad, de tercio excluido, razón suficiente y de sistematicidad); b) un campo significativo de los conceptos, y estimaciones teóricas de las que hace uso (en materia penal: culpabilidad, dolo, legítima defensa, bien jurídico, proceso, necesidad de pena, decisión judicial, ejecución penal, etc.) de manera rigurosa y sujeta a constra-tación e íntimamente vinculados a las consecuencias jurídicas que de las mismas se deriven; c) un mecanismo normativo sofisticadamente construido y pleno de valoraciones ⁽⁶⁷⁾, sujeto a cambios y agregados que constituye el medio habitual de viabilizar el derecho, posibilitando el primer escalón dogmático aplicado de la subsunción del hecho a la norma; y d) un objeto óntico social radicado en los comportamientos relevantes interactivos como temática.

(65) VÍKTOR KNAPP, *La ciencia jurídica*, cit., p. 41.

(66) *Ibidem*, p. 10.

(67) Para un análisis de la posibilidad de una dogmática axiológica, esto es, de la importancia y gravitación de las valoraciones positivas en la construcción y validez de la dogmática penal, consúltese el trabajo de JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, "Cómo es posible una dogmática penal", en el *Libro Homenaje a Francisco Carrara*, cit., pp. 149 y ss.

La dogmática jurídica es una de las llamadas ciencias humanas, culturales, o ciencias del espíritu ⁽⁶⁸⁾, que integra –explicando e interpretando con fines prácticos– comportamientos relevantes, contenidos en normas jurídicas, reglas y valoraciones convencionales circunstanciadas; que se halla íntimamente relacionada con las otras ciencias y que desde ángulos distintos (interdisciplinareidad) enfocan la realidad jurídico-social: criminología, política criminal, sociología criminal, etc. Y tal relación se da en un plexo múltiple de contactos, interacciones, y flujos con la múltiple variedad de ciencias del hombre (economía, etnología, psicología, antropología, genética, etc.) ⁽⁶⁹⁾. Es asimismo en grado sumo importante destacar las relaciones necesarias que deben observar dogmática penal y política criminal, pues ambas consideradas por separado pierden eficacia en su pretensión orientadora de lo normativo en el caso de la dogmática, y en la racionalidad y fundamentación para el caso de la política criminal no basada en razones dogmático penales. Hacer que la política criminal construya sus diseños normativos partiendo

(68) Esta frase-clasificación empleada por DILTHEY, y con la que se designara en el siglo XIX al amplio sector de conocimientos del mundo cultural y, por lo tanto, diferenciados de los hechos físicos naturales, más que por rigurosidad y propiedad semántica, es usada en este trabajo por su validez denotativa; es decir, porque ayuda a entender campos temáticos diferenciados. Haciendo la salvedad que ello no supone que se tenga un criterio dualista de ciencia, más bien optamos por un criterio unificador, que comprenda que la diversidad de campos temáticos no implica escisiones que hoy por hoy se tornan inconsistentes ante el súbito descubrimiento de lo probabilístico y valorativo en la amplitud de los esquemas científicos sean éstos naturales o culturales.

(69) Para un estudio de las relaciones que tiene la ciencia penal con la criminología y, en general, de las posibilidades de una ciencia penal totalizadora, véase de ENRIQUE BACIGALUPO, “La dogmática penal y la criminología”, en *Estudios de Derecho penal y política criminal*, México, Cárdenas Editor, 1989, pp. 57 y ss. Igualmente revítese JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, “Sobre las posibilidades y límites de una dogmática supra nacional del derecho penal”, en *Fundamentos de un sistema europeo de derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, Bosch, 1995, pp. 11 y ss.

de los logros cognoscitivos de la dogmática penal, es el reto de un derecho penal racional, humanitario y democrático.

El derecho como ciencia asimismo ofrece ejemplos de continuidad, regularidad y vigencia de leyes normativo-sociales de consenso de baja intensidad o como lo llama HELMUT SEIFFERT enunciados de “condición marginal” (70); piénsese por ejemplo en las varias instituciones del derecho romano, cuya permanencia y vigencia se mantienen en los códigos civiles del mundo occidental, sujetos al sistema romanista germánico y que han permitido el desarrollo de la dogmática jurídica; de continuidad, en los presupuestos teóricos de partida de los legisladores en el acto de legislar (principios de necesidad, racionalidad y de cambio social); en el principio de legalidad asumido como expresión humana del derecho penal; en la función de control, equilibrio e integración que juega el derecho en el contexto del sistema global, como una constante; en las estructuras lógico-objetivas propuestas por HANS WELZEL, como límite natural a la labor legislativa; la presencia incontrovertible de sanciones (en sentido lato) a los comportamientos que defraudan expectativas sociales en cualquier tipo de sociedad, sea ésta primitiva o avanzada. El derecho pues presenta regularidades, ya en su dimensión óptico social (comportamientos humanos), ya en su dimensión normativa (el homicidio no justificado siempre ha sido castigado, cuando ha sido objeto de proceso penal), o valorativa (el derecho penal pune comportamientos desvaloradas previamente).

Las normas jurídico-penales tienen validez universal de aplicación relativa, esto es, se aplican en todo el ámbito de vigencia de la jurisdicción estatal o supra estatal, extendiéndose incluso, según el principio de extraterritorialidad, en los casos específicamente establecidos. La dogmática penal por lo mismo se halla construida sobre leyes de baja intensidad (inferiores en número y precisión), es decir que no gozan necesariamente de la generalidad y validez de las leyes propias de las ciencias naturales. Y ello debido a la naturaleza

(70) HELMUT SEIFFERT, *Introducción a la teoría de la ciencia*, Barcelona, Herder, 1977, pp. 137 y ss.

social de sus presupuestos –acciones e interacciones humanas relevantes, normativizadas en esquemas lógico semánticos (tipos penales)– de relativa validez universal. Sin embargo y en oposición a las leyes causales y/o probabilísticas del orden natural, las leyes del orden humano social son vividas y apreciadas desde dentro del contexto histórico social (toma de “consciencia histórica”), lo que permite una mayor y mejor internalización y dominio relativo.

La onticidad social del derecho se evidencia en cuanto se halla dirigido a comportamientos con sentido (acciones y omisiones). El arbitrio y el capricho de los legisladores no llegan a afectar la regularidad de los límites de significado del derecho; si bien este último ha variado notablemente a lo largo de la historia, igualmente han cambiado los conceptos contenidos en la física o mantenidos sobre los procesos químicos, a lo largo del cambio de paradigmas. Los reproches realizados al derecho poniendo énfasis en el cuestionamiento coyuntural normativo, al estilo de KIRCHMANN, desde una perspectiva estrecha de lo que es ciencia, no afectan a la dogmática penal, pues ésta no se limita a un eventual o determinado orden normativo positivo (71). Los criterios de validación científica entendidos empíricamente, que desestiman el derecho como ciencia por no ser observable fácticamente su estructura normativa o por hallarse ésta revestida de elementos metafísicos (valores), obviamente, que responden a un esquema de ciencia, no apto para temática humana. Pero sólo eso, de allí a considerar que tal apreciación implique criterio de autoridad para separar ciencia de lo que no lo es, hay obviamente una larga e interesada distancia. Los problemas de subjetividad y valoración presentes en la ciencias sociales no le son exclusivas a éstas, por cuanto las ciencias empíricas se hallan igualmente bajo el influjo de la autoridad de la comunidad científica, la que establece las reglas de juego y plantea los consensos. Igualmente

(71) Véase de JULIUS HERMANN VON KIRCHMANN *et. al.*, *La ciencia del derecho*, Buenos Aires, Biblioteca del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, 1949. Del mismo autor, *La jurisprudencia no es ciencia*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1961.

podemos decir de la instrumentalización y tendenciosidad en las investigaciones empíricas, que centran el estudio y análisis en puntos determinados en perjuicio de otros, en base a criterios no siempre racionales, más bien sí, basados en motivaciones utilitaristas o de poder.

4.1. Resumiendo: la dogmática ¿ciencia o método?

La equivalencia lingüística del término “dogmática”, en cuanto conocimiento axiomatizado, cosificado y de sustento científico no demostrado ni verificado (dogma)⁽⁷²⁾, obviamente no tiene ninguna relación con el significado que como ciencia tiene la dogmática. Según la concepción estricta y legalista de la dogmática (positivismo jurídico), dicho término expresa exclusivamente el procedimiento tradicional empleado en la interpretación y comprensión del sentido de las normas jurídicas; procedimiento que define la actitud asumida por juristas y estudiosos del derecho frente al ordenamiento jurídico concreto. Actitud que hace referencia a la imposibilidad lógica de abstraerse del marco legal normativo y de circunscribirse a un círculo cerrado y vicioso de razonamiento interpretativo. En consonancia con esto último, el análisis jurídico exige con carácter obligado ceñirse a los límites que fija el precepto legal. El análisis

(72) Sobre el empleo actual de la palabra “dogmática” en la ciencia del derecho, LARENZ, poniendo de manifiesto lo inadecuado de dicho término, explica que éste se mantiene en vigencia debido a que aún no disponemos de otro que se ajuste mejor a la cosa. Véase de dicho autor su *Metodología*, cit., p. 221. Podemos definir el término dogma como todo enunciado teórico con fundamento científico o carente de él, que constituido en axioma se torna inamovible y no sujeto a crítica. En el caso del dogma jurídico se sostiene un argumento contenido en la ley o norma jurídica y se eterniza sus alcances y validez. Dogma es sinónimo de conocimiento cerrado y suficiente por sí mismo. JULIUS KRAFT indicaba: “Una disciplina se denomina dogmática siempre que considere proposiciones, en sí y por sí arbitrarias, como por encima de toda crítica y de este modo abandone el postulado de la investigación independiente” (citado por LUHMANN, *Sistema jurídico*, cit., p. 27). Tanto el derecho como las ciencias empíricas trabajan con dogmas, muchas veces celosamente mantenidas por sus respectivas comunidades científicas.

lógico jurídico se realiza en función a la norma concreta, y sólo en función a ella y a los principios que la orientan opera la crítica y construcción sistémica. Tal es el punto de partida de la dogmática jurídica concebida como método. En consecuencia hacer cosa distinta desnaturalizaría e invalidará la coherencia y sistematicidad normativa. De ello se colige que el jurista o juez no puede salirse de los parámetros que le fija el precepto jurídico (principio de sujeción a la ley); sus posibilidades de interpretación-explicación se hallan condicionados y limitados por el tipo de norma concreta señalado por el sistema normativo.

Sin embargo, tales axiomatizaciones a las que conduce el “método dogmático” resultan contrastados por la casi siempre extrema generalidad de los tipos y la experiencia judicial; donde los primeros permiten una relativa libertad en el análisis e incluso posibilitan romper el dogma de la sujeción a la norma al momento del fallo judicial, cuando la equidad y justicia están en contradicción con la vigencia de la norma penal ⁽⁷³⁾. De allí la importancia de la labor creadora del juez, que encuentra sustento en el carácter científico del derecho penal.

Definir la dogmática como método es reducir en extremo el contenido de la misma. El método dogmático, más que método es un presupuesto de interpretación ⁽⁷⁴⁾. La ciencia del derecho penal

(73) Es ilustrativo al respecto la polémica entre LARENZ y ESSER; véase del primero *Metodología de la ciencia del derecho*, cit., pp. 198, 345 y ss.; véase también el debate entre HART y DWORKIN, en CALSAMIGLIA, *Introducción*, cit., p. 101. De HART, véase su *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961. El pensamiento de RONALD DWORKIN sobre la justicia y el derecho se desarrolla en su obra *The Model of Rules*, Chicago, 1967. IDEM en *El imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 1992, y en *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1992.

(74) GIMBERNAT señala que la dogmática jurídico-penal averigua el contenido del derecho penal, cuáles son los presupuestos que han de darse para que entre en juego un tipo penal, qué es lo que distingue un tipo de otro, dónde acaba el comportamiento impune y dónde empieza el punible. Hace posible, por consiguiente, al señalar límites y definir conceptos, una aplicación

no puede ser circunscrita a un simple presupuesto de partida en el análisis jurídico. El método científico del derecho penal pasa por encima de las consideraciones de los metodólogos del derecho que radican en el denominado “método dogmático” la totalidad de las reglas hermenéuticas de la ciencia del derecho, empleando en cambio todo el bagaje conceptual e instrumental que la moderna metodología ofrece al juez y jurista para el análisis jurídico y la toma de decisión judicial. Si bien obviamente es erróneo reducir la dogmática a un método, no lo es considerar que la dogmática hace uso de una diversidad de métodos funcionales adecuados al objeto específico de estudio (la interpretación de la norma, la comprensión de los comportamientos relevantes, el análisis científico de los conceptos y proposiciones jurídicas, el análisis crítico creativo del caso penal, del proceso de formación y decisión judicial, de los efectos sociales de la pena, la situación de la víctima, etc.). Y el hecho que la dogmática penal posea y utilice además del método dogmático para interpretar a un nivel normativo la regla penal una diversa variedad de métodos de comprensión-explicación, en modo alguno desmerece la calidad científica de sus logros cognoscitivos; como igualmente podemos decir de la acusada variabilidad de sus componentes normativos que, sin embargo, deja intangible las premisas básicas de cohesión y pervivencia del sistema jurídico.

La dogmática penal es la ciencia del derecho penal y como ciencia es un sistema de enunciados o proposiciones de validez general, estructuradas en teorías que poseen un cuerpo temático integrado, que se han ido desarrollando con rigor científico, a partir fundamentalmente del siglo XIX, teniendo su más cercano y proficuo antecedente en la labor de los “Prácticos o Post-glosadores” europeos, quienes no sólo se abocaron a una labor de exégesis de los cuerpos legales romanos, canónicos y germánicos, sino que contrastaron éstos a la realidad de su época (siglos XV al XVIII) ⁽⁷⁵⁾; formulando

segura y calculable del derecho penal. Véase también ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. I, pp. 277 y ss.

(75) Véase *infra*, Título III, notas 1, 2 y 3.

críticas, efectuando reajustes problematizando los conocimientos filosóficos-jurídicos existentes. No se exagera si se afirma, que gran parte de los problemas jurídicos sociales contemporáneos fueron tratados y encontraron soluciones –hasta ahora utilizados en las doctrinas modernas del derecho penal– sorprendentes y singulares (76).

El alcance integrador de la ciencia penal en su dimensión amplia, no sólo se circunscribe a comportamientos relevantes y normas jurídico-penales, sino que aprehende en su estructura temática además del delito, a la pena enfocada como institución político-criminal necesaria, al proceso, ejecución penal, composición y reintegración, en su contexto histórico social, como institutos enlazados dialéctica y secuencialmente; a los que somete a su riguroso análisis exegético, comprensivo, crítico y reformulador; los cuales concebidos separadamente no encontrarían sentido teleológico ni funcional. Igualmente permite dotar a la Técnica Jurídica de bases sólidas para la formulación y construcciones legislativas .

En esta dirección es acertada la frase de GERHARD HUSSERL: “por dogmática jurídica entiendo la ciencia de los presupuestos esenciales del derecho” (77).

(76) JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ traza en su obra una sucinta e interesante evolución de la dogmática y del método dogmático a través de las diversas escuelas penales. Véase de dicho autor: *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992, pp. 48 y ss.

(77) Citado por ARMIN KAUFMANN en *Teoría de las normas*, Buenos Aires, Depalma, 1973, p. X. La dogmática penal es una ciencia cuyos enunciados y construcciones racional-valorativas adquieren un vasto campo de aplicación en los sistemas sociales que siguen la tradición jurídica occidental, sin que las especificaciones legislativas de los órdenes normativos nacionales ajustadas a tal o cual política criminal, lleguen a alterar sustancialmente sus puntos de partida y logros cognoscitivos, es decir, cuestionen su naturaleza científica. Hablar pues de un derecho penal nacional (a nivel de dogmática penal), o latinoamericano o más propiamente europeo –mas allá de ser éste su centro de irradiación– de forma taxativa y concluyente es una manera de adocenar y cuestionar el carácter científico de la ciencia del derecho penal.

En este trabajo nos hemos centrado a problematizar y puntualizar criterios sobre lo que es “ciencia”, y la posibilidad de la misma en el campo del derecho. No ha sido nuestra intención avocarnos a la descripción y análisis de su contenido; esto es, al estudio del campo temático de la dogmática jurídico penal (específicamente) en sus niveles conceptual y aplicado. Como tampoco a revisar los cuestionamientos dirigidos a la validez de la ciencia del derecho penal, los que se realizan desde una diversidad de ángulos de ataque que se resumen en el tópico de la crisis de la dogmática, como una crisis de identidad y de legitimación epistémica. El haberlo hecho hubiera excedido en demasía los límites textuales de este trabajo; esfuerzo que implica obviamente la elaboración y el discurrir de un tratado sobre ciencia jurídico penal.

4.2. La dogmática penal: lo característico de una ciencia moderna

Es característica del campo temático del derecho, la diversidad de planteamientos que suelen darse sobre un mismo aspecto de lo jurídico, los que sin embargo no llegan a agotar sus alcances cognoscitivos; coexistiendo diversos ángulos de enfoque conceptual. Esta realidad, que es común al mundo del saber espiritual, adquiere sin embargo en el campo del derecho penal su mayor expresividad, donde el optar por una interpretación-explicación determinada, no impone o supone desterrar del todo otros aspectos de las teorías soslayadas. Y lo que es más significativo aún, es que el objeto de estudio se adecúa a estos singulares y sutiles ejercicios de reflexión y versatilidad teórica. El enfoque dogmático conceptual es pues por naturaleza –y eso es muy bueno para la ciencia del derecho penal– problemático, flexible, abierto, postulador y creativo.

4.3. Dogmática y teorías penales

La dogmática como sistema conceptual se halla conformada por diversas teorías (grupo de ideas sistemáticas traducidas en hipótesis y leyes referidas a hechos de una realidad concreta) (78),

(78) Tales teorías trabajan con esquemas y conceptos, muchas veces moldeando la realidad y, como lo pone de manifiesto KARL POPPER, son “redes

las mismas que se han caracterizado por su relativa vigencia y cambios paradigmáticos ⁽⁷⁹⁾. Las teorías penales son destacados esfuerzos realizados por numerosos tratadistas a través de los años, que han elevado la ciencia penal a un nivel de primera línea en la explicación-

que lanzamos para apresar aquéllo que llamamos “el Mundo”, para racionalizarlo, explicarlo y dominarlo” (*La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 84). LARRY LAUDAN afirma que los cambios en las teorías científicas y los debates al respecto, a menudo giran sobre cuestiones conceptuales y no sobre cuestiones de apoyo empírico (en “Un enfoque de solución”, en HACKING, *Revoluciones científicas*, cit., p. 263).

(79) Según BUNGE: “Una teoría científica es un sistema de hipótesis que se supone da una explicación aproximada de un sector de la realidad; donde las leyes o fórmulas legaliformes, como variedades especiales de hipótesis, constituyen el núcleo de dicha teoría. Este autor nos ofrece como criterios de estimación científica en el examen de teorías las siguientes variables: a) *Criterios formales*: 1) corrección formal, 2) consistencia interna, 3) validez lógica y/o matemática, 4) interdependencia, 5) fuerza; b) *criterios semánticos*: 6) exactitud lingüística, 7) unidad conceptual, 8) interpretabilidad empírica, 9) representatividad; c) *criterios epistemológicos*: 10) consistencia externa, continuidad, 11) alcance explicatorio y capacidad de respuesta, 12) profundidad, 13) originalidad, 14) capacidad unificadora, 15) potencia heurística y 16) elasticidad. Véase de dicho autor *La investigación científica*, cit., pp. 925 y ss. El espíritu crítico de KARL POPPER se pone de manifiesto cuando al hablar de las teorías –luego de criticar la concepción de aquéllos que buscan llegar a esencias, de por sí inalcanzables y de dudosa existencia– llega a decir que éstas son “genuinas conjeturas, suposiciones acerca del mundo de alto contenido informático y que, si bien no son verificables (es decir, si bien no es posible demostrar que son verdaderas), pueden ser sometidas a severos test críticos. Son intentos serios por descubrir la verdad” (*Conjeturas y refutaciones*, cit., p. 136). Para POPPER el conocimiento a través de teorías es incierto y conjetural; así dice: “Estoy plenamente de acuerdo en que las teorías no ofrecen ninguna certidumbre (que siempre pueden ser refutadas); y hasta estoy de acuerdo en que son instrumentos” (*ibídem*, p. 125). POPPER critica la posibilidad de la explicación última: “Las esencias existan o no, la creencia en ellas no nos ayuda para nada y hasta puede trabarnos, por lo cual no hay razón alguna por la que el científico debe presuponer su existencia” (*loc. cit.*) Igualmente véase el concepto que maneja NAGEL de “teoría” en *La estructura de la ciencia*, cit., pp. 94 y ss.

problematización y crítica de planteamientos referidos a la materia jurídico-penal social. Dichas teorías poseen un amplio poder explicatorio y han sido constantemente contrastadas; lo que les otorga una gran calidad científica. Es tarea obligada, contribuir a una mayor problematización de los presupuestos del derecho penal, a la crítica de las teorías hegemónicas, al rescate de lo válido que puedan tener las teorías sustituidas y minoritarias; en suma ofrecer mejores y más útiles esquemas de solución a las conflictuaciones relevantes. Como asimismo no se debe olvidar que este esfuerzo de análisis creativo tiene que ir en función del hombre en concreto, del caso justiciable, de la labor judicial, es decir, de la justicia y los derechos humanos.

Las diversas teorías del delito, de las que hace gala la ciencia penal, han desarrollado niveles de análisis de profunda y sofisticada calidad de la realidad jurídico-penal, aportando de esta manera mayores y mejores planos de explicación-comprensión de la no siempre fácil problemática penal. Los logros cognoscitivos de la estructura analítica del delito, la teoría del injusto personal, de la imputación objetiva, la constitucionalización de los principios de derecho penal, la teoría del proceso y de la reintegración al tejido social, son algunos de los ejemplos que nos muestran la magnificencia de las construcciones teóricas de la dogmática penal.

Acerca de teorías y cambios paradigmáticos, el período que va de fines del siglo XIX a fines del siglo XX es sumamente ilustrativo. A la irrupción de un nuevo paradigma que reemplaza, sustituye o va relegando al anterior, le sobreviene un lapso de vigencia y dominio de relativa duración en su centro de irradiación y en el campo más amplio de difusión y espectro, para luego paulatina o bruscamente ser sustituido por otros esquemas teóricos más comprensivos y de mayor poder explicativo, los que se mantienen hegemónicos o en convivencia con otras teorías, en un plexo paradigmático múltiple, produciéndose entonces un nuevo campo de irradiación o, en todo caso, un sincretismo manifiesto. Las teorías minoritarias por lo general conviven en torno a las hegemónicas, pugnando casi siempre por demostrar la falibilidad de éstas y la necesidad de su cambio. La

explicación para este proceso peculiar, se halla en la necesidad y urgencia que existe en el ámbito jurídico político por obtener mayor profundidad y certeza en las consideraciones previas al fallo judicial; es decir, en el mayor acercamiento de la justicia a la ciencia y viceversa, para hacer más reales y humanas las funciones del derecho y los roles de quienes lo aplican.

4.4. Sucesión de paradigmas en materia penal

El período comprendido entre fines del siglo XIX y el término del siglo XX ha registrado el surgimiento, hegemonía, pervivencia y/o sustitución de las siguientes teorías dogmático-penales, principalmente en Alemania e Italia. En Alemania: La Escuela del positivismo jurídico y escuela clásica (1870-1910) que sustituyó a las difusas teorías del iluminismo filosófico jurídico; la escuela neoclásica, neokantiana o neocausalista (1910-1930); la tendencia irracionalista del derecho penal (Escuela de Kiel, 1933-1945); la escuela finalista (1945-1970) ⁽⁸⁰⁾; la escuela sincrética (finalista causalista, 1960-1990); y la irrupción de la escuela funcional racionalista en sus diversas variantes (1970 -).

En Italia: la escuela clásica (siglo XVIII, BECCARIA, CARRARA, PESSINA, 1880); la escuela positivista (1870-1900, LOMBROSO, FERRI); la Terza Scuola (1890-1910, CARNEVALE, ALIMENA); Escuela Técnico Jurídica (1910-1930 ROCCO, MASSARI); Escuela del Realismo Jurídico (ANTOLISEI-CONTI); Escuela Teleológica Valorativa y Funcional (BETTIOL, PAGLIARO, BRICOLA, FIANDACA).

(80) El caso del neocausalismo (teorías de RABDRUCH-MEZGER; en España, LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA y otros) es de por sí ilustrativo. Cuando parecía que el paradigma finalista le había relegado teóricamente y a nivel de zonas de influencia, las teorías neocausalistas reaparecen con fuerza en Alemania y en los diversos países de su influencia. Ello gracias a la contrastación realizada por el funcionalismo, el neocausalismo contemporáneo y la escuela político-criminal, a determinados axiomas teóricos finalistas (SCHÖNKE-SCHRÖEDER, SCHMIDHÄUSER, BAUMANN, JAKOBS, ROXIN y otros).

Es necesario precisar que en el surgimiento, desarrollo y declive o pervivencia en baja intensidad de las teorías penales se da un proceso desigual, iterante y combinado, que genera una suerte de pluralismo jurídico a nivel teórico doctrinario. Esto se entiende si se las analiza en función a su centro de irradiación y al espectro de difusión que éstas observan; así, el finalismo, a partir de 1970, perdió fuerza en Alemania (centro de irradiación) y, sin embargo, a partir de ese entonces, se extiende y gana predominio a nivel doctrinario y en algunos casos legislativo en países como los latinoamericanos y en algunos países de Asia, en los cuales aún constituye novedad paradigmática; igualmente el causalismo en su variedad neoclásica tras haber sido desplazado por las teorías de WELZEL, ha vuelto a cobrar fuerza en Alemania y España, conservando en los países latinoamericanos el grueso de sus planteamientos sin variaciones sustanciales desde su irrupción.

4.5. Características de la dogmática penal

- La dogmática penal como ciencia cuyo sustrato óptico social está constituido por los comportamientos y acciones humanas relevantes, y cuyo cuerpo temático formal lo constituyen las leyes y normas jurídicas (ordenamiento jurídico), no goza de los atributos de legalidad⁽⁸¹⁾ ni del principio genético de las leyes naturales. Pero no por ello puede ser clasificado como ciencia formal o puramente fáctica. Clasificación por lo demás simplificadora y arbitraria, que privilegia fronteras no tan claramente definidas.

(81) El término "legalidad" empleado en ciencia, no se refiere al concepto que tienen los juristas de este vocablo. En el primer sentido, *legalidad* hace alusión al proceso de "insertar los hechos singulares en pautas generales llamadas leyes naturales o leyes sociales". Véase MARIO BUNGE, *La ciencia*, cit., p. 38. El atributo mismo de "generalidad", propio de las leyes naturales y que se presenta igualmente aunque en menor intensidad en el ámbito del derecho, es objeto de cuestionamiento. Véase al respecto HANS GEORG GADAMER, *El problema de la consciencia histórica*, cit., pp. 50 y ss.

- La dogmática penal, mediante las teorías que elabora, ofrece explicaciones comprensivas aproximadas y racionales de los límites, contenido y alcances de los supuestos de hecho descritos en la norma penal (comportamientos humanos relevantes penalmente); entendiéndose que no existe una determinación causal de naturaleza obligada (físico empírica) en los supuestos de dichos comportamientos ⁽⁸²⁾. Lo que permite formular más acertadamente el juicio de responsabilidad y derivar de ello las consecuencias jurídicas establecidas. La ciencia penal al tomar como objeto principal de estudio los comportamientos relevantes, lo hace no enfocando el proceso o génesis de la formación de dichos comportamientos –asunto que abordan la criminología y la psicología criminal–, sino para analizar, interpretar y explicarlos en función a los procesos de toma de decisión judicial y dentro del esquema de aplicación de la ley penal y los principios del derecho.

- La dogmática penal es un sistema abierto de conocimientos científicos, de orden sistemático, lo suficientemente elástico en sus fronteras y contenidos, pero riguroso en sus explicaciones y metodología. Los enunciados científicos de la ciencia penal establecidos en leyes y teorías, son por lo mismo, proposiciones sujetas a revisión, los mismos que no establecen de por sí –al margen de las pretensiones de algunos de sus creadores o recreadores– criterios de autoridad e infalibilidad sobre el conocimiento jurídico social.

Los enunciados dogmático penales, por su peculiar naturaleza y configuración se resisten a los tradicionales procesos

(82) Tal es lo que WELZEL llamaba la capacidad de poder regirse conforme a sentido, es decir, la liberación de la coacción causal ciega, indiferente a sentido. El acto de la liberación causal de los impulsos para autodeterminarse es característica propia del ser humano. Véase de HANS WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Barcelona, Ariel, 1964, pp. 92-93.

de validación “científica”, a través de la verificación; pero pueden y deben ser fundamentados y ser objetos de crítica e incluso de falsación ⁽⁸³⁾.

- La dogmática jurídico penal halla su base filosófica en la libertad interactuada como componente vital de la condición humana. Y por lo mismo sus enunciados, generalizaciones y explicaciones parten de la premisa que el ser humano, en actos de relevancia, es dueño y responsable de sus acciones u omisiones. Las excepciones a este punto de partida básico en derecho penal que no deriven en expresiones de total irracionalidad encuentran explicación y cabida en las diversas elaboraciones conceptuales que la dogmática, al respecto, ha realizado y recrea constantemente; ofreciendo de este modo sustento gnoseológico a las presiones de la parte general de las leyes penales.
- La naturaleza teleológica de la dogmática penal se pone en evidencia en cuanto se orienta al acontecer humano con sentido, a los comportamientos relevantes dirigidos conscientemente y con finalidad. Por consiguiente no constituyen presupuesto óntico de la dogmática penal los procesos irracionales que deriven en conducta relevante.
- La dogmática jurídica es un factor de progreso del sistema social, al hacer del sistema jurídico (con sus presupuestos, teorías, análisis y mejores acercamientos a la realidad jurídica) un sistema cada vez más racional humano y justo, adecuado a las exigencias históricos sociales concretamente determinadas, y al permitir con su uso una mayor certeza y cabal realización de las metas del derecho.
- En suma la dogmática penal es la creación y recreación conceptual de la más alta jerarquía racional elaborada en el

(83) Cfr. ULFRID NEUMANN, KAUFMANN-HASSEMER (Eds.), *El pensamiento jurídico*, cit., p. 356.

mundo de los sistemas teóricos del derecho, que reúne, al decir de ARTHUR KAUFMANN⁽⁸⁴⁾, las tres condiciones de un discurso racional: argumentación, consenso y falibilidad, y cuya génesis se remonta a la labor de los postglosadores italianos y germanos principalmente. En consonancia con esto, nada más alejado de la ciencia penal que aquellas ideas de una teoría terminada, de principios, sistemas y formulaciones teóricas acabadas, de verdades asentadas en principios de autoridad. En cuanto a su finalidad instrumental y categoría, es correcto afirmar con HASSEMER que “la dogmática jurídico penal no sólo está a disposición de la actividad decisoria práctica de los jueces penales, sino que también la dirige”⁽⁸⁵⁾. Es importante destacar, asimismo, conforme lo pone de manifiesto MUÑOZ CONDE, que la dogmática es una conquista irreversible del pensamiento democrático y una consecuencia del principio de intervención legalizada del poder punitivo estatal⁽⁸⁶⁾. La dogmática penal constituye pues una guía permanente y segura al servicio de la justicia legal distributiva, la seguridad jurídica y la dignidad humana.

4.6. Objeciones a la dogmática penal

- a. Constituir un sistema cerrado de opiniones dogmatizadas, es decir sustraído a toda cuestionabilidad y por lo tanto poseedor de un carácter acrítico y conservador (VIEHWEG).
- b. La dogmática se reduce simplemente a la relación con un proceso jurídico de decisión (LUHMANN).
- c. Hallarse completamente alejada de la realidad jurídico-social, y por lo mismo poseer escasa relevancia práctica (ANTOLISEI).

(84) KAUFMANN, op. cit., p. 136.

(85) WINFRIED HASSEMER, *Fundamentos*, cit., p. 251.

(86) FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1975, p. 136.

- d. Hacer uso de un metalenguaje elitista pocas veces servible a la práctica cotidiana de la actividad judicial (ZWEIGERT-ESSER). Problemas de eficacia y asumibilidad.
- e. Su extrema racionalidad no se ajusta a la naturaleza humana, a lo imperfecto del comportamiento humano y por lo mismo a las exigencias prácticas del juzgador.
- f. El saber jurídico aun falso y deficiente se sobrepone a la realidad, por disposición y voluntad del legislador. Las leyes positivas del derecho respaldadas por la fuerza se imponen verdaderas o falsas al objeto (VON KIRCHMANN).
- g. Servir de instrumento de ideologización y preservación del “*statu quo*” de la dominación burguesa (crítica marxista).
- h. Su racionalidad teórica deviene en irracionalidad social, al no estar ajustada a las circunstancias histórico-sociales, a los cambios que éstas observan.

Son pues serios y no pocos los cuestionamientos y descalificaciones dirigidas a la dogmática penal tradicional. No se trata aquí de responder a tales imputaciones, ni tampoco es el lugar apropiado para someterlas a análisis; razón por la cual las hemos simplemente expuesto y dejado para que sirvan como impulsoras del debate. A la dogmática penal, entendida a la usanza conservadora, obviamente se le puede atribuir una serie de reproches. La dogmática entendida como ciencia del derecho penal se encuentra por encima de tales limitaciones. Ahora bien, indicar –como lo hace LUHMANN– que para ganar nivel de abstracción, la dogmática tenga que perder fuerza vinculante con la realidad ⁽⁸⁷⁾, ello resulta incompatible con una versión moderna, integral, útil y científica de la misma ⁽⁸⁸⁾.

(87) LUHMANN, *Sistema jurídico*, cit., p. 21.

(88) MAXIMILIANO RUSCONI manifiesta que en el caso de América Latina, la dogmática penal ha cumplido sólo una mera función interpretativa destinada al traslado acrítico y poco reflexivo de la ley al caso concreto (*Sistema del hecho punible y política criminal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1995, p. 35).

4.7. Funciones de la dogmática penal

- Formar conceptos y reglas de disposición para el tratamiento de las normas jurídicas, sistematizando de este modo la materia jurídica, ordenándola según principios y convirtiéndola en una masa dinámica y autocrítica ⁽⁸⁹⁾.
- Posibilitar la “distancia crítica”. El sentido de la dogmática no está en la fijación de lo ya de por sí establecido, sino en hacer posible la distancia crítica, en organizar una estructura de reflexiones, de fundamentos y de valoración de relaciones, con el que el material jurídico es controlado y elaborado para la aplicación, más allá de su valor como dato no mediado ⁽⁹⁰⁾.
- La dogmática jurídica no sólo debe investigar el contenido de las normas jurídicas, sino también sus finalidades, sus formas de aplicación y sus efectos ⁽⁹¹⁾.
- Mantener el derecho penal bajo control, para que la pena no llegue más lejos de donde el legislador se ha propuesto que llegue. Posibilitar la creación de leyes penales presididas por la calculabilidad y la seguridad jurídica propias de un auténtico estado social de derecho ⁽⁹²⁾.

(89) KLAUS ADOMEIT, *Introducción*, cit., p. 34.

(90) LUHMANN, *Sistema jurídico*, cit., p. 29. Incidiendo sobre esto, el autor sostiene que: La dogmática permite la reproducción de dudas, el aumento de las inseguridades soportables (p. 35). Su función es transversal, es un control de consistencia con vistas a las decisiones de otros casos. Por ello los análisis dogmáticos no solamente permiten reducir la indeterminación de las regulaciones legales, sino que permiten también aumentarla, en concreto cuando la dogmática ha de generalizar y problematizar normas para la inclusión de otras posibilidades de decisión (p. 34). La dogmática jurídica define dentro del marco de esta función las condiciones de lo jurídicamente posible, en concreto, las posibilidades de la construcción jurídica de casos jurídicos” (*loc. cit.*).

(91) ALFRED BÜLLESBACH, “La ciencia jurídica ante las ciencias sociales”, en KAUFMANN-HASSEMER (Eds.), *El pensamiento jurídico*, cit., p. 378.

(92) ENRIQUE GIMBERNAT, “¿Tiene futuro la dogmática jurídica penal?”, en su *Estudios de Derecho Penal*, cit., p. 160.

- Ofrecer modelos de decisión racionales al juzgador, limitar la arbitrariedad judicial (BINDER) Garantizar los derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario del Estado que, aunque se encauce dentro de unos límites, necesita del control y de la seguridad de esos límites ⁽⁹³⁾.
- Sustraer a la irracionalidad, a la arbitrariedad y a la improvisación la aplicación del derecho penal. Cuando menos desarrollado esté una dogmática, más imprevisible será la decisión de los tribunales, más dependerán del azar y de factores incontrolables la condena o la absolución... más lotería existirá ⁽⁹⁴⁾. Si no hubiera dogmática la interpretación literal sería el único criterio de interpretación. Sin dogmática la ley escrita no podría ser corregida por otros argumentos ⁽⁹⁵⁾. Cuanto más se abandonen a la causuística la legislación y la ciencia, tanto más insegura e incoherente será la administración de la justicia. Sólo el conocimiento sistemático garantiza un pleno dominio sobre la materia (FRANZ VON LISZT) ⁽⁹⁶⁾.
- El núcleo de la ciencia del derecho penal es la dogmática, la que partiendo de la ley penal elabora el contenido conceptual y estructura de las proposiciones jurídicas; ordena el material jurídico en un sistema en el que también tienen cabida las sentencias de los tribunales y las opiniones de la ciencia, e intenta hallar nuevos caminos de elaboración en un incesante afán de reformulación y crítica constante a los esquemas constituidos ⁽⁹⁷⁾.

⁽⁹³⁾ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Introducción*, cit., p. 136. De ALBERTO BINDER, véase *La aplicación de la dogmática penal en el trabajo cotidiano de los defensores*, en *Justicia penal y estado de derecho*, Buenos Aires, Ad hoc, 1993, p. 149-150.

⁽⁹⁴⁾ GIMBERNAT, "¿Tiene futuro...?", cit., p. 158.

⁽⁹⁵⁾ ALBERT CALSAMIGLIA, *Introducción*, cit., p. 140.

⁽⁹⁶⁾ Citado por SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, cit., p. 44.

⁽⁹⁷⁾ HANS H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1981, vol. I, p. 58.

- La ciencia jurídica construye dogmáticamente el sistema de los principios del derecho vigente. Siendo el conocimiento metódico y sistemático de tales principios sobremañera útil para la vigorosa y fecunda aplicación del derecho (ARTURO ROCCO).
- La dogmática permite el pronóstico de la práctica jurídica, y al decir de BÜLLESBACH, profesor de derecho en la Universidad de Bremen, socializa (es decir proporciona personal más o menos altamente calificado), elabora propuestas de interpretación, proporciona orientaciones dogmáticas de carácter simbólico, así como medios de interpretación y justificadores ⁽⁹⁸⁾.

En suma, podemos establecer que, teniendo como objetivo y función principal la seguridad jurídica y el respeto a los derechos humanos, son cuatro las funciones básicas de la dogmática penal: 1.- *Función cognoscitiva* (explicar, interpretar, comprender: normas, reglas, supuestos de hecho, imputaciones, enunciados teóricos, funciones de las estructuras penales, etc). Esta función se viabiliza a través de las diversas teorías, sobre la ley, el delito, la pena y los procesos de ejecución-reintegración, con las que cuenta la ciencia penal; 2.- *Función de racionalización de la decisión judicial* (limitadora de la arbitrariedad). Es decir de instrumentalización práctica para la solución de casos a disposición de magistrados, abogados, fiscales y auxiliares de justicia; 3.- *Función crítico-creativa, reformuladora* (contrastación de sistemas normativos, derecho comparado, estudio de la disfuncionabilidad entre culpabilidad y pena, perversiones del derecho y del sistema judicial, proyectos de reforma, etc.; y 4.- *Función de poder*: a) Al ser la dogmática penal la matriz conceptual para los diseños y formulaciones político criminales; b) Al constituir expresión de poder, en manos de juristas y creadores del derecho penal contemporáneo, que inspira y orienta los cambios normativos y la aplicación jurisprudencial.

(98) BÜLLESBACH, "La ciencia jurídica...", en KAUMANN-HASSEMER (Eds.). *El pensamiento jurídico*, cit., pp. 369 y ss.

4.8. La dogmática penal como sistema de conocimiento

Existen niveles de integración en el conocimiento científico contenido en la dogmática penal: A) El análisis comprensivo: interpretación y explicación de las prohibiciones, permisiones, reglas y procedimientos contenidos en el ordenamiento jurídico positivo⁽⁹⁹⁾ (normas y valores), concreta e históricamente determinado⁽¹⁰⁰⁾. Tales preceptos o axiomas legales constituyen el punto de partida y la materia lógico sistemática del razonar dogmático; pero este razonar no es reductible a tales institutos jurídicos. A este nivel es de aplicación el método dogmático. B) En un segundo nivel tenemos las teorías o conjunto de proposiciones sistemáticas e históricamente válidas sobre el objeto formal y óntico social de la dogmática (paradigmas: iluminista, clásico, naturalista, técnico-jurídico, neocausalista, finalista o funcional). Dichas teorías actúan como esquemas conceptuales de alto valor explicatorio que componen el sistema cognoscitivo del derecho. C) Un tercer nivel conformado por la investigación jurídica, que revitaliza constantemente los niveles anteriores, formulando nuevas hipótesis, contrastando teorías, poniendo con ello en evidencia lo falible e imperfecto de las teorías dominantes,

(99) El Derecho penal entendido en su dimensión amplia, es decir, con un campo temático que abarca la parte general, especial, procesal, ejecutiva y reintegradora; véase opiniones al respecto en JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Concepto y límites del derecho penal*, Bogotá, Temis, 1992, pp. 5, 13 y ss.

(100) En este primer nivel opera, profusamente, la labor intelectual de los juristas, jueces y profesores de derecho penal. Se trata de trabajar conceptualmente con lo ya dado y establecido a nivel normativo, acudiendo a la doctrina, a la jurisprudencia y al derecho comparado, cuando de reforzar planteamientos interpretativos se trate (o de rellenar vacíos normativos). Es pues, el conocimiento establecido en un sinnúmero de manuales y que se imparten en las universidades y en conferencias divulgatorias. HENRY MERRYMAN, precisando aún más la idea, nos dice: "La ciencia jurídica, es una creación de los profesores, huele a lámpara"; véase de dicho autor *La tradición jurídico romano-canónica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989, p. 130. MERRYMAN utiliza la palabra "profesores" para referirse a los teóricos del derecho penal, a los que crean y recrean paradigmas.

y de ser el caso, propiciando los reajustes o planteando su sustitución por otros paradigmas de mayor valor explicatorio, utilidad y mejor contenido social. Separar la investigación científico penal de la dogmática, o considerar ello una entelequia abstrusa y diletante, evidencia no entender el carácter integral de la ciencia penal. D) Y como un cuarto e inquietante nivel, el análisis epistemológico de la consistencia y naturaleza científica de los presupuestos teóricos que sustentan las teorías y paradigmas sobre la realidad jurídica. A este nivel, por lo general, se acude a metalenguajes pertinentes.

5. DE LA DOGMÁTICA A LA DECISION JUDICIAL

Dogmática, caso concreto y Juez Penal conforman una tríade de elementos sustanciales indesligables y con múltiples conexiones entre sí, insertos en el sistema de la administración de justicia a las situaciones humanas de conflicto. Sistema de administración que actúa en un contexto histórico socialmente determinado, el que a su vez le condiciona y dota de características propias. De los tres componentes, sin lugar a dudas es el Juez Penal la figura central, por cuanto además de ser el destinatario principal y final de la dogmática, es aquél a quien se dirigen las expectativas de justicia para el caso concreto; y además de ello, porque, es este hombre de carne y hueso, tan igual a cualquier otro mortal, sobre quien recae la inmensa y delicada responsabilidad de decidir la suerte y el destino de aquellos seres humanos que de una u otra manera se encuentran bajo la esfera de su decisión. Pero un Juez, un JUEZ en todo el sentido de la palabra no es un mortal cualquiera, no puede ser un hombre común. Es, a decir de CARNELUTTI, quien está en lo más alto de la escala: “No existe un oficio más alto que el suyo ni una dignidad mas imponente” (101). Decidir destinos, encausar cursos de vida en

(101) FRANCESCO CARNELUTTI, *Las miserias del proceso penal*, Bogotá, Temis, 1993, p. 27. Véase también del mismo autor *Cómo se hace un proceso*, Bogotá, Temis, 1989, pp. 37 y ss. FERRAJOLI ha analizado brillantemente el tema de los límites y alcances de la labor jurisdiccional del juez, la verdad procesal y la seguridad de las motivaciones judiciales (véase su *Derecho y*

base a la decisión adoptada en un proceso judicial, excede en grado sumo las facultades de un ser normal y corriente, de un humano común.

5.1. El Caso penal

El Caso penal, es el componente comprensivo pragmático fundamental de la temática de la ciencia penal aplicada. En él se vinculan: el supuesto de hecho típico, las imputaciones de responsabilidad dirigidas a los agentes (autores, partícipes o terceros), el proceso penal y el acto de decisión judicial, aunado a ello las consecuencias jurídicas. En torno a él se ejercita dialécticamente, la función de la abogacía, del ministerio público, y la decisiva función jurisdiccional. Es la realidad y expresión viva, actuante, casi siempre estigmatizadora, de los procesos de criminalización actuales. Construido el caso penal y a lo largo de todo el proceso, hasta la formación del criterio del juez, se abre un amplio espacio para la aplicación de los postulados científicos de la dogmática penal y de otras ciencias y disciplinas afines y concurrentes, que van a contribuir junto a las garantías procesales y a las calidades del juez, a una decisión acertada, eficaz, útil y necesaria para la sociedad; sin que ello suponga atentar contra la condición humana y la vigencia de los derechos que le son implícitos y socialmente reconocidos al individuo. Decisión que necesariamente debe tener no sólo motivaciones normativas correctamente invocadas y valoraciones axiológicas certeramente elegidas, sino y sobre todo fundamentaciones epistémicas; es decir decisiones sólidamente asentadas en hechos ilícitos comprobados en su comisión u omisión relevantes, en consideraciones gnoseológicas racionalmente meritadas.

razón, cit.). Dicho jurista sostiene que “la seguridad de las motivaciones judiciales, tanto de hecho como de derecho, es en el mejor de los casos –de modo no diferente por lo demás a la de cualquier razonamiento empírico– una certidumbre relativa. Junto a los espacios irreducibles de inseguridad debido a los límites intrínsecos a la verdad procesal y admitidos de hecho también por el sistema de estricta legalidad, pueden darse sin embargo espacios bastante mayores y reducibles de inseguridad debidos a la ausencia de una o más garantías y admitidos, junto a los primeros, por todos los demás sistemas (p. 166).

5.2. La decisión judicial: factor de legitimación del derecho

La importancia de la decisión judicial como factor de legitimación funcional del carácter científico del derecho, es un asunto que contemporáneamente, toma mayor cuerpo en el sistema jurídico que sigue las tradiciones romano-germánicas y que permite revalorar la función judicial, destacando por lo mismo la trascendencia cognoscitivo-jurídica de sus decisiones. Esto por ejemplo le permite decir a NIKLAS LUHMANN que la validez del derecho ya no depende de que las normas puedan ser presentadas como válidas desde siempre y eternamente, sino de un proceso de decisión socialmente controlable, metódicamente realizado ⁽¹⁰²⁾.

Se entiende entonces que todas las finezas y elaboraciones teórico conceptuales de la ciencia de Derecho Penal se hallen dirigidas especialmente a esta noble función del “ser Juez”. Se entiende entonces que un Juez probo, prudente y formado en dogmática jurídica, sea aquél en quien se eleva a niveles de grandeza y magnificencia la ciencia del derecho penal. Un juez probo y prudente ⁽¹⁰³⁾ pero sin

(102) LUHMANN, *Ilustración sociológica*, cit., p. 125.

(103) Según PLATÓN, SÓCRATES, explicando a GLAUCON sus ideas sobre la justicia, llegó a decir: “Mientras que el Juez, como tiene que gobernar el alma de otro mediante la suya, no necesita haber frecuentado desde muy temprano el trato de hombres corrompidos y perversos, ni haber cometido él mismo toda clase de crímenes para conocer desde luego la injusticia de los demás por la suya propia, como puede el médico juzgar por sus enfermedades de las de los demás. Es preciso por el contrario que su alma sea pura, exenta de vicio, para que su bondad le haga discernir más seguramente lo que es justo. Por esa razón los hombres de bien son en su juventud sencillos y están expuestos a ser reducidos por la astucia de los malvados, porque no experimentan en sí mismos nada de lo que pasa en el corazón de los malos.

- Es cierto que son muchas veces engañados.
- Así es que un joven no puede ser un buen juez. Es preciso que la edad le haya madurado, que haya aprendido todo lo que es la injusticia, que la haya estudiado por mucho tiempo, no en sí mismo, sino en los demás, y que distinga el bien del mal, antes que por la reflexión por su propia experiencia.

conocimiento de los conceptos y fundamentos de su ciencia-arte, será un juez sensato, pero no siempre acertará en sus fallos. Un juez probo y negligente sin dominio de la dogmática, será un juez que en más de las veces pondrá en aprietos a la justicia y al derecho. Un juez corrupto, inepto e ignorante de la ciencia del derecho, será a no dudarlos una de las plagas que ultrajan el derecho y asolan la dignidad y condición humana. ¿Cuales son los jueces a los que aspira una sociedad doliente como la nuestra, cuales son aquellos jueces que tenemos en nuestra sociedad “que recién comienza, cuando el segundo milenio ya acaba?” (104). El derecho concreto, el de las decisiones judiciales, racional, epistémica y humanamente tomadas, es aquél, que como nos lo recuerda IHERING, da al derecho abstracto la vida y fuerza que recibe (105).

5.3. Factores que inciden en la decisión jurisdiccional

El fallo judicial es el momento cumbre del Derecho Penal, en él se concreta la Ciencia del Derecho o el empirismo judicial, lo mejor o lo más inicuo del organismo jurisdiccional, lo racional que privilegia el estado de derecho o lo arbitrario que lo vilipendia. Cuáles son los factores que llevan a un Juez a decidir en tal o cual sentido, ha sido tema que siempre ha concitado la atención de penalistas, criminólogos, psicólogos, sociólogos y demás disciplinas que centran su

-
- Sí, ese es realmente un verdadero Juez.
 - Sin duda, y además será un buen Juez tal como tú reclamabas; porque el que tiene el alma buena es bueno” (PLATÓN, *La República*, Lima, Peisa, 1969, p. 92.

(104) La frase entre comillas pertenece a aquella con la que FERNANDO IWASAQUI CAUTI concluye su notable ensayo sobre la viabilidad de la nación peruana, en *Nación peruana: Entelequia o utopía*, Lima, Crese, 1989, p. 198.

(105) Véase RUDOLF VON IHERING, *La lucha por el derecho*, Buenos Aires, Heliasta, 1983, p. 45. Para una lectura ágil de las relaciones entre abogados, jueces y ley en la formación de la jurisprudencia, véase de ALBERTO G. SPOTA *El Juez, el Abogado y la formación del derecho a través de la jurisprudencia*, Buenos Aires, Depalma, 1976.

estudio en lo jurídico. Los factores que inciden en la toma de decisión sobre casos concretos sometidos a la jurisdicción del estado y competencia del juez penal, plantean numerosos interrogantes en diversos órdenes. Indicaremos brevemente algunos de éstos, que a nuestro criterio merecen ser destacados: **axiológicos** ⁽¹⁰⁶⁾: en el sentido de qué es lo que el Juez entiende e internaliza por resolver un caso en justicia; **práctico-normativos**: que tienen que ver con la actitud que asume un Juez frente al conflicto entre derecho y justicia, lo que trae a colación el margen de discrecionalidad con el que cuenta al momento de decidir o la actitud de sujeción total a la norma ⁽¹⁰⁷⁾; **cognoscitivos**: calidad de conocimientos acumulados en el proceso para formar opinión (alcances y validez del material

(106) Resulta interesante revisar las concepciones contemporáneas que se manejan sobre la justicia: véase de KELSEN, *Qué es Justicia*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993. De JOHN RAWLS, *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, Madrid, Tecnos, 1986. IDEM *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979. De WERNER GOLDSCHMIDT, *La ciencia de la justicia*, Buenos Aires, Depalma, 1986; resulta destacable el intento de este notable jurista, de hacer de la “justicia objetiva”, una ciencia (la Dikelogía). De MICHAEL WALZER, *Las esferas de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993. De NORBERTO BOBBIO véase su *Teoría general del Derecho*, Madrid, Debate, 1993. Véase igualmente la obra de FRANCISCO MIRO QUESADA, *Ensayos de Filosofía de Derecho*, Lima, Universidad de Lima, 1988 (“Epistemología Jurídica” y “Pueden fundamentarse científicamente las normas”). MIRO QUESADA, notable filósofo, abogado y matemático peruano, realiza en sus ensayos una revisión de las diversas concepciones sobre el concepto “Justicia”. Para un análisis del pensamiento global de MIRO QUESADA, véase DAVID SOBREVILLA, *Repensando la tradición nacional*, Lima, Hipatías, 1989, T. I, pp. 608 y ss.

(107) Al respecto véase la polémica entre HART y DWORKIN en ALBERT CALSAMIGLIA, *Introducción*, cit., pp. 101 y ss. Igualmente el debate entre DWORKIN y RAWLS (entre la primacía de la igualdad o la libertad como fundamento de la teoría de la justicia); sobre DWORKIN, véase nota 73. Véase asimismo de ALBERT CALSAMIGLIA, *Racionalidad y eficiencia del Derecho*, Mexico, Fontamara, 1993, p. 107 y ss. De HERBERT HART véase *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968.

probatorio) y capacidad de argumentación ⁽¹⁰⁸⁾ para decidir en uno u en otro sentido; **humanos**: capacidad del hombre concreto que juzga, entendida en su acepción amplia, condicionamientos sociales, viabilidad o sobredimensionamiento interesado de la carga procesal, liberación o presencia de prejuicios, simpatías o aversiones, madurez del juicio, papel que juegan en el criterio del juez las intuiciones y sospechas; funcionario o persona que elabora los fallos y resoluciones importantes; de **coyuntura**: circunstancias de decisión en situaciones de seguridad, riesgo o de gran inseguridad ⁽¹⁰⁹⁾; **extrajurídicos** ⁽¹¹⁰⁾: presiones económicas, políticas, amicales, sexuales, familiares, espíritu de grupo, temor y/o reverencia a la autoridad política, etc. Y este último orden nos lleva directamente a

(108) Resulta muy útil en este último punto el acucioso estudio que realiza ROBERT ALEXIS en su trabajo *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, ídem RALF DREIER Derecho y razón, Bogotá, Temis, 1994, pp. 48-56.

(109) Para mayores detalles sobre este punto véase de JOCHEN SCHNEIDER y ULRICH SCHROTH, "Perspectivas en la aplicación de las normas jurídicas: Determinación, argumentación y decisión", en KAUFMANN-HASSEMER (Eds.), *El pensamiento jurídico*, cit.

(110) Sería interesante la realización en profundidad de análisis sociológicos en el país sobre la composición social de los magistrados, extracción de clase, motivaciones reales para acceder a la carrera judicial, procesos de diferenciación social al interior de la magistratura, expectativas de vida, vinculaciones con las estructuras del poder, modificaciones de la estructura de personalidad y susceptibilidad social del Juez, incidencia de los elementos extrajudiciales en la decisión judicial, etc. En esta dirección véase el trabajo de LUIS PASARA, *Derecho y sociedad en el Perú*, Lima, Ediciones el Virrey, 1980, pp. 160 y ss. En España, nos dice VICENTE JIMENO SENDRA "Los estudios de psico-sociología procesal existentes al respecto evidencian (...) que en la formación de la sentencia intervienen no pocas reglas profesionales aprendidas, prejuicios, sentimientos e incluso ideologías provenientes de la clase o grupo social en la que ha transcurrido o se desenvuelve la vida del juez y que se traducen en simpatías para los miembros integrantes de aquélla o de los estratos superiores, e indiferencia o inconsciente hostilidad para los que están fuera o por debajo de aquélla" (véase *Constitución y proceso*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 43).

la cuestión de la autonomía del juez, autonomía que, como lo entiende por ejemplo BINDER, tiene que ver con la independencia externa, tanto como con la interna (a nivel de jerarquías) y la de la maquinaria burocrático-administrativa, que muchas veces torna estéril tal autonomía (111).

Vale decir que para una aproximación cognoscitiva a la toma de decisión que efectúa el juez (abordable a nivel de teoría de la decisión judicial), existe un sinnúmero de factores y circunstancias, que de no mediar y existir la ciencia de la dogmática penal, o de no ser asumida para resolver, se nos revelaría toda la gama de probabilidades de lotería (de impredecibilidad) que existe, como bien señala GIMBERNAT. La importancia de la dogmática penal, es decir de la ciencia jurídico penal, es pues crucial para resolver casos en justicia y con sentido social, para hacer menos aleatoria e imprevisible la decisión judicial (112). Decisión en el ámbito penal que como poder judicial de disposición integra –como bien lo señala FERRAJOLI– al hecho el supuesto legal y las valoraciones ético políticas de naturaleza discrecional (113). Poder de disposición que, señala el autor, es siempre el producto de carencias o imperfecciones del sistema y que crece –a expensas del poder de verificación jurídica y fáctica de los elementos denotados legalmente y del poder de valoración de circunstancias connotadas equitativamente– cuanto más se extienden los espacios de inseguridad de los presupuestos cognoscitivos de la decisión judicial por defecto de uno o más de una de las garantías penales; hasta excluir por completo los otros dos poderes y configurarse como poder de disposición “absoluta” cuando la inseguridad es total (114). Esta lucha

(111) ALBERTO M. BINDER, *Introducción al Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993, pp. 144 y ss.

(112) En resumen tales son las razones de la existencia de la dogmática penal, vale decir: la seguridad jurídica, la prevalencia de la verdad y justicia; la defensa de la dignidad, los derechos humanos y la decencia judicial.

(113) LUIGI FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 171.

(114) *Ibidem*, pp. 167 y 168.

entre poder judicial de verificación y poder judicial de disposición es, conforme al parámetro de FERRAJOLI, la lucha por un derecho penal garantista en abierto combate contra el derecho penal autoritario; lucha constante entre Verdad y Potestad, entre Razón y Voluntad; en suma entre dos sistemas de epistemología jurídica distintos.

¿En qué medida todo lo dicho es útil para un juez arrogante, acostumbrado a hacer de su sentido común e intuición judicial, los argumentos cotidianos para administrar justicia?; para aquel juez que suele mirar con desprecio al acusado y con indiferencia a la víctima y que casi siempre vive en una permanente atmósfera de inaccesibilidad, producto de sus taras y complejos no resueltos. ¿En qué medida afecta a la ciencia del derecho penal, que un gran sector de jueces no la conozcan y ni siquiera –en muchos casos– se esfuerzan por comprenderla? ¿En qué medida es ello una situación fabricada y mantenida desde los círculos de decisión política, interesados en mantener a la magistratura en los niveles de estrechez y cosificación teórica y en los márgenes de indigencia manifiesta? ¿Es el empirismo judicial una práctica suficiente para los efectos de administrar justicia en el país, de modo tal que la ciencia del derecho penal se convierta en un producto intelectual de excedencia? ¿Resulta acertada acaso la frase lapidaria que indica que: “Los jueces son funcionarios que resuelven problemas, no teóricos y que la insistencia de la dogmática en la construcción de los sistemas, obstruye la resolución eficaz de los problemas”⁽¹¹⁵⁾; que la ciencia jurídica es terreno fundamentalmente inhóspito para el derecho de los jueces. O lo que es peor aún, ¿cuál es la utilidad de una ciencia con orientación eminentemente práctica, como la dogmática penal, en un sistema dominante de aplicación judicial, donde no pocos magistrados en sus diversos estratos, hacen de la justicia penal una cuestión de cálculo crematístico, bajas pasiones, factores reverenciales o aquiescencias políticas?. Sinceramente, y pese a todo, creo en la noble y científica función del ser Juez, en aquellos jueces ilustrados y probos por lo general marginados y muchas veces silenciosos,

(115) HENRY MERRYMAN, *La tradición jurídica romano-canónica*, cit., p. 130.

dotados de sensibilidad, espíritu de justicia y sentido común, que con su ejemplo construyen ciencia penal y decencia pública.

5.4. Colofón al título primero

Al concluir este resumen, quizás pretencioso, sobre Dogmática Penal y Ciencia, es necesario señalar que el mismo obedece a una primera aproximación sobre un tema sugestivo y aún no tratado a nivel epistemológico, aunque siempre presente en la mente de abogados, jueces, estudiantes, juristas y estudiosos; y que busca romper la tradicional forma del pensar jurídico social, para hacer de la reflexión y búsqueda dogmática, la forma científica del razonar jurídico. Se trata pues de superar aquellos círculos viciosos autosuficientes, reiterantes y anodinos aún vigentes. Se busca, en suma, demostrar las posibilidades y magnificencias de la ciencia del derecho penal.

TÍTULO SEGUNDO

ACTOS PREPARATORIOS

1. ACTO Y PREPARACION

En Derecho Penal es muy frecuente el uso indistinto que se da a los términos “Acción”, “Comportamiento”, “Acto”, “Hecho” y “Conducta”, lo cual obviamente nos conduce a un manejo inadecuado y a veces confuso del lenguaje jurídico con los consiguientes errores de interpretación que ello implica ⁽¹⁾. “Profesores de derecho”,

(1) El Código penal de 1991 emplea profusamente en la Parte General los términos *hecho punible* y *delito*. En la Parte Especial, hace lo mismo con los términos *acto* y *hecho*, al referirse a este último suele precisarlo (cometido, sancionado, constituido, antijurídico). El Título Preliminar hace directa alusión a las palabras *acto* y *hecho* (arts. II, III y IX, respectivamente). En muy contadas ocasiones el legislador peruano hace uso del vocablo *acción*, y no emplea la palabra *conducta*. Pero debe destacarse que si bien sólo en cuatro momentos se hace referencia en el texto al término “acción”, tres de dichas referencias son de máxima importancia en la sistemática del código penal (al definirse que son delitos, al referirse a la extinción de la acción penal, y específicamente al hablar de la prescripción). A continuación, un cuadro del uso lingüístico de las aludidas expresiones en el texto normativo del código.

ARTÍCULOS	
A. HECHO PUNIBLE:	1, 6, 13, 15, 22, 23, 24, 25, 46, 50, 51, 97, 402, 407.
B. DELITO:	2, 4, 5, 9, 16, 60, 62, 67, 68, 407
C. ACTO:	18, 20 (1), 49, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 198, 296, 305, 325, 337, 338, 339, 345, 376, 393, 397
D. HECHO:	7, 8, 14, 20 (2-4, 5), 48, 111, 134 (1-2-4), 367
E. ACCION:	11, 49, 78, 83
F. INFRACCION:	102, 104
G. ILÍCITO PENAL:	296 (B)
H. CONDUCTA:	-----

juristas, abogados, jueces, legisladores y textos diversos, hacen gala de una adocenada y apabullante nivelación semántica de los significantes de los referidos vocablos (2). Esta manera de abordar las cuestiones de índole lingüístico-filosófica, representa una de las taras aún no superadas en las teorías del cognoscer jurídico –por lo general abstraídas del sustrato social– que exige en Dogmática Penal un tratamiento acorde con los postulados científicos y contenidos semánticos que sustentan los enunciados jurídico-penales.

Las palabras como instrumento de comunicación humana en un contexto social histórico determinado son la expresión del pensamiento y la voluntad, hallándose por ello sujetos a una multiplicidad de usos y contenidos significantes, que a veces van más allá de sus alcances convencional y técnicamente aceptados. Es objetivo de la dogmática penal en armonía con la filosofía lingüística y la semántica, dotarlas de contenido y estricta denotación –sin que ello implique pérdida de flexibilidad–, tratando en lo posible de no construir metalenguajes o construcciones lingüísticas artificiales.

Sin el ánimo de querer someter a análisis semántico cada uno de estos términos, es necesario que se deba precisar su naturaleza y significancia, partiendo de principio, de un marco conceptual básico: se trata de signos lingüísticos (3) circunscritos al ámbito del comportamiento humano y dentro de él al terreno de la relevancia penal.

(2) Al respecto es ilustrativa, por tomar un autor y de los más destacados en América Latina, la postura de EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, para quien se trata de un asunto de simple terminología, sin importancia ni fundamento para la teoría del delito (véase *Manual de derecho penal*, Lima, Ediciones Jurídicas, 1994, p. 341). Actitud desaprensiva e indiscriminada que será seguida y repetida en coro por la “respetable” mayoría de profesores de derecho penal, muy dados a estas prácticas.

(3) Sobre el signo lingüístico, el significado y las funciones del lenguaje, véase: GOTTLÖB FREGE, *Escritos lógicos semánticos*, Madrid, Tecnos, 1974; WILLIAM P. ALSTON, *Filosofía del Lenguaje*, Madrid, Alianza Editorial, 1985; GEOFFREY LEECH, *Semántica*, Madrid, Alianza Editorial, 1981; JOSÉ FERRATER MORA, *Indagaciones sobre el Lenguaje*, Madrid, Alianza Editorial, 1980;

1.1. Acción

La “acción” es una variedad de comportamiento humano, caracterizada por hallarse conscientemente dirigida hacia una finalidad (plenitud de sentido) y por lo mismo posee naturaleza racional, como presupuesto mínimo. Tratar acerca de la “acción” es referirse a la forma más generalizada y racional del comportamiento humano, a través de la cual e inserta en un sistema de funciones y comunicaciones significativas, el “ser” despliega sus potencialidades, realizándose a sí mismo conforme a patrones sociales y en base a opciones, incluso quebrantado roles o pautas de coexistencia y control. Se trata pues de una categoría óntico social, es decir, propia a la naturaleza de ser humano, inherente a su estructura volitivo racional concreta. Y por lo mismo implica el atributo más genérico y rico de las cualidades del ser, la síntesis de la voluntad de realización y la realización práctica en función a fines predeterminados o en determinación. JÜRGEN HABERMAS, destacado filósofo alemán, define a las acciones en sentido estricto como “actividades teleológicas con las que un actor interviene en el mundo, para realizar mediante la elección y utilización de los medios apropiados los fines que se propone” (4). MARIO BUNGE hace de la racionalidad la condición principal de la acción: “Un acto puede considerarse racional si es máximamente adecuado a un objetivo previamente puesto y el objetivo y los medios para conseguirlo se han escogido o realizado mediante el uso consciente del mejor conocimiento relevante disponible” (5). Para KAULBACH, la acción es tanto la historia de lo que se hace con libertad como la sucesión de acontecimientos que siguen

ROMAN JAKOBSON, *Ensayos de Lingüística General*, Barcelona, Planeta, 1985; FERDINAND de SAUSSURE, *Curso de Lingüística General*, Barcelona, Planeta, 1985; ADAN SCHAFT, *Introducción a la Semántica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1983; y DESIDERIO BLANCO, *Claves Semióticas*, Lima, Universidad de Lima, 1989.

(4) JÜRGEN HABERMAS, *Pensamiento metafísico*, Madrid, Taurus, 1990, p. 67.

(5) MARIO BUNGE, *La investigación científica: Su estrategia y su filosofía*, Barcelona, Ariel, 1972, p. 684.

de dicha intervención en la realidad⁽⁶⁾. GEHLEN, a su vez y desde una postura antropológica ve en la acción: “Los actos de toma de posición hacia afuera del hombre. Hombre nunca terminado que sigue siendo una tarea para sí mismo y de sí mismo se hace algo”. GEHLEN cita en su *Der Mensch*, unas bellas frases del poeta SCHILLER para graficar su comprensión del hombre que actúa: “En los animales y las plantas la naturaleza no da meramente el destino, sino que ella sola lo realiza también. Pero al hombre le da sólo su destino y le deja que lo realice él mismo (Dem Menschen aber gibt sie bloß die Bestimmung und überläßt ihm selbst die Erfüllung derselben) ...sólo el hombre en cuanto persona tiene entre todos los seres conocidos el privilegio de actuar en el anillo de la necesidad (que los seres meramente naturales no pueden romper) mediante su voluntad y comenzar en sí mismo toda una serie fresca de fenómenos”⁽⁷⁾. LUHMANN, por su parte, pone el énfasis en el sentido que adquieren las acciones en el marco de los sistemas sociales donde se produzcan e interrelacionen, sistemas que constituyen el límite de sus probabilidades de sentido (la acción es inocua o relevante penalmente según cumpla o transgreda su función reconocida por el sistema), posibilidades y atribuibilidad⁽⁸⁾.

1.2. El comportamiento, la acción y la conducta

Referirnos al comportamiento es discurrir sobre una noción amplia, porosa y comprensiva, que abarca tanto acciones, como omisiones y comportamiento diversos ⁽⁹⁾ (conductas instintivas,

(6) FRIEDRICH KAULBACH, *Einführung in die Philosophie des Handelns*, Darmstadt, 1982, p. 84.

(7) ARNOLD GEHLEN, *Der Mensch, Seine Natur und seine Stellung in der Welt*, Wiesbaden, Athenaion, 1976, p. 32.

(8) NIKLAS LUHMANN, *Ilustración sociológica y otros ensayos*, Buenos Aires, Sur, 1973, p. 147.

(9) La idea de un concepto totalizador de acción, es decir, que incluya en su campo temático comprensivo, comportamientos activos o positivos (acciones propiamente), omisiones y otros comportamientos relevantes, ha

reacciones primarias, actos inconscientes, actos reflejos, automatizaciones conductuales, accidentalizaciones motoras, tics nerviosos, cursos anómalos de psicología perturbada, etc.). De esta vasta miscelánea de manifestaciones humanas externas, el derecho penal a través de normas ha seleccionado determinadas acciones y omisiones para dotarlas de relevancia penal, e incluso, determinados comportamientos automatizados. Tanto el comportamiento como la conducta son por lo demás variables etológico-psicológicas utilizadas para el registro de las diversas exteriorizaciones humanas y animales, prescindiendo de si éstas son conscientes y dirigidas o no. *En cambio la acción* es atributo sólo predicable de los seres humanos, de las personas concretas que interactúan con sentido y finalidad. Los animales inferiores al ser humano no realizan acciones⁽¹⁰⁾, pero sí ofrecen conductas y comportamientos que un observador estratégico puede registrar y evaluar. Por lo general se estiman acciones en base a pautas convencionales o impuestas de comportamiento social.

sido y es una de las preocupaciones de los teóricos que construyen la dogmática jurídico-penal. Dicho intento gnoseológico, de rancio antecedente hegeliano, pudo observarse en la concepción de *acción* manejada por la escuela clásica y neoclásica alemana, dejada de lado por las posiciones finalistas de WELZEL y seguidores, para ser rescatada y desarrollada en la actualidad en los trabajos de los juristas alemanes funcionalistas como JAKOBS, VOGEL, ROXIN, y quienes parten del presupuesto que una concepción normativa de acción que nace de las exigencias de la ley es la única correcta y adecuada. En este trabajo, se considera que la acción es la base de todo comportamiento humano mínimamente racional, y que la omisión, si bien depende en su funcionalidad y existencia de la acción, observa características especiales, que la hacen digna de estudio, como materia de cierta autonomía. Razón por la cual no se participa de un concepto conglobante de acción, que comprenda en su estructura los comportamientos omisivos y demás comportamientos no racionalizados.

(10) Para un estudio del comportamiento animal revítese las obras, entre otros, de KONRAD LORENZ, *El comportamiento animal y humano*, Barcelona, Plaza Janes, 1976; ÍDEM, *Consideraciones sobre la conducta animal y humana*, Barcelona, Plaza Janes, 1976; ÍDEM, *Fundamentos de Etología: Estudio comparado de conducta*, Barcelona, Paidós, 1978.

Los comportamientos humanos con sentido son acciones, no conductas, “estas son exteriorizaciones paradigmáticas y concretas de aquellas” (11). *El concepto conducta* excede el contenido de las figuras penales, en este sentido el penalista colombiano FRANCISCO FERREIRA DELGADO indica: “decir que el delito es una conducta, es señalarlo como producto de fuerzas conscientes e inconscientes, lo cual tendría interés criminológico, pero no jurídico” (12). La finalidad es lo propio y lo característico de la acción humana (13), de modo tal que no puede

(11) Al respecto cabe destacar las precisiones hechas por SEBASTIÁN SOLER, en 1973, cuando manifestaba que “la palabra Conducta, en cuanto expresa el fluir indiferenciado y permanente de la acción humana sobre el mundo, es un concepto peligroso, porque nosotros construimos nuestras figuras no sobre la base de Conductas, sino sobre la base de Acciones definidas por verbos” (en *Código Penal tipo para Latinoamérica*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1973, T. II, Vol. I, p. 93.

(12) FRANCISCO FERREIRA DELGADO, *Teoría general del delito*, Bogotá, Temis, 1988, p. 14.

(13) La definición de la *acción humana* como voluntad y finalidad está expresado por ARISTÓTELES en su magnífica obra *Ética a Nicómaco* (Madrid, Orbis, 1984, Vol. I, Libro Tercero, Cap. IV y V): “Que la voluntad o querer sea propio del fin, ya está dicho arriba. Pero hay algunos que tienen por opinión, que la voluntad va enderezada siempre a lo que es bueno, y otros que no, sino a lo que a ella le parece bueno” (p. 103, sic). “Consistiendo pues, el fin en la voluntad, y los medios que para él se requieran en la Consulta y Elección, las obras que acerca de estos medios se hacen, conforme a elección serán, y voluntarias, en las cuales se emplea el ejercicio de las virtudes. Está asimismo en nuestra mano la virtud y también el vicio. Porque en las cosas donde en nuestra mano está el hacerlas, está también el dejarlas de hacer, y donde está el no, también el sí” (p. 104, sic). Por su parte HEGEL, en su obra *Filosofía del Derecho* (Buenos Aires, Editorial Claridad, 1968, §§ 110-124), desarrollando una idea de acción sumamente amplia con caracteres totalizadores, indica que la acción es la exteriorización de la voluntad moral. Voluntad y querer son elementos que están implícitos en la acción del delincuente. Donde la identidad de la voluntad consigo misma es el fin, y donde igualmente la realización de mi fin tiene en sí, en consecuencia, la identidad de mi voluntad con la de los otros, pues mi voluntad mantiene una relación positiva con la voluntad ajena.

existir acción sin finalidad ni sentido -inserta en su contexto- por más nimia que ésta parezca. Aquí radicó el error principal de FRANZ VON LISZT al definir el concepto *acción*.

1.3. La estructura de la acción

La *acción* se encuentra integrada por elementos subjetivos, materiales y teleológicos que le dan sentido y distinguen de otras formas de comportamiento. Es en suma la unidad de síntesis que ejecuta la voluntad, tendiendo a un fin. Como unidad de síntesis toda acción es un proceso que realiza o posibilita el cambio, por intrascendente y automatizado que éste parezca; es por lo tanto realizador del resultado o posibilitador del mismo. Viajar, salir de compras, nadar, manejar un vehículo, descansar, abrir una carta, cerrar una ventana, cobrar un cheque, redactar un poema, dialogar, levantar pesas, matar a una persona, hurtar, violar sexualmente, esconder un expediente, etc., son algunas de la inmensa gama de acciones realizables y posibles. La categoría “acción” posee una riqueza connotativa considerable y una abundante capacidad de aplicaciones (14). Es característico de la acción, el dominio causal –no la supresión– y como tal, el uso de recursos y medios para lograr fines. Si admitimos la racionalidad mínima que debe poseer toda acción, se entiende que ésta es el resultado de opciones y decisiones conforme a sentido (uso del ejercicio de la libertad); es objetable decir que hubo acción donde no hubo capacidad de decisión: el que empujado por una muchedumbre lesiona a un tercero, no ha realizado acción alguna (15).

(14) Instrumentalizando los usos del término *acción*, se tiene que éste es empleado en numerosos actos con sentido, no referidos necesariamente a actos humanos: por ejemplo, en el lenguaje médico, biológico, la acción específica de determinados antibióticos en el organismo; en el lenguaje de la física, la acción de los electrones al describir su órbita atómica, la acción de los cuantos, de las ondas de luz, etc.

(15) Un análisis de los casos de vis absoluta, reacciones automatizadas y movimientos reflejos, véase en el trabajo de MANUEL JAÉN VALLEJO, *El concepto de acción en la dogmática penal*, Madrid, Colex, 1994, pp. 46, 62, 63, 65 y ss.

1.4. La acción en Derecho Penal

Referirse a la “acción” en derecho penal, es hacer mención a la base, al sustento y al punto de partida de toda la construcción dogmático-jurídica ⁽¹⁶⁾. Acción humana como voluntad con sentido integrada por el conocimiento, deseo, manejo de factores causales y circunstancias orientadas y desplegadas a través de actos externos objetivados hacia una finalidad ilícita evitable y posible. En el campo jurídico el término en referencia ha sido usado en múltiples direcciones y connotaciones: así, se ha hablado de acción como derecho subjetivo, como ejercicio de actividad procesal, como capacidad para activar la funcionalidad jurisdiccional, etc.

Las acciones y omisiones jurídicamente relevantes en materia penal se destacan por constituir un determinado sector de comportamientos que el legislador ha considerado objeto de especial control y tratamiento. Las acciones y omisiones penalmente significativas se hallan contenidas en los tipos penales de los respectivos códigos y leyes especiales, constituyendo los basamentos imprescindibles para la atribución y realización de los juicios de culpabilidad y/o responsabilidad penal por el injusto cometido. Para ello el legislador ha procedido previamente a realizar una serie de estimaciones y valoraciones político-criminales mediante el llamado juicio de relevancia. La acción relevante es el elemento más importante del “injusto penal”, y es la que va a permitir la desvaloración del resultado típico, es decir que si existe un resultado no atribuible a una acción u omisión humana, pierde el delito su elemento ontológico jurídico principal y por lo tanto su existencia.

(16) Tal es la concepción finalista del delito, donde la acción ocupa la base y explica toda la estructura delictiva. El concepto “acción”, que fue relegado a un segundo plano, luego de los debates entre finalistas y causalistas, por las tendencias eclécticas dominantes de la dogmática alemana, ha vuelto a ser asumida como tema principal en los debates penales doctrinarios contemporáneos. Sobre todo por el énfasis puesto por la teoría de la imputación objetiva y el reforzamiento de los delitos de omisión.

1.5. El juicio de relevancia

Supone la labor del legislador de seleccionar del conjunto de acciones y omisiones humanas aquéllas que por su característica conflictual, gravedad, implicancia social y naturaleza de peligro, necesitan ser dotadas de determinadas especificaciones y requisitos, para articularlas en las construcciones jurídico-normativas denominadas “tipos penales” (redactados en función a prohibiciones y mandatos); constituyendo éstos los límites del comportamiento humano permitido o socialmente adecuado y la expresión legal mínima de los entes jurídicos conocidos como delitos. Estableciéndose sanciones penales a quienes quebranten o infrinjan estas normas e incurran con su comisión u omisión en los supuestos de hecho que ellas contienen. Como señala WELZEL, en este proceso la labor del legislador tiene que ir dirigida no a los procesos causales ciegos, sino sólo a las acciones, que puedan configurar finalmente el ilícito penal ⁽¹⁷⁾.

Asimismo, es importante recalcar la necesidad que existe en el derecho, de parámetros o indicadores para reputar las acciones como valoradas positivamente o desvaloradas (antijurídicas). En derecho penal, estos parámetros o variables están constituidos por los “bienes jurídicos”, la seguridad jurídica y/o la vigencia de la norma, según el enfoque normativista. Es una aspiración, que un derecho penal democrático y moderno no sólo observe tales indicadores, sino que sobre todo se legitime a través de la defensa de los derechos humanos y principios constitucionales. Construir un derecho penal orientado en función de los derechos humanos, es el reto de la ciencia penal del siglo próximo.

(17) HANS WELZEL, *El nuevo sistema del derecho penal: Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Barcelona, Ariel, 1964, p. 30.

1.6. El Acto ⁽¹⁸⁾

Es la unidad óptica mínima de acción, que se compone generalmente de una serie de exteriorizaciones físicas verificables (movimientos corporales, gestos, desplazamientos, etc.), articuladas y orientadas a un fin; o como dice HUSSERL de vivencias intencionales ⁽¹⁹⁾. A través del acto la acción humana va constantemente objetivándose, desenvolviéndose e imprimiendo a aquél su contenido y perfil propio. El acto tiene un ámbito de irradiación y vigencia temporal mucho menor que la acción. El acto es un concepto de operatividad material, de concreción específica, que en el enfoque penal se halla revestido de calidad ejecutiva y/o consumadora a través de la actividad o pasividad relevante del agente; es éste el sentido que le confiere el Código Penal, así, habla a menudo de acto de hurtar, de lesionar, actos de tentativa, de ejecución, actos jurídicos, actos administrativos, acto de cultivo, etc.; asimismo es utilizado este término en diversos campos, como el civil y el legislativo con un uso lingüístico particular.

El código penal peruano, ha hecho de la palabra “acto” la célula básica de los comportamientos criminalizados, dotándola de un vasto alcance significativo, lo que se entiende sobre todo cuando se lee el Art. II del Título Preliminar. Particularmente tal uso y espectro otorgado al concepto, “acto” que lo privilegia en detrimento de los términos “acción u omisión” (de una calidad connotativa más en propiedad) comporta un uso lingüístico no muy acertado por parte de nuestros legisladores en materia penal.

(18) El uso dado a la categoría “acto” prescinde de la concepción subjetiva (acto inmanente- Escolasticismo tomista) que identifica “acto” con la categoría “potencia”, cuestión que fuera analizada por ARISTÓTELES en su crítica a la Escuela Filosófica de Megara (véase *Metafísica*, Madrid, Sarpe, 1985, libro octavo, cap. III, VI, pp. 242, 247). En tal sentido Acto en materia penal es un concepto objetivo, no identificado en cuanto significante con potestad o facultad (“potencia”).

(19) EDMUND HUSSERL, *Investigaciones lógicas*, Madrid, Biblioteca de la Revista de Occidente, 1976, p. 474.

1.7. El Hecho

La noción del vocablo “Hecho” si bien tiene una extensión o espectro muy amplio de usos, en dogmática penal como sustrato esencial en la teoría del delito, posee una connotación precisa y es aquella que engloba tanto al resultado como al comportamiento que lo origina y explica, esto es, a la materialización concreta de una realidad fáctica. Es este el significado del concepto “hecho” utilizado en Dogmática Penal, como sustrato óntico jurídico del injusto, para enfatizar la idea de acontecimiento físico, evento, logro material producto de la acción u omisión. El hecho ilícito penal es por lo tanto la demostración más palmaria de realización de la acción. Los hechos pueden ser acontecimientos (acaecimientos o sucesos), procesos o sistemas. La dogmática penal trabaja con hechos realizados y también con hechos probables (delitos de peligro, tentativa), es decir, siempre con hechos posibles; de ahí las frases “Hecho Punible” para referirse al delito, “Hecho Ilícito” para indicar la acción típica y antijurídica, hecho cometido, constituido, etc. En todos estos usos se halla contenido el hecho como realidad material terminada, como supuesto fáctico del tipo penal⁽²⁰⁾. El Hecho naturalmente supone un juicio *ex post*.

1.8. La Omisión

Las omisiones se hallan definidas por la posibilidad de acción que ellas contienen. Las omisiones siempre se dan en función a acciones expresas y determinadas que no llegan a concretarse; por lo

(20) Es importante destacar las siguientes precisiones que hace MARIO BUNGE: a) Los hechos no se demuestran, los hechos se muestran o exponen; los teoremas o hipótesis se demuestran; b) no hay hechos verdaderos; sólo exposiciones de hechos, verdaderas o falsas; c) los hechos no son científicos ni anticientíficos, son acientíficos, los hechos son analfabetos, lo que puede ser científico o no es el pensamiento, las ideas y procedimientos, no sus objetos; d) son niveles distintos la idea que se tiene de los hechos (nivel conceptual) y los hechos mismos (nivel óntico); y e) los hechos no tienen significado, sólo los signos pueden significar, en “La Investigación Científica”, Barcelona, Ariel 1972, pp. 717 y ss.

tanto existirán tantas omisiones como acciones puedan producirse en el contexto histórico social e interactivo cotidiano. Ello nos permite constatar su naturaleza accesoria y dependiente. Existen omisiones relevantes penalmente y omisiones de irrelevancia penal, es decir, ajustadas socialmente.

Encontrar omisiones en los procesos naturales es poco admisible como hipótesis (es muy discutible que en la naturaleza física se den realidades negativas). Las omisiones en el ámbito histórico social obedecen más a patrones culturales que a realidades objetivas con sustrato óntico. Las omisiones se hallan necesariamente relacionadas a *indicadores de referencia*, sin los cuales es inadmisibile hablar de ellas. Estos indicadores son, por un lado, la acción como límite y presupuesto de exigencia; por otro lado el consenso convencional valorativo que sobre la necesidad y exigencia de dicha acción exista en la conciencia moral, convencional o jurídica; y finalmente la posibilidad objetiva de enlazar la omisión como predicación negativa exigible de la acción; es decir y como redondea JAKOBS “la omisión como no evitación evitable de un resultado” (21).

Omite realizar una acción aquel conductor de vehículo que se duerme y produce un resultado lesivo; omite el padre que no realiza una acción adecuada, cuando observa a su menor hijo cogiendo un arma de fuego cargada; omite el que retarda el trámite normal de un expediente; el que no contesta un saludo, el que coge un libro habiendo deseado coger un diario, etc. La omisión es un concepto extremadamente genérico que necesita ser delimitado. Es por ello que JAKOBS afirma que en la omisión la atribución de un suceso a un ser humano, no se hace a cualquier persona que hubiera evitado el resultado, sino exclusivamente a una persona especialmente implicada (22).

(21) GÜNTHER JAKOBS, *Derecho penal. Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 177.

(22) GÜNTHER JAKOBS, “El concepto jurídico penal de acción”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 3, Enero-Junio, Lima, 1994, p. 85.

1.9. Importancia jurídico social de la omisión

De ser un concepto discreto y relegado en la sistemática penal, la omisión ha adquirido en la actualidad una sorprendente importancia, sobre todo en la dogmática alemana (23). Como indica GABRIELE FORNASARI: “La omisión no es más, pues, una ocasional excepción a la regla constituida del delito comisivo, representa ya una figura de primer plano en el instrumental del cual dispone el legislador penal” (24).

Los debates se han centrado fundamentalmente en el carácter óntico o normativo de la omisión, y en la clasificación que en función a los tipos penales se ha hecho de ella. Es consenso doctrinario en mayoría que la omisión posee carácter normativo-valorativo (JESCHECK, RUDOLPHI, JAKOBS, STREE, GALLAS, MAURACH); es decir, la omisión relevante penalmente es aquella que de modo expreso ha sido definida normativamente (esto sucede básicamente con los delitos de omisión propia) o de forma derivada del tipo penal (delitos de omisión impropia). No existe omisión sin acción debida o esperada, no existe omisión relevante sin mandato o exigencia jurídico penal a hacer. Naturalmente que toda omisión relevante debe de contener una acción debida posible y humanamente exigible a su autor; es impensable determinar omisión en el comportamiento del agente, si ésta no reúne tales características. El contenido de la omisión como opción desechada se puede enfocar como un dejar de hacer, dejar hacer, un hacer lo no deseado o un simplemente no hacer (MANTOVANI, objetando el esquema omisivo “no hacer”, indica: la omisión no puede reducirse a un no

(23) La razón de este giro de importancia en la dogmática penal, lo explica MANTOVANI, manifestando que es también una característica del tránsito del Estado liberal al Estado social de derecho, el cual impone a los ciudadanos –mediante la ampliación de campos punitivos– deberes de solidaridad en el campo social, con la consiguiente extensión de las omisiones penalizadas (materia tributaria, laboral, familiar, urbanística, comercial, edilicia, etc.) (FERRANDO MANTOVANI, *Diritto Penale*, Padova, Cedam, 1993, p. 67).

(24) GABRIELE FORNASARI, *I principi del Diritto penale tedesco*, Padova, Cedam, 1993, p. 109.

hacer [*nihil facere*] porque no se distinguiría de la simple inercia). Sin embargo, no es tan sencillo definir las acciones como comportamientos positivos y las omisiones como ausencia de acción. Acción y omisión se hallan entrelazados en el desarrollo y dinámica de los acontecimientos ⁽²⁵⁾. La separación taxativa que suele hacerse en dogmática penal entre acciones y omisiones, no siempre obedece a razones de criterio científico. Ello se entiende si focalizamos la atención en el hecho de que las acciones como actos de decisión humana siempre suponen una preferencia, y por lo mismo un manejo de opciones desechadas (omisiones), ya sea consciente o inconscientemente. Sólo que muchas de esas opciones desechadas se han hecho exigibles por mandato u orden legal, y su no cumplimiento amerita actividad delictiva. La omisión penal, como se ha dicho es un juicio normativo-valorativo de exigencia, o con palabras de STRUENSEE “según el sentido social o conforme a un juicio de valor, el actuar ha de poder representarse también como un mero omitir y lo que fácticamente visto es un omitir, puede expresarse, según su contenido de sentido social... como un actuar favorecedor” ⁽²⁶⁾.

1.10. La omisión y los actos de ejecución

Es característica de los tipos consumados de omisión que en ellos no existan actos de ejecución, es más, su ausencia es lo que posibilita la consumación del tipo omisivo, asimismo que, al igual que en la acción, la omisión sea evitable y en cuanto a la exigencia normativa humanamente posible. Dichos actos se presumen por valoración negativa, esto es, al no ser realizados por el agente estando obligado a hacerlos. Las omisiones penales pueden ser igualmente dolosas o culposas, o presentarse participando de ambos elementos en una unidad jurídica imputable. En el estado actual de la dogmática alemana se ha llegado a clasificar los delitos de omisión en tres sub-modalidades

(25) Véase EBERHARD STRUENSEE, “Actuar y Omitir: delitos de comisión y omisión”, en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 3, Lima, 1994, p. 228 y ss.

(26) STRUENSEE, *loc. cit.*, p. 230.

básicas: a) delitos de omisión propia, o propiamente omisión; b) delitos de comisión por omisión (o de omisión impropia) y c) delito de omisión por omisión (27).

2. ACCION Y RELACION DE CAUSALIDAD

Los comportamientos humanos (acciones y omisiones) por lo general adquieren importancia en derecho penal, en cuanto producen un efecto de lesión o de puesta en peligro del bien jurídico tutelado contenido en los tipos establecidos en los códigos penales y leyes especiales. Todo resultado típico o toda puesta en peligro penalmente entendidos, hallan su explicación racional normativa en los actos que dolosa o culposamente desarrolla el agente(s) dirigidos a tal fin. La teoría de la causalidad en sus diferentes enfoques (Causalidad Adecuada: VON KRIES, FLORIÁN, MASSARI; Causalidad Eficiente: ARISTÓTELES, LEIBNIZ, BIRKMEYER, STOPPATO; Equivalencia de Condiciones: VON BURI, GLASER, WELZEL; *la Conditio sine qua non*: STUART MILL, HOBBS; la teoría de la Causa Relevante: MEZGER, ROXIN, JAKOBS, RUDOLPHI; y otros enfoques), fundamenta y explica la atribución de responsabilidad penal, por el hecho de haber sido el agente, el *explicandum* o factor causal del resultado ilícito contenido en el hecho consumado. Tal razonamiento es relativamente correcto, pero limitado, y sobre todo tratándose de materia penal, en donde si bien se toma muy en cuenta los prespuestos de hecho (esto es, el resultado o hecho típico), estos por sí solos casi siempre son insuficientes para imputar responsabilidad de orden penal.

2.1. La causa

Entendida ya sea como el factor desencadenante en estricto o como el complejo de condiciones mínimas y suficientes, que en relación al efecto producen siempre –sino varían las premisas– el mismo resultado (causa en estricto), ha pasado por un largo y agitado proceso de asunción, sobredimensionamiento y crítica. Desde la

(27) STRUENSEE, *loc. cit.*

concepción aristotélica que la vio como el agente o motor extrínseco del cambio o causa eficiente (28), pasando por las reflexiones de BACON (29), los severos cuestionamientos de DAVID HUME (30), y las precisiones de LEIBNIZ con su teoría de la razón eficiente (31), hasta la negación de su validez como factor determinante de los procesos, producción de resultados y cambios de estado, tanto en el orden de las leyes físico naturales como en su aplicación en el contexto de la realidad social (32). Su carencia de límites precisos en el regreso causal y su incapacidad explicativa suficiente del cambio, ha permitido restringir la determinación causal a procesos y aspectos puntuales y delimitados del orden natural. Al decir de JEAN WAHL, la historia de la causalidad es la historia de la disminución del número de causas y finalmente incluso de la desaparición de la idea de causa (33). Indudablemente que el famoso principio de incertidumbre de HEISEMBERG (34), de acuerdo al cual la causalidad entra en crisis en los procesos subatómicos, y los postulados de la mecánica cuántica que sostienen que la naturaleza es inherentemente impre-

(28) ARISTÓTELES, *Metafísica*, Libro V, Sección II, p. 128.

(29) FRANCIS BACON, *Novum organum*, Madrid, Sarpe, 1984, Libro Segundo, pp. 121 y ss.

(30) DAVID HUME, *Del conocimiento*, Madrid, Sarpe, 1984, III Parte, Sección II, pp. 71 y ss.

(31) WILHELM LEIBNIZ, *Discurso de metafísica*, Barcelona, Orbis, 1983, pp. 89, 92 y ss.

(32) BERTRAND RUSSEL, "Leyes causales psicológicas y físicas", en sus *Escritos básicos*, México, Planeta, 1985, T. I, p. 231.

(33) JEAN WAHL, *Introducción a la filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1957. Véase también de ROBERT HAVEMANN, "Causalidad y necesidad: Posibilidad y realidad", en *Diálectica sin dogma*, Barcelona, Ariel, 1971, p. 127.

(34) Sobre esto véase una análisis que explota las diversas implicancias de las afirmaciones de HEISEMBERG, en el trabajo de MANFRED MAIWALD, "Considerazioni sul problema della causalità nel diritto" en *L'evoluzione del diritto penale tedesco*, Torino, Giappichelli, 1993, pp. 146 y ss.

visible, contribuyeron a desmoronar el mito de la causalidad absoluta. Al respecto BUNGE, en un enjundioso ensayo sobre la causalidad, es explícito al afirmar que la determinación causal como factor que explica el cambio en función a causas que obran por acción externa es sólo una de las categorías de determinación, existiendo además de ésta, otras, tales como la interacción (o interdependencia funcional), la autodeterminación, la determinación mecánica, teleológica, las generalizaciones estadísticas, etc (35).

2.2. La causa penalmente relevante

Interesa y es tarea de la Ciencia Penal el abstraer del complejo de factores y circunstancias que definen la causación, la producción causal inherente a la acción humana es decir la relación o nexo causal (la causa penalmente relevante), esto es, la existencia comprobada de un vínculo que explica un resultado ilícito producido por la acción u omisión de un agente(s). La misma que se halla, no obstante lo desprestigiado del concepto causa, en la base de una gran variedad de tipos penales, los cuales resultarían terriblemente subjetivizados e inciertos sin la explicación causal. La causalidad como proceso natural es objeto de constatación y valoración objetiva y constituye el primer nivel de tipicidad con que trabaja el derecho penal, y quiéraselo o no, éste necesita trabajar a dicho nivel con causas consensualmente admitidas (científica, sensata y valorativamente evaluadas). Pero obviamente que reducir en ella todo el proceso de imputación penal, nos retrotraería a las estrecheces e injusticias de la "responsabilidad objetiva"; razón por la cual es sólo uno de los elementos constitutivos de la gran mayoría de tipos penales de resultado o lesión material, que por sí sola no va a constituir razón suficiente para la atribución de culpabilidad y por lo mismo de sanción penal. MAURACH-ZIPF desarrollando este punto, hacen una diferenciación entre lo conceptualizado como causa en derecho penal en relación con el significado que dicha categoría tiene en

(35) MARIO BUNGE, *Causalidad: El principio de causalidad en la ciencia moderna*, Buenos Aires, Eudeba, 1965, pp. 15 y ss.

filosofía y ciencias naturales: “Causa en su sentido filosófico es el conjunto de todas las condiciones del resultado, es el conjunto de la superficie del paralelogramo de fuerzas que tiende hacia el resultado, del cual no es posible extraer en forma arbitraria la acción del autor...De igual modo, el concepto causal del derecho penal no es el de las ciencias naturales. Una consideración de la causalidad como una causación exclusivamente mensurable en sus efectos reales no puede servir, por si sola a las tareas del derecho penal ⁽³⁶⁾. Dejando por ahora en paz estas explicaciones poco esclarecedoras y hasta adocenadas sobre causalidad de los referidos autores, interesa si remarcar el esquema –por lo demás tradicional– que los mismos manejan sobre la denominada “causalidad jurídica: “el derecho penal considera como causal para un resultado sólo el hacer propio del autor y, mas precisamente, su conducta típicamente adecuada, eliminando en forma consciente otras causas previas o concomitantes... en el sentido jurídico penal es causal aquella condición del resultado puesto por el autor que (conforme a las reglas de la experiencia) no puede ser eliminada mentalmente, sin que con ello desaparezca también el resultado” ⁽³⁷⁾.

2.3. Limitaciones de la Relación Causal

En los delitos de simple actividad, en los de omisión, preterintencionales, de peligro abstracto, de consumación anticipada, los casos del “*versari in re illicita*”, y en las formas de tentativa, naturalmente que el nexo causal entre el resultado y causa, evidencia sus más serias limitaciones. Esto ha posibilitado que junto a la causalidad natural, los principios normativos valorativos ocupen un valioso nivel de estimación; no se trata como erróneamente suele afirmarse que la imputación normativa sustituya a la relación causal. La moderna teoría de la Imputación Objetiva, ha esbozado así

(36) REINHART MAURACH-HEINZ ZIPF, *Derecho penal: Parte general*, Buenos Aires, Astrea, 1994, T. I, pp. 306-307.

(37) *Ibidem*, p. 307.

criterios teóricos de índole normativa de mayor eficacia y certeza para los ulteriores efectos de la atribución de responsabilidad penal.

En suma la causalidad es una condición necesaria pero no suficiente en los dominios de los hechos punibles y que a la par que las reglas de la imputación objetiva radica su "*explicandum*" en el ámbito del injusto (acto y resultado). O como refiere MANTOVANI: la historia de la causalidad jurídica es realmente la historia de los correctivos de la causalidad natural (38).

3. EL CONCEPTO DE ACCION Y LAS ESCUELAS PENALES

El concepto dominante de acción hasta antes de la irrupción de las teorías funcionalistas, fue el resultado de la lucha entre dos importantes escuelas penales que han definido su contenido y amplitud, con mayor propiedad que las escuelas precedentes a lo largo de la historia de las ideas penales. En primer lugar la Escuela Causalista Neokantiana (39) y en segundo término la Escuela Finalista de HANS WELZEL (40), quien retomando los planteamientos filosóficos de

(38) FERRANDO MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 175.

(39) También denominada neoclásica, o neocausalista. La escuela neokantiana, cuyo exponente máximo es MEZGER y, junto a él, GUSTAV RADBRUCH, MAX ERNEST MAYER y otros, debe este nombre a la marcada influencia que sobre ella ejercieron los filósofos neokantianos de la Escuela Sudoccidental Alemana (principalmente WILHELM WINDELBAND, HEINRICH RICKERT y EMIL LASK), quienes posibilitaron el rescate de los valores al mundo del derecho, casi olvidados ante la fuerte arremetida de la escuela positivista naturalista de FERRI-GARÓFALO y el positivismo jurídico de BINDING-BELING-LITZ.

No es objeto del presente trabajo exponer las diversas caracterizaciones de ambas escuelas, sólo nos circunscribiremos al ámbito de la acción, pudiendo el lector consultar para una mayor referencia entre otros los siguientes textos: JUÁRES E. TAVÁREZ, *Teoría del delito*, Buenos Aires, Hammurabi, 1983; y EDUARDO NOVOA MONREAL, *Finalismo y causalismo en derecho penal*, Bogotá, Temis, 1981.

(40) HANS WELZEL publicó en 1931 su artículo "Kausalität und Handlung" (Causalidad y acción), donde por primera vez expuso sus planteamientos sobre la teoría final de la acción; en 1939 *Studien zum System des Strafrechts*,

ARISTOTELES sobre voluntad y finalidad, los estudios ontológicos de NIKOLAI HARTMANN ⁽⁴¹⁾ sobre la naturaleza teleológica del concepto Acción, con los aportes de WEBER y GRAF ZU DOHNA, y los avances de la escuela psicológica del pensamiento (HÖNIGSWALD, BÜHLER y otros) y de los fenomenólogos LINKE y PFANDER, construyó su teoría del delito que cambió notablemente la ciencia del Derecho Penal del siglo XX.

3.1. El concepto causal de Acción

Surgida a fines del siglo XIX, y tributaria del naturalismo mecanicista de las ciencias empíricas, centra su análisis para explicar el

posteriormente en 1944, *Des deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, obras cimeras donde expuso sus renovadores enfoques sobre la teoría del delito y dentro de ella de la “acción” y el injusto personal. Habiendo desarrollado sus ideas en otros trabajos como: *Das neue Bild des Strafrechtssystems* (1942), “Um die finale Handlungslehre (1949), “Aktuelle Strafrecht probleme im Rahmen der finalen Handlungslehre” (1953) y en *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 1954 (3a. ed.). En español se han publicado: *Derecho penal, parte general*, ed. 1956, ed. 1970; *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Ariel, 1964; *La doctrina de la acción finalista*, 1961; y una serie de artículos en diversas revistas de derecho penal. El pensamiento de WELZEL ha sido comentado, y en algunos casos enriquecido y extremado en otros, con los trabajos de ARMIN KAUFMANN, REINHART MAURACH y HEINZ ZIPP, DIETHART ZIELINSKI, HANS HIRSCH, GÜNTER STRATENWERT, W. NIESE y otros. En España y América siguen a WELZEL: CEREZO MIR, BUSTOS RAMÍREZ, CÓRDOBA RODA, EUGENIO R. ZAFFARONI, CURY URZÚA, NELSON PESSOA y otros.

(41) WELZEL, en *El nuevo sistema*, cit., niega las afirmaciones que le imputan ENGISCH, HALL, KLUG y otros de haber derivado sus tesis finalistas de las doctrinas ontológicas de HARTMANN; indicando, por el contrario, que recibió, para la formulación de su teoría de la acción, “las sugerencias” de la psicología del pensamiento de RICHARD HÖNIGSWALD y otros psicólogos (KARL BÜHLER, THEODOR ERISMANN, ERICH JAENSCH, WILHELM PETER y de los fenomenólogos LINKE y ALEXANDER PFANDER. No obstante, WELZEL admite haber sido influido, posteriormente a la redacción del artículo “Kausalität und Handlung”, por HARTMANN (principalmente por los trabajos “Ethick”, 1926 y en “Das Problem des geistigen Seins”, 1933).

delito, en el carácter natural de la acción, esto es, entendida como movimiento corporal voluntario que origina un cambio externo, sujeto a las leyes de la causalidad y con prescindencia de consideraciones subjetivas. Esta concepción constituye el fundamento de las teorías clásica y neoclásica alemanas del delito. Para VON LISZT⁽⁴²⁾ como para RADBRUCH, BELING y demás autores causalistas, el concepto “acción” nada tiene que ver con la dirección de la voluntad encausada al resultado, con la predeterminación de los objetivos, con lo que haya querido su autor (que sólo interesaría a la culpabilidad). Estableciéndose de este modo la relación de causalidad entre el hecho y la voluntad del agente que lo produjo, y relegándose a niveles ulteriores el análisis de los componentes subjetivos presentes en la acción. Así, conforme lo recalca WELZEL en base a la segunda edición del *Lehrbuch* de LISZT, se concibió la injuria como una producción de vibraciones de aire y excitaciones nerviosas⁽⁴³⁾.

Las limitaciones de esta concepción naturalista que, circunscribe la acción a simples movimientos corporales considerados en sí

(42) FRANZ VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, traducción de la 18a. edición alemana, Madrid, Reus, 1937, T. II, pp. 285-286: “Acto es la conducta (*Verhalten*) voluntaria en el mundo exterior; causa voluntaria no impediende de un cambio en el mundo exterior (...) La idea de Acto supone, pues, en primer término, una manifestación de voluntad (el Acto es la Voluntad Objetiva) (...) La Volición que caracteriza la manifestación de Voluntad, y por consiguiente el Acto, significa, simplemente, en el sentido de esta concepción, el impulso de la voluntad (*Willensimpuls*). Se le puede definir físicamente como inervación y se le puede concebir psicológicamente como aquel fenómeno de la conciencia por el cual establecemos las causas”. Según ERNEST VON BELING: “debe entenderse por acción un comportamiento corporal (fase externa objetiva de la acción) producido por el dominio sobre el cuerpo (libertad de inervación muscular, Voluntariedad), (fase interna subjetiva de la acción) (*Esquema de Derecho penal*, Buenos Aires, Depalma, 1944, pp.19-20. *Idem* LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *La ley y el delito*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1979, p. 210.

(43) Véase LISZT, *Lehrbuch* (2a. ed.), p. 107, citado por WELZEL, *El nuevo sistema*, cit., p. 32.

mismos y desligados de los componentes subjetivos que comandan su realización, resultan por demás obvias, al momento de delimitar la unidad o pluralidad de delitos, en los casos de autoría mediata, al referirnos y tratar los delitos de omisión y en aquellos que no importan desplazamiento o movimiento corporal (44).

El desarrollo posterior del causalismo que derivará en posiciones valorativas al interior del tipo penal, obra básicamente de FRANK HEGLER, MEZGER (45) y JIMÉNEZ DE ASÚA, en España, desarrolló el concepto de acción hasta concebirlo como un comportamiento humano voluntario, que produce un resultado en el mundo exterior (ya no un simple movimiento o inervación muscular), explicado en función a una relación de causalidad que vincula el efecto o resultado a una causa. Este desarrollo coincidirá con un tratamiento de menor importancia para el concepto “acción”, que pasó a ser integrado como un elemento del tipo penal (así, las posiciones de BOCKELMANN, HELMUTH VON WEBER, incluso en los planteamientos posteriores de RADBRUCH).

La doctrina causalista llegó de esta forma a absolutizar el elemento “comportamiento voluntario”, prescindiendo o subestimando los componentes de dirección causal en función a la finalidad o sentido que se halla presente en toda acción humana. De los enunciados teóricos causalistas, se derivan importantes conclusiones para la teoría del delito; una de ellas es la tesis que indica, que el dolo con que actúa el agente no es un problema a definir en la

(44) Error en el que no sólo incurrieron los teóricos y seguidores del causalismo en el campo del derecho, sino que es una posición que incluso es asumida en algunos sectores filosóficos de importancia. Véase por ejemplo el concepto de JOHN AUSTIN (Acción es una mera contracción muscular) y JENNIFER HORNSBY (quien reduce el concepto de “acción” a actuar, a mover el cuerpo). Para ambos autores, véase Carlos SANTIAGO NINO, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Buenos Aires, Eudeba, 1987, pp. 16, 37, 22 y 47.

(45) Véase EDMUNDO MEZGER, *Derecho penal. Parte general*, México, Cárdenas Editor, 1985, p. 87. También revítese su *Tratado de Derecho penal*, T. I. Si bien MEZGER supera la idea de acción como movimiento corporal o inervación y resultado exterior, mantiene aún la idea de “comportamiento voluntario” como lo esencial en la teoría de la Acción.

acción o la tipicidad (por cuanto la acción es una manifestación externa de voluntad sujeta a la relación de causalidad), sino en la culpabilidad. Las limitaciones cognoscitivas de la teoría causalista se centran básicamente en el excesivo énfasis puesto en la causación de resultados, soslayando la importancia del contenido de la acción; así como en su noción natural de la misma, desprovista de contenido subjetivo. Los límites explicatorios se evidencian al momento de abordar la naturaleza de las omisiones relevantes en el concepto genérico de acción, al tratar dogmáticamente el tema de los delitos imperfectos y la naturaleza y ubicación del dolo en los mismos.

Podemos sintetizar la evolución de la doctrina causalista de la acción en tres momentos: 1) La acción es movimiento corporal voluntario que produce un resultado (LISTZ, BELING); 2) La acción es un comportamiento voluntario que produce un resultado (RADBRUCH, MEZGER, JIMÉNEZ); 3) La acción es un comportamiento voluntario que implica finalidad pero no necesariamente busca la finalidad (Escuela Neoclásica contemporánea: BAUMANN, SCHUNEMANN, SCHÖNCKE-SCHRÖEDER; en América Latina: CARLOS CREUS, FRIAS CABALLERO).

3.2. El concepto finalista de Acción

El finalismo, la escuela penal fundada por HANS WELZEL define la "acción" como el ejercicio de actividad final⁽⁴⁶⁾, es decir, un actuar dirigido conscientemente desde el objetivo, preveyendo las consecuencias posibles y dirigiendo los factores causales (medios, circunstancias y consecuencias secundarias). Decir acción para WELZEL es hablar de voluntad consciente, de conocimiento y concreción final; acción no sólo es comportamiento voluntario o producción de resultados, es la concurrencia en el actuar del agente, del querer, conocer y de la finalidad como factor esencial que la explica. La voluntad no es tan sólo voluntad de comportamiento, es

(46) HANS WELZEL, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1956, p. 39; ÍDEM, *Derecho penal alemán. Parte general*, 11a. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 53.

principalmente voluntad de realización o, como manifiesta WELZEL: “Dado que la finalidad se basa en la capacidad de la voluntad de preveer dentro de ciertos límites las consecuencias de su intervención en el curso causal y de dirigir por consiguiente éste, conforme a un plan, a la consecución del crimen, la espina dorsal de la acción final es la voluntad, consciente del fin, rectora del acontecer causal”(47). La finalidad o sentido como contenido de la Acción es, pues, la característica principal de la teoría finalista, que la diferencia de la concepción causal natural de la Acción.

La principal objeción lanzada a la teoría finalista de la acción radica en las evidentes dificultades con las que se halla al momento de explicar coherentemente la culpa desde el enfoque de la finalidad, ya que, se sostiene, en las acciones culposas el fin perseguido no es relevante; situación también extendible al dolo eventual y a los casos de culpa consciente, en los cuales el agente no dirige su accionar u omitir en función a la finalidad. En lo que respecta a la concepción de fondo de WELZEL, que hizo de la acción una estructura lógico-objetiva, es decir la matriz de la teoría del delito, como se ha indicado, ha sido una posición no asumida a nivel de teoría dominante.

Tratadistas posteriores a WELZEL (ARMIN KAUFMANN, NIESE, BUSCH, HIRSCH, MAURACH, ZIELINSKI y otros) han enriquecido la concepción final de “acción” y otros (JESCHECK, ROXIN, RUDOLPHI, JAKOBS, GIMBERNAT, SCHÜNEMANN) desde posturas distintas (social, normativa, neo-causalista contemporánea) lo han criticado severamente.

3.3. El concepto social de acción: objeciones a la teoría final de la acción

El concepto social de “acción” enunciado por SCHMIDT (1932) y seguido por ENGISCH, MAIHOFFER (1953), LANGE, WOLF, SAUER, JESCHECK (48)

(47) WELZEL, *El nuevo sistema*, cit., pp. 25-26.

(48) La “Acción social” como concepto se remonta a EMIL DURKHEIN, fundamentado por MAX WEBER y desarrollado a nivel de teoría por TALCOTT

y otros, pone el acento en la relevancia del comportamiento social, mientras que el concepto finalista de WELZEL y seguidores lo centra en la finalidad como contenido de la acción. “Lo social”, como indicador de referencia para conferirle trascendencia penal a la acción, obviamente que está entendido en función al contexto concreto de interacciones humanas (vivencias, costumbres, criterios morales dominantes, concepciones instrumentalizadas, etc). La idea del comportamiento socialmente relevante, en realidad, más que una conceptualización, viene a ser característica de toda acción entendida desarrollada en un contexto social. Replicando a la concepción social de la acción, WELZEL indicará: “Parece haberse olvidado hoy, cuando se contrapone a la doctrina de la acción finalista un concepto “social”, que uno de los propósitos fundamentales del finalismo desde sus comienzos, fue la comprensión de la acción como un fenómeno social” (49). KNUT AMELUNG en la línea funcionalista de ROXIN, desarrollando y sistematizando el concepto enunciado por EBERHARD SCHMIDT igualmente confiere a la Acción un carácter preponderantemente social, de tal forma que si ésta no presenta “cierta lesividad social” deberá ser irrelevante para el Derecho Penal (50).

PARSONS. Para DURKHEIN, una acción social se da únicamente cuando es obligatoria para la mayor parte de los miembros de una colectividad, por lo tanto, cuando es consecuencia de un control social ya existente. Por su parte MAX WEBER lo entendió como un “comportamiento dotado de sentido subjetivo, es decir, como un comportamiento orientado por el sentido que subjetivamente los autores atribuyen a su acción, y por consiguiente, motivado también por él” (cfr. JÜRGEN HABERMAS, *La lógica de las ciencias sociales*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 136).

(49) WELZEL, *El nuevo sistema*, cit., p. 34.

(50) KNUT AMELUNG considera que el Derecho penal tiene, no tanto la función de proteger valores ideales expresado en el concepto “Bienes Jurídicos”, sino el asegurar la estructura del sistema social y garantizar su funcionalidad (KNUT AMELUNG, *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, Frankfurt, 1972, p. 351, citado por EMILIANO BORJA JIMÉNEZ, “Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría del delito”, en *Nuevo Foro Penal*, N° 59, marzo, Bogotá, 1993.

3.4. El concepto normativo de Acción

CLAUS ROXIN y GÜNTHER JAKOBS, teóricos alemanes sistematizadores de la teoría de la “Imputación Objetiva”, desde una postura funcionalista, decididamente normativista el segundo y orientado a los fines de la pena el primero, ofrecen consideraciones normativas sobre la naturaleza y validez del concepto “Acción”. ROXIN, criticando severamente la concepción de WELZEL, considera que para el Derecho Penal un concepto ontológico de acción no ofrece utilidad, careciendo de importancia práctica y poseyendo sólo un valor arquitectónico. El concepto final de acción no sólo no está dado ontológicamente, sino que es un “producto jurídico normativo por excelencia”⁽⁵¹⁾. Para el profesor de Munich, la imputación objetiva requiere necesariamente un concepto normativo de conducta, calificándola como una acción personal imputable⁽⁵²⁾. ROXIN da una concepción global de Acción en su *Strafrecht*⁽⁵³⁾, indicando que es la expresión de una personalidad, “todo lo que el hombre coordina desde su centro de actividad psíquica espiritual”. ENRIQUE GIMBERNAT, más extremista que ROXIN llega a decir que “el famoso concepto final de acción no existe en absoluto: no es otra cosa que el concepto defendido desde siempre por la doctrina causal de la acción⁽⁵⁴⁾.”

(51) CLAUS ROXIN, *Problemas básicos de Derecho penal*, Madrid, Reus, 1976, pp. 86 y 95 (revisese el artículo “Contribución a la crítica de la teoría final de la acción”, pp. 84 y ss.). Coinciden con esta posición autores como GALLAS, KLUG, NOWAKOWSKI y otros.

(52) CLAUS ROXIN, “Gedanken zur problematik der Zurechnung im Strafrech” en *Festschrift für Richard M. Hömig*, Göttingen, Verlag Otto Schwartz, 1970, citado por YESSID REYES ALVARADO, *La imputación objetiva*, Bogotá, Temis, 1944, p. 71. Nótese cómo tanto ROXIN y JAKOBS usan los vocablos “conducta” y “acción”, otorgándoles un significado singular.

(53) Citado por FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Temis, 1994, p. 297.

(54) ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado*, Madrid, Reus, 1966, p. 115. Este destacado penalista español llega a sostener: “A pesar de mis esfuerzos no consigo ver ninguna diferencia entre ese concepto de acción y el mantenido desde siempre por la doctrina causalista, para

Haciendo al margen el criterio último de ROXIN, el normativismo ha hecho de la “acción” un criterio de referencia estrictamente relacionado con la norma penal, en virtud del cual no interesa o poco interesa lo ontológico o los aspectos externos de la acción, sino más bien la relación de sentido con la norma; lo que en palabras del penalista español RODRÍGUEZ DEVESA significa que la acción es “el acaecimiento previsto en la ley penal y dependiente de la voluntad humana” (55). Esta tendencia a construir un concepto jurídico penal de acción, no basado en referencias ónticas, se constituye en la actualidad en la tendencia dominante en la dogmática penal alemana.

3.4.1. El concepto normativo conglobante de JAKOBS

GÜNTHER JAKOBS se ha centrado en reforzar teóricamente el carácter no óntico de la acción, señalando textualmente que el concepto de la Acción se busca en la sociedad, no antes de ella: “no es la naturaleza lo que enseña lo que es la acción, y dicho concepto tampoco puede extraerse de la ontología” (56). El ataque que hace este autor a la teoría finalista de la acción, enfatiza su insuficiencia (en la anticipación psicológica individual de cursos causales) para comprender una teoría de la acción humana, por carecer de un esquema de interpretación comunicativa que le otorgue sentido, que sólo consideraciones sociales pueden otorgar; siendo entonces solamente la teoría de la imputación objetiva la única que convertirá a la acción en lo que debe ser: “Una toma de postura relevante en el plano de la comunicación, una expresión

la cual hay acción cuando se quiere algo, siendo indiferente lo que sea ese algo. La causalidad y la acción, pues, han vuelto, tras una prolongada aventura normativa a la equivalencia de condiciones y a la doctrina causal de la acción” (ENRIQUE GIMBERNAT, “El sistema del derecho penal en la actualidad”, en *Estudios de derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 169.

(55) JOSÉ MARIA RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte general*, Madrid, 1977, p. 306; ÍDEM (junto con ALFONSO GÓMEZ SERRANO, *Derecho penal español: Parte general*, Madrid, Dykinson, 1994, p. 362.

(56) JAKOBS, “El concepto jurídico penal de acción”, cit., p. 69.

de sentido comunicativamente relevante" (57). En tanto que unidad de sentido, el comportamiento debe ser susceptible de interpretación a través de un esquema que lo haga comprensible, que resalte su mérito o destaque su aspecto negativo (58). La acción, dice JAKOBS, es la expresión de un sentido. Esa expresión de sentido consiste en la causación individualmente evitable, esto es, dolosa o individualmente imprudente de determinadas consecuencias; son individualmente evitables aquellas causaciones que no se producirían si concurriese una motivación dirigida a evitar las consecuencias (59). Como se observa la concepción de "acción" manejada por el citado profesor alemán excede el marco de la tipicidad, y recorre toda la estructura del delito. Se trata pues de una visión amplia que llega a comprender incluso las motivaciones (culpabilidad), hallándose asimismo vinculado estrechamente con la idea de la imputación objetiva, y lo que es más sólo adquiere relevancia de su relación con ésta. Así: "sólo aquello que es objetivamente imputable puede denominarse en un sentido general 'acción'. Sin ese factor normativo, considerando sólo el proceso biopsicológico, lo que acontece pertenece exclusivamente al ámbito de la naturaleza y ésta como tal carece de relevancia jurídica" (60). En suma, en derecho penal sólo es conducta una acción, después de haber sido desvalorada por el injusto y la culpabilidad (61). JAKOBS pues, plantea una concepción totalizadora y conglobante de acción, que abarca tanto acciones y omisiones dolosas y culposas, como determinadas automatizaciones y reacciones inconscientes, que se hallan vinculadas por el concepto

(57) JAKOBS, *loc. cit.* Véase también su obra *La imputación objetiva en derecho penal*, Bogotá, Universidad de Externado de Colombia, 1994, pp. 23, 81 y ss.; ÍDEM, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 157.

(58) ÍDEM, *La imputación objetiva*, p. 23, cit., *El aludido esquema de interpretación comunicativa* al que se refiere JAKOBS es la teoría de la Imputación objetiva.

(59) JAKOBS, "El concepto jurídico penal de acción", cit., p. 81; ÍDEM, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 162.

(60) JAKOBS, "El concepto jurídico penal de acción", cit., p. 84.

(61) *Loc. cit.* últ.

normativo principal de imputación o atribución objetiva, que resulta a su vez de la desvaloración a nivel de la totalidad de los niveles de la estructura del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad).

JAKOBS además de inspirarse en las ideas expuestas por HEGEL en la *Fenomenología del espíritu* (1807) y en *Fundamentos de la filosofía del derecho* (1822), recoge asimismo en su teoría los planteamientos de HABERMAS (Teoría de la acción comunicativa) y de ARNOLD GEHLEN, contenidos en la concepción filosófica de la acción de este último autor. Destaca pues con fuerza en las ideas de JAKOBS el intento de hacer de la "acción", un concepto estrictamente normativo desprovista de contenido óntico, que no se determina por sus aspectos externos sino por su relación de sentido con la norma, distanciándose en este punto del funcionalismo sociológico de PARSONS-MERTON y continuadores.

3.5. La función e importancia del concepto Acción

Para ENRIQUE CURY URZÚA ⁽⁶²⁾ es la de constituir el límite al legislador en la construcción de los tipos penales. BACIGALUPO sostiene que su función no es otra que la de establecer el mínimo de elementos que determinan la relevancia de un comportamiento humano para el Derecho Penal ⁽⁶³⁾. HANS JESCHECK, sintetizando el pensamiento de MAURACH-ZIPF-OTTER y de WERNER MAIHOFFER, asigna las siguientes funciones al concepto de acción: Primero, de *Clasificación*.- Todas las formas del actuar humano que pueden ser relevantes para el Derecho Penal, han de tener cabida en el concepto de acción; Segundo, *Definición*.- La acción debe tener un carácter matriz para definir los caracteres ulteriores de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad; Tercero, de *Enlace*.- Dado su significación sistemática entre las diversas categorías del hecho punible dogmáticamente

(62) ENRIQUE CURY URZÚA, *Derecho penal: Parte general*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988, T. I, p. 223.

(63) ENRIQUE BACIGALUPO, *Manual de Derecho penal: Parte general*, Botogá, Temis, 1984, p. 91.

entendido; Cuarto, *Delimitación*. - Al constituir el elemento límite de todas aquellas formas carentes de relevancia jurídico penal (caso de la inexistencia o de exclusión de la conducta) (64).

La importancia de un concepto matriz de acción, resulta de las funciones que ésta asume como fundamento y límite de los procesos de criminalización. El trabajar exclusivamente con un concepto estrictamente normativo de acción que desontologiza sus presupuestos, además de constituir un modo arbitrario de usar el lenguaje y comprender los significantes, refleja una evidente tendencia a la subjetivización político criminal y al peligrosismo normativo. Si, conforme al fundamento normativo, es el estado el que fija qué es acción, sin atender para ello –y esto es consecuencia lógica del criterio normativo– a parámetros o límites óntico racionales, sólo imbuido de consignas político criminales, por lo general coyunturales y valorativas, obviamente que estaremos otorgando teóricamente carta libre para el imperio de la arbitrariedad y el voluntarismo prepotente.

3.6 Concepto Sincrético de Acción

Se debe destacar que del análisis y el aporte de las diversas teorías penales, tres son los elementos fundamentales de la acción: la finalidad, la causalidad y la relevancia social (el elemento normativo para la concepción normativista), lo que permite esbozar un concepto moderno y sincrético desde el terreno de la dogmática penal, un ejemplo de ello es la definición que concreta FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, para quien “acción” es “el actuar humano (comisivo u omisivo) controlado o susceptible de serlo por la voluntad general dirigido hacia un determinado resultado, con repercusiones en el ámbito social” (65).

(64) HANS H. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Barcelona, Bosch, 1981, Vol. I, p. 291. Al respecto, véase también: JAKOBS, “El concepto jurídico penal de acción”, cit., p. 69, donde critica las citadas funciones del derecho penal que señala JESCHECK.

(65) VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal: Parte general*, cit., p. 301. El autor emplea la palabra “conducta”, para significar el contenido del vocablo

En la Dogmática Penal moderna (MAURACH, ESER, JESCHECK, BLEI, LACKNER, PREISENDANZ y WESSELS entre otros) expresada en la síntesis de los postulados neokantianos y finalistas, el concepto "acción" conserva su naturaleza finalista, no obstante el incesante bombardeo del normativismo penal; pero la concepción welzeniana, que hizo de ella la piedra angular de todo el sistema jurídico penal, no fue nunca asumida por teóricos y legisladores. Sin embargo, como se ha dicho, se observa un vigoroso renacer de la importancia del concepto acción (subordinada por cierto al concepto de imputación objetiva), como fundamento del delito, sobre todo en los trabajos de JAKOBS, ROXIN y GIMBERNAT entre otros.

"acción". Al margen de la referencia al término genérico "conducta", es válida la definición. El concepto "Acción" ha suscitado una larga e interesante discusión doctrinaria que trasciende incluso los cauces dogmáticos. Hacerle un seguimiento histórico doctrinario escapa a los objetivos de este trabajo, siendo material para un futuro ensayo al respecto. Consúltese el importante trabajo de DIETHART ZIELENSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990; ENRIQUE CURY URZÚA, "La teoría de la acción", en su *Derecho penal. Parte general*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988; HANS JOACHIM HIRSCH, *La polémica en torno de la acción y de la teoría del injusto en la ciencia penal alemana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993; de CLAUS ROXIN, consúltese *Problemas básicos*, cit. Igualmente véase el trabajo de EDGARDO GRAMAJO, *La acción en la teoría del delito*, Buenos Aires, Astrea, 1975; JAKOBS, "El concepto jurídico penal de acción" cit.; MARIO BUNGE, "La acción", en *La investigación científica*, cit., pp. 683 y ss.; JÜRGEN HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Taurus, 1987, 2 t.; CARLOS SANTIAGO NINO, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, cit.; TALCOTT PARSONS, *Estructura de la acción social*, Madrid, Guadarrama, 1968; EMILIANO BORJA JIMÉNEZ, "Funcionalismo y Acción" cit.; MARIO ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, Milano, Giuffrè, 1995, T. I, pp. 289 y ss.; FRIEDRICH KAULBACH, *Einführung in die Philosophie des Handelns*, Darmstadt, 1982; ANTOLISEI, *L'azione e l'evento nel diritto penale*, Milano, 1928; MANTOVANI, *Il concetto ontologico del reato*, Milano, 1954; RONCO, *L'azione penale*, Torino, 1984; WOLFF, *Der Handlungsbegriff in der Lehre von Verbrechen*, 1964; ALVIN I. GOLDMAN, *A theory of Human Action*, New Jersey, Englewood Cliffs, 1970; H. L. A. HART y STUART HAMPSHIRE, *Decision, intention and Certainly*, 1958; y ABRAHAM MOLES y ELISABETH ROHMER, *Teoría de los actos: Hacia una ecología de las acciones*, México, Trillas, 1983.

Resulta conclusión obvia que la acción relevante como sustento de la responsabilidad penal reúne características de racionalidad en grado diverso.

3.7. Breves consideraciones sociológico-filosóficas sobre la Acción

En resumen, la acción, y dentro de ella el acto, es una cualidad inherente al ser que interactúa, que preexiste al orden jurídico y coexiste con él, no dependiendo de éste en su materialidad y existencia, siendo el eje y constituyendo la base común de donde el derecho penal extrae algunas formas de acción para tipificarlas como delito; y que a partir de ese momento adquieren relevancia penal. No se trata pues, que el derecho penal construya acciones sino que éstas (determinadas acciones) al ser focalizadas e integradas en la norma penal asumen significancia jurídico penal.

En torno a su naturaleza, clases, condicionamientos, alcances y límites, puede esbozarse toda una teoría. Esto es lo que han hecho desde diversas perspectivas, entre otros, MAX WEBER⁽⁶⁶⁾. Este notable tratadista alemán, sistematizador de la teoría de la Acción Social, establece 4 tipos de acción, los dos primeros de índole racional: intencionales y valorativos; y los últimos, afectivos y de tradición; WEBER nos dice: "Llamaremos Acción (*Handeln*) a cualquier actitud o actividad humanas (*Verhalten*), ya impliquen actos internos o externos, omisiones de actos o aquiescencia pasiva, si, y en la medida en la que, el actor o actores asocien a ellas un significado subjetivo. La acción social es una acción tal que, conforme a su significado subjetivo para el actor o actores, implica las actitudes y acciones de otros y está orientada hacia ellos en su curso"⁽⁶⁷⁾. Por su parte TALCOTT PARSONS, dentro del concepto social de acción, enfatiza el carácter racional de ésta, en cuanto es guiada por un conocimiento

(66) MAX WEBER, *Economía y Sociedad: Esbozo de sociología comprensiva*, México-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1992.

(67) WEBER, *Economía y Sociedad*, cit., pp 18-20.

válido y al mismo tiempo normativamente orientado: “La acción se orienta normativamente no sólo en el sentido de la búsqueda de fines; se halla además sujeta a ciertas condiciones normativas o reglas que la guíen” (68). HANS WELZEL (desde una perspectiva filosófico jurídica). GEHLEN (acción como actos de toma de postura ante sí mismo y ante el futuro: acciones con sentido y posicionamiento histórico, acciones instintivas). HABERMAS, el filósofo alemán de mayor renombre en la actualidad, plantea en su principal obra sistemática un ambicioso concepto y estructuración de la Acción, al enunciarlo como la base de una teoría de la sociedad y como alternativa a la filosofía de la historia (69). HABERMAS nos habla de Acción Comunicativa, Instrumental y Estratégica, definiendo a la primera como “la interacción simbólicamente mediada, orientada de acuerdo con normas intersubjetivamente vigentes que definen expectativas recíprocas de conocimiento y que tienen que ser entendidas y reconocidas por lo menos por dos sujetos agentes”; en cambio la acción instrumental es aquella que “se orienta por reglas técnicas que descansan sobre el saber empírico, reglas que implican en cada caso pronósticos sobre sucesos observables, ya sean físicos o sociales; estos pronósticos pueden resultar verdaderos o falsos” (70). PARETO (71) clasifica y reflexiona en torno a las acciones lógicas y las acciones no lógicas, destacando la importancia de las segundas en el desarrollo de los hechos humanos. Asimismo, son de importancia los planteamientos teóricos sobre Acción, de autores como LUHMANN, KAULBACH, MOHLES-ROHMER, VON WRIGHT, NINO y otros.

(68) TALCOTT PARSONS, *Ensayos de Teoría Sociológica*, Barcelona, Paidós, 1967, pp. 30 y ss. Véase ampliamente la teoría de la acción de PARSONS en su obra *Estructura de la acción social*, T. I y II.

(69) JÜRGEN HABERMAS, *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Taurus, 1987.

(70) JÜRGEN HABERMAS, *Ciencia y técnica como ideología*, Madrid, Tecnos, 1994, pp. 66-68.

(71) WILFREDO PARETO, *Tratado de Sociología general*, Firenze, 1923, Vol. I, pp. 63 y ss.

4. LO PREPARATORIO

Viene a ser la calificación lingüística del acto, la precisión de la función inicial de la acción, al otorgarle una connotación específica a ésta, consistente en su carácter posibilitador relativo al logro de algún objetivo según sea el plan del agente y las exigencias del tipo al respecto. Lo preparatorio está dado por la serie de disposiciones que denotan direccionalidad hacia el logro de algún propósito. El verbo “preparar” indica preveer, determinar o disponer una acción que se ha de seguir. Preparación es aquella forma de actuar que crea las condiciones previas adecuadas para la realización de un delito planeado. Se entiende entonces que lo preparatorio debe ir más allá del simple proyecto interno sin que ello signifique realización típicamente relevante de la voluntad delictiva. MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, sostienen que “La preparación es una conducta que asienta las condiciones previas de la ejecución de un delito planificado. Por consiguiente, ella debe (*minimum*) ir mas allá del mero planear para sí, objetivando el hecho representado, no pudiendo por otra parte (*maximum*) haber comenzado la realización inmediata y típicamente relevante de la voluntad delictiva (72). Para STRATENWERTH: “La preparación puede definirse como el comportamiento que, temporal y objetivamente, precede la ejecución propiamente típica del delito. Por tanto, la “Preparación” resulta ser conceptualmente un estadio previo (todavía) no punible del hecho punible. La compra de pimienta, por ejemplo, para ser arrojada en la cara de la víctima de un asalto, no significa todavía el ejercicio de violencia requerido por el robo (73).

Para los penalistas españoles COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN: “preparar el delito es llevar a cabo una actividad externa dirigida a facilitar su realización ulterior... La preparación del delito se diferencia de la simple manifestación de la voluntad criminal, en que aquélla se dirige a la ejecución, mientras que ésta puede llevarse a

(72) MAURACH-ZIPF, *Derecho penal*, cit., T. II, p. 8.

(73) GÜNTHER STRATENWERTH, *Derecho penal: Parte general*, Madrid, Edersa, 1982, p. 201.

cabo sin tal finalidad ⁽⁷⁴⁾. GÜNTHER JAKOBS precisa lo siguiente: “El estado previo al comienzo de la tentativa se llama preparación. En tanto que la preparación no se limita a los planes de un sujeto singular, sino que se objetiva, el derecho positivo lo pune en varios casos, sin sujetarse a los límites que traza para el derecho penal el estatus de ciudadano del sujeto que delinque” ⁽⁷⁵⁾.

4.1. Características de los actos preparatorios

- 1º Son como todo acto humano con sentido, una acción o en su defecto un elemento de la acción final, compuestos por una fase objetiva y otra subjetiva por lo general carente de significancia penal ⁽⁷⁶⁾, ya sea por absoluta irrelevancia (naturaleza ontológica) o por evidente atipicidad (valoración normativa).
- 2º Son equívocos, ya que pueden ser empleados para realizar acciones socialmente permitidas y valoradas positivamente por la sociedad, como también para preparar acciones penalmente relevantes, revelando en este caso una voluntad potencialmente delictiva. Preparar un delito no es aún acción delictiva (con las excepciones fijadas por ley).
- 3º Son de naturaleza externa, objetivable, no existen actos preparatorios a nivel de pensamiento.
- 4º Generalmente no lesionan la *ley penal*, pues no hay aún comienzo de ejecución, ni han puesto en peligro la disposi-

⁽⁷⁴⁾ M. COBO DEL ROSAL y T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal: Parte general*, Valencia, Tirant lo blanch, 1990, p. 548.

⁽⁷⁵⁾ JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, cit., p. 858.

⁽⁷⁶⁾ Los sistemas punitivos que castigan los actos preparatorios, encuentran en los mismos la presencia de dolo; posición teórica de la cual se discrepa muy particularmente. Véase, por ejemplo, ZDRAVOMISLOW-SCHNEIDER-KELINA-RASHKOVSKAIA, *Derecho penal soviético: Parte general*, Bogotá, Temis, 1970, p. 228.

ción de los bienes jurídicos tutelados, lo que los hace irrelevantes penalmente, a lo sumo pueden implicar un riesgo remoto para la seguridad jurídica (77).

- 5° Por lo general se centran en la esfera propia del agente activo, siendo acciones que no trascienden su esfera personal, agotándose en él (78).
- 6° Conceptualizados y analizados en función al proceso de desarrollo del *iter criminis* constituyen el nivel mínimo objetivable del proceso ejecutivo del delito. En esta perspectiva desempeñan el rol de “posibilitadores del delito”, ofreciendo al análisis dogmático la necesaria referencia integradora en la comprensión del delito (79).
- 7° Por excepción pueden ser considerados en sí mismos objeto de relevancia penal; en este caso, el legislador los expresa en tipos penales.
- 8° Cuando son objeto de estudio penal, deben necesariamente estar enfocados en función al tipo concreto señalado en la norma penal, estableciéndose la relación: preparación-bien jurídico penalmente tutelado.
- 9° La conceptualización de los actos preparatorios de naturaleza equívoca e indeterminada, como no quebrantadores de la vigencia de la norma penal (excepción hecha de los punibles legalmente), cuya represión acarrearía más abusos e intolerancias que eficacia en la lucha contra el delito, hace

(77) OTTORINO VANNINI, precisa que el peligro ínsito en los actos preparatorios “es un mero antecedente de aquello que por continuidad se concreta en los actos ejecutivos (...) o bien no se transfunde en los actos ejecutivos”. Véase *Il problema giuridico del tentativo*, Milano, Giuffrè, 1950, p. 86.

(78) FRANCISCO CARRARA, *Programa de Derecho Criminal*, Bogotá, Temis, 1988, T. I, § 398, p. 269. Véase también del mismo autor: *Reminiscenze di cattedra e foro*, Firenze, Casa Editrice Fratelli Cammelli, 1905.

(79) NELSON PESSOA, *La tentativa*, Buenos Aires, Hamurabi, 1987, p. 66.

de ellos actos socialmente soportables por el sistema, que cuenta con mecanismos más *ad hoc*, que los del sistema penal, para su tratamiento.

- 10° Son, en suma una de las garantías en el normal desenvolvimiento de las acciones humanas, cuyo respeto y objeto de mínima intromisión reflejan y grafican la real estructuración y funcionalidad de un estado de derecho.

4.2. Conceptos sobre actos preparatorios

BELING (80) enunció a principios de siglo un concepto que por su formalismo riguroso mantiene su eficacia conceptual, al indicar que son aquellos que se quedan comprendidos en la periferia del tipo no alcanzando a ingresar a su núcleo. La opinión de FRANCISCO CARRARA igualmente es de gran importancia al considerarlos actos equívocos o ineficaces para obtener por sí solos la consumación delictiva; considera el insigne maestro italiano que al no existir el sujeto pasivo de dichos actos y permaneciendo éstos en la esfera personal del autor, no llegan a lesionar ni a ser comprendidos en el campo del Derecho Penal (81). SILVIO RANIERI ofrece la siguiente definición: "Actividad preparatoria es lo que antecede a una actividad penalmente relevante para determinado tipo legal, entendida en sentido lato, cuya realización hace posible o facilita, pero que no queda comprendida en su figura criminosa" (82). JIMÉNEZ HUERTA, señala que "son aquella parte del obrar humano, que, si bien incide en la parte externa del delito por implicar un comportamiento corporal que trasciende de la simple resolución interna, tiende a la búsqueda y provisión de los medios e instrumentos, al acecho y vigilancia del sujeto pasivo para hallar la ocasión propicia, a lograr la intervención de otras personas que auxilien a su ejecución, a asegurar la

(80) BELING, *Esquema*, cit., p. 101.

(81) CARRARA, *Programa*, cit., T. I, § 395, p. 267.

(82) SILVIO RANIERI, *Manual de Derecho penal*, Bogotá, Temis, 1975, T. II, p. 46.

huida de los delincuentes y, en general a la realización de los preámbulos del delito. Los actos preparatorios son de naturaleza impune, quedan más acá del límite mismo del dispositivo de la tentativa” (83). Por su parte, ZDRAVOMISLOV-SCHNEIDER *et. al.*, indican que “en el sentido amplio de la expresión deben considerarse como preparación del delito cualquier actividad dolosa dirigida a crear las condiciones para la consumación del hecho delictivo” (84). Finalmente ENRIQUE BACIGALUPO dice que: “es el proceso por el cual el autor dispone de los medios elegidos con miras a crear la condición para la obtención del fin” (85). PELLEGRINO ROSSI, destacado jurista ítalo-francés, en 1829 advertía: “Hánse confundido con sobrada frecuencia los actos preparatorios del delito con los actos de ejecución. De aquí un gran número de consecuencias tan funestas como peligrosas sobre la latitud legítima de la justicia penal. La doctrina de la tentativa se ha resentido, entre otras, de esta confusión de ideas” (86).

Resulta evidente que los pocos tratadistas que se han preocupado por estudiar la naturaleza de los actos preparatorios, han centrado la atención en su carácter penal irrelevante al constituir actos equívocos que no indican necesariamente conexión final con un tipo penal, y otros han enfocado el análisis en el elemento vinculante y preparador del delito que constituye todo acto preparatorio funcional. Al respecto, y previamente a intentar una definición, se esbozará una clasificación de dichos actos.

(83) MARIANO JIMÉNEZ HUERTA, *La tipicidad*, México, Porrúa, 1955, p. 135. Véase también del mismo autor: *Derecho penal mejicano*, México, Porrúa, 1977, T. I.

(84) ZDRAVOMISLOV-SCHNEIDER *et al.*, *Derecho penal soviético*, p. 228.

(85) ENRIQUE BACIGALUPO, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Temis, 1984, p. 163.

(86) PELLEGRINO ROSSI, *Tratado de Derecho Penal*, Madrid, Imprenta de Don José María Repullés, 1939, T. II, p. 95.

4.3. Clasificación y definición de los actos preparatorios

Se ha tomado en cuenta tres variables básicas para efectuar esta clasificación: el agente activo, el tipo penal y la naturaleza misma del acto (87).

Actos Preparatorios Funcionales (88). Aquí, el “acto preparador” guarda íntima conexión con el proceso del delito, constituyendo el eslabón objetivable inicial. Generalmente se llega a esta certeza luego de un análisis histórico, es decir, realizado *ex-post*, una vez concretado el ilícito; no obstante, tomando en consideración el plan o proyecto del agente, se puede dilucidar con cierto grado de certidumbre la naturaleza preparatoria de tales actos, razón por la cual

(87) CARRARA, distingue entre *actos preparatorios absolutos*, en los cuales falta por completo el carácter de principio de ejecución, por más que las declaraciones del sindicado, demuestren como cierto que estaban dirigidas a un delito (ejemplo: la adquisición de armas, la compra de venenos, las pesquisas para obtener informaciones, el mandato, los acuerdos criminosos); y *actos preparatorios contingentes o condicionales*, siendo éstos los que pueden tener la índole de comienzo de ejecución (en base a la intención del agente), pudiendo ofrecer un principio de peligro actual, pero que carecen de univocidad, debiendo dejárseles impunes por no existir la certeza de que se hallen dirigidos a un delito. Sólo cuando se hallen acompañados de condiciones materiales inequívocas, puede castigárselas como tentativas (*Programa de Derecho Criminal*, cit., T. I, § 358, p. 249).

(88) El término *función* tiene múltiples significados y usos lingüísticos, como lo pone de manifiesto ROBERT MERTON: a) como reunión o actividad pública; b) como ocupación; c) como actividad asignada al que ocupa un puesto o cargo público; d) en su significación matemática, en cuanto se refiere a una variable considerada en relación con una o más variables respecto de las cuales, puede ser expresada o de cuyo valor depende el suyo; y e) en cuanto procesos vitales u orgánicos, considerados en el respecto en que contribuyen al sostenimiento del organismo, lo cual supone la idea de interdependencia, relación recíproca y de variaciones netamente dependientes. Aquí se ha tomado el concepto función más bien en su sentido usual, esto es, en el complejo de actividades que cumple el acto, la estructura o el sujeto base dirigidas a satisfacer necesidades. *Teoría y estructuras sociales*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, pp. 93 y ss.

son frecuentemente objeto de punición, atendiendo a razones político criminales de defensa social, ante el peligro potencial que representa para la sociedad, pese o no constituir aún lesión o puesta en peligro real del bien jurídico. Podemos considerar dentro de esta clase los actos preparatorios que como tales han preparado la ejecución del delito y, por otro lado aquellos que son considerados en sí mismos delictivos.

Son actos funcionales porque necesariamente se hallan vinculados a algún tipo penal específico y llevan dentro de sí una direccionalidad en tal sentido. El legislador, tomando en cuenta la gravedad, para la sociedad, de algunos de estos actos, los ha erigido en tipos penales autónomos.

Actos Preparatorios Impropios. Constituyen aquellas acciones finales que cierran su ciclo en torno al agente, sin llegar a proyectarse ni potencial, ni como umbral mínimo en alguna figura típica; no indican nada penalmente relevante.

Constituyen la inmensa mayoría de los actos humanos, que realizan acciones permitidas, y por lo tanto, no sancionables penal ni jurídicamente. No existe aquí vinculación, ni carácter funcional e indicador en la naturaleza del acto.

Actos Preparatorios Imperfectos. Se presentan al no observarse un carácter funcional definido en los mismos, pues al ser equívocos muestran insuficiente contenido delictivo y poca intelegibilidad real⁽⁸⁹⁾. Aquí los actos de los seres humanos se mantienen en el terreno de la preparación sin traspasar al umbral mínimo de la ejecución; obviamente tiene que colegirse algún elemento de intencionalidad desistida a ese nivel que no permitió el paso a otros grados del proceso ejecutivo del delito; estos actos son, en la mayoría de las veces, objeto de la actuación policial disuasora y constituyen un

(89) WELZEL, *Derecho Penal. Parte general*, cit., p. 190. Véase en el punto 14 de este título "Derecho comparado: Esquemas legales", la punición de esta clase de actos que contempla entre otros códigos, especialmente el español de 1973.

terreno frecuentemente invadido por la política criminal en su incesante afán criminalizador y preventivo.

Los actos preparatorios no constituyen una excepción, ni una modalidad esencialmente distinta que se halle al margen de la acción o conducta humana final; son, por lo tanto, voluntarios y concientes, siendo su matriz diferenciadora la no desvaloración penal, ya que no han llegado a afectar bien jurídico alguno, ni a infringir la ley. Esto quiere decir que el perfeccionamiento de estos actos se ha concretado sin alterar el ordenamiento jurídico-social, de ahí su inocuidad y espectro amplio e impreciso, desarrollándose en diferentes órdenes humanos, sean éstos sociales, culturales, económicos, etc.

Los actos funcionales son preparatorios, es decir, posibilitadores de delito en función a la conducta típica establecida en alguna figura del Código Penal, y la relevancia penal que puedan llegar a adquirir se halla determinada en la medida en que constituyan eslabones o fases necesarias para la ejecución del delito. Adquirir un cuchillo es un acto preparatorio impropio, por lo tanto permitido por el orden jurídico, sin que ello implique en su naturaleza vinculación necesaria con algún tipo penal; este acto no es preparatorio sino simplemente una acción final inocua penalmente como tantas otras, que al perfeccionarse y cerrar su ciclo se agota en sí misma. El mismo ejemplo sirve para ilustrar el caso contrario, si es que la adquisición de dicho cuchillo se halla vinculada con algún propósito del agente consistente en lesionar o matar. Naturalmente no se le podría señalar carácter preparatorio de un delito de peculado o calumnia; con esto último se quiere poner de relieve la íntima relación que debe guardar el acto preparador con el tipo penal respectivo.

Actos preparatorios manifiestos o latentes son todos aquellos actos funcionales o imperfectos que encaminados cierta o equívocamente a preparar el delito (provisión de medios, circunstancias, instrumentos, contactos, etc.), no ingresan, sin embargo, a la fase ejecutiva del mismo, por lo cual no son pasibles -considerados en sí mismos- de valoración ni sanción penal, salvo las excepciones establecidas expresamente por ley.

4.4. Historia legislativa de los actos preparatorios

La política criminal que asuman las legislaciones, sean éstas nacionales o de sistemas más amplios, en lo que respecta a la criminalización de las conductas preparatorias, pondrá de manifiesto en mayor o menor grado lo autoritario de los respectivos sistemas políticos. La despenalización de ciertos actos preparatorios ha reflejado una lucha constante del derecho penal liberal contra los excesos punitivos del poder político, el que en un deseo incesante de proveerse el máximo de seguridad ha invadido áreas hasta entonces consideradas inocuas, generando un abuso sobre los Derechos Humanos y un atentado a la legalidad implícita en sus leyes fundamentales.

La historia de los actos preparatorios corre pareja a la de la tentativa. En el Derecho Penal Romano, afirma TEODORO MOMMSEN, los actos preparatorios fueron frecuentemente considerados punibles por la Ley, sobre todo en los delitos cometidos por sicarios y envenenadores⁽⁹⁰⁾; es así como la Ley Cornelia (88 a 80 a.C.) dada durante la dictadura de SILA, criminalizó los actos de llevar armas así no se efectivizara el hecho violento contra la persona o propiedad⁽⁹¹⁾, situación observada igualmente en los delitos de lesa majestad⁽⁹²⁾. En el antiguo Derecho Germano, muy influido por criterios de resultado objetivo, no se otorgó un trato específico a los actos preparatorios ni a la tentativa, siendo en algunos casos éstos asimilados al delito consumado, para los fines de la punición; así, actos como desenvainar el cuchillo eran castigados como delitos contra la vida y la paz⁽⁹³⁾. La intensa actividad jurídica de los prácticos italianos BALDO, ALCIATO, DECIANO, BELVICIO y otros en los siglos XIV y XVI, contribuyeron de modo indirecto a precisar el campo de

(90) TEODORO MOMMSEN, *Derecho penal romano*, Bogotá, Temis, 1991, pp. 398 y ss.

(91) *Leges Corneliae -Lex de sicariis et veneficiis-* (KASQUIN, JOSÉ, *Manual de latín jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1993), p. 259.

(92) *Lex Cornelia*, Libro XLVIII, Título VIII (*Digesto*, en *Corpus Iuris Civiles* o *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Barcelona, 1897, T. III).

(93) LISZT, *Tratado*, cit., T. III, p. 5.

los actos preparatorios, al definir y generalizar la idea de la tentativa, esfuerzo que será legislado en la ley germana conocida como “Carolina” (1532) de gran influencia en Europa hasta el advenimiento de los códigos del siglo XIX.

Es de singular importancia observar cómo en los ordenamientos penales de ciertos países se legisló específicamente reprimiendo los actos preparatorios. El Código Penal ruso de 1926, en el artículo 19 castigó la tentativa y el acto preparatorio como delito consumado⁽⁹⁴⁾. Igual postura legislativa se observa en los recientes códigos penales cubano (1988) y chino (1980), observándose en líneas generales que el denominado “Derecho Penal Socialista” se ha caracterizado por asumir una rigurosa y extensiva línea de defensa social y del estado, lo cual en muchas de las veces ha significado la violación de derechos fundamentales a la condición humana. En el Código Penal italiano de 1930, elaborado por ARTURO ROCCO y EDUARDO MASSARI, se equiparó los actos preparatorios a los de la tentativa para los efectos de una más eficaz represión⁽⁹⁵⁾. La ley alemana del 28 de junio de 1935 en pleno régimen nazi, modificó el artículo segundo del Código Penal estableciendo como criterio de represión

(94) Art. 19° del Código Penal de la URSS: “La tentativa del delito, así como los actos preparatorios del mismo, consistentes en la busca y adquisición o adopción de los instrumentos y de los medios para cometerlo y la creación de las condiciones para ese fin, serán perseguidos como delito consumado. El Tribunal en este caso elegirá la medida de la defensa social, valorando el grado de peligrosidad del autor de la tentativa o de los actos preparatorios, el de la proposición del delito, la proximidad al elemento consumado y las causas que han impedido la consumación” (“Código penal soviético y Legislación complementaria”, en *Legislación soviética moderna*, México, UTEHA, 1947). ÍDEM en el Código Penal búlgaro de 1951 (Arts. 15 y 16), ÍDEM en el Código Penal cubano de 1988 (Arts. 12 y 13). Ver Título III, Derecho Comparado: esquemas legales.

(95) Art. 56° del Código Penal italiano de 1930: “El que realizare actos idóneos dirigidos de manera inequívoca a cometer un delito, responderá de delito tentado, si la acción no se realiza o el resultado no se verificó” (incluido en GIUSEPPE MAGGIORE, *Derecho penal*, Bogotá, Temis, 1989, T. V).

el sano sentimiento del pueblo y la analogía ⁽⁹⁶⁾, haciendo de la voluntad del *Führer* la ley, desechando las fases de ejecución del delito; el Código Penal español de 1848, en su artículo cuarto, extendió la punibilidad de la tentativa a la conspiración, proposición y provocación para delinquir ⁽⁹⁷⁾; el artículo 36 del Código Penal de Santa Cruz (Bolivia) de 1834 sometió a vigilancia de la autoridad el pensamiento y la resolución de delinquir ⁽⁹⁸⁾; el código penal argentino de 1886 en su artículo 14 estableció que los actos preparatorios sólo son punibles cuando importan una contravención ⁽⁹⁹⁾. Recientes legislaciones penales como el español de 1995 pune actos como la tenencia de gonzálvas, anuncios de medios y procedimientos abortivos; el mexicano de 1922, castiga la apología “de algún vicio”; el código ecuatoriano castiga a los autores de lecciones pastorales, prédicas o sermones, destinadas a desprestigiar a las autoridades, o contrarias a los dogmas; igualmente reprime la mendicidad y vagancia.

(96) Véase al respecto: SANTIAGO MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1976. En esta obra, el autor analiza este infausto período en la historia del pueblo y la juricidad alemana (pp. 256 y ss.).

(97) Art. 4^o del Código penal español de 1848: “son también punibles la conspiración y la proposición para cometer un delito. La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución del delito. La proposición se verifica cuando el que ha resuelto cometer un delito, propone su ejecución a otra u otras personas. Exime de toda pena el desistiendo de la conspiración o proposición para cometer un delito, dando parte y revelando a la autoridad pública el plan y sus circunstancias, antes de haberse comenzado el procedimiento” (En JOAQUÍN FRANCISCO PACHECO, *El Código penal español*, Madrid, 1856).

(98) El Código penal boliviano de 1834 fue promulgado el 6 de noviembre del mismo año, durante el gobierno del general Santa Cruz. Art. 36^o: “El pensamiento y la resolución del delinquir, cuando todavía no se ha cometido ningún acto para preparar o empezar la ejecución del delito, no están sujetos a pena alguna, salvo la vigilancia especial de las autoridades en los casos que determine la ley”. Este mismo cuerpo legal, fue promulgado como Código Penal del Perú en 1836, durante la efímera Confederación Perú-Boliviana.

(99) *Código penal de la República Argentina* (1886), comentado por CARLOS MALAGARRIGA (Buenos Aires, 1896).

5. IDEACION Y ACTOS PREPARATORIOS

No hay duda que entendido funcionalmente los actos preparatorios constituyen la manifestación exteriorizada inicial del proceso interno-mental delictivo conocido como la "Ideación", proceso en el cual el autor elabora el plan del delito y propone los fines que serán meta de su acción, eligiendo a partir del fin los medios para alcanzarlo ⁽¹⁰⁰⁾. La sola decisión de actuar no es todavía punible, igual ocurre con el pensamiento, incluso con su expresión verbal, excepción hecha cuando constituya delito por sí sola, como en el caso de la injuria verbal, el desacato y la calumnia. Como refiere ENRIQUE BACIGALUPO, la voluntad, mientras no se concrete en actos externos objetivables, así sea ésta una voluntad mala, moralmente reprobable, no será objeto de punición; al respecto, recuerda WELZEL ⁽¹⁰¹⁾, la confesión de GOETHE, según la cual con la imaginación podría haber cometido todos los delitos. En todos estos casos rige el principio jurídico universal formulado por ULPIANO del *Cogitationis Poenam Nemo Patitur* (Los pensamientos no están sujetos a castigo), que bien nos lo recuerda el jurista italiano GAETANO FILANGIERI (1752-1788) en su memorable *Ciencia de la Legislación* con las siguientes palabras: "si la sociedad no venga los pensamientos, sino las acciones; hasta que se manifieste la voluntad de delinquir, no podrá en ningún caso estar sujeta a castigo, y para estarlo es necesario que se manifieste con la acción prohibida por la ley"⁽¹⁰²⁾. Agrega MAURACH que el simple planeamiento de la infracción, en tanto no transponga la esfera del sujeto aislado es irrelevante para el Derecho Penal ⁽¹⁰³⁾. Igual que con la voluntad y el pensamiento, el

(100) BACIGALUPO, *Manual*, cit., p. 189.

(101) WELZEL, *Derecho penal: Parte general*, cit., p. 189.

(102) GAETANO FILANGIERI, *Ciencia de la Legislación*, Burdeos, 1823, T. III, p. 316, aludiendo a una frase latina atribuida a ULPIANO y recogida en el *Digesto* (Libro XLVIII, títulos 19, Ley 18).

(103) REINHART MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, Barcelona, Ariel, 1962, T. II, p. 167.

Derecho Penal Liberal considera la no punición de las ideas (104), siendo necesarios por lo tanto un principio de exterioridad, una conducta exterior, lo que permanece en la intimidad o en el mundo espiritual del hombre no es reprochable por ser ajeno al derecho.

El proceso del delito, comúnmente denominado con la frase latina "*Iter Criminis*" (camino del crimen), presenta pues un desarrollo dinámico y continuo a través de diversos momentos o fases, los cuales convencionalmente en el campo dogmático han sido simplistamente reducidos a un proceso mental interno de ideación, en el cual surge y se desarrolla el propósito criminal (la idea de la comisión u omisión delictiva), sometido al proceso de deliberación intelectual que se ha de materializar en los actos preparatorios funcionales, fase inicial externa de la conducta delictiva. Si bien el proceso interno de generación de la idea delictiva forma parte como génesis explicativa del curso posterior del hecho punible, sin embargo todas las legislaciones modernas y liberales del mundo, lo

(104) El principio universal del "*cogitationis poenam nemo patitur*", del *Digesto* se incorporó a la ley de las *Siete Partidas*, expresándose así: "Pensamientos malos vienen mucha vez en los corazones de los hombres, de manera que se afirman en aquello que piensan, para lo cumplir por fecho. E despues asman, que si lo cumpliessen que farian mal, e arrepientense, e porende dezimos, que qualquier ome que se arrepiente de mal pensamiento, ante que començasse a obrar por el, que non meresce pena (1) porende; porque los primeros moumientos de las voluntades non son en poder de los omes. Mas si despues que lo ouiesse pensado, se trabajasse de lo fazer, e de lo cumplir, començandolo de meter en la obra, manguer non lo cumpliessse de todo, estonce seria en culpa, e meresceria escarmiento, segund el yerro que fizo, porque erro en aquello que era en su poder, de se guardar de lo fazer, si lo quisiera: e esto seria como si alguno ouiesse pensando de fazer alguna traycion (2) contra la persona del Rey, e despues començasse en alguna manera a meterlo en obra; assi como fablando con otros, para meterlos en aquella traycion que auia pensando el; faziendo jura o escripto con ellos; o començandolo a meter por obra en alguna otra manera semejante destas, maguer non lo oniesse fecho acabadamente" (Ley II del Título XXXI de la Séptima Partida, T. III del Código de *Las Siete Partidas*, en *Los Códigos Españoles*, Madrid, Imprenta de la Publicidad 1848, p. 466).

consideran al margen del derecho penal y, es más, sólo podrá observarse en los delitos dolosos. Lo que permanece en la intimidad espiritual del hombre, por reprochable que sea, es ajeno al Derecho, no hay delitos de puro pensamiento, por esto, la punibilidad de ideas, deseos, afectos, se mira como una expresión intolerable de autoritarismo. GIANDOMENICO ROMAGNOSI, precisa que el pensamiento se sustrae a la autoridad imperativa de tal suerte que en ella sería delito el pretender hacerlo objeto de sanción ⁽¹⁰⁵⁾.

6. LA TEORIA DE LAS RESOLUCIONES MANIFIESTAS

LUIS JIMÉNEZ DE ASUA, desarrolló, *in extenso*, principalmente en el tomo VII de su *Tratado de Derecho Penal*, esta teoría, haciéndose eco de los planteamientos que hicieron los penalistas franceses ROSSI, VIDAL y GARRAUD ⁽¹⁰⁶⁾ en los siglos XIX y principios del XX. La Teoría de las Resoluciones Manifiestas, que tuvo enorme difusión en los países latinoamericanos, consiste en considerar que entre el proceso interno de génesis del delito y la exteriorización de la voluntad criminal existe una fase intermedia donde aún no se puede hablar de actos preparatorios. Fase intermedia representada por la proposición, conspiración, provocación, excitación, apología, instigación e incitación al delito; resoluciones que tienen sustancialmente una naturaleza verbal y que según esta teoría no pueden ser tratados como actos preparatorios ni como tentativa de delito, por cuanto

(105) GIANDOMENICO ROMAGNOSI, *Génesis del Derecho penal*, Bogotá, Temis, 1956, p. 240. Afirma el insigne maestro: "De ahí que toda infracción de un deber social y por esto, también todo delito, no puede ser nunca un pensamiento, sino más bien la ejecución física y externa de un pensamiento interno. Luego el pensamiento, el deseo, la complacencia de la acción criminal, separados de la ejecución real, física y externa, en fin todos los motivos criminosos internos, aun cuando se leyeran en los cerebros humanos como los caracteres en los libros, nunca podrían ser castigados justamente."

(106) Consúltese: PELLEGRINO ROSSI, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. II; RENE GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, troisième édition, Paris, Sirey, 1913; y GEORGES VIDAL, *Cours de droit criminelle et de science pénitentiaire*, Paris, Librairie Artur Rosseau, 1928.

no entran aún en el núcleo típico y falta la objetividad de la infracción jurídica. Se hace aquí la diferencia entre la simple resolución de cometer delito, que aún permanece en la esfera interna del agente —entendido como firme voluntad de realizarlo— y la resolución que se manifiesta en el medio en que se actúa (resolución manifiesta). Lamentablemente la admirable erudición del maestro español ha resultado infructífera en este aspecto ⁽¹⁰⁷⁾. Los legisladores han considerado que proponer y reunirse a conspirar, hacer apología del delito, incitar a la rebelión, etc., constituyen figuras típicas penadas por ley; así, las resoluciones manifiestas resultan o tipos penales especiales, o elementos constitutivos de diversas figuras delictivas, deviniendo en ineficaz y obsoleta dicha teoría. En realidad aquí se ha puesto de manifiesto la extensión de la tipicidad que han realizado los legisladores en el terreno de los actos preparatorios; se cancela de este modo una antigua teorización penal. En la dogmática penal moderna es irrelevante la Teoría de las Resoluciones Manifiestas.

7. IMPORTANCIA DE LOS ACTOS PREPARATORIOS FUNCIONALES

Los actos previos que hacen posible el inicio de la acción delictiva al crear las condiciones adecuadas, devienen el paso obligado

(107) Revítese LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Losada, 1976, Vol. VII, pp. 261 y ss.; ÍDEM, *La ley y el delito*, cit., p. 464; ÍDEM, “*Iter criminis* y tentativa”, en su *El Criminalista*, Buenos Aires, TEA, 1951, T. IV. *La teoría de las resoluciones manifiestas* tiene obviamente un claro origen francés, e incluso es aún sostenida por los actuales tratadistas franceses, por ejemplo PIERRE BOUZAT y JEAN PINATEL, quienes en su *Traité de Droit Penale et de Criminologia*, mantienen la noción de resolución manifiesta, declarando su impunidad, aunque no con la riqueza conceptual de que las dotó JIMÉNEZ DE ASÚA en España y América; así: “Un premier point certain c'est que le législateur ne puit pa en qualité de tentative la simple résolution criminelle. Il lui faudrait autrement recourir à der mesurer d'inquisition inacceptables dans le domaine de la vie privée et de la conscience. De pluss, il y a fort loin entre la résolution criminelle et la commission de l'infraction; entre las deux, il y a place pour le repentir. En ne punissant pas la simple résolution criminelle, on donne au malfaiteur un intérêt certain à ne pas la réaliser” (*Traite*, cit., T. I, p. 210).

para la realización de las exigencias típicas del delito que se trate, sin ellos faltaría la explicación fáctico-racional de cómo llegó a desarrollarse, qué medios, circunstancias y factores lo hicieron posible. Los actos preparatorios vienen a ser el punto de transición entre el acto inocuo penalmente y el acto punible; es la estación límite inferior de la responsabilidad penal. Estos actos han adquirido una vital importancia, la cual no debe soslayarse ni ocultar, por cuanto los códigos modernos están penetrados por numerosos actos preparatorios punibles, constituyendo éstos un apreciable sector de acciones valoradas penalmente; situación que igualmente es observable en los primeros código-tipo del siglo XIX: así, el francés de 1810 castigó con prisión y destierro a mendigos y vagabundos (arts. 269 y ss.), a 2 años de prisión a los que falsifican o alteran llaves, a pena de trabajos forzados a quienes se asocien para delinquir, etc.; el alemán de 1870 castigó con la pena de reclusión por dos años a quien practicare cualquier acto preparatorio de un atentado calificado de alta traición (art. 86), el artículo 130 castigó al sacerdote que se entrometiera a discutir asuntos de estado, y el art. 159 al que intenta decidir a alguien a cometer un delito; la ley Belga del 7 de julio de 1875, penalizó las propuestas a delinquir en delitos castigados con pena de muerte, a trabajos forzados, como delitos *sui generis*; el Código italiano de 1889 (Código ZANARDELLI) castigó con prisión y multa al que indebidamente levante planos de fortificaciones, naves, establecimientos, vías u otras obras militares; el art. 265 castigó con 6 años de reclusión a quien elabore moneda falsa nacional o extranjera; el art. 260 castigó con 5 años de reclusión al que fabrique o tenga instrumentos destinados a falsificar o alterar moneda.

7.1. Precisiones sobre los actos preparatorios

De la apreciación de los actos preparatorios surgen dos situaciones de enfoque que es necesario destacar: *Primero*, ¿en qué momento se habla de acto preparatorio?, una vez cometido el ilícito penal y observando *ex post*, que efectivamente tales disposiciones y previsiones de hechos han constituido su etapa inicial? Aquí no existe problema alguno para precisar cuales son y cuales no, la

constatación la hace el juzgador o jurista con dominio cabal del hecho ilícito. ¿O es que se puede hablar de tales actos, cuando aún no hay manifestaciones externas que den inicio a la conducta típica? Aquí el problema se resuelve observando el efecto vinculante del acto con el tipo, centralizando el enfoque en el plan del agente, en un ejercicio probabilístico de prognosis; de alguna forma debe existir algún elemento indicador que convierta al acto preparatorio en un acto funcional; de fracasar tales intentos, el acto resultará inofensivo penalmente por ser así en realidad su naturaleza, o porque por más decidida que se halle la voluntad del autor a delinquir, sus actos no han ingresado en la órbita de lo punible. *Segundo*, la siguiente cuestión es si existe delito consumado o mínimamente tentativa sin actos preparatorios, ¿si puede hablarse de delito excluyendo de su estructura y supuestos de hecho la presencia de los actos preparatorios? La respuesta general es no, necesariamente el delito parte de actos iniciales impunes, de ahí justamente nace una de las explicaciones de la facilidad de la generación del delito; pero obviamente esta respuesta no llega a cubrir todas las posibilidades en que puede manifestarse la comisión de un delito. Qué pasa con los delitos de simple actividad y con los delitos de omisión, es difícil buscar en su génesis la presencia de actos preparatorios; ¿en el caso del que injuria con palabras a otro, o en el delito de homicidio súbito con arma de fuego, puede hablarse en estos casos que buscar al sujeto pasivo y encontrarlo para injurarlo, o que el comenzar a proferir las frases o la palabra insultante sean ya actos preparatorios y/o tentativa? Lo mismo puede decirse sobre el que lleva consigo el arma, pero si el encuentro de estas personas es casual en el primer caso y en el segundo se da entre policías en servicio, en los cuales no existió ningún propósito homicida inicial, y éste surge de modo súbito. En el desacato, ¿dónde se registran los actos preparatorios? Las fórmulas típicas uni y plurisubistentes del ilícito, junto al estudio concreto respecto a cada caso, con el análisis de circunstancias y la valoración de los elementos subjetivos complementarios, serán los instrumentos que nos darán la respuesta. Carece de sentido hablar de actos preparatorios, considerados así de modo general.

7.2. Actos preparatorios y política criminal

Igualmente resulta importante contrastar aquellos criterios que poniendo el énfasis en consideraciones político criminales concluyen afirmando que en realidad no existen actos preparatorios, ni de ejecución en sí mismos considerados, por cuanto es la política criminal concreta la que determina en qué momento se fija la protección penal del bien jurídico (108). Siendo la preparación y la ejecución conceptos relativos, utilizados político-criminalmente para la construcción de tipos penales, es irrelevante su naturaleza intrínseca como factor de edificación de los mismos. Así, se construyen delitos ya en base a actos de tentativa o de preparación, constituyéndose éstos por determinación normativa en actos de esencia ejecutiva en función al supuesto de hecho descrito, desapareciendo su carácter tentado o preparatorio. E igualmente se puede agregar que, en sentido inverso, se debe también a razones de política criminal los procesos de descriminalización que convierten figuras típicas (duelo, adulterio, prostitución, riña, etc.) en simples actos preparatorios o en acciones humanas de irrelevancia penal. Estos planteamientos, si bien son técnicamente correctos –los cuales tímidamente asumen BACIGALUPO y JESCHECK– conceptual y jurídicamente tienden a dar al estado un poder inmenso, fundamentalmente en la fase de criminalización de las acciones humanas, al no existir dogmáticamente frenos o parámetros al tradicional e histórico papel super-criminalizador del estado que, en función a tales criterios, llegaría a penalizar, con toda parsimonia legal, actos preparatorios de forma indiscriminada e incluso actos de opinión.

El Código penal portugués de 1982 es el primer código moderno que –producto de una joven democracia– ha elevado el tema de los actos preparatorios a nivel legislativo en su parte general al indicar en el artículo 21, que los actos preparatorios no son punibles, salvo disposición en contrario, conservando así una antigua tradición establecida en el el código de 1852 (109).

(108) Véase BACIGALUPO, *Manual*, cit., p. 164.

(109) El Código Penal portugués, redactado en base a los proyectos elaborados por el penalista EDUARDO CORREIA en 1963 y 1966, luego de

8. LOS ACTOS PREPARATORIOS EN EL PENSAMIENTO JURIDICO PENAL PERUANO

El primer intento de dotar al país de un cuerpo sistemático de leyes penales fue el proyecto de Código Penal redactado y presentado al Congreso por MANUEL LORENZO DE VIDAURRE desde Boston, 1828, lugar donde se encontraba tras haber sido expatriado por razones políticas. El proyecto ⁽¹¹⁰⁾ –que no fue estudiado por el congreso de

sucesivas revisiones y discusiones en un marco político poco propicio a las novedades, sólo pudo aprobarse y promulgarse en un ambiente de mesura democrática. Y como se dice en la parte introductoria de dicho cuerpo legal, tales proyectos fueron elogiados por eminentes y dispares tratadistas como JESCHECK, MARC ANCEL y PIERRE CANAT, como precursores de nuevas tendencias en el terreno dogmático y especial penal.

(110) MANUEL LORENZO DE VIDAURRE, insigne peruano, actor y testigo de excepción del ocaso de un mundo y del surgimiento de otro, que a tientas y a fuerza de coraje histórico articulaba sus frágiles e incipientes estructuras sociales y de poder. VIDAURRE, hombre de Estado (primer Presidente de la flamante Corte Suprema), de amplia cultura, sólida erudición y fina inteligencia, dedicó los años postreros de su vida a la tarea de dotar a la novel república de cuerpos sistemáticos de leyes; además del Proyecto de Código Penal, destacan su Proyecto de Código Civil en tres tomos (terminados en 1836), Proyecto de Constitución Política, Proyecto de Código Eclesiástico, Escritos Jurídicos diversos sobre elecciones, agricultura, asuntos militares, reforma judicial, etc. Y ello merece valoración en gran suma si se tiene en cuenta que seguirían más de 30 años de vida republicana jurídicamente dependientes de las leyes españolas: “El Fuero Juzgo”, “Las Siete Partidas”, “La Novísima Recopilación de Leyes”, “Las Ordenes Reales” y “Las Leyes de Indias”, las mismas que se aplicaron conjuntamente con las leyes republicanas para normar y resolver las relaciones sociales y las situaciones conflictivas de los peruanos de entonces. Esta situación de hibridez histórico-legal se prolongó hasta 1863 con la dación de los Códigos Penal y Civil y de Enjuiciamiento Criminal. El Código Penal de VIDAURRE es una rara joya jurídica, llena de la soberbia intelectual de un peruano que no copió ni transcribió –como es costumbre hacerlo a veces corrompiendo el texto usado en el plagio, en vano intento de originalidad– legislación extranjera alguna; sus disertaciones ius-filosóficas penales, ponen de manifiesto el influjo teórico de lo mejor de su época: GAETANO FILANGIERI, BECCARIA, HEINECIO, HUGO GROCIO, JEREMY BENTHAN, LARDIZÁBAL URIBE y otros. Cabe indicar que el Proyecto,

entonces– contempló en la Ley 17 la temática de los actos preparatorios al determinar que: “ninguno puede ser juzgado por conversaciones que no preparen hechos ni se dirijen a ese fin”. Si bien la fórmula es amplia y penaliza los actos preparatorios de delito, la Ley 21 a continuación indica: “No hay delito, donde no hay daño general ni particular”⁽¹¹¹⁾. De lo que se colige que el pensamiento de VIDAURRE implícito en la Ley 17, estuvo dirigido fundamentalmente a los delitos de naturaleza política, tan frecuentes en la época que le tocó vivir.

En el *Código Penal Santa Cruz de 1836* –redactado en base al Código Penal español de 1822 y el proyecto de Calatrava⁽¹¹²⁾, vigente ya en Bolivia desde 1834– de fugaz paso por la vida jurídica nacional,

pese a establecer la pena de muerte para determinados casos, conserva un carácter liberal y garantista de los derechos ciudadanos.

(111) MANUEL LORENZO DE VIDAURRE, *Proyecto de un Código Penal*, Boston, Hiram Tupper, 1828, p. 209. El proyecto propiamente se halla estructurado utilizando la sistemática de las “Siete Partidas”, en 87 leyes generales que contienen fundamentalmente normas de procedimiento penal. La Parte Especial bajo el epígrafe de “Penas” se halla dividida en “Delitos Públicos o de Majestad” (doce títulos con noventa y cinco leyes) y en “Delitos Privados” (cuatro títulos conteniendo noventa y ocho leyes en total); previamente el proyecto contiene enjundiosas disertaciones ius-filosóficas sobre los delitos y las penas. Es singular el esfuerzo de VIDAURRE –aunque ello signifique para nuestra visión, constatar defectos de técnica legislativa– al integrar la parte dogmática, especial y procesal en un solo código de naturaleza penal; acaso ésta sea una deficiencia del enfoque legislativo de VIDAURRE o una genial previsión futura del devenir y desenlace normativo penal.

(112) Sobre esta última referencia, véase BASADRE, *Historia del Derecho Peruano*, Lima, Studium, 1988, p. 339; véase también la tesis de Guillermo RAMÍREZ y BERRIOS, *La obra jurídica de Manuel Lorenzo de Vidaurre y Encalada y su influencia en la evolución del derecho peruano*, Tesis de Maestría, Lima, Universidad San Martín de Porres, 1994; igualmente, para una amplia información sobre el Código Santa Cruz, los proyectos de VIDAURRE, y en general sobre la actividad jurídica del Mariscal Santa Cruz, consúltese VICENTE UGARTE DEL PINO, *La labor jurídica del Mariscal Santa Cruz*, Tesis, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1973.

es donde se menciona por primera vez a nivel legislativo el tema de los actos preparatorios; en su artículo cuarto, expresa que la tentativa de un delito es la manifestación del designio de delinquir, hecha por medio de algún acto exterior que dé principio a la ejecución del delito o lo prepare (113). Como se observa, el legislador ha equiparado la preparación al ámbito de la tentativa, parangonando en este ejercicio a los teóricos del realismo italiano, quienes en 1930 produjeron el polémico *Codice Penale*. Pero es con el Código de 1863 – que, a decir de CARLOS ZAVALA LOAYZA, encierra todo nuestro pasado (114)–, donde se eleva el tema de los actos preparatorios a nivel típico al establecer el tercer párrafo del artículo tercero que hay actos preparatorios cuando antes de dar principio a la ejecución directa del delito, practica el culpable algunos hechos como medio para perpetrarlo, señalando, a su vez, el cuarto artículo que serán punibles cuando medie confabulación (aquí el legislador utiliza confabulación como sinónimo de concierto); acto seguido el siguiente artículo precisa que la pena no se aplicará si el delincuente acredita que suspendió por propia voluntad la ejecución del delito (115).

¿Fue un acierto incluir los actos preparatorios a nivel legislativo? Fue correcto indicar que su punición estaba condicionada a la existencia del concierto o confabulación (116). Naturalmente la respuesta tiene que ver más que con técnica legislativa, con el carácter democrático del código. Los actos preparatorios deben ser elevados a nivel de “principio delimitador de la punición penal” y a partir de ello establecer las excepciones que por ley se establezcan de modo expreso y preciso en la parte especial del Código; en lo que concierne

(113) *Código Penal Santa Cruz del Estado Nor Peruano*, Art. 4º (Lima, Imprenta de Eusebio Aranda, 1836).

(114) CARLOS ZAVALA LOAYZA, *Sinópsis histórica de la Legislación penal en el Perú*, Lima, Librería e Imprenta Gil, 1941, p. 22.

(115) GUILLERMO A. SEOANE, *Código Penal y de Enjuiciamientos en Materia Penal*, Lima, Librería Francesa Científica E. Rojay Editor, 1907.

(116) Se nota en este punto las fuertes influencias del Código penal español de 1822.

a la confabulación naturalmente que es incorrecto el tenerla como elemento integrante de un dispositivo genérico .

8.1. Planteamientos de los penalistas peruanos

JOSÉ SILVA SANTISTEBAN, en abierta polémica con las teorías jurídico-penales de BARTOLOMÉ HERRERA, decía en 1863, hablando de los actos preparatorios: “el que acopia los medios para cometer el crimen, el que practica actos preparatorios será responsable ante la ley por estos actos, siempre que de suyo sean ilícitos, mas no si fuesen lícitos; y es la razón, porque no puede conocerse con exactitud la relación precisa que esos medios tengan con el fin criminal” (117). Este notable jurista peruano, de conformidad con lo estipulado por el Código Penal de 1863, se pronunció decididamente por la punición de los actos preparatorios cuando concurra confabulación para actuar. En el pensamiento jurídico penal de FRANCISCO GARCÍA CALDERON (1860) es notable la forma como se conceptualizó y clasificó los actos preparatorios, más aún si tomamos en cuenta la inexistencia de indicadores normativos de referencia en el país. GARCÍA CALDERON sostenía que son todos aquellos hechos que una persona practica con intención de cometer un delito y cuyo objeto es prevenirse y adquirir facilidad o medios para la ejecución. Manifiesta además el autor que los actos preparatorios en cierto casos: a) pueden ser tenidos como indiferentes, b) pueden excusarse con un objeto lícito, y c) pueden constituir por si mismos un delito que requiere castigo (118). RICARDO HEREDIA, profesor de Derecho Penal en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, realizó en las últimas décadas del siglo XIX importantes estudios sobre la teoría del delito. Acerca de los actos preparatorios llegó a decir: “la generación del delito comprende los actos internos, los actos preparatorios, la tentativa, el delito frustado y el consumado. Los actos

(117) JOSÉ SILVA SANTISTEBAN, *Curso de Derecho penal*, Lima, Tipografía del autor, 1863.

(118) FRANCISCO GARCÍA CALDERON, *Diccionario de la legislación peruana*, París, Librería de Laroque, 1879, Tomo I, p. 725 (segunda edición).

internos son el pensamiento, el deseo y la resolución de delinquir, no puede haber crimen, como no puede darse acto humano de ninguna especie, sin la idea de practicarlo (...) a la idea o al pensamiento del crimen sigue el deseo de cometerlo; y el pensamiento y el deseo engendran la resolución. Estas funciones psicológicas son las precursoras necesarias de todo delito y cada una de ellas constituye ya un delito moral”. Agrega a continuación: “A los actos internos del delito, siguen en el orden de su generación natural los actos preparatorios (...) claro es que los actos preparatorios no siempre son indicios ciertos de un delito que indefectiblemente se perpetrará, porque ellos, pueden servir para explicar intenciones inocentes, o intenciones criminales; este es pues el carácter intrínseco de éstos, que podemos definir así: los actos que practica el delincuente con el fin de cometer el delito, pero que no suponen precisamente una intención criminoso. Estos no son imputables, generalmente, a menos que se pruebe que son los precursores de algún delito (119). Interesa resaltar el pensamiento de este notable jurista peruano, con sus ideas tan llenas de sugerencias y con gran riqueza doctrinaria, adelantándose a los condicionados marcos teóricos penales de su época. Discurriendo sobre los actos preparatorios, llega a decir que si éstos fueran justiciables, se obligaría a los criminales a ocultar sus designios y a proceder con más cautela en la adquisición de los instrumentos del delito, lo cual perjudicaría más a las familias y a la sociedad, que dejar al poder social la facultad de apreciar el carácter y el verdadero fin de los actos preparatorios; HEREDIA de modo certero aporta una razón de política criminal para no inmiscuir la normativa penal en el ámbito de las acciones preparatorias, cuando expresa que la justicia humana no debe dejar impune el delito, pero no debe tampoco cerrar al criminal las puertas del arrepentimiento al castigar indistintamente los actos preparatorios. En 1887 MANUEL

(119) RICARDO HEREDIA, *Lecciones del Derecho penal filosófico* [dictadas en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos], Lima, Imprenta Calle del Padre Gerónimo, 1884, pp. 55, 59 y 64, Véase también SILVA SANTISTEBAN, *Curso de Derecho penal* cit., ATANASIO J. FUENTES, “Derecho Penal”, en *Curso de Enciclopedia del Derecho*, Lima, Imprenta del Estado, 1876.

A. FUENTES y MIGUEL A. DE LA LAMA consideraron a los actos preparatorios como preliminares del delito, anotando que, sin embargo, ellos no son siempre de tal naturaleza, de forma tal que precisa e indispensablemente indiquen la idea del crimen y puedan ser penados ⁽¹²⁰⁾. Comprar un cuchillo, procurarse una escala, ganzúas y llaves, pueden ser actos preparatorios de un asesinato y de un robo, pero no son ni un asesinato ni un robo. No hay pues motivo para deducir terminantemente tal o cual delito de los actos preparatorios. Tampoco anuncian éstos una resolución bien definida ⁽¹²¹⁾. Llegan a admitir, los citados autores, la posibilidad de punir estos actos, a título de excepciones a la regla en el caso que por sí mismos causen daño o alteren la paz pública, pero, enfatizan nunca como actos preparatorios, sino como delitos *sui generis* por ellos mismos. JOSÉ VITERBO ARIAS, penalista y magistrado peruano, en 1900, aleccionaba que “merecen sin duda esta denominación, los hechos que, no teniendo relación directa con el delito, conducen a su ejecución; tales serían por ejemplo los estudios sobre las propiedades tóxicas de una sustancia; la adquisición de ésta y su ocultación o mezcla con otra inofensiva, por el que meditase un envenenamiento. Estos actos no los castiga nuestro código, en los delitos individuales, porque no siendo posible descubrir, por sólo ellos, el propósito criminal; se correría evidente riesgo, en muchos casos de imponer pena al que los ejecutase con intención lícita, como si el veneno se estudia y prepara como especulación científica o con el fin de destruir animales dañosos; y sobre todo, porque su realización no ha llegado a turbar el orden de derecho en ningún sentido” ⁽¹²²⁾. El Código Penal de 1924 no aborda el tema de los actos preparatorios ⁽¹²³⁾.

(120) MANUEL FUENTES y M. A. DE LA LAMA, *Diccionario de Jurisprudencia y Legislación Peruana*, Lima, Imprenta del Estado, 1887, T. III, p. 14.

(121) FUENTES-DE LA LAMA, *Diccionario*, cit., p. 14.

(122) JOSÉ ARIAS VITERVO, *Exposición Comentada y Comparada del Código Penal de Perú de 1863*, Lima, Librería e Imprenta Gil, 1900, pp. 10 y 11.

(123) JUAN JOSÉ CALLE, *Código Penal del Perú (Ley N° 4868)*. *Anotado y concordado*, Lima, Librería e Imprenta Gil, 1924.

Ya más cercanamente en este siglo XX que concluye, las opiniones de importantes tratadistas peruanos como GUSTAVO CORNEJO, NÚÑEZ URETA y CARLOS ZAVALA LOAYZA, quienes –pese a estar algunos más que otros– bajo el influjo del paradigma penal positivista naturalista, ratifican dicha línea de pensamiento (124). Para ANGEL GUSTAVO CORNEJO, actos preparatorios son aquellos que realiza el agente antes de dar inicio a la ejecución- disponiendo los medios, instrumentos y demás elementos, de que se sirve en la realización del propósito criminal (125). En el pensamiento de este ilustre penalista peruano, el concepto “idoneidad de los medios” y “univocidad de los actos” es esencial para distinguir la tentativa de los actos preparatorios,” distinción por lo demás difícil y aún no agotada” (126). En este punto, el pensamiento de CORNEJO se torna contradictorio al aceptar tanto las ideas de GARÓFALO como las de CARRARA, de por sí distanciadas, para legitimar el castigo y explicar por otro lado la no punición de los actos preparatorios: así, el autor señala: “la represión eficaz del conato criminal puede obtenerse equiparando los actos preparatorios a los actos ejecutivos en la formulación del concepto de la tentativa, siempre que los actos preparatorios sean unívocos o idóneos”. Acudiendo a CARRARA señala que “los actos

(124) Véase ANGEL GUSTAVO CORNEJO, *Derecho penal. Parte general*, Lima, 1936; ÍDEM, *Comentarios al nuevo Código penal*, Lima, 1926. En el Anteproyecto del Código Penal elaborado conjuntamente con PLÁCIDO JIMÉNEZ, se indica claramente lo siguiente: Art. 128 “Se considera peligroso al sujeto que realiza o está en actitud de realizar actos delictuosos: 1.- A causa de anomalía o deficiencia de su personalidad que se estimen como predisponentes a la delincuencia, 2.- A causa de carencia o perversión de sentido moral, revelado por actos contrarios a los sentimientos de piedad, honestidad o probidad media. El grado de peligrosidad se vincula a la calidad constitucional, adquirida u ocasional de sus causas”. El artículo señala una serie de circunstancias que califican el estado peligroso. El art. 135 indica: “la simple preparación de una infracción no es punible salvo que los actos practicados constituyan por sí mismos una infracción” (*Anteproyecto de Código penal*, Lima, Imprenta Minerva, 1927). Véase *infra* título III, Derecho comparado.

(125) CORNEJO, *Derecho Penal*, cit., p. 266.

(126) *Ibidem*, pp. 266-272.

preparatorios unívocos constituyen la tentativa” (127). Basándose en los puntos de vista de GARÓFALO nos dirá que el principio dominante en la tentativa es el de la temibilidad del reo, “bajo este punto de vista subjetivo se excluyen de la represión los actos preparatorios. Lo que debe reprimirse es la voluntad peligrosa, la capacidad de delinquir” (128). Resulta evidente que CORNEJO interpreta equívocamente a CARRARA, al inferir que los actos preparatorios unívocos son la tentativa. Aquí radica la incongruencia de sus ideas, al intentar equiparar tentativa (actos de ejecución) y preparación. Ni CARRARA sostuvo alguna vez que los actos preparatorios constituyan tentativa, ni que existan actos preparatorios unívocos (129).

La dogmática penal peruana de 1950 hasta finales del siglo se desenvuelve básicamente en torno a las figuras de LUIS BRAMONT ARIAS, RAÚL PEÑA CABRERA, LUIS ROY FREYRE y JOSÉ HURTADO POZO, todos ellos son unánimes en reconocer la no punición de los actos preparatorios; hablaremos de ellos en posteriores capítulos. No obstante cabe resaltar los conceptos que sobre estos actos mantiene BRAMONT ARIAS (130): “son aquellos capaces de servir a la ejecución de un delito, pero que no forman parte de él ni de ninguno de sus elementos”. PEÑA CABRERA, más escueto indica que son la etapa en que el autor selecciona los medios con miras a la consecución del fin delictógeno (131). Pero es HURTADO POZO, quien otorga un mayor estudio al tema; así, en su *Manual de derecho penal*—obra sincrética y de transición de un neokantismo causalista a una corriente de

(127) *Ibidem*, p. 272.

(128) *Ibidem*, p. 271.

(129) Véase más adelante una exposición detallada acerca de las ideas de FRANCESCO CARRARA.

(130) LUIS BRAMONT ARIAS, *Código penal anotado*, Lima, 1966, p. 95.

(131) RAÚL PEÑA CABRERA, *Tratado de Derecho penal. Estudio Programático*, Lima, Grijley, 1994, p. 347. El mismo autor, en una edición anterior (*Manual de Derecho penal. Parte general*, Lima, 1980, pp. 298-299), dedica un mayor estudio al tema.

tímido finalismo, que sólo será asumida posteriormente— afirma que los actos preparatorios son aquellos que hacen posible el inicio de la acción delictuosa, creando las condiciones previas y adecuadas (132); a continuación, y adhiriéndose al pensamiento de WELZEL, llega a sostener que para determinar la calidad preparatoria de los actos, hay que tener en cuenta el tipo legal de que se trata y el plan de acción del autor. Resulta obvia la adhesión de HURTADO a la teoría mixta que combina criterios objetivos formalistas y subjetivos (133).

9. EL ACTO PREPARATORIO PUNIBLE

9.1. Generalidad históricas

La Historia del Derecho Penal Liberal, puede expresarse en una lucha por diferenciar con claridad lo punible de lo no punible, lo relevante de lo que no lo es; siendo notorio en este enfoque y a través de la evolución de las sociedades, el conflicto entre el derecho penal de voluntad (*Willenstrafrecht*) y el derecho penal de acto (*Handlungstrafrecht*). Al circunscribirse con nitidez los alcances y límites de la tentativa, se establece de modo amplio y evidente el campo de los actos preparatorios; cuando la tentativa es confusamente concebida y tímidamente connotada se restringe el espectro de los actos impunes y se abre un camino turbio y autoritario para la vigencia de los Derechos Humanos. La ciencia jurídica penal del siglo XIX se esforzó sobre todo por analizar el problema de la inclusión de los actos preparatorios en la tentativa punible y la cuestión de la Tentativa Inidónea. Las respuestas a estas cuestiones variaban según se viera el fundamento penal de la tentativa en la voluntad criminal del agente o en la puesta en peligro del objeto de la acción ilícita protegida por la norma penal. Mientras las teorías antiguas permitían la punición de los actos preparatorios, posteriormente se

(132) JOSÉ HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal: Parte general*, Lima, EDDILI, 1978, p. 316.

(133) *Loc. cit.*

impuso la tesis contraria influida por el pensamiento liberal⁽¹³⁴⁾. En el libro XLVIII del *Digesto* romano, se hizo extensiva las severidades de la Ley Cornelia (dada para los sicarios y envenenadores), a todo aquel que con intención de matar a un hombre, o para cometer un hurto, llevara consigo dardos o hubiere confeccionado o vendido venenos. A los merodeadores se les equiparaba a la calidad de ladrones y si se determinaban a acometer y despojar con armas eran condenados a la pena capital⁽¹³⁵⁾. Las sentencias de PAULO determinaban penas de ahorcamiento o de ser arrojados a las fieras a los que cometieran tumulto o sedición⁽¹³⁶⁾.

9.2. En el pensamiento jurídico europeo

En España, entre otros, ejercieron gran influencia las ideas de LUIS SILVELA, quien consideraba que existe delito, ya desde el momento que en el autor se revela una voluntad que se muestra decidida

(134) Pensamiento liberal que en Italia se inicia con HUGO GROCIO, en Alemania con ANSELM FEUERBACH y en España con MANUEL DE LARDIZÁBAL y URIBE.

(135) *Eventus Spectetur, ut, a clementissimo quoque facta, quanquam lex non minus eum, qui occidendi hominis causa cum telo fuerit, quam eum, qui occiderit, puniat* (se atiende al resultado, como en los actos ejecutados en un individuo muy apacible, aunque la ley castigue no menos al que hubiera llevado consigo armas para matar a un hombre, que al que hubiera matado). Título 19, 16, 8 (Claudio Saturnino), Libro XLVIII, *Digesto*, tomo III, cit. p. 794.

Venenarii capite puniendi sunt aut, si dignitatis respectum agi o portuerit, deportandii (los confeccionadores de venenos han de ser condenados a pena capital o deportados si fuere conveniente guardar respeto a su dignidad). Libro XLVIII, título 28, 9 (Claudio Saturnino) *Digesto*, cit., 797.

Grassatores, qui praelae causa id faciunt, proximi latronibus habentur; et si cum ferro aggredi et spoliare instituerunt, capite puniuntur, utique si saepius atque in itineribus hoc admiserunt; ceteri in metallum dantur vel in insulas relegatur (Los merodeadores, que merodean para hacer presa, son considerados semejantes a los ladrones, y si no se determinan a acometer y a despojar con armas, son condenados a pena capital; esto ciertamente, si lo hicieran muchas veces y en los caminos; los demás son condenados a las minas o relegados a una isla). Título 19, 28, 10 (Claudio Saturnino)-libro XLVIII-*Digesto*, cit., p. 797.

(136) Sentencia de PAULO, *Digesto*, Libro XLVIII, 382.

a perturbar y violar el Derecho; SILVELA dividió a los actos preparatorios en *Morales*, los que pertenecían aún al campo no sensible (la mente del autor) y *Materiales*, aquellos que ya se muestran en hechos externos, llegando al extremo de manifestar, que no sólo los actos preparatorios materiales se castigan sino también los actos preparatorios morales (137). Razonaba SILVELA: “y si el solo anuncio de promover un pleito constituye una perturbación civil del Derecho de Propiedad, sin injuria a la lógica y al buen sentido, no puede menos de considerarse que la firme resolución de cometer un robo cuando es conocida, entraña ya una lesión criminal” (138). Lo importante era entonces, la existencia de la voluntad criminal, “los hechos externos son únicamente signos de ella, careciendo de voluntad propia y sustantiva, luego que el firme propósito sea conocido” ¿Qué otra cosa más que esto es la alarma que tan importante papel ha jugado en la ciencia penal después de los delicados análisis de BENTHAM? (139). Tal estado antijurídico reclama, pues, imperiosamente la pena. En la misma posición ISAÍAS SÁNCHEZ TEJERINA, quien solidarizándose con las ideas del sacerdote agustino JERÓNIMO MONTES, luego de señalar la inutilidad práctica de la distinción entre actos preparatorios y de ejecución, se pronuncia por el castigo de los actos de preparación, por considerar que existe ya una perturbación evidente del orden social (140).

(137) LUIS SILVELA, *El Derecho penal, estudiado en principios*, Madrid, Imprenta Fortanet, 1874, pp. 151 y ss. SILVELA tomó estas ideas del tratadista francés J. TISSOT –llegando a extremarlas–, quien en su *Le Droit Pénal. Etudié dans ses principes*, Paris, 1860, T. I, pp. 87-88, separa la preparación en interna y externa: “Dans le premier cas elle est méditée purement, simplement; et alors elle échappe à l’action judiciaire (...) Mais el faut, pour qui’ elle puisse être punie préventivement, et dans l’intérêt de la sécurité publique, deux circonstances: la premiere, que cette préparation ait une connexion certaine avec le délit; la seconde, que l’agent n’ait point renoncé à son project”.

(138) SILVELA, *El Derecho penal*, cit., pp. 155-156.

(139) *Ibidem*, p. 155.

(140) ISAÍAS SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho penal español*, Madrid, Reus, 1942, pp. 346 y 347; también JERÓNIMO MONTES, *Derecho penal español*, Madrid, 1917.

FLORENCIO GARCÍA GOYENA, en oposición a SILVELA, decía que por numerosos que sean y por más probados que estén los actos preparatorios no llegan a constituir la tentativa (141).

En Italia al promediar el siglo XIX y comienzos del XX, RAFAEL GARÓFALO y ENRICO FERRI, sistematizando y desarrollando estos planteamientos subjetivos y los de la Escuela Subjetiva Alemana de VON BURI, los expusieron desde el punto de vista de la personalidad, antecedentes y peligrosidad del delincuente, sin importar los actos externos que éste realice. Los positivistas italianos, despreciando la distinción entre actos ejecutivos y preparatorios, como indica CURY URZÚA (142), negaron fundamento al comienzo de ejecución como límite mínimo de responsabilidad penal. FERRI tratando con amplitud el tema en su principal obra *Principii di Diritto Penale*, llegó a decir: "Todos los actos en cualquier grado o forma de realización externa del pensamiento delictuoso, son punibles por ser la ejecución de un propósito criminal" (143). GARÓFALO, precisa que los casos en que son punibles los actos preparatorios, son aquellos en que éstos se cometen por delinquentes habituales de la figura especial del delito que ejercitan (144). "Para nosotros es punible el acto exterior en cuanto revela la peligrosidad del agente y la pena no es más

(141) GARCÍA GOYENA, *Código Criminal Español*, 1843, Tomo I, p. 76.

(142) ENRIQUE CURY URZÚA, "La teoría del principio de ejecución en la tentativa", en *Revista de Ciencias Penales*, T. XIV, N° 2, Santiago de Chile, 1963, p. 177.

(143) ENRICO FERRI, *Principii di diritto criminale*, Torino, UTET, 1928, p. 526: "Per la Scuola Positiva, come tutti i delinquenti, in qualsiasi forma o grado infermi o sani di mente, son soggetti a sanzione repressiva, così tutti gli atti in qualsiasi grado o forma di realizzazione esterna del pensiero delittuoso sono punibili, perchè sono la esecuzione di un proposito criminoso e non sono degli atti indifferenti o legittimi. Anche cogli atti preparatorii la realizzazione del proposito criminoso e quindi l'esecuzione del delitto e' già cominciata e quindi chi li compie deve subirne la sanzione".

(144) RAFAEL GARÓFALO, *La criminología*, (1912), cit., Madrid, Daniel Jorro Editor, 1912, p. 366.

que el medio de desvanecer el peligro que nace del agente” (145). GARÓFALO es conciente de las dificultades que se presentan para adquirir certeza sobre la naturaleza de los actos preparatorios, es por ello que llega a decir en su *Criminología*: “En general, en los actos simplemente preparatorios, difícilmente puede ser demostrada la resolución criminal; y aún siéndolo, en estos actos, lo mismo que en toda clase de conatus remoto, es preciso examinar el sujeto, y si se descubre un criminal instintivo, totalmente desprovisto de sentimientos altruistas y víctima de un gran deseo o de una pasión ardiente, o un delincuente sin amor propio, insensible a la opinión pública y a los castigos, es seguro en cuanto puede haber seguridad en lo humano, que no habría desistido voluntariamente de su proyecto; por lo tanto, el peligro existe lo mismo que si el delito hubiese sido consumado” (146). Tales planteamientos de los creadores del positivismo naturalista, serán defendidos y fundamentados con peculiar sutileza por ENRICO ALTAVILLA, CESARE CIVOLI, FLORIÁN y EDUARDO MASSARI.

Es sugestivo observar como de esta forma se van tendiendo los lazos que unen el positivismo de FERRI con la escuela realista italiana (SCARANO, ANTOLISEI, RANIERI y otros). Además de la Escuela Penal Alemana del Subjetivismo Extremo representada principalmente por VON BURI -SCHWARZE y las ejecutorias del Tribunal Supremo Alemán, dadas bajo el marcado influjo de aquél, fue la denominada Escuela de Kiel, la que durante la hegemonía del nacional socialismo fascista de ADOLF HITLER “hundió sus raíces en el irracionalismo” (147), erradicando la diferenciación clásica entre preparación y ejecución del delito, negando su validez como criterio mínimo legal para establecer sanción penal. Los portavoces de esta escuela GEORG DAHM y FRIEDRICH SCHAFFSTEIN, elevaron a rango jurídico el *Willenstrafrecht*

(145) RAFAEL GARÓFALO, *La criminología*, Madrid, La España Moderna, s. f., p. 376. El prólogo de la segunda edición corresponde al 1º de marzo de 1890.

(146) GARÓFALO, *La criminología*, Jorro Editor, p. 300.

(147) JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción al Derecho penal*, Bogotá, Temis, 1986, pp. 171 y ss.

(Derecho Penal de la voluntad), erigiendo las opiniones del Führer en ley del estado alemán; se trataba, como llegó a decir DAHM, de castigar el modo de ser del sujeto ⁽¹⁴⁸⁾ en base al “sano sentimiento del pueblo”. El delito ya no era el ataque a los bienes jurídicos sino una lesión al deber de fidelidad, una traición al sistema. Esta negación de la racionalidad del derecho y su reemplazo por un sistema legal totalitario emotivo –voluntarista– colocó el Derecho al servicio de la política de modo descarado y cruel. Los creadores del Código penal francés de 1810 no incluyeron los actos preparatorios en la sistemática normativa del mismo (parte general), igual situación aconteció con el Código prusiano de 1851 y con el Código Penal alemán de 1871. En sentido distinto el Código Penal portugués de 1886, en los artículos 12 y 14, fijó con nitidez el concepto de actos preparatorios indicando que son aquellos actos externos conducentes a facilitar o preparar la ejecución del crimen, que no constituyen aún comienzo de ejecución, declarándolos punibles cuando por ley o reglamento puedan calificarse como crímenes o contravenciones ⁽¹⁴⁹⁾. El Código Penal español de 1944 ⁽¹⁵⁰⁾, siguiendo la línea

(148) GEORG DAHN, *Der Tätertyp im Strafrecht*, citado por BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción*, cit., p. 183.

(149) Código penal portugués, Art. 14º: “São actos preparatorios os actos externos conducentes a facilitar ou preparar e execução do crime que não constituem ainda começo de execução. Os actos preparatorios nao sao puniveis, mas os factos que entran na sua constituïças é aplicável o desposto no artigo 12º”.

Código penal portugués, Art. 12º: “Ainda que a Tentativa nao seja punivel, os actos, que entran na sua constituïção, são puniveis se foren classificados como crimen pela lei ou como contravenções por lei on regulamento”.

(150) Código penal español de 1944, Art. 3º: “Son punibles el delito consumado, la tentativa y la conspiración, proposición y provocación para delinquir...”.

Código penal español, Art. 4º: “La proposición y la conspiración para cometer un delito son punibles en los casos que la ley los pena especialmente. La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo. La proposición existe cuando se incita de palabra, por escrito o impreso u otro medio de posible eficacia,

del Código de 1850 y 1870 penalizó en su parte general, además de la tentativa, la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir; situación que se mantiene sin modificación en el Código refundido de 1973, incluso endureciéndose la represión de tales actos ⁽¹⁵¹⁾. Este aspecto deplorable de la legislación penal española suscitó candentes y acerbas críticas de numerosos penalistas españoles, destacándose las de GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA ⁽¹⁵²⁾ y las de ANTONIO FERRER SAMA, este último, haciéndose eco de las réplicas de GROIZARD.

a la perpetración de cualquier delito. Si a la provocación hubiere seguido la perpetración del delito se castigará como inducción”.

El Código penal liberal de 1822, sin embargo, estableció una fórmula amplia de tentativa que abarcaba los actos preparatorios.

(151) El Código penal español de 1973, que rigió hasta principios de 1996, conserva las mismas estipulaciones agravando aún más la penalización de los Actos Preparatorios al haber suprimido la condicionalidad establecida en los Códigos de 1822, 1870 y 1944 (Art. 4^o), que señalaban que tales actos eran punibles sólo en los casos en que la ley los contemplara especialmente.

(152) ALEJANDRO GROIZARD GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, Madrid, 1902, T. I, p. 80: “La teoría racional y científica de la tentativa y del delito frustrado, es la continuación natural y necesaria en la teoría de los actos preparatorios. Como definir es limitar, para apreciar bien lo que es tentativa y delito frustrado, es preciso saber de antemano lo que son los actos preparatorios y el delito consumado, es decir los límites respectivos donde aquélla comienza y concluye el delito frustrado (...) La investigación de actos que, como la proposición y la conspiración, pasan en el misterio, que no dejan rastro detrás de sí, es siempre difícil; pero puede llegar a ser altamente peligrosa si se multiplica hasta el punto de elevarla a regla general, de convertirla en un deber judicial, haciendo a los tribunales correr con desprestigio propio, tras fantasmas impalpables, que desaparecen al querer tocarlas, por más esfuerzos de policía y diligencia inquisitiva que contra ellas se despliegue. Sino se ha de llevar una estéril perturbación al sagrado del hogar doméstico; sino se quiere poner en manos de los poderes públicos un arma casi inútil, porque amenaza a muchos y hiere a muy pocos, es preciso estudiar qué proposiciones y conspiraciones reúnen condiciones externas, capaces de ser apreciadas por los tribunales, cuáles presentan los caracteres propios de los delitos, antes de elevarlas a esta odiosa categoría, y eso sólo puede revelársenos *a posteriori* por el estudio detenido de las diversas especies de hechos punibles (p. 136).

GROIZARD, llega a indicar que para hacer de la proposición y de la conspiración un orden de acciones punibles, para castigarlas siempre es preciso remover la firme base sobre la que descansa la doctrina de los actos preparatorios y de los actos de ejecución ⁽¹⁵³⁾; para FERRER es errónea en grado absoluto la solución del código en cuanto considera dichas figuras como verdaderos grados de desarrollo del delito equiparándolas en su punición a la tentativa.

10. FUNDAMENTOS Y MECANISMOS DE PUNICION

La punición de determinados actos preparatorios (en cualquiera de los tres mecanismos anotados en el siguiente subcapítulo) se sustenta básicamente en: a) consideraciones de orden político criminal que buscan controlar a tiempo dichos actos funcionales o imperfectos considerados peligrosos, impidiendo de este modo su realización objetiva y consumatoria; b) postulados de prevención general, que actúan así como instrumentos disuasivos de comportamientos penalmente incipientes o potencialmente latentes, en aras de la defensa de la seguridad jurídica; y c) en función a la valía de los bienes jurídicos en juego. Se observa en este punto que los actos preparatorios punibles se asientan sobre todo en bienes jurídicos de alta relevancia social (seguridad nacional, salud pública, tranquilidad pública y otros); siendo coherente sostener que, *contrario sensu*, cuando se reprimen actos preparatorios en tipos penales de menor valía en el bien jurídico se revela una evidente desproporcionalidad y la presencia de una política criminal abusiva y sobre criminalizadora.

Tales actos considerados delictivos, necesariamente deben hallarse dirigidos por los componentes subjetivos del tipo y la culpabilidad (dolo, intenciones, móviles, etc.), y esto es posible dogmáticamente, tomando en cuenta la calidad funcional vinculante de estos actos. En la construcción normativa-penal española se reconoce

(153) ANTONIO FERRER SAMA, *Comentarios al Código penal*, Murcia, Sucesores de Nogues, 1946, T. I, p. 78.

con marcada reiterancia a través de las diversas codificaciones la conspiración, proposición y provocación para delinquir como tres casos típicos de actos preparatorios punibles elevados a rango de delitos aplicables a la generalidad de los tipos de la parte especial. Intentándose justificar esta tendencia sobrecriminalizadora y autoritaria del código penal español, en función a la especial peligrosidad que encierra la implicación de otras personas en el proyecto criminal (154).

10.1. Mecanismos de punición

Tres son por lo general los mecanismos de que se valen los legisladores para dotar de tipicidad a los actos preparatorios (155): *Primero*, extendiendo las prohibiciones del tipo penal hacia determinadas acciones preparatorias, ampliando así el campo punible de la tentativa (156); *Segundo*, creando delitos, es decir tipos autónomos independientes, en base a ciertos actos preparatorios funcionales y de notoria peligrosidad; *Tercero*, considerando pasibles de sanción penal a los partícipes en dichos actos, a quienes se extiende la naturaleza punible de la tentativa y de los delitos autónomos. Ejemplos del primer mecanismo lo tenemos en el formar parte de un grupo

(154) Véase SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, PPU, 1991, pp. 358 y ss.

(155) Véase MAURACH, *Tratado de Derecho Penal*, cit., T. II, pp. 39-40; JESCHECK, *Tratado*, cit., Vol. II, pp. 712-713; y EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, México, Cárdenas Editor, 1988, T. IV, pp. 410-411.

(156) ROXIN sostiene que tal modo de operar sacrificaría por completo la seguridad jurídica a la que sirve la exigencia de tipicidad, pues no hay modo de saber con certeza ni siquiera si el que compra el revólver está dispuesto a cometer el asesinato. Entre la elaboración de un plan y su realización práctica hay un largo camino y cuanto más se adelanta el momento del castigo, más se desplaza el castigo al momento de las meras ideas y reflexiones que, de conformidad con los postulados de un "derecho penal del hecho", deben quedar al margen de la pena (CLAUS ROXIN, GÜNTHER ARZT y KLAUS TIEDEMANN, *Introducción al Derecho penal y al Derecho procesal penal*, Barcelona, Ariel, 1989, pp. 30-31).

armado para actuar en el territorio nacional (art. 326), la conspiración para cometer delito de traición a la patria (art. 329), el tomar parte en una conspiración para cometer rebelión, sedición y motín (art. 349). Casos típicos del segundo mecanismo son la tenencia de municiones y de armas de fuego (art. 279), la tenencia de materiales destinados a falsificar (art. 439), la asociación para delinquir (art. 317), la apología del delito (art. 316), el comercializar insumos destinados para la fabricación de drogas (art. 296-2). Son ejemplos del tercer mecanismo los actos de colaboración con el terrorismo (art. 4 del D.L. 25475), el tomar parte en una reunión tumultosa de la que derive violencia o daño.

10.2. Puntualizaciones

JESCHECK⁽¹⁵⁷⁾ es de la opinión que en el primer caso la tentativa no es punible, pero sí en la mayoría de los tipos autónomos y *que el desistimiento no es aplicable a estos últimos, ya que representan delitos formalmente consumados*. Y en lo concerniente a la mayoría de actos preparatorios imperfectos, es decir que no llegan a ingresar a la esfera típica, ¿qué es lo que corresponde en semejantes casos considerar y adoptar a la política criminal? En estos casos se preguntaba ROSSI, ¿quién se atrevería a establecer una ley, una regla?, ¿qué sería esta ley? ¿se probaría a manifestar con una o dos fórmulas los caracteres de aquellos actos preparatorios que pueden ser objeto de la justicia penal por su directa relación con la resolución criminal? Dichoso aquel que supiera redactar semejante ley. ¿Se hará una ley limitándose a encargar a la justicia penal de la pesquisa de los actos preparatorios, cuando *prima facie* parezcan capaces de revelar la intención criminal? Sería una ley funesta por lo vago de sus términos. En la práctica sería tan opresiva, tan inicua como la que autorizare las pesquisas del pensamiento⁽¹⁵⁸⁾. Al respecto JOAQUÍN PACHECO decía: “La justicia humana no tiene todavía acción, por regla general, sobre la persona que ha resuelto ser delincuente.

(157) JESCHECK, *Tratado*, cit., Vol. II, p. 713.

(158) PELLEGRINO ROSSI, *Tratado de Derecho penal*, cit., T. II, p. 101.

Puede tenerla, a virtud de otro especial delito, si entre los actos preparatorios para el ideado hay alguno que tenga de por sí ese mismo carácter. Pero si ellos particularmente son inofensivos, si todo el mal de su ejecución consiste en el moral, que se deriva del intento que se les pone por obra; dicho se está en eso mismo que aún no se ha entrado bajo la jurisdicción de los poderes del mundo, y que permanecen exentos de quien no puede elevarse a la región de la conciencia. Todo lo que compete, y es un deber de la autoridad, consiste en la vigilancia respectiva a los que indiquen con sus actos la posibilidad de pensamientos criminales. Con justicia se atenderá y se inspeccionará su conducta. Más de los hechos de policía a los del procedimiento penal hay siempre una importante distancia que no puede salvarse sin motivos legítimos, sin la existencia de un verdadero crimen ⁽¹⁵⁹⁾.

11. NATURALEZA DEL ACTO PREPARATORIO

Como ya se ha dicho, en el desenvolvimiento externo objetivable de la acción humana, los actos preparatorios funcionales constituyen el inicio del proceso del delito, ya que se hallan vinculados ontológica y típicamente con la figura penal que se trate.

Los actos preparatorios funcionales cumplen el papel de antecedente explicatorio y de génesis articuladora de la gran mayoría de tipos penales, que de esta forma dan sustento al supuesto de hecho que contienen, a la vez que lo posibilitan. Dicho supuesto descrito en el tipo siempre hace alusión a una acción o “conducta humana” (conforme muchos tratadistas convienen en designar) que ha sido valorada penalmente; y la mayoría de las acciones cuando no llegan a realizarse típicamente, es decir a acceder al fin propuesto, ofrecen una gradación de preparación y tentativa (en sus diversas modalidades). Se ha discutido sobre si realmente existen actos preparatorios y tentativa considerados al margen del derecho penal, es decir, si se trata de conceptos de naturaleza jurídica o de realidades ónticas.

(159) JOAQUÍN PACHECO, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1868, p. 89.

Aquellos que han hecho de estas categorías tributarias exclusivas de la teoría del delito, se equivocan al concebirlas de este modo, por cuanto unilateralizan el enfoque y olvidan que se trata de realidades dinámicas observables en todo orden de asuntos humanos, que admitan un *minimum* y un *maximum* en su concreción (un *iter criminis* en el campo penal). Preparación, intento y realización consumadora pertenecen al mundo real objetivo. No obstante, son plausibles, sin dejar por ello de ser discutibles, las consideraciones dogmáticas que tienden a hacer de la acción y dentro de ella de la tentativa y preparación, conceptos esencialmente jurídicos, lo que refleja el intento de proveer al derecho penal de una terminología y connotación propia, pero a la vez denota un exceso de formalismo legal que intenta hacer de las ficciones jurídicas conceptos epistemológicos. Conforme a lo que se ha dicho en relación a los actos preparatorios, si bien se trata de realidades ónticas, éstas adquieren valoración jurídico penal por expresa disposición legal.

El acto preparatorio concebido jurídicamente –lo cual obviamente es una estimación cultural exigida por la necesidad de dotarle de racionalidad a la teoría del delito– adquiere significancia penal no en sí mismo, sino en cuanto significa el límite inferior en donde por lo general no puede ni debe ingresar abiertamente el mundo punitivo, ni permitírsele a la política criminal ensayar sus fórmulas represivas a costa de dichos actos. El que ésta decida en última instancia la punición de acciones sin ponerse a considerar si lo hace en grado de tentativa o de preparación no invalida la teoría ontológica de los actos preparatorios, más bien es una demostración de su existencia en tal sentido. De consuno con estas ideas debe dejarse suficientemente en claro el carácter profundamente relativo de estos actos, que deben hallarse necesariamente vinculados y en dependencia jurídica del tipo legal específico y sobre todo por su manifiesta permeabilidad para adoptar y adaptarse a situaciones de absoluta irrelevancia penal. Se pone también de manifiesto este carácter cuando analizamos el acto preparatorio punible en su doble contenido funcional, como preparador-facilitador de un delito y como acto ilícito realizado en una sola unidad jurídica de acción, y todo ello en una suerte de unidad de contrarios que se niegan y

afirman para avanzar en la escala delictiva. No debe de olvidarse que preparación y ejecución delictiva llevan un sello dialéctico en su dinámica conformadora, no pudiendo ser entendidos desde un ángulo metafísico y con el solo uso de la lógica formal; las conexiones recíprocas entre sí y con el tipo penal, la interdependencia mutua, los cambios de calidad en el grado, la existencia de probabilidades, y las sorprendentes características mutantes de los actos preparatorios, los hacen dignos de un trato analítico detenido y creativo.

11.1. Clasificación de los actos preparatorios funcionales

Los actos preparatorios punibles que son los que interesan a la dogmática penal pueden ser: 1. *De carácter amplio*, vale decir de naturaleza típico genérica o “porosa” –para utilizar un término muy del gusto de HASSEMER⁽¹⁶⁰⁾–, como ejemplos tenemos los casos de las “asociaciones para delinquir” (delito de asociación ilícita), la instigación, provocación y las amenazas. No se han señalado en estos tipos qué bienes jurídicos son los protegidos, entendiéndose que es a una indeterminada cantidad, a los cuales la ley otorga protección penal. 2. *De carácter relativamente específicos*, como los casos de la conspiración⁽¹⁶¹⁾, el recojo en el país de informaciones militares para un estado extranjero, la tenencia de materiales para falsificar moneda y documentos diversos, entre otros, o el levantamiento de planos militares al que se refiere el art. 224 del Código penal argentino.

Al realizarse ejecutivamente los delitos que los actos preparatorios punibles anticipaban, o bien sucede que los grados superiores del desarrollo delictivo absorban los actos de preparación punibles (rebelión, sedición) con las consiguientes consecuencias de una mayor punición, o puede ocurrir que se presente un concurso de delitos entre acto preparatorio punible y delito consumado (asociación

(160) WINFRIED HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1984, p. 222.

(161) Con excepción del Código penal español que extiende la conspiración de modo genérico a las acciones delictivas.

ilícita y homicidio, recoger información militar y traición a la patria, tenencia de materiales para falsificar y uso de documentos falsos como legítimos)

11.2. Limitaciones a la punición de los actos preparatorios

Como ya se ha anotado, la punición de determinados actos preparatorios radica en estimaciones político-criminales centradas fundamentalmente en la consideración de que existe un peligro potencial implícito en estos actos para la seguridad de los bienes jurídicos, los que en razón a su alta significancia penal y características propias los hacen merecedores de tutela previa a la ejecución de los delitos a lo que tienden tales aprestamientos humanos, produciéndose entonces una extensión de tipicidad legalmente establecida, que en la mayoría de códigos penales se dirigen principalmente a los delitos político sociales y que en otros va mas allá abarcando una protección generalizada de los bienes jurídicos y de la vigencia de la norma. En este último punto se presentan situaciones que resulta necesario superar, no siendo compatible con un derecho penal racional y humanitario el seguir considerando en la parte general de la sistemática de los códigos penales (como lo hace tenaz y porfiadamente el código español) el tratamiento punitivo de los actos preparatorios ⁽¹⁶²⁾. Es esto el rezago de períodos turbios y autoritarios que desmerecen la condición humana y que no guardan relación (en el caso de España) con el momento político que recrea hoy formas democráticas de vivencia político social. La no relevancia de los actos preparatorios impropios e imperfectos y la cuidadosa y reflexiva valoración penal de los actos preparatorios funcionales, reflejarán el desarrollo de las ideas penales en la sociedad en que sean objeto de observancia legal. O como entendía el genio de Pisa: “Los actos preparatorios en un correcto derecho implican un principio jurídico científico de observancia rigurosa” ⁽¹⁶³⁾.

(162) Véase el Código penal español de 1973 y de 1995.

(163) CARRARA, *Reminiscenze*, cit., p. 334.

12. CASOS DE ACTOS PREPARATORIOS PUNIBLES EN EL CODIGO PENAL PERUANO

Se ha tomado para el análisis dos tipos penales de vieja data y otros dos de creación reciente ante la irrupción de nuevas formas delictivas: el segundo de ellos un tipo penal cuya aplicación ha venido ostensiblemente en disminución en los sistemas políticos de pervivencia democrática y los siguientes de indudable interés nacional.

En estos delitos de especial configuración, ontológicamente es inadmisibles la tentativa y preparación. El ejercicio intelectual consistente en separar los momentos de la preparación y encontrar en ellos criterios ejecutivos, sólo puede concebirse desde un punto de vista jurídico, pues resultan un paralogsimo lógico que altera ostensiblemente la racionalidad del derecho penal y la naturaleza propia de las acciones.

a) Asociación para delinquir (art. 317 Código Penal peruano)

“El que forme parte de una agrupación de dos o más personas destinadas a cometer delitos, será reprimido por el solo hecho de ser miembro de la agrupación con pena privativa de libertad no menor de 3 años ni mayor de 6 años”.

La conducta típica está formada por el simple hecho de formar parte en una agrupación de dos o más personas. El tipo penal ha puesto énfasis más que en la agrupación, en las personas que la integran; y esto último se colige de la predicación “destinadas a cometer delitos” Aquí se castiga no la comisión del delito, sino la calidad de ser miembro de una agrupación de tal naturaleza (dos o más miembros y destinados a cometer delitos). El tomar parte supone en los agentes necesariamente la intención de cometer hechos delictivos inmediatos y previsibles (aspecto interno del *iter criminis*); la creación de la agrupación o “banda” –para utilizar un término de uso pasado muy común– representa el primer acto externo objetivable de importancia que prepara la ejecución de delitos. Estos actos necesariamente requieren el concierto, el acuerdo efectivo, entre los miembros para actuar como organización y a través del tiempo

en la comisión de hechos ilícitos penales. Vale la pena recalcar que el legislador peruano ha empleado en la redacción legal el concepto “agrupación” y no “asociación”, como si figura en el art. 210 del Código penal argentino, de donde se extrajo el modelo. Esto naturalmente tiene sus serias implicancias; si el legislador nacional en su acostumbrado estilo ha preferido dicho término por un acusado y estéril afán de originalidad, ello puede resultar excusable, pero si lo ha hecho de manera deliberada y consciente, ha generado un arduo problema de interpretación. Y esto por cuanto el tipo penal puede ampliarse y aplicarse indiscriminadamente a dos o más personas que se hallen reunidas para delinquir, no importando el concierto, la permanencia, ni organización mínimas, características propias de las asociaciones para delinquir. “Agrupación”, es un término impreciso y exageradamente abierto, a diferencia de “asociación”, concepto este último extrañamente omitido por el legislador en la construcción de la figura penal ⁽¹⁶⁴⁾.

Ahora bien, ¿cuál es al respecto el fundamento punitivo político-criminal? La respuesta está dada por la real perturbación y peligro que la existencia de dichas agrupaciones representan para la tranquilidad ciudadana y la seguridad jurídica, y es más grave aún tal situación cuando estas organizaciones destinadas a delinquir se hallan enlazadas con otras similares de índole internacional. Tal respuesta es la que permite a los órganos punitivos de control social anticiparse a los resultados delictivos, creando para ello esta figura

(164) Por ejemplo, el Art. 210° del Código penal argentino indica: “Será reprimido con prisión o reclusión de tres a diez años el que tomare parte en una asociación o banda de tres o más personas destinada a cometer delitos por el solo hecho de ser miembro de la asociación”.

El Código penal colombiano a su vez precisa que cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por sólo este hecho, con prisión de 3 a 6 años.

También el Código penal español (Art. 17°: asociaciones ilícitas), el Código penal portugués (Art. 287°), Código penal brasilero (Art. 288°: asociación de más de tres personas), etc.

penal autónoma. Indudablemente que se trata de un típico delito de naturaleza permanente, pues éste dura mientras lo haga la organización delictiva. La consumación inicial se da al formar parte de la organización. Es indefendible aceptar la idea de la tentativa. Admite complicidad en la medida en que participe un agente externo ayudando a la permanencia de la agrupación, sin pertenecer a ella (el que apoya eventualmente con dinero o con algún esporádico auxilio). El Código Penal peruano no esclarece bien el tipo, en lo que respecta a las clases de asociaciones, a la responsabilidad de los jefes y promotores, a los vínculos internacionales que ésta posea, como sí lo prevén los Códigos español (art. 173-174) y argentino (art. 210); pero al establecer una penalidad oscilante entre un mínimo de dos y un máximo de seis años, deja el legislador peruano al juzgador en libertad para apreciar tales circunstancias. Casos específicos, ilustrativos y agravados son los contemplados en el art. 57 del D.L. 122 (asociación para producir o comercializar droga) y en el art. 5 del D.L. 25475 (formar parte de organizaciones terroristas). Han sido poco frecuentes los procesamientos por este tipo de delitos exceptuando los casos de terrorismo y de tráfico ilícito de drogas de forma tal que la jurisprudencia peruana publicada desde 1872 hasta 1991 no ofrece ningún caso registrado; y ello es entendible dado lo espinoso del asunto, que puede llevar a confundir agrupaciones inocuas y de fines extradelictivos con las que realmente lo son, y asimismo por los abusos que su aplicación puede conllevar cuando entran a interferir consideraciones políticas; ejemplo de esto último son las persecuciones a grupos políticos opuestos a los gobiernos de turno en el ejercicio del poder.

Las asociaciones para delinquir han mostrado una vertiginosa modernización en sus sistemas organizativos, métodos de trabajo y productividad; lejos quedan en el recuerdo popular las bandas de malhechores altruistas o de bandidos empíricamente asociados. Las grandes mafias nativas o internacionales se han insertado con todo su poder seductor y corruptor en los centros mismos de poder y de los negocios; y ante ellas, el derecho penal es más que impotente, se halla paralizado por la conducta de sus funcionarios y aplicadores judiciales, muchos de ellos sumidos en los regodeos —olvidando su excelsa

misión– que permite la inactividad provocada o el pacto cómplice (como denunciara admonitoriamente MANUEL GONZALES PRADA). En suma “Actos Preparatorios delitos y Mafia”, he ahí una temática sugestiva.

b) La conspiración (Art. 349)

El que toma parte en una conspiración de dos o más personas para cometer delitos de rebelión, sedición o motín, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de la mitad del máximo de la señalada para el delito que se trataba de perpetrar.

El ámbito de la conspiración ha estado circunscrito –y el Código penal peruano confirma esta apreciación– al delito político, que por lo general busca socavar las bases del poder establecido y del sistema de gobierno. De antigua data histórica, la conspiración ha ido progresivamente disminuyendo su rigor represivo, de la pena de muerte en el Derecho Griego y Romano ⁽¹⁶⁵⁾ ha evolucionado legislativamente, tanto a nivel de penalidad como de consideración ejecutiva, a tener un trato legal de severidad intermedia (si consideramos por ejemplo los máximos punitivos del tráfico ilícito de drogas y terrorismo). La conspiración supone un acuerdo de voluntades, una base organizativa que puede ser eventual o permanente y una resolución para actuar sostenida y demostrada, entre dos o más personas (coautoría) ⁽¹⁶⁶⁾, para cometer delitos de Rebelión, Sedición

⁽¹⁶⁵⁾ La historia está plagada de casos de conspiración política sea donde se quiera centrar el estudio al respecto; cabe recordar sin embargo una nota peculiar pronunciada por MARCO AURELIO a LUCIO VERO: “Aquellos mismos a quienes se sorprende en conspiración flagrante pasan por víctimas (...) yo te recordaré lo que tu abuelo ADRIANO exclamaba: ¡cuán desdichada la condición de los emperadores! Las conjuraciones contra ellos sólo son creídas cuando mueren por ella” (LUIS CARLOS PÉREZ, *Tratado de Derecho penal*, Bogotá, Temis, 1990, T. III, pp. 146 y 147). Sin necesidad de detenernos en una época tan distante (y sin embargo tan llena de ejemplos que parecen actuales) es necesario recordar que LORENZO DE VIDAURRE fue desterrado en 1827 por el general La Mar, acusado de participar en una conspiración.

⁽¹⁶⁶⁾ O como dice RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al código penal*, Barcelona, Ariel, 1976, T. I, p. 151, se trata de una autoría anticipada.

o Motín. Y todo ello supone preparación y viabilidad del delito no sólo conversaciones o intercambios de puntos de vista, como acertadamente afirma GIMBERNAT: “El acuerdo debe consistir en comprometerse a realizar actos ejecutivos, en la realización del delito, de ahí que sea impune la conducta de quien se concierta para actuar como cooperador necesario o cómplice” (167). Los actos de preparación se expresan generalmente en la adquisición de armas, municiones y medios diversos, planes, sistemas organizativos y movimientos de los conjurados. El programa conspirativo no requiere de conocimiento total por parte de los agentes que en él intervienen, pues el mismo admite división de trabajo y dominios cognoscitivos. Los tipos de Rebelión, Sedición o Motín (prototipos de conspiración) aún no han pasado a su fase ejecutiva y ello se refleja en la frase “para cometer” que emplea el Código peruano. Es entonces, evidente que aquí no se castiga la realización de los ilícitos aludidos, sino su preparación, que por razones de peligro y criterios político-criminales ha sido objeto de relevancia penal. El delito de conspiración, de eminente factura política, es obvio que muchas veces esconde objetivos e intereses político económicos de grupo y ha resultado uno de los mecanismos más eficaces para zanjar las contradicciones entre los grupos de poder dominante, y entre éstos con aquéllos que emergen pugnando por ocupar una mejor ubicación en la correlación de fuerzas en el poder.

Antes de concluir este punto cabe recoger una de las enseñanzas del maestro CARRARA “La historia de todos los tiempos nos disuaden de creer en aquellos sumos principios racionales, pues nos muestra como el delito político no se define por verdades filosóficas sino más bien por el predominio de los partidos o de la fuerza (168).

Otro caso de punición de actos preparatorios funcionales, está contemplada en el art. 350 (seducir tropas o usurpar el mando... con el fin de cometer rebelión, sedición o motín).

(167) ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la parte general del derecho penal*, Madrid, Universidad Complutense-Facultad de Derecho, 1979.

(168) CARRARA, *Programa*, cit., T. IX, § 3926, p. 518.

c) Tráfico ilícito de drogas (Comercialización de materias primas e insumos. art. 296)

“El que a sabiendas comercializa materias primas o insumos destinados a la elaboración de las sustancias de que trate el párrafo anterior, será reprimido con la misma pena”.

Se legisla y reprime Actos Preparatorios cuando la ley penaliza las acciones de aquél que a sabiendas (elemento cognoscitivo del dolo) comercializa materias primas e insumos destinados a la elaboración de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas. Al margen de esta desacertada clasificación, el hecho de comercializar tales bienes, es decir, venderlos o comprarlos con un plus de beneficio económico, debe llevar implícito el sello de la univocidad, vale decir que necesaria e indudablemente vayan destinados a realizar los diversos supuestos de hecho del Tráfico Ilícito de Drogas. Sin lugar a dudas y sin haberlo previsto, el legislador ha incorporado un elemento valorativo de carácter procesal en el tipo, complicando innecesariamente la viabilidad del mismo. La comercialización de materias primas e insumos utilizados para producir drogas tóxicas ilegales, no constituye en modo alguno ejecución de tal delito, más aún por cuanto ello no permite visualizar que necesariamente se destinarán a ese fin; y en el caso de que quien los comercialice, sepa realmente que quien los adquiere los va a destinar a los supuestos ilícitos establecidos en el Código, al punir su actitud no se está reprimiendo ningún acto de ejecución, sino un acto preparatorio de quien los adquiere y un acto permitido por quien los comercializa, desde el momento que dichas sustancias no se hallen sujetas a control y fiscalización punitiva⁽¹⁶⁹⁾. La situación típica ha variado ostensiblemente al establecerse un régimen fiscalizado, sin que ello implique contradecir la punición de actos esencialmente preparatorios, pero sí esclarece la intención en el sujeto activo principal. Si falta el

(169) D. Ley 25623, “Control y Fiscalización de Productos e Insumos destinados a la elaboración de Pasta Básica de Cocaína...” del 21 de julio de 1992.

elemento de conocimiento en el agente que comercializa, no existe delito. Se penaliza así la actividad del agente que facilita la creación de un acto preparatorio funcional. Se trata entonces de un caso de ampliación punible de la tentativa hacia la preparación del ilícito penal. Se puede hablar de Tentativa en este delito singular, mientras el que detenta los bienes señalados aún no los comercializa efectivamente, siempre que se los vincule a las exigencias típicas.

d) Terrorismo (Actos de colaboración - Art. del 4 D. L. 25475 y Art. 2-C del D. L. 25659)

El delito de terrorismo es un delito plurifinalístico con una profusa gama de conductas típicas e infinidad de medios para su comisión. En esta miscelánea de acciones contempladas por la ley penal peruana, extraídas en su formulación teórica de la legislación italiana y española, se hallan especialmente estipulados, los Actos de Colaboración con el Terrorismo. Ello supone no ser agente directo, ni ejecutor de algunos de los supuestos típicos que establece la norma penal. Aquí estamos frente a uno de los casos de extensión de tipicidad a los actos de complicidad con la preparación del delito. Actos como el suministrar información de personas y patrimonios, los cupos de guerra, la cesión de alojamientos, los actos de traslado o de ocultamiento de los elementos terroristas, son actos propios de complicidad secundaria. Estas generalizaciones han cumplido una función jurídico-político, de importancia, como parte de la lucha global contra la subversión, pero a su vez han servido muchas veces para cometer una serie de abusos que, recaídos sobre personas atemorizadas y amenazadas por el actuar terrorista, quienes no tuvieron opción de elegir entre actuar conforme a derecho o preservar sus vidas, ha significado una de las demostraciones más crudas de la instrumentalización política del ordenamiento jurídico y de la maquinaria judicial. Si a ello agregamos los excesos de la “ley de arrepentimiento” y la parodia de los “tribunales sin rostro”, nos encontramos a todas luces, ante uno de los casos de perversión del sistema de la justicia en el Perú.

Es bastante discutible la posibilidad de tentativa en estos actos de colaboración al igual que en la apología de terrorismo, conforme lo dicho anteriormente. La figura del desistimiento de cometer actos de terrorismo ha encontrado especial énfasis en los países que han empleado esta figura político criminal de lucha contra la subversión. Lo oprobioso del caso es la coexistencia con la misma de la delación e incriminación arbitraria aceptadas como condición para el activamiento de los beneficios del privilegio penal que implica el desistimiento (lo que la ley peruana llama “arrepentimiento”).

En todos estos casos estudiados, se trata de actos preparatorios funcionales, por cuanto la vinculación con el tipo se pone de manifiesto por la calidad del acto en sí y por el peligro evidente con que ya se amenaza el bien jurídico. Como se observa, estos actos no han ingresado aún a la parte ejecutiva que exige cada figura típica (excepción de la asociación terrorista), pero que indudablemente deben tender a realizar delito para poder ser aislados del común de los actos preparatorios sin relevancia ni peligro potencial. El legislador ha revestido de tipicidad estos actos preparatorios funcionales, constituyendo los mismos a partir de entonces figuras delictivas autónomas.

13. EL ACTO PREPARATORIO EN EL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR

Los códigos de justicia militar de las diversas legislaciones nacionales, caracterizados por sus arcaísmos jurídico penales, son los más proclives a un tratamiento drástico en la punición de actos preparatorios. Y en esta línea, el Código de Justicia Militar del Perú (D. L. 23214 de 1980), no es la excepción; en el art. 8 de dicho cuerpo penal militar, se retoma la fórmula del antiguo código penal de 1863, cuando se indica que: los actos preparatorios no son punibles, salvo cuando medie confabulación. Siendo definida ésta del siguiente modo: “Hay actos preparatorios cuando, antes de dar principio a la ejecución directa del delito practica el culpable algunos hechos como medio para perpetrarlo”. Sin entrar al análisis de tales enunciados, hay que decir que el acto preparatorio ha sido considerado

como medio para la comisión del delito, lo cual sin dejar de ser relativamente acertado, no condensa el carácter fundamentalmente relevante del acto preparatorio punible. La penalidad establecida para los actos preparatorios es menor que en los casos de tentativa, no procediendo pena mayor que la de reclusión militar ⁽¹⁷⁰⁾. La parte especial del código de justicia militar contempla numerosos casos de actos preparatorios punibles: por ejemplo, el art. 78, inc. 20 (Traición a la patria) el art. 81, inc. 2 (espionaje) ⁽¹⁷¹⁾, el art. 102 (conspiración), el art. 134, etc.

14. DERECHO COMPARADO: ESQUEMAS LEGALES

En esta materia de lo que se trata, es de poder mostrar los esfuerzos garantistas y los excesos frecuentes a los que se ha llegado en la valoración penal de los actos preparatorios en algunas legislaciones tipo y en otras de singular capacidad ejemplificadora al respecto. Se hace la advertencia que en algunos casos se han resumido los contenidos de los respectivos artículos o se ha dado una nominación genérica y en otros se ha hecho una transcripción literal de los mismos, colocando en los entreparéntesis las alusiones respectivas. Se ha evitado comentar dichas disposiciones dejando ello al criterio del lector.

(170) Véase Código de Justicia Militar, Art. 49°.

(171) *Ibidem*.

I

**ACTOS PREPARATORIOS EN EL
CÓDIGO PENAL ESPAÑOL DE 1973**

- Art. 153.-** Intentar penetrar en el palacio de las cortes para presentar peticiones.
- Art. 248.-** Dar gritos provocativos de rebelión o sedición en cualquier reunión o lugar público.
- Art. 254 y 259.-** Tenencia de armas de fuego fuera del propio domicilio o en el propio sin los documentos respectivos.
- Se exceptúa el carácter delictivo de la tenencia de armas de caza y en las de valor artístico e histórico.
- Art. 314-315.-** Fabricar o introducir cuño, sello, marca, dibujo, tinta y otros materiales destinados a falsificaciones
- Art. 344 ter.-** Tener en depósito, anunciar, ofrecer, vender sustancias medicinales adulteradas.
- Dar apariencia de verdaderas sustancias medicinales a las que no lo son.
- Art. 416.-** Indicar, vender, ofrecer o anunciar medios o procedimientos capaces de provocar o facilitar aborto (sustancias, objetos y aparatos).
- Art. 509.-** Tenencia de ganchos y otros instrumentos destinados a robar.

NOTA: Del Código Penal español (Madrid, Civitas, 1993) se han sintetizado los artículos y extraído las frases pertinentes.

II

CODIGO PENAL PORTUGUES

- Art. 155.-** Amenazas. Quien amenazare a otro con la realización de un delito, provocándole recelo, miedo o inquietud, de modo que le perjudicare su libertad de determinación, será penado con prisión de hasta 1 año multa de hasta 100 días.
- Art. 177.-** Introducción en lugar vedado al público.
- Art. 250.-** (Actos preparatorios) Quien con intención de preparar la ejecución de los actos referidos en los arts. 236 (falsificación de moneda), 237 (falsificación o alteración del valor facial de moneda legítima), 238 (depreciación del valor de moneda legítima), 244 (títulos de crédito), 245 (falsificación de valores sellados), 247 (imitación o falsificación de sellos, cuñas, marcas o rúbricas) y 248 (pesos y medidas falsas), fabricare, importare, adquiere para sí o para otro, suministrare, expusiere a la venta o retuviere:
a) formas, cuñas, clisés, prensas de acuñar o contra marcas, negativos, fotografías u otros instrumentos...
b) papel igual o que pueda confundirse; será penado con prisión de hasta 3 años.
- Art. 259.-** (Actos preparatorios) Quien para preparar la ejecución de algunos de los delitos previstos en el número 2 del art. 255 (explosión provocada por la liberación de energía nuclear) y en los arts. 256 y 258 (exposición de personas y sustancias radio activas. Liberación de gases tóxicos o asfixiantes). Fabricare, disimulare, adquiere para sí o para otro, entregare, interceptare o importare sustancia explosiva o

capaz de producir explosiones nucleares, radioactivas o apropiadas para la fabricación de gases tóxicos o asfixiantes, así como también los aparatos necesarios para la ejecución de tales delitos, será penado con prisión de 6 meses a 3 años y multa de hasta 100 días.

Art. 285.- Instigación pública a delinquir.

Art. 286.- Apología pública del delito.

Art. 287.- Asociación criminal.

Art. 288.- Organización terrorista

Art. 380.- Los actos preparatorios de los delitos previstos en los artículos 334 (Traición a la patria), 335 (Servicio militar en fuerzas armadas extranjeras), 336 (acuerdos con extranjeros para provocar la guerra), 337 (Provocación de guerra a represalia), 338 (Acuerdos con estado extranjero para obligar al estado portugués), 339 (Ayuda a fuerzas armadas enemigas), 340 (Auxilio a medidas hostiles a Portugal), 341 (Campaña contra el esfuerzo de guerra), 342 (Sabotaje contra la defenza nacional), 356 (Alteración violenta del Estado de derecho), 357 (Incitación a la guerra civil) y 358 (Atentado contra el Presidente de la República) son punibles con prisión de hasta 3 años).

Código penal portugués de 1982 (reproducido en *Debate Penal*), Año 9, Buenos Aires, 1986.

III

CODIGO PENAL MEXICANO

- Art. 141.-** Conspiración.
- Art. 142.-** Instigación, incitación o invite a la ejecución de delitos
- Art. 160.-** A quien porte, fabrique, importe o acopie sin un fin lícito instrumentos que sólo pueden ser utilizados para agredir y que no tengan aplicaciones en actividades laborales o recreativas, se le impondrá prisión de tres meses a tres años o 180 a 360 días de multa y decomiso.
- Art. 164.-** Asociación delictuosa.
- Art. 209.-** Provocación de un delito y apología de éste o de algún vicio.- Al que provoque públicamente a cometer un delito o haga la apología de éste o de algún vicio se le aplicará prisión de tres días a seis meses y multa de cinco a cincuenta pesos si el delito no se ejecutare. En caso contrario se le aplicará al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido.
- Art. 235 -** Falsificación de moneda.
- Art. 282 -** Amenazas. Se aplicará sanción de tres días a tres meses de prisión o de 180 a 360 días multa: al que de cualquier modo amenace a otro en su persona, en su honor o en sus derechos... o de alguien con quien esté ligado con algún vínculo y al que por medio de amenazas de cualquier género trate de impedir que otro ejecute lo que tiene derecho a hacer.

IV

CODIGO PENAL COLOMBIANO

- Art. 114.-** Instigación a la guerra.
- Art. 130.-** Conspiración.
- Art. 131.-** Seducción de personal militar.
- Art. 188.-** Instigación a delinquir: “El que pública y directamente incite a otro u otros a la comisión de un determinado delito o genero de delitos, incurrirá en arresto de tres (3) meses a tres (3) años y multa de un mil veinte pesos.
- Art. 186.-** Concierto para delinquir.
- Art. 291.-** Sabotaje.

Código Penal, 1a. ed., Compilado y concordado por Mario Arbaleda Vallejo, Bogotá, Editorial Leyes, 1994.

V

CODIGO PENAL ARGENTINO

- Art. 209.-** Instigación a cometer delito. El que públicamente instiga a cometer un delito determinado contra una persona o institución, será reprimido, por la sola instigación, con prisión de dos (2) a seis (6) años, según la gravedad del delito y las demás circunstancias establecidas en el art. 41.
- Art. 210.-** Asociación ilícita. Será reprimida con prisión o reclusión de tres a diez años, el que toma parte en una asociación o banda de tres a más personas destinados a cometer delito por el solo hecho de ser miembro de la asociación. Para los jefes u organizadores de la asociación, el mínimo de pena será de cinco años de prisión o reclusión.
- Art. 213.-** Apología del crimen. Será reprimida con prisión de un mes a un año, el que hiciere públicamente y por cualquier medio la apología de un delito o de un condenado por delito.
- Art. 216.-** Tomar parte en conspiración. Será reprimido con reclusión o prisión de uno a ocho años, el que toma parte en una conspiración de dos o más personas para cometer el delito de traición en cualquiera de los casos comprendidos en los artículos precedentes, si la conspiración fuera descubierta antes de empezar su ejecución.
- Art. 224.-** Será reprimido con prisión de seis meses o dos años, el que indebidamente levantare planos de fortificaciones, buques, establecimientos, vías u otras obras militares o se introdujere con tal fin, clandestina o engañosamente en dichos lugares, cuando su acceso estuviere prohibido al público.

Art. 233.- Conspiración. El que toma parte como promotor o director en una conspiración de dos o más personas para cometer los delitos de rebelión o seducción, será reprimido, si la conspiración fuere descubierta antes de ponerse en ejecución, con la cuarta parte de la pena correspondiente al delito que se trataba de perpetrar.

Art. 234.- El que sedujera tropas o usurpare el mando de ellas, de un buque de guerra, de una plaza fuerte o de un puesto de guardia o retuviere ilegalmente un mando político o militar para cometer una rebelión o la sedición, la pena será reprimido con la mitad de la pena correspondiente al delito que trataba de perpetrar.

Si llegase a tener efecto la rebelión o la sedición, la pena será la establecida para los autores de la rebelión o la sedición en los casos respectivos

Art. 292.- El que hiciere en todo o en parte un documento falso o adulterara uno verdadero, de modo que pueda resultar perjuicio, será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años si se tratare de un instrumento público y con prisión de seis meses a dos años, si se tratare de un instrumento privado.

Art. 299.- Sufrirá prisión de un mes al año, el que fabricare, introdujere en el país o conservare en su poder, materias o instrumentos conocidamente destinados a cometer alguna de las falsificaciones legisladas en este título.

Código Penal de la Nación Argentina, 4a. ed., Buenos Aires, Edición Universidad, 1989. ZAFFARONI señala que los artículos 210, 224 y 299 son casos de tipificación independiente de actos preparatorios y los artículos 216, 233 y 234, son casos de ampliación de tipicidad a la preparación del delito (Véase *Tratado de Derecho Penal*, cit., T. IV, p. 411.

VI
CODIGO PENAL DEL ECUADOR

- Art. 131.-** Conspiración.
- Art. 133.-** Los autores de lecciones pastorales, prédicas o sermones, sea cualquiera la forma en que se las diere al pueblo, si fueren encaminadas a desprestigiar a la autoridad, presentándola como contraria a los dogmas, o a la disciplina, o a los intereses religiosos de alguna iglesia o culto, aceptado o tolerado en la república, será reprimido con seis meses a dos años de prisión.
- Art. 135.-** Los que promuevan la discordia entre los ciudadanos, armando o incitando a armarse unos contra otros, serán reprimidos con prisión de uno a cinco años, aunque no se propongan, de manera alguna, alterar el orden constitucional. La conspiración para perpetrar estas infracciones, si ha sido perseguida de algún acto preparatorio, será reprimida con prisión de tres meses a dos años.
- Art. 151.-** El que hubiere introducido al país dinero o valores con fines subversivos o de alteración del orden público, será sancionado con prisión de tres meses a dos años y multa de doscientos a mil sucres.
- Art. 369.-** Toda asociación formada con el fin de atentar contra las personas o las propiedades, es un delito que existe por el solo hecho de la organización de la partida.
- Art. 38.-** Serán reprimidos con prisión de tres meses a un año: los vagos o mendigos que hubieren sido

encontrados llevando certificados o pasaportes falsos, o que fingieren lesiones o enfermedades.

Los vagos o mendigos que fueren encontrados provistos de limas, ganzúas u otros instrumentos propios para cometer robos u otros delitos, o para procurarse los medios para entrar en las casas.

Art. 386.- Instigación para delinquir.

Art. 387.- Apología del delito.

Art. 481.- La provocación a duelo será reprimida con prisión de quince días a tres meses y multas de cuarenta a cien sucres.

Art. 488.- Será reprimido con prisión de quince días a un año el que disparare armas de fuego contra una persona, o la agrediere con cualquier otra arma, sin herirle, siempre que el acto no constituya tentativa.

Código Penal del Ecuador, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1994.

15. CASOS

1. El ladrón L acecha al cartero C, distribuidor de giros postales, para matarle a tiros y robarle. Ese día C tiene que hacer otro recorrido y así se salva.
2. “Trepador” quiere hurtar en el altillo de una casa de campesinos una bolsa de harina. En momentos en que coloca la escalera, es expulsado.
3. José debe vigilar un depósito de neumáticos. Propone a su conocido Luis la compra de un neumático. Le dice que se lo llevará al día siguiente. Luis no acepta. ¿José ya es punible?
4. Una maestra soltera, M, va a un médico, le dice que teme estar embarazada y le ruega que, si así fuera, interrumpa el embarazo. El médico le expresa que está dispuesto a hacerlo y revisa a M, pero sin poder comprobar el embarazo.
5. El simple acechar es un acto preparatorio.
6. Cargar la mercancía es un acto preparatorio de contrabando, en cambio es tentativa transportarlo hasta la frontera o a un restaurante.
7. La entrada en la prisión para procurar a los presos instrumentos para que puedan escapar es un acto preparatorio del delito de evasión de presos.
8. No hay tentativa sino sólo un acto preparatorio de tráfico ilegal de estupefacientes en el hecho de viajar al extranjero para recoger allí la mercancía.
9. Tampoco constituye tentativa las maniobras de inducción a un niño a acceder a realizar actos deshonestos, cuando se piensa llevar a cabo estos actos en otro lugar.
10. La proposición de dedicarse a la prostitución constituye acto preparatorio (en las legislaciones que contemplan el delito de lenocinio o prostitución).

11. Proponer a una menor pasar la noche en un hotel es acto preparatorio.
12. Es acto preparatorio de hurto el ponerse en camino para llegar al lugar donde se va a cometer el hecho.
13. Es acto preparatorio de estafa de seguro la simulación de un robo.
14. La fabricación de un artefacto incendiario es un acto preparatorio si el autor pretende por sí mismo prender fuego.
15. Son simples actos preparatorios, el procurarse y preparar el agente los medios e instrumentos para cometer el delito, el estudio del instante más oportuno para cometerlo, el trasladarse al lugar de la ejecución, el acecho, las precauciones tomadas para evitar el descubrimiento, etc.
16. El llevar un revólver cargado al tribunal, a donde el agente ha sido citado para escuchar su sentencia, es acto preparatorio.
17. La concurrencia del procesado al consultorio médico, a donde consiguió entrar simulando ser un enfermo, con la intención de robar, de la cual desistió casi de inmediato mientras estaba en la sala de espera, constituye un acto preparatorio y no de ejecución del delito que se proponía cometer el prevenido y del cual se tuvo conocimiento únicamente por su propia confesión.
18. La simple llamada telefónica formulando un pedido de mercaderías con el secuestro en poder del asegurado de una nota de petición y de un cheque falso, revela el propósito de una tentativa de estafa mediante falsificación de cheque, pero al no existir principio de ejecución, escala mínima del iter criminis aprehendida por la protección mental, tal situación no pasa de simples actos preparatorios impunes.
19. El solo secuestro en poder del procesado de documentos falsificados no alcanza a configurar delito ni siquiera en grado de tentativa. Requiere para su existencia el comienzo de ejecución

- que falta en la circunstancia mencionada. Tales actos son meramente preparatorios, porque los documentos falsificados no han salido del poder del acusado, no han sido utilizados y por tanto no pudieron producir perjuicio, ni siquiera potencial.
20. Los actos dirigidos a la consumación del delito de estafa, que fueran maniobra frustrada, no comprobándose actos de positivo comienzo de ejecución, son preparatorios, sin perjuicios del encuadre jurídico autónomo por efectos ya producidos.
 21. No obstante que el imputado figura en el momento de ser sorprendido y que estuviera en posesión de un cortaplumas con limaduras en una hoja, la falta de señales de maniobras en la cerradura de la puerta del automóvil demuestra que sus intenciones ilícitas quedaron en meros actos preparatorios.
 22. No todo acto impúdico puede por sí calificarse de tentativa de violación, toda vez que es indispensable para ello encontrar en el agente el elemento subjetivo intencional enderezado a lograr el ayuntamiento con su pareja. Los manoseos en zonas pudibundas son de dudosa interpretación en orden a los designios tenidos en vista por el autor de tal conducta. Este propósito jamás podrá ser presumido y por el contrario ha de ser motivo de debida acreditación en la causa.
 23. Un requerimiento verbal de amores no configura un acto preparatorio ni, menos aún, un principio de ejecución del delito de violación.
 24. El acto preparatorio extrínsecamente es equívoco e intrínsecamente queda dentro de la esfera del sujeto activo; en cambio, el acto de ejecución extrínsecamente es unívoco e intrínsecamente ofende al bien jurídico ajeno.
 25. No configura delito de abuso deshonesto en grado de tentativa, ni tentativa de ningún otro delito, la actitud del procesado que invitó a una menor a ir juntos a una obra en construcción, donde “la iba a enseñar una cosa linda”, no pudiendo llevar adelante sus propósitos por la intervención de un tercero.

Nota: Del número 1 al número 4 los casos han sido extraídos del libro de EDUARDO KERN, *Casos Prácticos de Derecho Penal*, Buenos Aires, Depalma, 1976, T. I.

Del número 5 al número 14 los casos corresponden a los ejemplos dados por HANS H. JESCHECK en su *Tratado de Derecho Penal*, cit., Tomo I.

Del número 15 al 16, son casos extraídos de la obra *Derecho Penal*, de EDMUND MEZGER.

Del número 17 al 25 se trata de casos jurisprudenciales argentinos extraídos de la obra *El delito imposible* de JUAN RICARDO CABALLERO, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1976.

Observación: Tanto en éste título como en el siguiente, se ha preferido tomar los casos anotados de autores, cuyos textos han sido de amplia difusión, lo que permitirá al lector acudir a las fuentes directas.

16. JURISPRUDENCIA PERUANA (ACTOS PREPARATORIOS)

1. Las amenazas

“Las amenazas no constituyen delito específico, sino circunstancias agravantes del delito de robo calificado”.

Ejecutoria Suprema 18 de julio de 1946

Revista de Jurisprudencia Peruana, No. 32 y 33, sep.-oct., Lima, 1946, p. 526.

2. Violación sexual

“No incurre en tentativa de violación, quien al encontrar en el campo a una menor acompañada de su hermana, la derribó o trató de derribarla al suelo, según expresa la presunta agravada con el fin de violarla. Mientras la hermana iba en busca de auxilio el encausado no realizó ningún otro acto que pudiera significar principio de ejecución material del delito, único caso en que puede figurarse la tentativa. Los actos imputados constituyen actos preparatorios no punibles”.

Ejecutoria Suprema 1 de Julio de 1963, citado por JULIO ESPINO PÉREZ, *Código penal*, 6a. ed., Lima, 1983.

3. Delito contra el pudor

“Un beso en la mejilla jamás puede constituir un acto contra el pudor; porque el Código Penal en sus diferentes dispositivos entiende por acto contrario al pudor los que incidiendo en lo sexual, sin tratarse del acto sexual propiamente dicho, producen satisfacciones libidinosas”.

Ejecutoria Suprema 5 de junio de 1969

Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 303, abril, Lima, 1969, p. 484.

4. Peculado

“No habiendo apropiación o utilización de dinero en provecho propio, sino desorden en las cuentas de quien de buena fe ha querido servir a su pueblo, no existe delito de peculado”.

Ejecutoria Suprema, 15 de abril de 1970

Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 317, junio, 1970, p. 734.

5. Estafa

“La celebración de un contrato de construcción de una obra pública sin el requisito de la licitación no tiene contenido penal.

Tampoco constituye delito de estafa la circunstancia de que no se haya concluido la obra, sino se establece que se deba a un incumplimiento doloso”.

Ejecutoria Suprema, 24 de febrero de 1972

Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 336, enero, Lima, 1972, p. 90.

6. Violencia y resistencia a la autoridad

“El desobedecimiento a una resolución judicial sin que hubiera mediado violencia o resistencia, no constituye el delito de violencia o resistencia a la autoridad”.

Ejecutoria Suprema, 14 de junio de 1972

Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 342, julio, Lima, 1972, p. 876.

7. Defraudación

“No habiendo daño económico en perjuicio de la entidad agraviada ni beneficio pecuniario indebido de parte del acusado, no existe delito de defraudación”.

Ejecutoria Suprema, 6 de junio de 1973

Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 335, agosto, Lima, 1973, p. 104.

8. Contra la libertad de prensa

“Las apreciaciones que realice un comentarista, aunque contengan frases fuertes, pero comúnmente usadas, no pueden considerarse delictivas por cuanto implicaría la negación del derecho de opinar”.

Ejecutoria Suprema, 12 de diciembre de 1973

Revista de Jurisprudencia Peruana, N° 362, marzo, Lima, 1974, p. 313.

9. Tráfico ilícito de drogas (Comercialización de Insumos)

“Tratándose de comercialización de insumos, como es el carbonato de sodio, debe acreditarse que dicha sustancia hubiese sido o iba a ser utilizada en la elaboración de droga”.

Ejecutoria Suprema, 28 de noviembre de 1985

Anales Judiciales, 1985, Tomo LXXIII, p. 313.

10. Terrorismo (Actos preparatorios)

“No constituye acto de terrorismo, los actos preparatorios incautados –latas vacías, kerosene y huaype– en la iluminación del Cerro San Cristóbal, con el símbolo de la hoz y el martillo y que de haberse realizado, tampoco constituiría delito”.

Ejecutoria Suprema, 4 de junio de 1986

Anales Judiciales, 1986, Tomo LXXIV, p. 162.

11. Tráfico ilícito de drogas (Posesión de insumos)

“La simple posesión de ácido sulfúrico, que se emplea en la elaboración de drogas no puede servir como prueba para

sustentar una sentencia condenatoria por delito de tráfico ilícito de drogas”.

Ejecutoria Suprema, 21 de enero de 1988
Anales Judiciales, 1988, Tomo LXXVI, p. 143.

12. Tráfico ilícito de drogas

“Se absuelve a la procesada, a quien se le incautó en su domicilio una bolsa conteniendo 330 grs. de Pasta Básica de cocaína mezclada con harina”.

Ejecutoria Suprema, 7 de marzo de 1988
Anales Judiciales, 1988, Tomo LXXVI, p. 166.

13. Delito de terrorismo (Atipicidad)

“Procede absolverse a los sentenciados por los delitos de terrorismo previstos y penados en los arts. 5 y 6 del D. L. 46 (Asociación Ilícita e Incitación al terrorismo) si la ley posterior (Ley 24651) no tipifica dichas figuras”.

Ejecutoria Suprema, 26 de abril de 1988
Anales judiciales, 1988, Tomo LXXVI, p. 165.

14. Tráfico ilícito de drogas (Transporte de hojas de coca)

“El transportar hojas de coca no destinada a fines ilícitos no constituye delito”.

Ejecutoria Suprema, 18 de mayo de 1988.
Anales Judiciales, 1988, Tomo LXXVI, p. 189.

15. Tráfico ilícito de drogas (Insumos)

“El hecho de haber retirado una encomienda conteniendo ácido sulfúrico, sin tener conocimiento del contenido no constituye delito”.

Ejecutoria Suprema, 18 de mayo de 1988
Anales Judiciales, 1988, Tomo LXXVI, p. 189.

16. Tráfico ilícito de drogas (Transporte de materia prima)

“Se absuelve a los acusado por tráfico ilícito de droga, cuya imputación consiste en haber pretendido transportar 3360 Kg de amoníaco a la ciudad de Tingo María, porque se trata de sustancia no sometida a fiscalización”.

Ejecutoria Suprema, 19 de julio de 1990

Anales judiciales, 1990, Tomo LXXVIII, p. 115.

17. Delitos contra la seguridad pública (Tenencia de armas y explosivos)

“Si no se ha acreditado que los explosivos y armas de fuego incautados en el domicilio del acusado hayan estado destinados a fines delictuosos, ya que éste ha reconocido ser propietario de los mismos, y que los utilizaba para fines agrícolas; existiendo duda, la misma que le favorece por lo que es del caso absolverlo...”

Ejecutoria Suprema, 22 de enero de 1991

Anales Judiciales, 1991, Tomo LXXIX, p. 235.

18. Delito de terrorismo (Materialización de la apología)

El delito de apología de terrorismo se materializa cuando el agente activo del hecho emplea medios idóneos para la consumación del delito en su forma de exaltación, elogio o alabanza.

Ejecutoria Suprema, 20 de diciembre de 1991

Anales Judiciales, 1991, Tomo LXXIX, p. 311.

TÍTULO TERCERO

LA TENTATIVA

“Flagitium Imperfectus” “Cōnātus” “Il Tentativo”
“Die Versuch” “La Tentative” “A Tentative”

1. BREVE EVOLUCION HISTORICA DEL CONCEPTO DE TENTATIVA

El antecedente conceptual más remoto de lo que hoy conocemos como tentativa lo encontramos en la expresión “*cōnātus*” utilizada por los postglosadores de la época del Renacimiento y la Ilustración europea, donde destacaron los “*practicos*” italianos y alemanes ⁽¹⁾, quienes emplearon los conceptos de “*cōnātus remoto*”

(1) Los “*Practicos*”, llamados así por escribir sus comentarios y análisis sobre el *Corpus Iuris Civilis* relacionados con la práctica real del derecho de su tiempo en “*Practicus*” y “*Tractatus*”, representan con su obra, en la historia del derecho europeo, la síntesis creadora del derecho romano, canónico, germano y de la ingente labor desplegada por los glosadores. Antes de reseñar el trabajo de los “*Prácticos*” o postglosadores, diremos unas cuantas palabras acerca de la “*Escuela de los Glosadores*” desarrollada en la Edad Media Tardía, y caracterizada por la labor de exégesis hecha a través de numerosos jurisconsultos por medio de “*glosas*”, “*summas*” y “*distinctiones*”, del *Corpus Iuris Civilis*, a partir del siglo XI, hasta fines del XIII. Las glosas, de donde les viene el nombre, consistía en anotaciones o comentarios efectuados en los espacios marginales o interlineales de los textos legales del *Corpus Iuris*, sobre todo del Digesto Romano y las Institutas. Fueron PEPO e IRINEO (Guarnerio o Irnerio) quienes iniciaron esta escuela, sobre todo IRINEO (1055-1140), juez brillante y *Magister Artium* de la flamante Universidad de Bologna, probable autor de la *Summa Codici* y de las “*questiones de iuris subtilitalibus*”, quien se dedicó de lleno, junto a sus discípulos, a aclarar los textos justinianeos (glosas), a elaborar resúmenes o cuadros sinópticos de los temas tratados (*summas*), a precisar conceptos (*distinctiones*), estudios en profundidad (*dissensiones dominorum*) y a la colección de casos ilustrativos (*casus*). Además de IRINEO, destacaron AZON y ACCURSIUS, jurista milanés este último (1182-1259), cuya *Glossa Ordinaria*, tuvo una enorme influencia en Italia y Europa. El ejemplo

y “*cōnātus próximo*” para definir con el primero el alcance de los actos iniciales de ejecución o en todo caso, el extremo límite de los actos preparatorios; y abarcando con el segundo la tentativa propiamente dicha y el delito frustrado. Ideas que fueron tomadas y desarrolladas posteriormente por FEUERBACH, GIOVANNI CARMIGNANI y FRANCESCO CARRARA. Pero es ANDREA ALCIATO (1492-1550) el primer “práctico” italiano que empieza a hablar del “*iter criminis*”, como concepto globalizador del proceso del delito, en sus “comentarios” y “prácticas” en torno a los libros del *Digesto* que trataban sobre cuestiones criminales (2), concibiendo las relaciones entre crimen y tentativa como un “*Aliud est crimen, aliud conatus; hic in itinere, illud in meta est*” (una cosa es el crimen y otra el conato, éste está en el camino, aquél en la

de los glosadores italianos se propagó por numerosos centros de cultura y universidades europeas: Orleans, Oxford, Palencia y Salamanca. Pero es con los Postglosadores –siglos XIV-XVIII– con quienes se inicia el estudio más propiamente del Derecho Penal, sobresaliendo con nitidez BARTOLO (1314-1357), ANDREA ALCIATO (1492-1550), BALDO DE UBALDIS (1327-1400) ALBERTO GANDINO (1552-1596), TIBERIO DECIANO (+ 1581), MENOQUIO (+ 1613), HUGO GROCIO (1583-1645) BENEDICT CARPZOW (1595-1666), MATIAS BERLICH (1586-1638), PROSPERO FARINACCI (+ 1618) y otros. FARINACCI, en sus Investigaciones sobre el conato próximo y remoto, llegó a la conclusión de castigar a ambas modalidades, atenuando la represión del segundo; igual posición es la asumida por GROCIO, quien incluso sosteniendo planteamientos hoy contemporáneos se inclinó por la represión de la tentativa sólo en los casos de delitos graves. DECIANO, dedica parte de sus estudios jurídicos al tratamiento del principio de ejecución. CARPZOW y BOHMERO (1704-1772) al igual que MENOQUIO, también distinguieron los grados de desarrollo de la tentativa, mostrándose muy propensos a la punición de los actos preparatorios, al que a menudo identificaron con el *conatus remoto*. En España, ya los juristas redactores de la *Setima Partida* diferenciaron el pensamiento, los actos de preparación y la tentativa; en el siglo XIV, DIEGO DE COVARRUBIAS y otros prácticos de menor importancia llegaron a atisbar la importancia de la tentativa, aunque no lograron tratarlo en profundidad.

(2) ANDREA ALCIATO, *Commentarium ad Legem entarius*, citado por BERNARDINO ALIMENA, *Principios de Derecho penal*, Madrid, 1915, Vol. I, p. 495.

meta) (3). La idea central de los “prácticos” estuvo circunscrita a analizar el nexo y la naturaleza existente entre lo realizado con el resultado no producido, lo que se expresa en palabras de ALBERTO GANDINO (1552-1596) en un “*cogitare, agere, sed non perficere*” (el que piensa y obra pero no perfecciona) (4). GANDINO llegó a distinguir tres grados en el “*iter criminis*”. 1º *Qui cogitat, nec agit nec perficit* (consumación); 2º *Qui cogitat, agit nec perficit* (mero propósito); 3º *Qui cogitat, agit et perficit* (conato). GANDINO, en línea retrospectiva, es el jurista que plantea por primera vez enfoques objetivos a nivel teórico para el tratamiento jurídico dogmático de la tentativa.

(3) ANDREA ALCIATO, *Commentarium ad Legem entarius*, LIII, *De Verborum significationi*, 39, citado por ALIMENA, *Principios*, cit., Vol. I, p. 495. Además de ALCIATO, otros postglosadores que trataron sobre temas criminales en sus obras fueron: JACOBO DE VILLOVISIO, *Practica Judiciaria in materiis criminalibus* (1515); HIPOLITO DE MARSILIUS, *Practica causarum criminalium* (1529), DAMHOUDER, *Praxis rerum criminalis* (1544); TIBERIO DECIANO, *Tractatus criminalis* (1551); GIULIO CLARO, *Receptor sententiae* o *Práctica civiles et criminalis* (1565); GANDINO, *Libellus de Maleficiis* (1596); PROSPERO FARINACCI, *Praxis et theoricæ criminalis libri* (1597); CARPZOW, *Practica nova saxonica rerum criminalium* (1638); MENOQUIO, *De arbitrariis indicum quæstionibus*; BOHNERO, *Observationes ad practicam criminis carpzowi* (1750), *Meditationes in constitutionem criminalem carolinam* (1770), *Elementa jurisprudentiæ criminalis* (1783); CREMANI, *De jure criminali* (1779). Para mayor información véase PESSINA, *Elementos de Derecho penal*, 3a. ed., Madrid, Reus, 1919; FRANZ VON LISZT, *Tratado de Derecho Penal*, traducción de la 18a. edición alemana, Madrid, Reus, 1937; WOLFGANG KUNKEL, *Historia del derecho romano*, Barcelona, Ariel, 1975. Trabajos especializados: PAOLO VINOGRADOFF, *Diritto Romano nell' Europa Medioevale*, 2a. ed., Milano, 1950; FRANCESCO CALASSO, *Medioevo del Diritto*, Milano, 1954; HELMUT COING, *Epochen der Rechtsgeschichte in Deutschland*, München, 1967; CARLOS DE SAVIGNY, *Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter*, 1815; GEORGES DAHM, *Das Strafrecht Italiens im ausgehendem Mittelalter*, 1931.

(4) ALBERTO GANDINO, citado por ALIMENA, *Principios*, cit., Vol. I, p. 444.

1.1. En el Derecho Romano (5)

El Derecho Romano careció de una terminología apropiada para denominar estos actos exteriores de ejecución, lo cual no significa que hayan dejado de penalizarlo y desconocido su existencia material; lo que se pone de manifiesto sobre todo con los delitos de lesa majestad (alta traición) contra el estado y el orden constituido, cuya tentativa se equiparó al delito consumado para los fines represivos, siendo severamente castigados en virtud al procedimiento del "perduellio" (6), con la pena de muerte. Los intentos de restaurar la monarquía, fueron castigados en la época de la República, como si se tratase de un delito de traición a la patria.

(5) La expresión más usada fue "*flagitium*", sinónimo de ignominia, injuria, acción deshonrosa, con la que el derecho romano asoció el delito. Se trataba, por lo tanto, en el caso de la tentativa, de un *flagitium imperfectum*, a diferencia del *flagitium perfectus* sinónimo de delito. La Ley de las XII Tablas (451-433 A.de C.), normó situaciones penales específicamente en la Octava Tabla, donde ya es clara la distinción entre el derecho humano (*Jus*) y el derecho religioso (*Fas*); este cuerpo legal, el más antiguo código occidental de derecho, a decir del historiador F. BUSIGNY (*La antigüedad*, Buenos Aires, Losada, 1968, p. 245), sustrajo el manejo del derecho a la arbitrariedad de los magistrados patricios. Los fragmentos rescatados de la Ley de las XII Tablas puede verse en M. ORTOLÁN, *Explicación histórica de las instituciones del emperador Justiniano*, Madrid, Leocaldo López Editor, 1872, pp. 96-115. Igualmente revítese el *Digesto*, Libros XLVII y XLVIII, en D. ILDELFONSO GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Barcelona, Publicado por Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, 1897, Vol. III, pp. 664 y ss. y 721 y ss. Véase también un estudio del derecho penal contenido en las XII Tablas, en WOLFGANG KUNKEL, *Historia del Derecho romano*, Barcelona, Bosch, 1975, pp. 33 y ss.

(6) Concepto y procedimiento penal extraordinario aplicado en tales casos, vigente hasta el advenimiento del Imperio, y extendido al *parricidium*. Procedimiento aplicado por los miembros de un *Duumviro* (comisión de dos individuos) nombrado por los cónsules. Uno de estos *duumviros* sustanciaba y fallaba, siendo los comicios los que confirmaban o casaban la sentencia. Véase TEODORO MOMMSEN, *Derecho penal romano*, Bogotá, Temis, 1991, pp. 110 y 333; igualmente en KÖSTLIN, *Die perduellio unter den römischen Königen*, Tübingen, 1841.

El numeral XVI de la Tabla VIII (*de delictis*) del cuerpo legislativo conocido históricamente como *La Ley de las Doce Tablas* (que sintetizó la legalidad romana positiva en la época de la República) estableció un sistema represivo de extrema severidad para los casos de tentativa: “si se intenta una acción por un robo no manifestado, que la pena contra el ladrón sea del duplo (Si adorat furto, quod nec manifestum es cit...).

En tiempos del Imperio con la subsiguiente sobrecriminalización que trajo consigo, y la secundarización del principio de legalidad de la época de la república, se desarrolló ampliamente la punición de la tentativa para los delitos públicos. Por lo general el sistema penal romano privilegió el castigo de la intención (predominio del enfoque subjetivo).

1.2. En el Derecho Germano

Se legisló exclusivamente sobre el hecho consumado, esto es, sin prestar atención a la intención del delincuente y premunido de un sentido privado de justicia. Encontramos aquí, en éste momento del desarrollo del derecho penal, el apogeo de la denominada *Responsabilidad Objetiva*, la misma que basa penas y sanciones diversas, sin necesidad de fundamentarlas en la culpabilidad del agente, bastando la simple producción del resultado lesivo o dañoso, y la verificación de una relación de causalidad. Recién en la época de CARLOMAGNO (siglo VIII de nuestra era) se llegó a contemplar algunos supuestos típicos de tentativa, como el acechar a la víctima, el desenvainar la espada, las emboscadas en los caminos, las inmersiones y los intentos de homicidio, que muchas de las veces encontraron solución mediante la “*compositio*” (7), desarrollada como un eficaz

(7) La “*compositio*” fue producto posterior de la evolución del derecho germano a la solución de los conflictos penales, que en buena medida sustituyó –y en otros casos convivió con ellas– a la *faida* (extensión de la venganza a toda la familia del agresor) y a la *brutrachi* (venganza de la sangre), consistiendo en el pago en dinero o especies que debía hacerse a la víctima o a su familia para resarcir el daño ocasionado y restablecer la paz en la

mecanismo de restablecimiento de la paz social violada. La leyes penales bárbaras se aplicaban por igual a los mayores de edad responsables, como a los irresponsables penalmente (insanos mentales), a los menores de edad, a los animales y a las cosas inanimadas.

1.3. En el Derecho Español (Las Siete Partidas)

La ley española de “*Las siete Partidas*” redactadas durante el reinado de ALFONSO X “El sabio” (1263-1260), principalmente la séptima p[á]rtida, llegó a concebir y legislar sobre la tentativa (8).

comunidad (*friede*), en función a tarifas pre-establecidas. LISZT (*Tratado*, cit., pp. 192-193) nos precisa que: “las diversas infracciones jurídicas son estimadas en numerosas gradaciones; el importe de la composición o rescate se determina con exactitud para cada diente, para cada dedo, cada frase, injuria, cada tocamiento impuro con mujer o muchacha (...) quien no podía pagar expiaba con su cuerpo”. La *compositio*, como mecanismo de restablecimiento de la paz violada (*friedlosigkeit*) era opcional para el agraviado u ofendido, y estaba en función no sólo a la gravedad del delito, sino a la situación social, nacional, edad y sexo de la víctima. QUINTILIANO SALDAÑA, en la glosa española a la obra de LISZT nos ofrece el siguiente cuadro tarifario:

TARIFA POR MUERTE: Muerte de un ingenuo de 75 años (100 sueldos), de 50 años (200 sueldos), de 20 a 50 años (300 sueldos), de 10 años (110 sueldos), un año (60 sueldos).

TARIFA POR LESIONES: 1.- Autor libre-lesionado libre: a) golpe en la cabeza (*pro livore*) = 5 sueldos; b) desgarrar de la piel (*cute rapta*) = 10 sueldos; c) herida hasta el hueso (*plaga usque ad orsen*) = 20 sueldos. 2.- Autor libre-lesionado esclavo: la mitad que en el número 1. 3.- Autor esclavo-lesionado esclavo = la tercera parte y 50 manotadas. 4.- Autor esclavo-lesionado libre: la tarifa 1 y 70 manotadas. Estas tarifas admitían variaciones en el caso de la tentativa de incendio, conspiración y de envenenamiento, esto sucedía en una etapa en la que se lograron desarrollar algunas hipótesis de ejecución tentada (Ley Sálica, Edicto de Rotari; véase LUIGI SCARANO, *La tentativa*, Bogotá, Temis, 1960, pp. 192-193). Para tener un cuadro más vívido de las leyes y costumbres penales de los pueblos bárbaros de siglos anteriores a la etapa de vigencia de la “*compositio*”, véase TACITO, *De Moribus Germanorum* (De las costumbres de los bárbaros germanos)

(8) La Ley de las Siete Partidas utiliza una terminología apropiada para referirse a la tentativa cuando dice: “...e esto seria como si alguno ouiesse

1.4. En el Derecho Canónico

Las elaboraciones canónicas no llegaron a desarrollar un concepto propio para los casos de no conclusión del delito, y sólo fue por obra de los glosadores y postglosadores que incorporó a sus elaboraciones teóricas el concepto de “conato”. El Derecho Canónico logró adquirir una mayor sistematización a partir de lo que se ha convenido en denominar, el “*corpus iuris canonici*”⁽⁹⁾ (siglos XII-XIII), contribuyendo a humanizar la justicia penal medioeval tan imbuida de las prácticas germanas de la venganza privada de la sangre y la ley del talión, rescatando y preservando los formalismos y principios garantistas relativos del derecho romano. Las teorías del pecado y la penitencia segmentaron el campo de la moral del ámbito de los hechos punibles y otorgaron a la coerción penal el instituto de la prisión, como sucedáneo a las penas de aflicción grave. El Derecho Canónico resulta así morigerando la responsabilidad objetiva del derecho germano y resaltando el elemento subjetivo del delito: (la culpabilidad), del infractor, retomando con mejor fundamentación la característica subjetiva del derecho romano. Nace con el derecho canónico la idea de corregir al delincuente, la expiación-reparación del daño, la reconciliación, y se enuncia ya la igualdad de los hombres ante la ley. Enunciados básicos del derecho penal, que perduran hasta el presente. Tribunales eclesiásticos y

pensado de fazer alguna traycion contra la persona del rey, e *despues començasse en alguna manera a meterlo en obra...* maguer non lo oniesse fecho acabadamente. Esso mesmo seria, si viniessse en voluntad a algun ome, de matar a otro, si tal pensamiento malo como este començare a lo meter por obra, teniendo alguna ponçoña aparejada para darle a comer, o a beuer; o tomando algun cuchillo, o otra arma, yendo codtra el para matarlo; o estando armado, assechandolo en algund logar, para darle muerte..., metiendolo ya por obra ca, maguer non lo cumpliesse, meresce ser escarmentado assi como si lo ouiesse cumplido, porque non finco por el de lo cumplir, si pudiera (Titulo XXXI, Ley II, *De Poenis Partida Setena*, en *Los Códigos Españoles*, Madrid, Imprenta de la Publicidad, 1848, T. III, p. 466.

(9) Básicamente a partir de los “Decretales” de Gregorio IX (1234) y en las “Constituciones” (1313).

ordinarios se disputaron muchas veces la hegemonía de la labor jurisdiccional, combinando y confundiendo competencias. La aparición posterior del “Tribunal de la Santa Inquisición” representó, de forma indudable, la imborrable mácula en el historial jurídico de la iglesia, y la absolutización del extremo subjetivo en la justicia penal.

1.5. Tentativa de Pecado y Tentativa de Delito

Canonistas y teólogos consideraron que el intento de cometer pecado era merecedor de castigo, pero frente al intento de delinquir, es decir, frente a la tentativa de cometer delitos humanos, adoptaron por regla general el criterio de su impunidad, en virtud a que la ley penal debe ser objeto de interpretación restrictiva, “*in poenis benignior est interpretatio facienda*”. Con el aporte de los canonistas y con el fortalecimiento de los estados nacionales, la justicia de la venganza privada pasaría paulatinamente a ser dominio de ejercicio público, es decir, una de las funciones del poder del Estado. Al llegar el siglo XVI la “*constitutio criminalis*” de CARLOS V, más conocida como “la Carolina”, dada en 1532, elaboró la primera definición legal sistemática de tentativa, la que ofreció; a decir de MEZGER ⁽¹⁰⁾, una excelente conceptualización y delimitación entre tentativa y preparación con la siguiente formula legal: “Así, si alguien se atreve a realizar un acto mediante algunas obras externas que puedan ser apropiadas para la consumación del acto malo, y sin embargo, en la consumación de dicho acto malo fuera impedido contra su voluntad por otros medios, será castigada penalmente esta voluntad maliciosa, de la cual resulta, como se dice, alguna obra mala; pero en un caso más severamente que en otro, en vista de las circunstancias y formas de la cosa” ⁽¹¹⁾.

(10) EDMUNDO MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1976, T. II, p. 191. Compárese esta apreciación con la que formula SCARANO, *La tentativa*, Bogotá, Temis, 1960, p. 69, donde difiere totalmente con el punto de vista de MEZGER.

(11) *Constitutio Criminalis* (Ley Carolina) de Carlos V, Art. 178°. Véase MEZGER, *Tratado*, cit., T. II, pp. 191-192.

1.6. En el derecho penal revolucionario francés

El derecho penal francés, antes de la puesta en vigencia del Código penal del 6 de octubre de 1791, se caracterizó por el gran esfuerzo desplegado en la reforma del procedimiento criminal (ley del 8 de Mayo de 1788), y el establecimiento de una serie de derechos inherentes a la persona, contenidos en “La Declaración de los Derechos del Hombre” del 26 de agosto de 1789. Lo que se concretará en la morigeración de la rigurosidad del sistema penal, la supresión de la arbitrariedad de los jueces, la abolición de los delitos contra la religión, el carácter público de los juicios, la asistencia por un abogado durante el proceso, la abolición del juramento impuesto al acusado, la obligación de la motivación de las sentencias y su publicación, la creación de los jurados, el derecho a la reparación de honor en caso de sentencias absolutorias, la suspensión de la arbitrariedad de las penas (iguales penas para mismos delitos), y el carácter personal de las mismas. Tal es una muestra del fervor romántico de los legisladores y políticos de entonces, fuertemente influidos por las doctrinas y políticas de la ilustración iluminista europea. Otra sería, sin embargo, la realidad que se avecinaba con su dosis exagerada de irracionalidad y dogmatismo, donde las clases populares seguirían marginadas del acceso a la justicia y estigmatizadas con el funcionamiento de la aparatosa y burocrática maquinaria judicial.

El Código de 1791 estableció legalmente la pena de muerte (el de 1810, las penas de “marca” y amputación), siendo redactado con una sistemática compuesta de una parte general y otra especial; ambas divididas en títulos y secciones. La parte general se inicia con las reglas de las condenas y penas. La parte especial (*des crimes et de leur punition*) se inicia con los crímenes contra la cosa pública y concluye con los crímenes contra los particulares. Posteriormente el 3 Brumaire, año IV (25 de octubre 1795) se dictó el denominado “*Code des Délit et des Peines*”, que en realidad constituyó el Código de Procedimientos Criminales.

1.7. El período de las codificaciones

Coetáneamente en el siglo XVIII-XIX, incluso antes, numerosos cuerpos legales incorporaron el tema de la tentativa en sus normativas penales ⁽¹²⁾. Años previos a la dación del código napoleónico, y en plena efervecencia revolucionaria, al darse el Código penal francés de 1791, se otorgó un trato muy genérico a la tentativa, circunscribiéndola a los crímenes que merecían pena afflictiva e infamante (asesinatos y envenenamientos), castigados generalmente con la pena de muerte, no indicándose nada sobre el tratamiento respectivo del resto de crímenes y delitos, entendiéndose que con el silencio de la ley y en virtud a la jurisprudencia francesa anterior, éstos quedaban impunes; para llenar este vacío, la ley del 22 Prairial Año IV(1795), hizo extensiva a todas las tentativas de crímenes el rigor punitivo del código penal. La ley del 25 Frimaire, Año VIII, estableció un límite mínimo y máximo de las penas. Estas disposiciones sobre tentativa estuvieron vigentes hasta 1810, fecha de la redacción final y puesta en vigencia del Código Penal napoleónico (redactado por la comisión conformada por VIEILLARD, TARGET, OUDARD, TREILHARD y BLONDEL), el cual en sus artículos 2 y 3 consagró la idea y la convirtió en un paradigma jurídico penal: "Toda tentativa de crimen que se haya manifestado por actos externos y sea seguida de un comienzo de ejecución, si no ha sido suspendida o si ella no ha frustrado sus efectos más que por circunstancias fortuitas o independientes de la voluntad de su autor, se considera como el

(12) Así, la Constitución de Manuel Filiberto de Saboya (1565); la *Criminalis Theresiana* (Austria, 1768); la Ley Josefina de 1787; el Código penal austriaco de 1783; la Ley Francesa Revolucionaria del 22 Prairial (Año IV); el Código austriaco de 1803; el Código penal francés de Napoleón de 1810; el Código de Baviera de Feuerbach(1813); el Código napolitano de 1829; el Código penal español de 1822; el Código penal brasileño de 1830; el Código prusiano de 1851; el Código penal italiano de 1859; el Código penal boliviano de 1834; el Código penal de Baviera de 1861; el Código penal español de 1848; el Código penal alemán de 1870; el Código penal chileno de 1873; el Código penal peruano de 1863; y el Código penal italiano de 1889.

crimen mismo" (13). Posteriormente, en 1832, una reforma del código suprimió la frase "manifestado por actos externos", quedando a partir de entonces fijada como estereotipo penal, y que sería transcrito por las legislaciones penales de Europa, América y el mundo. Consagrándose así en cuestiones doctrinarias el criterio objetivo material, cuya hegemonía se mantuvo hasta 1975, año en el cual entró en vigencia la nueva parte general del Código Penal alemán (*Strafgesetzbuch*), aprobado en 1969 luego de una transacción entre el proyecto gubernamental de 1962 y el Proyecto Alternativo de 1966, -presentado por 14 profesores de derecho penal-, tras un largo proceso de históricos y apasionados debates entre las escuelas penales alemanas. Este código consagra una fórmula mixta con preponderancia subjetiva en su artículo 22: "incurre en tentativa de hecho punible el que, actuando de conformidad con su representación del hecho, se aplica inmediatamente a la realización del tema" (14). El reciente Código penal francés, puesto en vigencia en 1994, sigue manteniendo en su fórmula de tentativa los criterios objetivos del comienzo de ejecución (ver esquemas legales de tentativa).

(13) Code Pénal (Paris, Dalloz, 1947, pp. 1 y 2), Art. 2º: "Toute tentative de crime qui aura été manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution, si elle n'a pas été suspendue ou si elle n'a manqué son effet que par des circonstances fortuites ou indépendantes de la volonté de l'auteur, est considérée comme le crime même."

Art. 3º: "Les tentatives de délits ne sont considérées comme délits que dans cas déterminés par une disposition spéciale de la loi".

(14) *Código penal alemán. Parte general*, trad. de Julio César Espínola, Buenos Aires, Depalma, 1976. El citado grupo de académicos alemanes y suizos que presentaron y sustentaron el Proyecto Alternativo, estuvo conformado por JÜRGEN BAUMANN, ANNE EVA BRAUNECK, ERNEST WALTER JANACK, ARTHUR KAUFMANN, ULRICH KLUG, ERNEST JOACHIN LAMPE, THEODOR LENCKNER, WERNER MAIHOFFER, PETER NOLL, CLAUS ROXIN, RUDOLF SCHMIDT, HANS SCHULTZ, GÜNTER STRATENWERTH y WALTER STREE.

2. LA TENTATIVA EN LA CONCEPCION DE BECCARIA, ROMAGNOSI Y FEUERBACH

2.1. El pensamiento de BECCARIA

Las ideas penales del ilustre jurista milanés estuvieron dirigidas a transformar las inicuas e irracionales estructuras y prácticas concretas del derecho penal imperante en la Europa del siglo XVIII, que arrastraba tras sí largos siglos de arbitrariedad caracterizados por su naturaleza altamente represiva e inhumana⁽¹⁵⁾ y por los extremados excesos a los que se llegó en el ejercicio del derecho a castigar en manos de jueces omnipotentes y abusivos⁽¹⁶⁾. CESARE BONESANA,

(15) ENRICO PESSINA expresivamente nos ofrece la situación del derecho y el quehacer judicial de la Europa de ese entonces con las siguientes palabras: "En la primera mitad del siglo XVIII la justicia penal presentaba en Europa el más triste espectáculo: incertidumbre y confusión en las leyes y en su interpretación, excesivo rigor y atrocidad en la penalidad, exagerada incriminación, conculcación de todo derecho de la personalidad humana en los juicios penales. Los abusos habían llegado a su más alto grado, porque cada siglo había ido amontonando el funesto patrimonio que había heredado de los anteriores". En estas circunstancias, refiere PESSINA, "la aparición del libro *Dei delitti e delle pene* no fue un momento en la historia de la ciencia, sino el anuncio de una revolución; más aún, era la revolución misma, la cual antes de atacar a la autoridad en sus fundamentos, la combatía en sus excesos que son más visibles" (*Elementos*, cit., pp. 136, 137 y ss.). Específicamente, en la *Francia pre-revolucionaria* el sistema penal estuvo firmemente asentado en la doctrina de la venganza social e intimidación ejercida por el estado. Las penas aplicables a los justiciables iban desde la pena del fuego, la rueda, la horca, la cabeza cortada ("*la tête tranché*"), las galeras a tiempo o perpetuidad, el destierro ("*le bannissement*"), el puño cortado ("*le poing coupé*"), la lengua cortada ("*la langue coupé*"), el castigo del látigo, la marca, la deshonra, la multa ("*l'amende*"), la picota, la argolla, la reclusión, reprobación y la advertencia. Para mayor información véase RENE GARRAUD, *Traité théorique et pratique de Droit pénal française*, Paris, Sirey, 1913, T. I, p. 143.

(16) JUAN ANTONIO DEL VAL, en la introducción a la obra de CÉSAR BECCARIA, *De los delitos y de las penas* (Madrid, Alianza Editorial, 1968, pp. 7 y 8), nos ofrece el siguiente cuadro que con descarnada realidad refleja la justicia de la época: "Robert Damiens hirió a Luis XV con un cuchillo con

marqués de BECCARIA (1738-1794), inicia en Europa, con su pensamiento jurídico, el derecho penal liberal, que repercutió en las profundas reformas hechas al sistema penal en los diversos países y estados europeos. La importancia histórica de su obra consistió en enunciar el principio de legalidad, el de la proporcionalidad de las penas, la supresión de la pena de muerte y la interpretación de las leyes por el legislador, como formas eficaces de evitar los ya históricos y acostumbrados atropellos cometidos por aquellos jueces fríos e insensibles al drama humano. Las ideas de BECCARIA sobre la tentativa

intención de matarle. Apresado en el acto, fue juzgado y condenado a muerte. Sus contemporáneos nos han descrito su ejecución: el 28 de marzo de 1757 se le leyó la sentencia, que escuchó atentamente, y al terminar exclamó: 'La jornada será ruda'. La sentencia le sometía al tormento ordinario y extraordinario. Los cirujanos, interrogados sobre el caso, aconsejaron como el más terrible y menos peligroso para la vida del paciente el tormento de los borceguíes (que consistía en sujetar fuertemente las piernas del reo entre cuatro tablas e introducir cuñas a martillazos de forma que los huesos saltaran por la presión). DAMIENS lo soportó con entereza y repitió que no había en su crimen ni complot ni cómplices. Conducido en una carreta a la plaza de Greve, donde se alzaba el cadalso, fue tendido sobre él y sujetado fuertemente con aros de hierro atornillados a las tablas. Diez verdugos participaban en la ejecución y dos confesores le asistían. En la mano derecha se le colocó el arma del crimen y a continuación se le quemó con fuego de azufre. Después, con unas tenazas calentadas al rojo se le fue arrancando la carne de las partes más carnosas de su cuerpo y luego se vertió en las llagas una mezcla hirviente de plomo, aceite, pez, cera y azufre, fundidos juntamente. Por fin sus miembros fueron atados con tirantes a cuatro fogosos caballos para que fuera descuartizado. Durante una hora tiraron los caballos sin lograr arrancarlos. El número de caballos aumentó hasta seis, pero, siempre en vano, hasta que los jueces permitieron que se le hiciera incisiones en las articulaciones para facilitar la tarea. Al fin uno de los caballos arrancó la pierna izquierda. Llegaba la noche, cuando un caballo arrancaba el último brazo, Damiens expiró. Su cuerpo, que sólo era un montón informe de carne, fue quemado todavía palpitante. Un decreto del Parlamento determinaba que su mujer, su hija y su padre serían obligados a abandonar el Reino con la prohibición de no volver nunca, bajo pena de ser colgados y ahorcados sin forma ni figura de proceso, y prohibía a todas las personas de la familia que llevasen el nombre de Damiens usarlo en el futuro, bajo las mismas penas".

se sintetiza en las siguientes frases de su siempre actual obra *Dei Delitti e delle Pene* publicada en 1764: "aunque las leyes no castiguen la intención, no por eso decimos que un delito cuando empieza por alguna acción que manifiesta la voluntad de cometerlo no merezca algún castigo, pero siempre menor a la comisión de él. La importancia de estorbar un atentado autoriza la pena; pero así como entre éste y la ejecución puede haber un intervalo, así la pena mayor reservada al delito consumado, puede dar lugar al arrepentimiento" (17). BECCARIA asume así una línea de pensamiento similar a la de GANDINO y FARINACCI, distanciándose de los planteamientos de MENOQUIO y, en cierta manera, de FILANGIERI, quienes equipararon tentativa y delito consumado para los efectos represivos (en el caso de este último, para determinados delitos).

La importancia de la crítica-denuncia que efectuó BECCARIA en la segunda mitad del siglo XVIII en Europa, fue el comienzo no sólo de una amplia reforma tendiente a la humanización del derecho penal, sino un gran reajuste normativo innovador, que súbita o paulatinamente fue extendiéndose en las legislaciones penales europeas, y de ahí se irradiaría a las legislaciones del mundo. Ya con BECCARIA se hace una separación entre tentativa y delito, pensamiento jurídico que será muy importante para graduar la responsabilidad

(17) Decía, CÉSAR BONESANA Marqués de Beccaria en su principal obra (*De los delitos y las penas*, p. 32): "cada hombre tiene su mira, y cada hombre la tiene diversa, según los diversos tiempos. El espíritu de la ley sería, pues, la resulta de la buena o mala lógica de un juez, de su buena o mala digestión; de las relaciones que tuviese con el ofendido, y de todas aquellas fuerzas que cambian las apariencias de los objetos en el ánimo fluctuante del hombre. ¿Cuántas veces vemos la suerte de un ciudadano trocarse en el paso que de su causa se hace a diversos tribunales; y ser las vidas de aquellos miserables víctimas de falsos racionios, o del actual fermento de los humores de un juez que toma por legítima interpretación la vaga resulta de toda aquella confusa serie de nociones que le mueve la mente? ¿Cuántas veces vemos los mismos delitos diversamente castigados por los mismos tribunales en diversos tiempos, por haber consultado, no la constante y fija voz de la ley, sino la errante inestabilidad de las interpretaciones? Véase de FILANGIERI "Scienza de la Legislazione", vol. I, lib. III, cap XXIX- p. 331, cap XXX- p. 317, op. cit.).

penal en los procesos futuros de codificación del siglo XIX, no obstante que códigos tan influyentes en su época, como el de Baviera y el prusiano de 1851 los equipararan.

2.2. El pensamiento de ROMAGNOSI

Las ideas de este pensador (1761-1835) se hallan formuladas en su monumental *Génesis del Derecho penal*, escrita en 1791, donde el autor analiza las causas del delito, la prevención del mismo y el ejercicio del derecho penal. De este su libro, la parte cuarta se dedica a analizar amplia y exhaustivamente el tema de la tentativa; las ideas de ROMAGNOSI al respecto son suficientemente claras: “la idea de ejecución de delito no solo entra esencialmente en la noción de tentativa, sino que debe ser su única característica fundamental... cuando la ejecución del delito se lleva hasta sus últimos extremos, deja de ser ya simple tentativa para transformarse en ejecución completa del delito... cuando el delito es sólo pensado o deliberado, no es aún intentado; y cuando se ha llevado a su término, no es simplemente tentado sino consumado” (18). El autor define a la tentativa como la ejecución incompleta de un delito, lo que supone la intervención necesaria de varios actos físicos externos, distintos unos de otros y que se suceden entre sí; reflexionando sobre esto, añade ROMAGNOSI que “si con el primer acto físico externo con que se ejecuta el delito, éste fuera consumado, entonces en este caso no se podría hablar de tentativa” (19).

2.3. El pensamiento de PAUL ANSELM RITTER VON FEUERBACH

Sostuvo este insigne penalista alemán en su *Tratado de Derecho Penal* (1801) que el emprendimiento del crimen abarca tres grados principales: 1) El emprendimiento acabado (*delictum perfectum*), cuando hayan tenido lugar todas las acciones requeridas para la producción de un efecto ilícito, pese a la cual no se haya producido

(18) GIANDOMENICO ROMAGNOSI, *Génesis del Derecho penal*, Bogotá, Temis, 1956, pp. 255 y ss.

(19) ROMAGNOSI, *Génesis*, pp. 253, 259.

el resultado que se tuvo en mira; 2) la tentativa próxima (crimen comenzado), cuando se haya comenzado con la acción principal del crimen y podido producir inmediatamente el acto ilícito; 3) la tentativa remota (crimen preparado), cuando haya ejecutado acciones mediante las cuales sólo se debía preparar el acto de consumación⁽²⁰⁾.

3. CONCEPTOS SOBRE TENTATIVA

El concepto jurídico penal de tentativa fue estudiado y enunciado genéricamente por ALCIATO y GANDINO. Legislativamente estuvo contemplado en la Setima Partida española y fue normativamente elaborado por la *Constitutio Criminalis* de CARLOS V. Posteriormente BECCARIA, ROMAGNOSI, CARMIGNANI, FEUERBACH, ZACHARIAE, ROSSI y finalmente CARRARA y PESSINA desarrollarían el concepto estricto y amplio que hoy manejamos de tentativa y que ha penetrado la letra y espíritu de los códigos penales modernos, con las excepciones de coyuntura, de los regímenes cuya política criminal asimiló en un solo concepto tentativa y consumación o extendió aquélla al terreno de la preparación. Como es de advertir, sólo en el siglo XIX, con los tratadistas de la llamada escuela clásica, adquirió la tentativa significancia científico penal, aclarándose los conceptos de delito frustrado, tentativa inidónea, desistimiento y evitación o impedimento de la consumación.

Para precisar la naturaleza y alcances de la tentativa, es necesario realizar previamente un repaso suscito de algunas de las más importantes definiciones que sobre ella se han dado a lo largo de la historia moderna del derecho penal:

3.1. En Europa

GIANDOMENICO ROMAGNOSI (1791)⁽²¹⁾: "Intentar un delito no es solamente pensarlo o deliberarlo, o bien, decir que se ha intentado

(20) PAUL ANSELM FEUERBACH, *Tratado de Derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 1989, pp. 76-77.

(21) ROMAGNOSI, *Génesis*, pp. 255, 257.

o deliberado, sino, antes bien, es poner por obra todo aquello con que se puede obtener su ejecución. Se puede, pues, decir que la tentativa de delito que los abogados llaman conato a delinquir es la ejecución incompleta del delito... Por tanto la idea de la ejecución del delito no sólo entra esencialmente en la noción de tentativa, sino que debe ser su única característica fundamental”.

GIOVANNI CARMIGNANI (1808) (22): “La tentativa, es decir, el conato, llamada así por la voz latina *conare*, significa un esfuerzo de la intención y del cuerpo mediante el cual, con el propósito de cometer un delito, se emprenden los actos oportunos, salvo sólo aquellos que constituyen su consumación. La definición de la tentativa es muy difícil, pero se puede definir como “un hecho humano que tiene carácter extrínseco de medio, realizado con propósito malvado e idóneo para alcanzar su fin, en la consumación de cierta y determinada ofensa social”.

PELLEGRINO ROSSI (1828) (23): “El crimen empezado objetivamente es lo que constituye la verdadera tentativa, y la tentativa continúa mientras que el agente no termine los actos que tenía intentado llevar a cabo y cuya reunión constituye la completa exigencia del crimen”.

FRANCESCO CARRARA (1861) (24): “Defino la tentativa (conato o atentado) como cualquier acto externo que por su naturaleza conduce unívocamente a un resultado criminoso y que el agente dirige con explícita voluntad a ese resultado, pero al cual este no le sigue, ni tampoco la lesión de un derecho superior o equivalente al que se quería violar... También puede definirse como un hecho humano antijurídico y perturbador de la tranquilidad de los ciudadanos, que

(22) GIOVANNI CARMIGNANI, *Elementos de Derecho criminal*, Bogotá, Temis, 1979, p. 93.

(23) PELLEGRINO ROSSI, *Tratado de Derecho penal*, Madrid, Imprenta de Don José M. Repullés, 1939, T. II, p. 123.

(24) FRANCESCO CARRARA, FRANCESCO CARRARA, *Programa de Derecho Criminal*, Bogotá, Temis, 1988, T. I, § 356, p. 246.

por su naturaleza se hallaba en capacidad de producir la lesión de un derecho ulterior más importante que el que fue violado por el mismo hecho y que estaba dirigido por el agente, con intención determinada y perseverante a la lesión del derecho que no resulta violado, sino simplemente puesto en peligro”.

ENRIQUE PESSINA (1883) (25): “Pero si hay realmente delito, aun en el conato impotente, la cantidad de la violación jurídica en el conato no puede nunca equipararse a la cantidad de la violación jurídica en la plena consumación. El Derecho está violado por el *conatus*, pero solamente en una parte, en aquella de la obligación, permaneciendo todavía sano e incólume todo aquel orden de cosas amparado por el Derecho, mientras que en el delito consumado, no sólo se conculcó el puro deber, sino también la pretensión legítima que al mismo corresponde. De todas estas consideraciones se deduce un principio incontestable: que el conato del delito es también delito, pero de menor intensidad que el delito consumado; así es que el Derecho exige que sea castigado, pero de modo que no caiga sobre él la pena entera que ha sido establecida para la consumación objetiva.

FRANZ VON LISZT (1881) (26): “La tentativa del delito es la manifestación de voluntad dirigida a la ejecución del hecho. a) Hay tentativa en primer lugar cuando la manifestación de voluntad dirigida a la producción del resultado (es decir emprendida en la creencia de que el resultado sobrevendrá) queda sin efecto. b) Mas hay también tentativa, cuando no ha existido o no se ha producido una de las circunstancias esenciales constitutivas del hecho (abstracción hecha del resultado), cuya existencia o producción había supuesto el autor”.

RAFAEL GARÓFALO (1885) (27): “Nuestra doctrina sobre la tentativa se aproxima a la teoría llamada subjetiva, que sostienen varios

(25) PESSINA, *Elementos*, p. 496.

(26) FRANZ VON LISZT, *Tratado*, T. III, p. 3.

(27) RAFAEL GARÓFALO, *La Criminología*; Madrid, La España Moderna, s.f., p. 292.

escritores alemanes (HERZ, SCHWARZE, VON BURI, LISZT). Según ya se había establecido en el derecho romano, en la tentativa es la intención la que tiene valor, y el hecho material no tiene ninguno. Desde el momento en que no existe daño, no es posible castigar más que la voluntad; por tanto poco importa que ésta se haya servido de un medio que no ofrecía probabilidades de éxito”.

ENRICO FERRI (1928) ⁽²⁸⁾: “Si el iter criminis no alcanza el momento consumativo, se tiene entonces la figura de la tentativa, esto es, la imperfección del delito debido a circunstancias accidentales, a pesar del esfuerzo del delincuente por alcanzar la meta. Objetivamente la tentativa o conato criminoso es pues un delito materialmente y jurídicamente imperfecto, mientras que subjetivamente es la suficiente manifestación de la peligrosidad criminal, en cuanto la manifestación del pensamiento es, pues, la ejecución de un propósito criminoso (voluntad, intención, finalidad) que persiste hasta el fin.

ERNEST VON BELING (1930) ⁽²⁹⁾: “La forma accesoria “Tentativa” –por oposición al delito consumado– se vincula con las figuras delictivas autónomas, a las que la tentativa se refiere de modo que el delito-tipo de la correspondiente figura sólo es representado en un simple comienzo de ejecución... con lo cual para que exista tentativa, es preciso que el cuadro específico de la tentativa se cumpla objetivamente y además culpablemente... por otra parte la tentativa no comprende todos los casos de “carencia de tipicidad”, pues una acción con la cual la ejecución del delito-tipo se “comienza” no es lo mismo que una acción no adecuada al tipo... La Tentativa para constituir una acción punible debe: 1) Ser tentativa de un crimen o tentativa de un delito. 2) Ser cometida dolosamente. El dolo para la Tentativa es idéntico al dolo para la consumación”.

⁽²⁸⁾ ENRICO FERRI, *Principii di diritto criminale*, Torino, UTET, 1928, pp. 540, 541.

⁽²⁹⁾ ERNEST VON BELING, *Esquema del Derecho penal*, 11a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1944, pp. 99 y 100.

EDMUNDO MEZGER (1935) ⁽³⁰⁾: “El concepto de tentativa sólo puede obtenerse desde el ángulo visual subjetivo del autor... El concepto y valoración del concepto son aquí, como en todo otro caso, distintos. Si se quiere determinar conceptualmente de manera neta la tentativa sólo se puede entender bajo tal concepto a la acción que (subjetivamente concebida desde el punto de vista del autor) debe servir para realizar en el mundo exterior una resolución de voluntad del agente”.

A. GRAF ZU DOHNA (1936) ⁽³¹⁾: “La ley penal define los delitos consumados. Todas las características del tipo deben haber sido concretadas. Faltando una de ellas, el delito se torna inexistente. El único caso de falta de tipo que es puesto bajo pena por la ley es, entre tanto, el de la tentativa.

HANS WELZEL (1940) ⁽³²⁾: “Tentativa es la concreción de la decisión de realizar un crimen o delito a través de acciones que constituyen un comienzo de ejecución del delito”.

WILHELM SAUER (1949) ⁽³³⁾: “Tentativa, en sentido amplio, es el peligro objetivo o también sólo querido (representado) de un bien especial merecedor de protección por la actividad correspondiente de la decisión de la voluntad (esto es, el principio de ejecución) con la ausencia objetiva del resultado (esto es, con la falta de causalidad objetiva y esperada por el autor)”.

GIUSSEPPE BETTIOL (1950) ⁽³⁴⁾: “La tentativa es, pues, el fruto de una combinación de dos normas incriminadoras: una principal y

(30) MEZGER, *Tratado*, T. II, pp. 213-219.

(31) ALEXANDER GRAF ZU DOHNA, *La estructura de la Teoría del delito*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1958, p. 38.

(32) HANS WELZEL, *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Depalma, 1956, p. 193; ÍDEM, *Derecho penal alemán*, 11a. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 262.

(33) WILHELM SAUER, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, Bosch, 1956, p. 160.

(34) GIUSSEPPE BETTIOL, *Diritto Penale. Parte generale*, 3a. ed., Palermo, Priulla, 1955, pp. 412-413.

la otra secundaria, las cuales dan sentido a una nueva clase de delito, el delito tentado. No se debe considerar que la tentativa constituya una simple circunstancia disminuida frente a la consumación, porque, si es verdad que la circunstancia influye sobre la cantidad del delito, en la tentativa no sólo la cantidad sino también la calidad del delito es diversa. La tentativa tiene una objetividad propia, que se origina en la lesión potencial de un bien jurídico; tiene una estructura propia que nace de los actos idóneos a producir un resultado, tiene una sanción propia más atenuada de la prevista para la consumación.

REINHART MAURACH (1952) ⁽³⁵⁾: “Tentativa es simplemente la errónea suposición de una ausente característica objetiva del tipo. Con ello se equiparan todas las características del tipo. No existe diferencia alguna entre características normativas y descriptivas, entre características “jurídicas” y “fácticas”. Tanto los defectos en el objeto como los relativos a la acción y especialmente la idoneidad del sujeto dan lugar a la existencia de la tentativa”.

SILVIO RANIERI (1956) ⁽³⁶⁾: “Se tiene delito intentado cuando el delito querido por el agente, quien ya inició su comisión con actos idóneos e intención no equívoca, queda objetivamente incompleta, bien sea por no haberse cumplido la conducta o por la no verificación del resultado”.

EUGENIO CUELLO CALÓN (1960) ⁽³⁷⁾: “Cuando habiendo dado comienzo a la ejecución del delito se interrumpe ésta por causas ajenas a la voluntad del agente surge la figura jurídica de la tentativa. Para su existencia deben concurrir tres elementos: A) Intención de cometer un delito determinado. B) Que haya un

⁽³⁵⁾ REINHART MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, Barcelona, Ariel, 1962, T. II, p. 174.

⁽³⁶⁾ SILVIO RANIERI, *Manual de Derecho penal*, Bogotá, Temis, 1975, T. II, p. 47.

⁽³⁷⁾ EUGENIO CUELLO CALÓN, *Derecho penal. Parte general*, 9a. ed., México, Editora Nacional, 1948, T. I, pp. 528-529.

principio de ejecución del delito, es decir, que hayan comenzado a ejecutarse los actos propios y característicos del delito. C) Que la ejecución se interrumpa por causa independiente de la voluntad del agente”.

FRANCISCO ANTOLISEI (1960) (38): “En si misma considerada, la tentativa constituye un delito perfecto, pues también ella es un hecho al que el ordenamiento jurídico atribuye como consecuencia una sanción (delictual). El que comete una tentativa, por lo tanto comete un delito”.

LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA (1970) (39): “Si tuviéramos la pretensión de dar un concepto –sobre manera provisional y flexible– diríamos que la tentativa es el comienzo de ejecución de un delito determinado, que no se realiza conforme al “plan del autor” por interrupción accidental de los actos ejecutivos o frustración del resultado”.

DIETHART ZIELINSKI (1972) (40): “La mera distribución distinta de los elementos individuales en el ámbito del ilícito y de la culpabilidad no evita que, efectivamente, el delito tentado está contenido, en todas sus partes integrales, en el delito consumado: la tentativa es una parte del delito consumado; la tentativa no es un *aliud* que puede concurrir con la consumación: es sólo un *minus* frente a la consumación”.

GÜNTER STRATENWERTH (1976) (41): “La definición de la tentativa, como el ponerse inmediatamente a la realización del supuesto de hecho, tiene carácter puramente formal. Qué acción es la que

(38) FRANCESCO ANTOLISEI, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 8a. ed., Bogotá, Temis, 1988, p. 339.

(39) LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Losada, 1976, T. VII, p. 495.

(40) DIETHART ZIELENSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990, p. 48.

(41) GÜNTER STRATENWERTH, *Derecho penal: Parte general*, Madrid, Edersa, 1982, §§ 639-642, pp. 202-203.

“realiza” el delito depende de la estructura del supuesto de hecho. En ella se incluye, en ciertas circunstancias, niveles previos o intermedios de la agresión al orden jurídico: un comportamiento que constituye una tentativa puede ser configurado, como la preparación, como un delito autónomo... La afirmación de que la tentativa como realización parcial del comportamiento prohibido, en principio, pueda constituir un hecho punible, no significa todavía que la ley deba amenazarla realmente con pena, ni prejuzga tampoco en qué medida debería hacerlo. En este sentido, será decisivo el punto de vista político criminal según el cual se establezca sí y cuándo la tentativa de delito tiene la gravedad suficiente como para que la sanción jurídico penal aparezca como necesaria”.

CLAUS ROXIN (1988) ⁽⁴²⁾: “Si se aplicara indefectiblemente el principio de que toda conducta punible tiene que ser típica, antijurídica y culpable, habría que llegarse al resultado de que es impune la comisión de un delito meramente intentada, pues la tentativa es esencialmente no consumación del delito, lo que significa que el tipo de delito no ha sido realizado en su totalidad”.

MAURACH - GÖSSEL - ZIPF (1989) ⁽⁴³⁾, “Conforme al art. 22 intenta un hecho punible quien da inicio inmediato a la realización del tipo, conforme a su propia representación del hecho. Así, la tentativa se ubica entre la preparación y la consumación. En contraposición a la primera, se caracteriza porque su inicio representa un ingreso inmediato a la imagen-guía del delito. A diferencia de la consumación, la tentativa no puede completar la parte objetiva del tipo, debiendo en cambio, encontrarse cumplida la parte subjetiva de éste: es la voluntad de consumación objetivamente no realizada lo que caracteriza a la tentativa. Por lo tanto no existe tentativa si, pese a la ejecución de acciones

⁽⁴²⁾ **CLAUS ROXIN, GÜNTHER ARZT y KLAUS TIEDEMANN**, *Introducción al Derecho penal y al Derecho procesal penal*, Barcelona, Ariel, 1989, pp. 40-41.

⁽⁴³⁾ **REINHART MAURACH-GÖSSEL-HEINZ ZIPF**, *Derecho penal: Parte general*, Buenos Aires, Astrea, 1994, T. 2, § 40.1, p. 17.

objetivamente idóneos para producir el resultado, el autor no ha incorporado a su voluntad el resultado típico”.

GÜNTHER JAKOBS (1991) (44): “El art. 22 del StGB realiza una complementación del tipo, anticipadora, en relación con los tipos de consumación: El sector del delito que comienza en el momento que describe el art. 22 es el estadio formal de la tentativa. Si el autor ha alcanzado este estadio, pero debe aún realizar acciones ulteriores para llegar al resultado, se habla de tentativa inacabada, y si el autor lo ha hecho ya todo, de tentativa acabada... La tentativa es la fase del quebrantamiento de la norma manifiesta proxima al tipo”.

FERRANDO MANTOVANI (1992) (45): “Según la aguda noción dada por los juristas medioevales, la esencia de la tentativa consiste en el *cogitare, agere, sed non perficere*. Es decir en el querer cometer un delito, en el dirigirse y activar en tal sentido, pero sin llegar a realizar el propósito criminoso por causas impositivas extrañas a la conducta”.

GIOVANNI FIANDACA - ENZO MUSCO (1993) (46): “Se presenta la figura del delito tentado o tentativa en los casos en los cuales el agente no ha llegado a perfeccionar el delito programado. Pero los actos parcialmente realizados son la exteriorización de la intención criminal... considerado desde un punto de vista estructural la tentativa es un delito perfecto, porque presenta todos los elementos necesarios para la existencia de un delito: es decir, el hecho típico, la antijuridicidad y la culpabilidad. Desde el plano normativo el delito tentado constituye un título autónomo de delito, caracterizado por un perfil ofensivo propio, pero conservando el mismo *nomen juris* de la figura delictuosa consumada”.

(44) GÜNTHER JAKOBS, *Derecho penal. Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1995, pp. 855, 856-898.

(45) FERRANDO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, 3a. ed., Padova, Cedam, 1992, p. 431.

(46) GIOVANNI FIANDACA y ENZO MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, 2a. ed., Bologna, Zanichelli, 1993, pp. 335-336.

MARIO ROMANO (1995) (47): “La comisión de un delito doloso pasa a través de diferentes fases de realización: la ideación, el aprestamiento de medios, la decisión, el inicio de la ejecución, el cumplimiento de la acción y la verificación del efecto, son las diversas fases en las cuales la actividad del agente puede ser descompuesta; fases no siempre todas presentes y más o menos elaboradas (y más o menos distantes en el tiempo) a seguir del tipo abstracto del ilícito y de la modalidad concreta elegida por el autor para cumplirlo. Después de la ideación y antes de la consumación del delito se encuentra la tentativa: el agente desea cometer un acto delictuoso, dirige su voluntad con una conducta externa (observable, visible) caracterizada por ciertos requisitos, pero la acción no se cumple o el evento no se verifica”.

GAETANO CONTENUTO (1996) (48): “La tentativa es una figura –o como también se dice– una forma de manifestación del delito que responde a una precisa exigencia de política criminal y persigue por tanto una concreta finalidad represiva: se trata de la exigencia de asegurar una tutela anticipada de los bienes jurídicos, sancionando no sólo los hechos que le han efectivamente lesionado, sino también aquellos que le habían solamente puesto en peligro”.

3.2. En América Latina

SEBASTIAN SOLER (1951) (49): “Hemos dicho que hay tentativa cuando la acción alcanza cierto grado de desarrollo, pues en el iter criminis deben diferenciarse varias etapas, algunas de las cuales escapan a la punición... en general, para que pueda darse tentativa, será necesario que la figura delictiva de que se trate admita una

(47) MARIO ROMANO, *Commentario sistematico al codice penale*, Milano, Giuffrè, 1995, T. I, p. 550.

(48) GAETANO CONTENUTO, *Corso di Diritto penale*, Roma, Laterza, 1996, Vol. II, p. 410.

(49) SEBASTIAN SOLER, *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, TEA, 1951, T. II, p. 212.

realización gradual, incompleta, en consecuencia, en algunos de sus momentos. Ello no es posible en los delitos que hemos llamado de pura actividad, en los cuales la acción, jurídicamente intransitiva, es punible en sí misma, de manera que emprender la acción es ya consumir la infracción.

GUSTAVO LABATUT GLENA (1958) ⁽⁵⁰⁾: “Existe tentativa cuando se da principio a la ejecución de un delito, pero la acción no se realiza o el resultado no se verifica por causas ajenas a la voluntad del hechor. Consiste, entonces, en líneas generales, comprendiendo incluso el delito frustrado de nuestro código, en la realización parcial del delito, por haber fracasado en su objetividad jurídica o en la voluntad del delincuente, separada o conjuntamente. De acuerdo con la fórmula sintética de **IMPALLOMENI**, es la ejecución fallida de una determinación criminosa. La esencia de la tentativa reside en la previsión de un efecto no logrado y en la voluntad de obtenerlo.

LUIS A. BRAMONT ARIAS (1966) ⁽⁵¹⁾: “Existe tentativa cuando se da principio a la ejecución de un delito, pero esta se interrumpe por causas ajenas a la voluntad del agente. Sintéticamente, es la ejecución incompleta de un delito. Por ejemplo, Pedro, armado de un revólver, espera a Juan; al ver que éste se acerca, amartilla el arma, hace puntería y dispara sobre él, pero no da en el blanco y Juan huye. Los hechos de aguardar a Juan, amartillar el revólver, hacer puntería y disparar son actos hechos directos, pero para que el delito proyectado se complete, falta dar en el blanco y matar a Juan”.

(50) **GUSTAVO LABATUT GLENA**, *Derecho penal*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1958, T. I (*Parte general*), pp. 213-214.

(51) **LUIS BRAMONT ARIAS**, *Código penal anotado*, Lima, Fondo Editorial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1966, p. 200. En el comentario, ahora en coautoría, que hace al Código penal de 1991 (**LUIS BRAMONT ARIAS** Y **LUIS BRAMONT ARIAS TORRES**, *Código penal anotado*, Lima, Editorial San Marcos, 1995) el autor no define la tentativa, sólo se limita a dejar referencia de la noción establecida en el art. 16º del Código.

CARLOS FONTÁN BALESTRA (1970) ⁽⁵²⁾: “Tentativa es comienzo de ejecución de un delito determinado, con dolo de consumación y medios idóneos, que no llega a consumarse por causas ajenas a la voluntad del autor. La acción de tentativa es típicamente antijurídica y culpable”.

EDUARDO NOVOA MONREAL (1963) ⁽⁵³⁾: “Para nosotros la tentativa es un dispositivo legal amplificador del tipo. Atendido este carácter, constituye también, indirectamente una causa de la extensión de la pena, pues conduce a que sean también punibles hechos que están fuera del tipo normal. En conclusión la tentativa es fundamentalmente la realización progresiva por medios externos y potencialmente eficaces para producirlo, de un hecho típico que el agente intenta realizar, pero que no llega a producirlo por impedimentos sobrevinientes, que paralizan, desvían o detienen el impulso o curso causal”.

ALFONSO REYES ECHANDÍA (1975) ⁽⁵⁴⁾: “Puede decirse entonces que la tentativa como fenómeno jurídico se presenta siempre que el sujeto activo comienza a realizar la conducta que habrá de adecuarse a un tipo penal y tal adecuación no se verifica al menos en forma directa o indirecta”.

RAÚL PEÑA CABRERA (1977) ⁽⁵⁵⁾: “La tentativa, a través de los momentos del iter criminis, en que toma corporeidad, se conforma como un delito imperfecto. Esta imperfección emana del carácter accesorio de la tentativa con respecto a un determinado tipo de delito. De acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico penal, la

(52) CARLOS FONTÁN BALESTRA, *Tratado de Derecho penal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1970, T. II, p. 373.

(53) EDUARDO NOVOA MONREAL, *El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963, p. 8.

(54) ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Tipicidad*, Bogotá, Temis, 1989, p. 147.

(55) RAÚL PEÑA CABRERA, *Derecho penal peruano. Parte general*, Lima, Epasa, 1982, p. 305.

tentativa (sentido general) adquiere diferentes formas, conforme al momento ejecutivo. Así se puede agrupar en la tentativa inacabada a la tentativa simple y al desistimiento voluntario; y en la tentativa acabada al delito frustrado, el arrepentimiento activo y al delito imposible.

JOSÉ HURTADO POZO (1978) ⁽⁵⁶⁾: “Cuando el delincuente realizó la acción delictuosa sin llegar a completarla, se habla que existe una tentativa acabada. De manera negativa se puede decir que no ha puesto de su parte todo lo necesario para la consumación. Para saber si este es el caso, es indispensable tener en cuenta el plan de acción del agente; es decir el contenido de su voluntad criminal. Comparada la tentativa con el delito doloso consumado aparece, objetivamente como un delito imperfecto... Sin embargo, esto no significa que la tentativa, considerada en sí misma, sea una forma delictiva accesoria o secundaria.

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI (1984) ⁽⁵⁷⁾: “La tentativa es la conducta que se halla entre la preparación y la consumación, siendo claramente determinable el límite que la separa de la consumación, pero siendo sumamente problemática su delimitación respecto de las acciones preparatorias... Conducta que no llega a llenar todos los elementos típicos, por quedarse en una etapa anterior de realización”.

ENRIQUE CURY URZÚA (1988) ⁽⁵⁸⁾: “Hay en efecto tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del crimen o simple delito

(56) JOSÉ HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal*, Lima, 1978, p. 318.

(57) EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Manual de Derecho penal*, Lima, Ediciones Jurídicas, 1994, p. 601.

(58) ENRIQUE CURY URZÚA, *Derecho penal. Parte general*, 2a. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, T. II, p. 184. Este destacado penalista chileno ofrece una conceptualización peculiar sobre la tentativa en su trabajo *Tentativa y delito frustrado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1977, p. 15) cuando asevera que “como cualquier delito la tentativa es, en primer lugar, una acción u omisión”. Criterio que peca de generalidad en el uso de los signos lingüísticos y por lo mismo en el sentido de la tentativa.

por hechos directos, pero faltan unos o más para su complemento; lo cual equivale a decir que la tentativa se configura cuando el sujeto ha iniciado la realización de la acción típica, pero no ha llegado a completarla”.

HELENO CLAUDIO FRAGOSO (1993) ⁽⁵⁹⁾: “La tentativa constituye realización incompleta de conducta típica y no es punible como delito autónomo, pero sí como tipo subordinado (BELING) o como causa de extensión de tipo. Se pune el delito como acción típica. La incriminación de la tentativa representa un principio general de extensión de pena a las realizaciones incompletas del hecho típico, constituidas por un indicio de ejecución.

FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ (1994) ⁽⁶⁰⁾: “La tentativa, dicho brevemente; es, la ejecución incompleta del hecho tipificado en la ley penal; es como decían los antiguos, un *conatus*, un acto o delito que se comienza a ejecutar y nunca llega a consumarse, un delito imperfecto a diferencia de la adecuación normal en la cual la conducta encaja a plenitud en el tipo penal respectivo”.

ALVARO MAYRINK DA COSTA (1995) ⁽⁶¹⁾: “La tentativa establecida en la legislación brasilera ocurre cuando, iniciada la ejecución, ésta no se consuma, por circunstancias ajenas a la voluntad del agente. Es la manifestación de la resolución para la realización de un hecho punible, que está en relación directa con la concretación del tipo, pero que no consigue realizarlo”.

⁽⁵⁹⁾ HELENO CLAUDIO FRAGOSO, *Lições de Direito penal*, 14a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993, p. 240.

⁽⁶⁰⁾ FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Temis, 1944, p. 516.

⁽⁶¹⁾ ALVARO MAYRINK DA COSTA, *Direito penal. Parte geral*, Río de Janeiro, Forense, 1995, Vol. II, p. 127.

4. LA PROBLEMATICA DE LA DELIMITACION ENTRE PREPARACION Y EJECUCION DEL DELITO

Sin temor a equivocarnos este ha sido uno de los aspectos más estudiados e intensamente debatidos en el campo de la dogmática penal. Debate que se inicia a partir de la fórmula “comienzo de ejecución” que consagró el código penal francés de 1810, que lo reprodujo *in extenso* de la ley del 22 Prairial del año IV (1795). Numerosas son las teorías que han considerado haber dado solución a este problema, y otras las que han negado su existencia, optando estas últimas por cancelar la discusión y análisis al respecto, considerándola inútil y carente de sentido (enfoques escéptico-nihilistas) ⁽⁶²⁾. La importancia del tema, radicada en la plausible búsqueda de fórmulas que delimiten con la mayor precisión y certeza posible el alcance de la punición de los comportamientos humanos, se entiende entonces en cuanto se busca limitar la incesante labor sobrecriminalizadora de los órganos legislativo-punitivos, en la perspectiva de un derecho penal respetuoso de la condición humana y de los derechos que la sustentan. En el fondo, la delimitación entre actos preparatorios y actos de ejecución-consumación, concierne a cuestiones inherentes al injusto de los comportamientos, y es que con ella se busca separar los comportamientos irrelevantes por insuficiencia o total carencia de tipicidad, de los que realmente contienen carácter delictivo.

Es esta una cuestión de evidente índole jurídica, que cobra mayor sentido en los sistemas jurídico-penales que se orientan por la no punición de los actos preparatorios, y que interesa tanto a la dogmática penal como a la política criminal; a la primera para la construcción racional y sistémica de la teoría del delito; a la segunda para delinear políticas que logren una eficaz y justa solución de las relaciones conflictivas interhumanas y sociales (delitos). Concebir

(62) En este sentido SCARANO, NAGLER, GEYER, FRANK, BATAGLINI, ROCCO, MAGGIORE y otros. En América Latina, véase en igual dirección las apreciaciones de MARIO GARRIDO MONTT, *Etapas de ejecución del delito. Autoría y participación*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1984, p. 77.

la delimitación como una cuestión circunscrita exclusivamente al hecho externo natural (lo que nos permitiría llegar a indicar: hasta aquí acto preparatorio y en adelante ejecución del delito), devendría en un ejercicio casuístico muy variable y de poca ayuda, dada la infinita combinación de modalidades y circunstancias comisivas u omisivas del accionar delictuoso, y lo que es más importante abstraería del análisis la estimación jurídica, de indudable interés en este asunto, obviando la necesidad de considerar al delito en constante cambio, consideración que siempre debe estar presente en el enfoque del jurista. En síntesis de lo que se trata en este intento, es de proveer a la justicia humana y con ella a los operadores judiciales que la hacen efectiva, criterios de enfoque y herramientas útiles para una mejor, más justa y certera administración de la justicia penal, discriminando lo que resulta punible de lo que no lo es.

Pasaremos a continuación a una suscita exposición-revisión de los más importantes criterios teóricos –que sustentan las diversas teorías– que sobre el tema se han formulado a título de hipótesis de solución.

4.1. El criterio de Univocidad (teoría objetiva)

Sustentada por GIOVANNI CARMIGNANI⁽⁶³⁾, y FRANCESCO CARRARA⁽⁶⁴⁾, es históricamente el primer criterio objetivo, es decir que prescinde o minimiza los factores subjetivos, formulado con rango científico en el intento de absolver la problemática de la delimitación entre actos preparatorios y comienzo de ejecución. Y corresponde a CARMIGNANI el mérito de mencionar en su *Elementi di diritto criminale*

(63) CARMIGNANI, *Elementos*, cit., p. 94.

(64) De FRANCESCO CARRARA revísese: *Programa de Derecho criminal*, cit., *Opúsculos de Derecho criminal*, Buenos Aires, Arayu, 1955, T. I y III; *Reminiscenze di cattedra e foro*, Firenze, Casa Editrice Fratelli Cammelli, 1905; *Proyecto preliminar de Código penal para Italia*, trad. de la ed. italiana (1878) Madrid, Centro de Góngora, 1925.

la univocidad e idoneidad como características de los actos propios de la ejecución del delito. Para esta teoría y según CARRARA los actos externos que se pretenden imputar como tentativa deben estar necesariamente dirigidos a la consumación del delito (univocidad). Mientras el acto externo no sea de tal índole, de forma que pueda conducir así al delito, como a una acción inofensiva no tendremos sino un acto preparatorio, que no puede imputarse como tentativa ⁽⁶⁵⁾. La inequivocidad o univocidad de los actos del sujeto activo (observados integralmente) serán los indicadores por excelencia que nos permitirán conocer la finalidad delictiva, contenida en tales actos, como expresión de una causalidad eficiente conscientemente encausada; o como diría mas escuetamente ANTOLISEI “tiene que revelar la intención del agente” ⁽⁶⁶⁾. Resulta evidente para el maestro CARRARA que si el acto no se dirige a causar un determinado resultado punible, pierde su univocidad, tornándose equívoco y por lo mismo irrelevante ⁽⁶⁷⁾. Fundamentando su teoría, CARRARA manifiesta que ésta “es la fórmula que señala el confín entre los actos preparatorios y el conato. Aunque en su aplicación práctica sufra necesariamente el influjo de circunstancias variables según los casos y no definibles *a priori* con una expresión general... la univocidad de su dirección hacia un acto criminoso es, por lo tanto (objétese lo que se quiera desde el punto de vista ontológico), el único criterio que la ciencia le puede suministrar a la práctica para distinguir los actos preparatorios de la tentativa ⁽⁶⁸⁾. De la distinción hecha por CARRARA entre

(65) CARRARA, *Programa*, cit., T. I, § 358, pp. 247-248.

(66) ANTOLISEI (*Manual*, cit., p. 347) anota dos requisitos fundamentales en la acción para apreciar la univocidad: a) que muestre claramente el fin a que va dirigida, b) que excluya una apreciable probabilidad de que el reo desista de llevarlo a término.

(67) CARRARA, *Programa*, cit., T. I, § 358, p. 248.

(68) CARRARA, *Opúsculos*, cit., T. I, §§ 132 y 137, pp. 302 y 307. CARRARA, ampliando sus razonamientos, nos habla de los actos unívocos centrados en la esfera del sujeto activo, a los que llama *tentativa remota* la cual resulta no imputable, o si lo es, lo será levemente. Cuando los actos unívocos

actos preparatorios absolutos y contingentes, los primeros son naturalmente por completo irrelevantes, mientras que los segundos poseen una naturaleza por lo general equívoca, que de ser acompañada de circunstancias especiales pueden constituir univocidad, es decir relevancia penal.

4.1.1. Limitaciones

Esta teoría obviamente resulta insuficiente para servir de criterio delimitador –lo que el mismo CARRARA llegó a entender–, por la duplicidad de significancia jurídica de la variable utilizada; es decir, la univocidad es un juicio de valor sobre la naturaleza procesal de los medios empleados (elemento de prueba), o es una característica material intrínseca del accionar del agente ⁽⁶⁹⁾. Insuficiencia también expresada por las no pocas dificultades surgidas al momento de realizar el Juez la estimación de la univocidad. Comprar un arma de fuego es un acto equívoco, y ello, según esta teoría, por dos razones, por que no es suficiente para demostrar qué uso o finalidad concreta le va a dar el agente y sabiéndolo (en caso que tenga la idea de matar, herir o amenazar a alguien), incluso en este caso aún sigue siendo equívoco, por cuanto del pensamiento y la resolución al acto mismo de comenzar la acción delictiva hay un largo espacio de impunidad. LUIGI SCARANO, ferviente defensor de la

comienzan a ejercerse directamente sobre el hombre o sobre la cosa que están destinados a ser sujetos pasivos de la consumación, la tentativa se hace *próxima*, la proximidad aumenta cuando más se acercan los actos a la consumación, aumenta, no en razón directa del número de los actos ejecutados, sino en razón inversa del número de los actos que quedaban por realizarse para llegar a realizar por completo la consumación. (Cfr. CARRARA, *Programa*, cit., T. I, pp. 267-263; ídem, *Opúsculos*, cit., T. I, p. 142; ÍDEM, *Reminiscenze*, cit., pp. 336-337.

(69) Razones por las cuales CARRARA ofrecerá otros criterios delimitadores a lo largo de sus obras más importantes. Véase las obras citadas en nota 64). CARRARA, analizando la imposibilidad de tentativa en los denominados delitos de ímpetu, nos habla de la prueba de la aptitud y de la prueba de la intención (véase *Programa*, cit., T. I, pp. 255, 257 y ss.).

teoría de la univocidad y tenaz opositor a la delimitación entre actos preparatorios y ejecutivos y para quien simplemente no existen diferencias entre éstos, mantiene sobre la univocidad criterios peculiares, pues considera que dicho concepto es más amplio de contenido que el de ejecución, puesto que unívocos pueden ser además los actos preparatorios; diferenciándose en este punto de CARRARA, para quien estos últimos son por esencia equívocos. SCARANO fundamenta sus criterios señalando que: “El acto en sí y por sí despojado de sus antecedentes psíquicos y de las incidencias ambientales carece de expresión. Sólo revela su exacta determinación delictuosa si se tiene en cuenta los límites humanos y sociales de la acción a través de los cuales se desenvuelven (70).

A nivel legislativo, corresponde principalmente al Código penal italiano el conservar en su artículo 56 tanto la fórmula de la inequívocidad como de la idoneidad de los actos.

4.2. El criterio de idoneidad (Teoría Objetiva)

CARRARA, conciente de las limitaciones de su teoría de la univocidad, la complementó con la teoría de la idoneidad de los actos criminales, entendida ésta como la aptitud causal que tienen de conducir al resultado delictivo deseado, debiéndose analizar en este punto las condiciones materiales de los actos en las cuales se funda la tentativa (idoneidad analizada concretamente). Se trata entonces de considerar la idoneidad de los actos, tanto en sí mismos, cuanto en sus relaciones con el sujeto pasivo del delito. Como contraparte necesaria a la idoneidad se halla la inidoneidad de los actos, la misma

(70) LUIGI SCARANO, *La tentativa*, cit., pp. 109, 113, 114. Aquí el autor somete a crítica la teoría de la univocidad objetiva de HALSCHNER, KOSTLIN y VON BURI. El ex profesor de la Universidad de Catania, indica que “un acto puede revelarse unívoco o equívoco y puede resultar en un plano diverso, preparatorio o ejecutivo. El juicio acerca de la preparación o ejecución es relativo al acto que el agente está próximo a ejecutar. El juicio de univocidad es, al contrario, un juicio de reconstrucción de un acto no enteramente ejecutado”.

que resulta fundamental para determinar la denominada tentativa inidónea. Los actos inidóneos, para CARRARA, por sí mismos no suministran un elemento de imputación, pero sí revelan y completan las condiciones jurídicas de los actos idóneos (71).

La idoneidad es concebida por CARRARA no sólo en relación a los medios, como erróneamente lo entiende SCARANO (72), sino a toda la actividad desplegada por el agente en la ejecución ilícita; redondeando la idea JIMÉNEZ HUERTA, señala que todo acto es idóneo o adecuado para la consumación de un resultado típico, cuando por sí mismo, en su conexión última y racional con el curso de los actos y acontecimientos posteriores, implica un peligro para el bien jurídico que el tipo protege (73). ANTOLISEI, por su parte, señala que la idoneidad de la acción, requiriendo ser verificada *ex-ante* (al momento en que se ejecutó la acción), no viene a ser sino la peligrosidad de la misma (acción peligrosa) (74).

Tanto la univocidad como la idoneidad de los actos tienen que concebirse, conforme al pensamiento de CARRARA, de modo conjunto y complementario, para que puedan servir de elemento delimitador (75). Posteriormente, en *Reminiscenze di cattedra e foro* y en su mismo *Programa* llegó a considerar que había encontrado el “criterio constante y seguro” para distinguir los actos preparatorios de los ejecutivos, señalando: “Este criterio debe buscarse en el sujeto pasivo de los actos externos que se quieren definir. Cuando

(71) CARRARA, *Programa*, cit., T. I, pp. 250 y 253.

(72) SCARANO (*Tentativa*, cit., pp. 179 y ss) restringe arbitrariamente el requisito de idoneidad a los medios de ejecución delictiva, así como establece separaciones rotundas entre la idoneidad y el acto ejecutivo, a los cuales considera cosas distintas.

(73) MARIANO JIMÉNEZ HUERTA, *Derecho penal mejicano*, México, Porrúa, 1977, T. I, p. 379; ÍDEM, *La tipicidad*, México, Porrúa, 1955, p. 157.

(74) ANTOLISEI, *Manual*, cit., p. 351.

(75) Tal es el sentido que el tratadista confiere a tales nociones en sus obras, confróntese los §§ 358 y 359 de su *Programa*, cit.

éstos recaen sobre el sujeto activo primario o secundario del delito, son actos preparatorios, y cuando inciden sobre el sujeto pasivo de la tentativa, son actos ejecutivos. Cuando recaen sobre el sujeto pasivo de la consumación, son actos consumativos. La primera serie no presenta elementos de punibilidad, en tanto que la segunda serie es punible como tentativa remota; y sólo la tercera es punible como tentativa próxima” (76) sobre el sujeto pasivo de la consumación.

4.3. El criterio de la voluntad criminal (Teoría Subjetiva Extrema)

Sustentada por: A) **Escuela Subjetiva Alemana.**

M.VON BURI (77)

SCHWARZE (78)

HOLTZENDORF (79)

HALSCHNER (80)

(76) CARRARA, *Reminiscenze*, cit., p. 336; ÍDEM, *Programa*, cit., § 398, pp. 268-269. CARRARA tiene una visión peculiar sobre los sujetos del delito. Llama *sujeto activo primario* al agente que delinque; *sujeto activo secundario* a los medios e instrumentos de que éste se vale; denomina *sujeto pasivo* al hombre o cosa sobre la cual se consume la acción; es *sujeto pasivo del atentado* todo aquello sobre lo que recaen los actos ejecutivos precedentes a la consumación (por ejemplo en el robo con fractura, la puerta rota o el domicilio invadido, constituyen el sujeto pasivo del atentado); es *sujeto pasivo de la consumación* aquello sobre lo cual recaen los actos consumativos del delito (así, la apropiación de los enseres de la casa, aquí se da ya la consumación del delito) (*Opúsculos*, cit., T. I, p. 276).

(77) MAXIMILIANO VON BURI desarrolló sus planteamientos en *Die Lehre vom Versuche* (1867); *Die Versuch des Verbrechens mit untauglichen Objecten* (1868); y *Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen*, 1885.

(78) SCHWARZE, “Versuch und Vollendung” en *Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts*, Berlín, 1874.

(79) FRANZ HOLTZENDORF, *Einleitung in das Strafrecht*, Berlín, 1871.

(80) HUGO HALSCHNER, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, Bonn, 1881.

VON BAR ⁽⁸¹⁾

REDSLOB, y otros.

B) Escuela positiva naturalista italiana.

CESARE LOMBROSO ⁽⁸²⁾

RAFAEL GARÓFALO ⁽⁸³⁾

ENRICO FERRI ⁽⁸⁴⁾

Son de particular importancia al interior de la *escuela subjetiva alemana* los planteamientos de MAXIMILIAN VON BURI –basados en la teoría de la “equivalencia de condiciones”– por su enorme y dilatada influencia en la jurisprudencia alemana del Tribunal Supremo Imperial (*Reichsgericht*) por casi medio siglo de ejercicio judicial. Para dicho ex magistrado y jurista alemán, la voluntad criminal es el elemento principal y suficiente para determinar la existencia del delito, ante la cual los actos externos de ejecución se tornan irrelevantes; la exigencia de consumación del delito es un elemento secundario ante el propósito criminal del agente; no hay diferencia entre preparación y ejecución, los actos externos se hallan indiscriminadamente considerados punibles. Con las palabras de VON BURI se llega a decir: “La esencia de la tentativa es precisamente la falta de algún momento del tipo objetivo del delito consumado. Pero si de este tipo objetivo de delito consumado falta siquiera el más pequeño momento, así resulta la total realidad objetiva en absoluto irrelevante, pues objetivamente no existe una lesión jurídica completa, ni una mitad, ni siquiera una parte de la misma.

(81) LUDWIG VON BAR, *Lecciones sobre el Derecho penal* (1878); *Die Lehre von Versuch und Teilnahme am Verbrechen* (1859).

(82) CESARE LOMBROSO no esboza una teoría del delito, su análisis enfoca más el lado antropológico y social del crimen, Véase *L'uomo delinquente* Torino, Fratelli Bocca, 1924 (obra publicada inicialmente en 1876) y *El delito, sus causas y remedios*, Madrid, Librería General de Victoriano Suárez, 1902.

(83) RAFAEL GAROFALO, *La Criminología* (1835).

(84) ENRICO FERRI, *Principii di diritto criminale* (1928).

Por ello es indiferente que el sujeto se haya servido de medios idóneos o inidóneos para realizar su voluntad, o que haya dirigido estos medios contra un objeto idóneo o inidóneo. **El fracaso del acto es conceptualmente esencial a toda tentativa**, de modo que en ausencia de todos los criterios objetivos, el punto de vista subjetivo, que todo lo sitúa en el sentido y creencia del agente es el único compatible con la lógica ⁽⁸⁵⁾. Conforme a estos criterios se orientó la jurisprudencia del máximo tribunal de justicia alemán, llegándose a considerar tentativa de aborto el de una mujer no embarazada, o con medios inidóneos; igualmente se calificó como tentativa la simple entrega de un medio abortivo a la embarazada con el objeto de que lo ingiera; tentativa de estafa, al hecho de eludir el pago de impuestos cuando no existía deber alguno de pagar; tentativa de homicidio de un cadáver, etc ⁽⁸⁶⁾. Se trata pues de 50 años de jurisprudencia basada en el sofisma jurídico de que la voluntad criminal es el fenómeno contra la cual la norma penal se dirige ⁽⁸⁷⁾, careciendo por lo mismo de importancia el elemento peligro e idoneidad de la acción, siendo irrelevante el comienzo o preparación de la ejecución. Esta teoría será llevada a sus extremos

(85) VON BURI, *Habhandlungen aus dem Strafrechts*, pp. 53 y 90, citado por EDMUNDO MEZGER, *Tratado*, cit., T. II, p. 209. Para BURI toda tentativa es por definición inidónea, pues falta en ella la condición que hubiera determinado el resultado.

(86) MEZGER, *Tratado*, cit., T. II, pp. 218-219. Estos criterios fueron en su tiempo criticados severamente por CARRARA en sus *Opúsculos* (T. I, pp. 272): "es un error gravísimo de una moderna escuela germánica, pretender que cuando el medio es inidóneo, tanto en abstracto como en concreto, también existe conato imputable políticamente. Este sistema conduce directamente a castigar la sola intención y subvierte el principio político del derecho penal, introduciendo de nuevo en la ciencia bajo el nombre distinto de contralor moral, el contralor religioso, que la lanzó por mucho tiempo en una cadena de errores subversivos de toda libertad civil".

(87) Que sin embargo aún permanece, morigerado obviamente, en las modernas teorías de la mayoría de tratadistas germanos contemporáneos, con excepción, entre otros, de ROXIN CLAUS, quien adopta puntos de vista mixtos definidos.

máximos durante la vigencia del derecho penal nacional socialista de HITLER por la denominada Escuela de Kiel (88).

La escuela del positivismo italiano, estuvo representada principalmente por RAFAEL GARÓFALO y ENRICO FERRI (89), quienes desarrollando singularmente los postulados de la escuela subjetiva alemana, llegaron a considerar, en palabras de GARÓFALO, la inutilidad de las fases del delito como fundamento de la menor o mayor penalidad: “qué nos importa que exista una o más etapas que recorrer, si sabemos que el criminal las habría recorrido igualmente... los actos del agente deben ser castigados atendiendo no a los hechos producidos –los cuales son irrelevantes– sino en atención a la voluntad criminal” (90). GARÓFALO, criticando cáusticamente las teorías de los “juristas” (91) dominantes en el pensamiento penal europeo de entonces, declaraba que “la ley es irracional cuando declara la impunidad en todos los casos de la tentativa con medios insuficientes; es absurda cuando castiga más suavemente la tentativa que el delito consumado; es injusta no castigando nunca a los actos preparatorios y castigando siempre la tentativa de un delito” (92).

(88) IDEM FERNANDO VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, cit., p. 177. Véase también JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Introducción al Derecho penal*, Bogotá, Temis, 1986, pp. 171 y ss.

(89) Véase las citadas obras de los autores. Resulta contradictorio que una teoría que se dijo positiva, esto es, que privilegiaba en el análisis los datos de la realidad sensible, haya otorgado en la teoría del *iter criminis* la exclusividad al elemento subjetivo de la peligrosidad criminal.

(90) RAFAEL GARÓFALO, *La criminología*, p. 299.

(91) Este fue el epíteto peyorativo con el cual los cultores del positivismo italiano, designaron a los estudiosos clásicos del Derecho Penal (CARRARA, MITTERMAIER, ROSSI, FEUERBACH, etc), indicando así que se diferenciaban de éstos, por otorgar mayor énfasis a la realidad criminal y criminógena, al dato positivo comprobable. Los “juristas” fueron señalados de ser expertos en construir teorías y especulaciones y carecer del conocimiento real de la criminalidad y sus causas.

(92) GARÓFALO, *La criminología*, pp. 300, 301.

Para ENRICO FERRI, tan pronto como la intención criminal se manifiesta como voluntad efectiva de alcanzar el delito comienza la fase delictuosa en sí; los actos preparatorios deben considerarse como verdadera y propia tentativa cuando se efectúa por delincuentes temibles, más aún si éstos son reincidentes o incorregibles (93). FERRI en 1928, después de 43 años de la publicación de la principal obra de GARÓFALO (94), desarrolla una teoría del delito ya morigerada de los excesos positivistas, llegando a señalar que: “En realidad si bien ahora la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos es una cuestión de derecho juzgable en casación, ello es sobre todo por una cuestión de hecho que el juez de mérito debe resolver, valorando entre las diversas fases del “*iter*” y en informe a la personalidad

(93) ENRICO FERRI, *Principii*, p. 526; GARÓFALO, *La criminología*, p. 366.

(94) De 1885 (año en que se publicó la principal obra de GARÓFALO) a 1928, había pasado un largo período en la historia de las ideas penales, en el cual las acaloradas teorías del positivismo italiano encontraron su apogeo máximo, irradiándose principalmente por España y América Latina, donde penalistas y códigos hablaron con el lenguaje de GARÓFALO y FERRI; pero fue también el ocaso para la ciencia penal italiana, postración de la que empiza a sacudirse gracias a las frescas y vigorosas corrientes del penalismo italiano contemporáneo. La dogmática alemana que acumulando elementos teóricos uno tras otro, ensayando fórmulas sistemáticas y de lógica rigurosa (con penalistas de la talla de KARL BINDING, REINHART FRANK, KÖHLER, RADBRUCH y WELZEL), terminó por superar y desplazar las elucubraciones positivistas y tomar la hegemonía a nivel doctrinario en gran parte de Europa y América. Un fiel cuadro del súbito apogeo positivista, se halla graficado en la rememoranza hecha por JAIME MASAVEU: “En Pisa, viejo y casi ciego explicaba el clásico de la teoría penal por excelencia, FRANCISCO CARRARA, allí –desde la cátedra cedida por el maestro– pronunciaba FERRI, a la sazón doctor en Derecho a los 21 años, su primera lección universitaria, sobre la tentativa de delito; cuéntase que CARRARA dijo entonces: ENRIQUE FERRI, en vez de venir a perfeccionarse, ha venido a perfeccionarnos. Algunos años más tarde FERRI, sería llamado para suceder al autor del *Programa* en la cátedra de Pisa. FERRI, en su discurso del 13 de junio de 1890, declaró cumplida la misión histórica de la escuela clásica” (en el estudio biográfico de la personalidad de ENRICO FERRI, contenido al inicio de la obra *El homicida, en la sicología y en la sicopatología criminal*, Madrid, Reus, 1920, p. XII).

del imputado” (95); pero sin desligarse aún de planteamientos anteriores, el célebre autor indica que: “cuando la intención delictuosa se manifiesta como voluntad efectiva de alcanzar la consumación de un delito, comienza la fase de ejecución delictiva” (96). Son entonces la peligrosidad criminal del agente y la intención de delinquir que se deriva de ella, las razones suficientes para castigar al autor, careciendo de importancia la delimitación entre preparación y ejecución. Se trata pues, como indica NÚÑEZ BARBERO, de proteger no bienes jurídicos relevantes, sino a la sociedad del sujeto que tiene aptitud para delinquir (97). Estos puntos de vista serán continuados posteriormente por juristas de la talla de ALTAVILLA, FLORIAN, CRISPIGNI, PUGLIA y otros, con una más sutil elaboración.

4.3.1. Crítica a las Teorías Subjetivas

Estos criterios subjetivos, histórica y concretamente, además de errados, han resultado peligrosos para la seguridad jurídica de la comunidad; pues, al hallarse sujetos a valoraciones radicadas en la voluntad del autor o en la peligrosidad del mismo y al subestimar o simplemente soslayar la importancia de los actos de ejecución, dejan un vasto espacio para el indiscriminado ejercicio punitivo de un derecho penal de voluntad. En la actualidad han perdido credibilidad dogmático-jurídica, resultando contradictorios con el espíritu actual del derecho penal que se articula en base a supuestos de hecho tipificados y no en función ni en primacía a criterios subjetivos. Pero, sin embargo, y como veremos más adelante, sutilmente están presentes en algunas corrientes del pensamiento penal contemporáneo de mucha influencia en la actualidad.

(95) FERRI, *Principii*, p. 529.

(96) FERRI, *Principii*, p. 526.

(97) RUPERTO NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1963, p. 78.

4.4. El criterio del peligro para el bien jurídico (Teoría objetiva material) ⁽⁹⁸⁾

Sus exponentes principales son: ANSELM FEUERBACH ⁽⁹⁹⁾, ERNEST MAYER ⁽¹⁰⁰⁾, FRANZ VON LISZT ⁽¹⁰¹⁾, WILHELM SAUER ⁽¹⁰²⁾, ADOLF SCHÖNKE - SCHRÖDER ⁽¹⁰³⁾, y ALBIN ESSER ⁽¹⁰⁴⁾.

(98) Fue enunciada, contemporáneamente a FEUERBACH por CARMIGNANI en sus *Elementos de Derecho Criminal*, con las siguientes frases: "como la tentativa delictuosa, ya sea próxima o remota, pone en peligro la seguridad de los ciudadanos, perjudica el ejemplo público, y, por tanto, debe prevenirse, y del mismo modo debe ser políticamente imputada" (p. 97). Posteriormente fue considerado por CARRARA como fundamento punitivo de la tentativa: "A la razón para castigar deducida del daño inmediato, que desaparece en las tentativas, se substituye, en éstas, la razón deducida del peligro corrido. Este desempeña las funciones del daño, y la acción queda como delito, aunque falte la fuerza física objetiva y, quizás, también haya quedado incompleta su fuerza física subjetiva" (*Opúsculos*, T. I, p. 241). Resulta muy interesante esta última precisión de CARRARA, es decir, la posibilidad de concebir el elemento subjetivo incompleto en la tentativa; este notable tratadista al referirse al peligro indica lo siguiente: "compréndase bien que cuando aquí se habla de peligro, se entiende hablar de un peligro ya corrido, no de un peligro meramente futuro. Confundir estas dos ideas conduciría a consecuencias falsísimas. El peligro futuro (o peligro meramente temido) no puede aceptarse por sí solo como legítima razón para castigar, en otra forma se llegaría a castigar las puras intenciones delictuosas e incluso, las malas inclinaciones... Cuando hablamos de peligro en esta materia, entiéndase, por consiguiente, un peligro que en un momento dado ha existido verdaderamente como hecho, no como un peligro simplemente previsto" (*Opúsculos*, T. I, p. 242).

(99) PAUL JOHANN ANSELM RITTER VON FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland* (1801). La 14a. edición con adiciones de MITTERMAIER, ha sido traducida al español como *Tratado de Derecho Penal* (citado anteriormente).

(100) ERNEST MAYER, *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, Heidelberg, 1915.

(101) FRANZ VON LISZT, *Tratado*, T. III.

(102) WILHELM SAUER, *Derecho penal*. pp. 160 y ss.

(103) ADOLF SCHÖNKE y HURST SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 19a. ed., München, C. H. Beck, 1974; 24a. ed., 1991.

(104) ALBIN ESSER, *Strafrecht*, München, C. H. Beck, 1980.

La idea básica, conforme a esta teoría, es el haber puesto en peligro real y concreto el bien jurídico con relevancia penal; ello supone haber creado con los actos del agente situaciones de riesgo (inseguridad) para la disponibilidad de los bienes jurídicos. FEUERBACH en Alemania es el primer tratadista de importancia que expuso brillantemente esta teoría. Así, indica este autor que “El fundamento jurídico general de la existencia de todas las penas civiles es la necesidad de conjurar el peligro para la situación jurídica. De allí que la magnitud del peligro sea el criterio para la magnitud de la pena, y el consiguiente principio, según el cual cuanto mayor sea la peligrosidad de la acción para la situación jurídica, mayor será la punibilidad civil... por ende, la magnitud de la punibilidad será juzgada conforme a las siguientes reglas: mayor será la punibilidad: 1) cuanto más importante sea el derecho contra el que el peligro se haya dirigido; 2) cuanto mayor sea el número de lesiones jurídicas a que se haya dirigido; 3) cuanto más sean las razones que funden la probabilidad y efectiva producción de la lesión jurídica; 4) cuanto más duradera sea la causa del peligro operante y cuanto menos pueda ser la neutralización del mismo por otras causas. Así, la magnitud de la punibilidad dependerá de la importancia del ámbito, de la intensidad y de la permanencia del peligro ⁽¹⁰⁵⁾.”

A FEUERBACH le siguieron, entre otros, en el siglo XIX ROHLAND, GEYER, THON y otros. Pero es SAUER ⁽¹⁰⁶⁾ el tratadista alemán que más ha resaltado la naturaleza de peligro que contienen los actos de tentativa, a la que considera como el peligro concreto de bienes

(105) FEUERBACH, *Tratado*, §§ 103-104, pp. 113, 114.

(106) SAUER mantiene un concepto ontológico de tentativa: “La tentativa ha de ser relacionada únicamente, según la concepción natural de la vida y del derecho, con el obrar, la conducta y la causalidad, no con la antijuridicidad y la tipicidad,...tentativa en sentido propio, tentativa pura es por consiguiente curso causal irregular atípico, es decir falta en la causalidad adecuada...Toda tentativa es por consiguiente una tentativa concretamente inidónea (considerado *ex-post* a tenor de la teoría de la condición): El autor se equivoca sobre la causalidad material, sobre la concreta idoneidad del medio” (*Derecho penal*, p. 161).

jurídicos en la lesión querida (107); entonces es claro para este autor que los actos preparatorios, a los cuales divide en *actos de preparación remota* (compra del arma) y *preparación más próxima* (dirigirse al lugar de los hechos), son impunes por cuanto no ponen aún en peligro el bien jurídico, ni han iniciado el ataque. Sólo en la ejecución del hecho concreto, en la que separa el *principio de ejecución* (abordar y apuntar al contrario contra el arma), y la *conducta ejecutiva en sentido estricto* (matar-apropiarse, es decir conducta típica en sí), concluye que son punibles ambos actos. «Son preparatorios los actos porque sólo expresan un peligro general indeterminado, no previsible por juicios objetivos de probabilidad; a diferencia son actos ejecutivos los que tienen posibilidad próxima de realización, el peligro se halla localizado en función a un determinado bien jurídico protegido, sólo aquí la conducta se halla ejecutiva y la tendencia concreta» (108). Se entiende por lo tanto que estos actos son punibles no por la existencia de voluntad delictiva en el autor (como lo sostienen las teorías subjetivas), sino por el peligro próximo e inmediato de la producción del resultado típico. Unas frases de KARL BINDING, una de las lumbreras del penalismo alemán, serán ilustrativas al respecto: “toda lesión dolosa de un objeto de protección, supone que el autor ha calculado directamente el resultado; aquélla es capaz de hacer saber al ciudadano (*Retsgenossen*) cuándo un arma es mortal, cuándo un instrumento es peligroso, y permite hacer, sin más, un juicio al destinatario de la prohibición de las acciones prohibidas, en tanto que son propias e idóneas para ocasionar un peligro concreto, sobre la propiedad de la lesión sin tantas dificultades (109). Numerosos tratadistas se han identificado con esta teoría, entre ellos destacamos en Brasil a NELSON HUNGRIA (110), quien la complementa con el criterio formal, y CLAUDIO FRAGOSO,

(107) SAUER, *Derecho penal*, p. 159.

(108) SAUER, *Derecho penal*, pp. 165-166.

(109) KARL BINDING, citado por LUIS JIMÉNEZ de ASÚA, *Tratado*, T. VII, p. 536.

(110) NELSON HUNGRIA, *Comentarios ao código penal*, 4a. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1958, Vol. I, T. II, pp. 71 y ss.

discípulo del anterior jurista, quien igualmente indica que la tentativa es punible por que acarrea un peligro al bien jurídico (111). Por su parte RAÚL ZAFFARONI, dentro de esta perspectiva, indica que la esencia de la tentativa se halla en la perturbación del sentimiento de seguridad jurídica (teoría de la impresión) (112); BACIGALUPO sostiene que en esta teoría la relación tiene que darse en un doble sentido, tanto en la peligrosidad del hecho como en la peligrosidad del agente (113).

4.4.1. Limitaciones

Esta teoría, si bien, ofrece un parámetro delimitador de gran importancia, necesita ser desarrollada cuando se trate de determinar en el caso concreto la naturaleza del peligro, lo cual requiere de criterios complementarios para su precisión; ya que resulta claro que en la tentativa existen grados de peligro que aumentan o disminuyen, en la medida que los actos ejecutivos se aproximan o están distantes de la consumación, lo que aumenta o decrece la ilicitud de la misma, situación que se va a manifestar en la mayor o menor punición de la tentativa.

4.5. El criterio de la acción típica (teoría formal objetiva)

Esta sustentada es por ADOLF PAUL MERKEL (114), ROBERT VON HIPPEL (115) y ERNEST VON BELING (116).

(111) CLAUDIO HELENO FRAGOSO, *Lições*, p. 240.

(112) EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Manual*, p. 604; ÍDEM, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, México, Cárdenas Editor, 1988, T. IV, p. 427.

(113) ENRIQUE BACIGALUPO, *Manual de Derecho penal*, Bogotá, Temis, 1984, p. 165.

(114) ADOLF PAUL MERKEL, *Die Lehre vom Verbrechen* (1906); ÍDEM, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* (1884). En español: *Derecho penal*, Madrid, La España Moderna, 1884; *Enciclopedia Jurídica*, Madrid, Reus, 1924.

(115) ROBERT VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht, Allgemeine Grundlagen*, Berlin, 1930, T. I; *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, Berlin, 1933.

(116) ERNEST VON BELING, *Die Lehre vom Verbrechen* (1906). En español: *Esquema del Derecho penal*, Buenos Aires, Depalma, 1944; *La doctrina del delito tipo*, Buenos Aires, Depalma, 1944.

Para MERKEL, la tentativa comienza con el principio de ejecución del delito propuesto y aparece normalmente como el “ataque manifiesto contra el objeto de la modalidad de delito que se trate y –en el fondo– es un ataque contra el orden jurídico que lo había tomado bajo su protección y asimismo una expresión manifiesta de desprecio hacia el derecho subjetivo en cuestión y hacia el derecho objetivo fuente de aquel” (117). Contrariamente, según MERKEL, los actos preparatorios no llevan en su conformación el ataque a los bienes jurídicos que ya poseen los actos ejecutivos. Como se observa, este penalista ya esboza en su teoría de la tentativa el criterio del ataque o peligro al llegar a indicar que el comienzo de ejecución es aquella acción humana que va dirigida a dar forma concreta a la acción principal correspondiente al delito respectivo (118). Igualmente para VON HIPPEL, la tentativa comienza con el principio de ejecución, “siendo esto una cuestión de hecho y derecho, es cuestión de derecho para el autor establecer cuál acción sea conceptualmente el contenido de un delito; cuándo a continuación la ley exige determinados medios o requiere actividades sucesivas, el principio de ejecución, esto es, la tentativa, ya es el uso de aquel medio o el inicio de la primera actividad conforme a la figura del delito” (119). Precisa el autor que la inmediata relación con la acción contenida en el delito de los actos humanos constituye el comienzo de la tentativa, lo que permanece fuera de esa relación constituyen actos preparatorios o tienen una relación muy lejana en el tiempo (120).

(117) MERKEL, *Enciclopedia Jurídica*, p. 429.

(118) MERKEL, *Derecho penal*, T. I, pp. 182 y ss.

(119) ROBERTO VON HIPPEL, *Manuale de Diritto penale*, Napoli, Dott, 1947, pp. 214-215: “Il tentativo comincia con l’atto d’ esecuzione: Atto di esecuzione e’ l’ atto che è contenuto del singolo reato, cioè quel comportamento che rientra già logicamente nella figura del reato, perchè corrisponde al comportamento que quivi é in linea generale posto sotto una pena. Al contrario atti di preparazione sono quelli che, precedendo nell tempo l’atto che è contenuto del reato, devono rendere possibile o agevolare la sua intrapresa, ma non ancora possono assumersi sotto la figura del reato” (pp. 214-215).

(120) HIPPEL, *Manuale*, p. 214.

4.5.1. *El aporte de BELING*

Resulta indiscutible que se debe a VON BELING la sistematización mejor lograda de esta teoría, quien precisa que los actos de ejecución son aquellos elementos esenciales del delito, en tanto que los actos de preparación son elementos no esenciales y periféricos ⁽¹²¹⁾. BELING, al desarrollar su teoría del tipo penal, ha establecido en el tipo legal o *tatbestand*, un núcleo típico donde ingresan todos los actos que han comenzado la realización del tipo, que se hallan expresados por verbos y/o núcleos rectores (matar, robar, apropiarse, lesionar, usurpar, exponer a peligro, dañar, injuriar, practicar el acto sexual, etc.). Y conforme a su teoría sólo los actos que se ajustan a estas exigencias legales pueden llamarse actos de ejecución, el resto que aún no ha ingresado al núcleo típico (proveerse el arma, merodear, acechar, colocar la escala, engañar en la estafa, etc.), son simples actos preparatorios que permanece en la vasta “zona de periferia” que rodea al *tatbestand*. Complementando su teoría BELING ha indicado que la acción principal establecida en el verbo rector debe ser interpretada según el uso natural del lenguaje. Esto último ha generado numerosos debates relacionados con el cómo concebir lingüísticamente conforme a los usos naturales del lenguaje, conceptos de naturaleza legal, máxime si tenemos en cuenta que ni BELING ni MERKEL han aclarado este enfoque; cómo entender entonces qué significa y cuándo se inicia el comenzar a matar (así, la tentativa de homicidio sólo será tal si se comenzó a matar ¿cómo entender esto en una acepción naturalista, jurídica, médica, etc.?), idem robar, estafar o prevaricar.

4.5.2. *Méritos y limitaciones*

Esta teoría restrictiva del comienzo de ejecución, de rigurosa construcción lógica y que tuvo gran acogida en los códigos latinoamericanos y en las jurisprudencias nacionales, ha sido tildada de tautológica (MIR PUIG, BUSTOS RAMÍREZ y otros), por no ofrecer criterios

(121) BELING, *Esquema*, pp. 101, 102.

útiles y prácticos que esclarezcan los verbos y núcleos rectores empleados en la construcción de los tipos penales. No se le puede negar el mérito de haberse constituido en una estricta garantía del principio de legalidad y, a la vez, en oposición a las teorías subjetivas, significar una restricción a veces en demasía del ámbito de la tentativa y por consiguiente un espaciamiento extensivo de los actos preparatorios no punibles. FRANCISCO MUÑOZ CONDE anota que, si bien por imperativo del principio de legalidad haya que recurrir en principio a una teoría formal para distinguir entre actos ejecutivos y actos preparatorios, la indeterminación de muchos de los términos empleados en la descripción de la acción típica de cuya ejecución se trata (matar, apoderarse de la cosa, yacer con una mujer, etc.), dificulta enormemente dicha delimitación (122).

4.6. El criterio del plan del autor (teoría subjetiva limitada)

Este criterio lo defienden autores como AUGUST KOHLER (123) y EDMUNDO MEZGER (124).

La idea básica de esta teoría para lograr diferenciar los actos preparatorios de los actos de ejecución, se halla en la constatación que de los mismos se haga al observar el plan de acción individual y concreto del agente. Se trata de llegar a saber qué es lo que se proponía conseguir el autor con su comportamiento. EDMUNDO MEZGER, tomando como base la resolución del autor, agrega a su teoría ciertas características objetivas que se hallan reunidas en “último extremo” en el bien jurídico protegido, precisa MEZGER: “También aquí todo problema de la interpretación científica de la ley es una actividad que discurre desde el punto de vista formal a la

(122) FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, Bogotá, Temis, 1990, p. 185.

(123) AUGUST KÖHLER, *Deutsches Strafrecht. Allgemeine Teil* (1917); ídem, *Studien aus dem Strafrecht* (1927), T. I.

(124) EDMUNDO MEZGER, *Tratado de Derecho penal* (edición alemana: 1931); *Derecho Penal* (1955).

captación material del sentido. En este respecto habrá siempre de afirmar la existencia de una acción que pone en peligro el bien jurídico, por tanto, de una acción punible de tentativa cuando el autor haya hecho todo lo que según su criterio es necesario para la consumación del delito ⁽¹²⁵⁾. Para este tratadista (máximo exponente de la escuela neoclásica) que tanta influencia ejerció en España y Latinoamérica, el problema de la delimitación es el problema del principio de la acción punible de tentativa ⁽¹²⁶⁾. Apuntalando este criterio MIR PUIG llega a decir que serán actos ejecutivos aquellos que para el sujeto ya constituyen la fase decisiva de su plan ⁽¹²⁷⁾.

Esta teoría es ya la síntesis inicial del criterio mixto que será desarrollado posteriormente por un amplio sector de la doctrina penal alemana y que naturalmente implica la estimación hecha por el juzgador de la conducta externa ejecutiva que ha desplegado el agente en virtud a su representación y plan concreto de acción.

4.7. Criterio mixto: Plan del autor y realización del tipo (teoría subjetiva-formal objetiva)

Es expuesta por HANS WELZEL ⁽¹²⁸⁾, HANS JESCHECK ⁽¹²⁹⁾, GÜNTHER STRATENWERTH ⁽¹³⁰⁾ y HANS J. RUDOLPHI ⁽¹³¹⁾.

Esta teoría llamada también “objetiva individual” reúne en un solo argumento los planteamientos de KÖHLER y MERKEL-BELING, y es

(125) EDMUNDO MEZGER, *Tratado*, T. II, p. 206.

(126) MEZGER, *Tratado*, T. II, pp. 200 y ss.

(127) SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, PPU, 1991, pp. 289.

(128) HANS WELZEL, *Derecho Penal* (1955); ÍDEM, *Derecho penal alemán*, (11a. ed., 1970).

(129) HANS HEINRICH JESCHECK, *Tratado de Derecho penal* (1981).

(130) GÜNTHER STRATENWERTH, *Derecho penal. Parte general* (1982).

(131) HANS JOACHIN RUDOLPHI, *Systematisches Kommentar zum Strafgesetzbuch. Allgemeine Teil*, 1990, T. I.

la que más acogida tiene en la actualidad en los círculos doctrinarios, siendo compartida además, entre otros, por BOCKELMANN, LACKNER, MEYER, ROXIN, WESSELS y SCHMIDHÄUSER. La idea central la expresa WELZEL, al indicar que “la tentativa comienza en aquella actividad con la cual el autor inicia inmediatamente, de acuerdo con su plan, la concreción del tipo” (132). Los planteamientos del creador de la escuela finalista, en trabajos previos a la puesta en vigencia del código alemán, señalaban que “un hacer punible se inicia, en principio, donde el autor comienza a ejecutar la acción éticamente intolerable misma, vale decir en la tentativa” (133).

4.7.1. La teoría del plan de acción

El comienzo de ejecución para WELZEL es un juicio que debe realizarse siempre sobre la base del *plan individual del autor*, pues considera que la tentativa comienza en aquella actividad con la cual inicia inmediatamente, de acuerdo con su plan del delito, la concreción del tipo penal. Es entonces de primera importancia el prestar la atención a si el agente ha comenzado ya a cumplir las exigencias típicas conforme a su plan delictivo (134). “Y esto debe ser así y no en base a las apreciaciones que pueda formular un observador hipotético que no conoce el plan del que ejecuta las acciones delictivas” (135). Esta será la orientación predominante en la doctrina germana, que llegó a ser asumida legislativamente en 1975 en el artículo 22 del Código Penal Alemán. Conforme a esta teoría el elemento que nos permitirá distinguir entre actos preparatorios y de ejecución será el tomar en cuenta lo que se ha propuesto realizar concretamente el autor, cuál ha sido su plan trazado (representación mental y plan a desarrollar por el autor), para luego poder precisar si el comportamiento llevado a cabo se halla ligado ínti-

(132) HANS WELZEL, *Derecho penal*, p. 194.

(133) HANS WELZEL, *Derecho penal*, p. 199.

(134) HANS WELZEL, *Derecho penal*, p. 194.

(135) WELZEL, *loc. cit.*

namente a la acción típica (*inmediatez temporo-espacial*) constituyendo ya un peligro para el bien jurídico (criterio objetivo de peligro), lo que nos permitirá colegir que prácticamente no existen impedimentos conceptuales, ni equivocidades para poner en actividad inmediata la realización imperfecta del tipo; éstos serán entonces, sin lugar a dudas, actos ejecutivos.

4.7.2. La posición de STRATENWERTH y JESCHECK

El primero, después de exponer y someter a análisis algunos de los criterios teóricos sobre la delimitación en el campo de la tentativa, concluye diciendo: “si se resume la discusión, el desarrollo histórico dogmático conducirá al resultado de que constituirá tentativa toda actividad que aparezca –en base al plan concreto del hecho– como componente de la acción ejecutiva típica, de acuerdo con un principio natural de esta última. El artículo 22 [STRATENWERTH se refiere al código alemán] codifica este resumen de momentos objetivos y subjetivos con el que coincide la jurisprudencia. La discusión principal de las teorías, de esta manera, probablemente alcanza su fin” (136). Naturalmente no compartimos este punto de vista, de feliz conclusión, a la que arriba STRATENWERTH; la fórmula del Código Penal alemán peca en exceso de subjetivismo que, extremada en su aplicación, conduce a reprimir los actos preparatorios, la tentativa inidónea y el delito imposible, que muy probablemente vaya acorde con la marcada preponderancia otorgada a la voluntad y con ello al peligrosismo en los medios doctrinarios y jurisprudenciales alemanes. De igual forma, el tema no se encuentra agotado como afirma el connotado penalista; se trata a lo sumo de un esfuerzo notable, como otros, en este campo de la dogmática, tan lleno de matices y riquezas conceptuales. Para JESCHECK, **el fundamento penal de la tentativa es la voluntad manifiesta contraria al derecho** (137), en la que lo decisivo no es la real puesta en peligro de los bienes

(136) STRATENWERTH, *Derecho penal*, p. 209.

(137) JESCHECK, *Tratado*, pp. 703, 726.

jurídicos, sino “lo injusto de la acción realizado en el propósito criminal manifestado”. El pensamiento dogmático de este autor complementa la teoría subjetiva con el criterio de la “impresión”. Así, afirma: “en principio debe seguirse la teoría subjetiva, ya que lo que se castiga en la tentativa es la voluntad criminal exteriorizada, pero este criterio debe ser complementado con la idea de la impresión que el hecho produce en la comunidad, porque sólo merece ser castigada una manifestación de voluntad que pueda minar la confianza de la comunidad en la vigencia del orden jurídico” (138). Precisando, JESCHECK afirma que “para distinguir la tentativa de los actos preparatorios hay que partir de la representación del autor del hecho, pues el acontecer externo sólo en parte realizado, únicamente se puede comprender, en todo caso, en la tentativa no acabada desde el plan del autor. Lo que importa para determinar la cuestión de si el autor da principio ya inmediatamente a la realización del tipo, es como ha imaginado el autor el curso del hecho y cuándo y de qué manera quería comenzar a ejecutar la acción típica” (139). Los actos de ejecución que constituyen la tentativa se encuentran en la zona inmediatamente anterior a la realización de un elemento del tipo. La *teoría de la impresión*, que cuenta en la actualidad con gran popularidad en los círculos doctrinarios alemanes (JESCHECK, BLEI, GÖSSEL), basado en criterios conciliadores, con predominio del enfoque subjetivo, entiende la delimitación entre tentativa y preparación en función a un criterio valorativo objetivo, sobre la base de un enjuiciamiento subjetivo, el que debe ser hallado en el dolo concreto.

Los fundamentos desarrollados por esta teoría, para dar solución a la delimitación entre preparación y ejecución del delito, se hallan por lo tanto en la representación del hecho (plan de acción) (140) por parte del agente que debe dar principio inmediatamente a la

(138) JESCHECK, *Tratado*, pp. 703.

(139) JESCHECK, *Tratado*, pp. 707.

(140) El “Programa” o “Plan de Acción Concreto” es el presupuesto teórico más importante de la teoría mixta, sostenida por WELZEL y entre otros RUDOLPHI. Dicho plan implica 4 componentes básicos: a) Un ser humano

realización del tipo, como en la inmediatez de su acción para con el supuesto típico.

4.7.3. Críticas formuladas a esta teoría

Se le han planteado fundamentadas objeciones a esta teoría así, se le critica que “subjetiviza un criterio que en la ley es objetivo, ya que en definitiva es el propio delincuente quien, conociendo todas las circunstancias del hecho, decide si hay o no ejecución del delito” (141).

individualizado (un Mario P, un Hernán J, una Carmen A, o todos conjuntamente) que ha decidido llevar a cabo uno de los supuestos de hecho penados por ley mediante un proyecto igualmente concreto y posible; b) un plan de acción que contenga la previsión y selección de medios, priorizaciones de circunstancias y criterios de oportunidad, los mismos que son puestos en disposición factual (materializados, es decir, llevados al campo de los actos ejecutivos); c) una estrecha relación de inmediatez entre la voluntad final como componente principal de dicho plan y la concreta lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado (violación de la norma penal); y d) niveles concretos y graduables, susceptibles de constatación-verificación en el desarrollo práctico del plan; lo que se va a manifestar en el menor o mayor acercamiento a la consumación del tipo penal. El mérito del “plan concreto de acción”, reside en su alta racionalidad en la explicación del delito y de la tentativa, concebidos como obra humana individualizada, libremente asumida y ejecutada. Sus defectos residen, por lo mismo, en dicho carácter racional, el cual muchas veces no es aplicable a la generalidad de comisiones y omisiones delictuosas; e igualmente a la vaguedad de los términos y conceptos empleados para fundamentar dicho plan (insuficiente desarrollo teórico).

NELSON PESSOA resume su crítica al “plan de acción” con las siguientes palabras: “En síntesis, nuestra crítica a la teoría del plan concreto del autor es la siguiente: su deficiencia reside en no haber elaborado pauta o criterio conceptual para determinar cuándo, dentro del plan concreto trazado por el autor, se ha entrado en relación de inmediatez con el tipo delictivo (WELZEL), o se está frente a una acción típica (STRATENWERTH), o que el acto ya es componente de la acción típica (RUDOLPHI), etc.” (Véase NELSON R. PESSOA, *La tentativa*, p. 47.

(141) MUÑOZ CONDE, *Teoría general*, p. 186. En igual actitud crítica MAIWALD señala que: “la subjetivización está expresada en el texto en referencia como inicio de la tentativa o aquel en el cual el sujeto comienza a

Una segunda objeción radica en que otorga mucho énfasis al desvalor de la acción desestimando el papel de la puesta en peligro concreto del bien jurídico o sustituyéndola con una versión disminuida de la misma: la “Teoría de la Impresión”. La situación se complica aún más, para la validez explicativa de esta teoría, si consideramos que es en definitiva el juzgador quien tiene que internarse en el mundo volitivo-cognoscitivo del agente para examinar y valorar su plan de operaciones, lo cual de por sí duplica el carácter subjetivo de la misma, que nos puede conducir a conclusiones apresuradas o voluntarista y muy extensivas en otros casos. El ejemplo que coloca BACIGALUPO, del sujeto que con arma en mano se acerca hasta la presunta víctima a una distancia adecuada para no errar el tiro será preparatoria si en su plan sólo tenía como objeto atemorizar a la víctima y será comienzo de ejecución, si conforme al mismo, se acercó para disparar el arma (142). ERNEST VON BELING señalaba a principios de este siglo: “una teoría subjetiva quiere diferenciar según el autor haya creído no haber hecho aún o ya haber hecho lo que deseaba. Pero se presenta una dificultad insoluble cuando, por ejemplo, el autor haya creído que para desencadenar totalmente la causalidad es necesario aún hacer algo más y, sin embargo, su acción estaba, en verdad, completa y acarreó el resultado”. En tal caso, existirá una tentativa inconclusa al mismo tiempo que es un delito consumado, lo que es contradictorio. Esto demuestra lo inconsistente que puede ser este criterio mixto que privilegia el elemento subjetivo formal, ante la ambigüedad de las conclusiones que con él se obtienen, lo que permitirá muchas veces sobredimensionar el factor punitivo. MUÑOZ CONDE confiesa que “es difícil resolver *a priori* un problema que depende de la configuración de cada tipo delictivo y de las circunstancias que acompañan a su realización. Esta indeterminación de la fase ejecutiva del delito permite una cierta arbitrariedad en la praxis

realizar su propio proyecto delictivo. No es influyente pues el punto de vista de un observador objetivo del suceso que no conozca el plan criminal, en cuanto solo se considera el nivel de consideración según el proyecto subjetivo del autor del delito (*L'evoluzione del diritto penale tedesco*, p. 112).

(142) ENRIQUE BACIGALUPO, *Manual*, p. 169.

jurisprudencial, que en los delitos graves (asesinato, homicidio, etc.) tiende a ampliar los actos ejecutivos a costa de los actos preparatorios para evitar la impunidad de hechos merecedores de pena (como acechar a la víctima, esperar a que aparezca para disparar contra ella, etc.) (143). En suma la aplicación ortodoxa y a ultranza de la teoría objetivo individual choca muchas veces con el principio de legalidad y se acerca sintomáticamente a los planteamientos de la escuela positiva italiana (144).

4.7.4. Las precisiones de JAKOBS

Este autor por su lado aporta algunas valiosas directrices tanto negativas como positivas para acometer el esfuerzo de la delimitación entre tentativa y preparación: a) el comportamiento representa tentativa a lo sumo cuando la situación según la representación del autor, se aproxime a la consumación, y en otro caso, no; b) el comportamiento mediante el cual 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; c) en favor del comienzo de la tentativa habla la proximidad temporal del comportamiento a la acción ejecutiva pretendida, sin interrupción; d) el argumento de la proximidad temporal no es invertible. Una gran diferencia temporal no impide la tentativa si el autor no puede llevar a cabo más rápidamente, desde el punto de vista técnico, un hecho del género planeado pero comienza a actuar sobre el objeto del hecho; e) en favor del comienzo de la tentativa habla la (supuesta) irrupción del autor en la esfera de protección del atacado; f) el argumento es invertible en el sentido que decae la tentativa cuando la penetración en la esfera de la víctima o la influencia sobre el objeto

(143) MUNOZ CONDE, *Teoría general*, p. 186.

(144) Y esto se pone de manifiesto en las conclusiones a que lleva tal teoría, en lo que respecta a la punición de la tentativa inidónea, donde no interesa que no haya existido peligro para el bien jurídico, pues prevalece el criterio peligrosista de castigar la voluntad de delinquir.

de la acción son necesarias para la consumación, pero no la preceden aún muy cerca temporalmente (145).

5. OTRAS TEORIAS, EL ENFOQUE DE LA DOGMATICA ITALIANA

Son las sostenidas por BAUMANN (146) (actos típicos + concepción natural); la teoría propuesta por REINHARD FRANK (147), según la cual existirá comienzo de ejecución en toda actividad que como consecuencia de su necesaria pertenencia a la acción del supuesto de hecho típico, aparece como componente de la misma desde el punto de vista de una concepción natural; la teoría de HORN VON BAR de “la impresión” compartida por MEZGER (148), ESER (149), VEHLING, MAURACH, JESCHECK (voluntad del autor contraria derecho + conmoción de la seguridad jurídica); la teoría casuística de ZACHARIAE (150) (la tentativa es la acción interpuesta como condición necesaria a la

(145) JAKOBS, *Derecho penal*, pp. 883-886.

(146) JÜRGEN BAUMANN, *Derecho penal: Conceptos fundamentales y sistemas*, Buenos Aires, Depalma, 1981; ÍDEM, *Grundbegriffe und System des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 1985.

(147) REINHARD FRANK, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 18a. ed., 1931; para una teoría del dolo, véase del mismo autor: *Estructura del concepto de culpabilidad*, Santiago de Chile, 1966, ÍDEM en *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 4, pp. 779 y ss.

La teoría de FRANK es una ampliación de la teoría formal objetiva de BELING, como afirma correctamente STRATENWERTH (*Derecho penal*, p. 206); no así como erróneamente sostiene BACIGALUPO, una teoría material objetiva, (*Manual*, p. 206). Tanto FRANK como BELING llegan a la conclusión de que es el “uso natural del lenguaje” (BELING, *Esquema*, § 17. III) o la interpretación de los actos según la “concepción natural” (FRANK, *Das Strafgesetzbuch*) lo decisivo en el momento de delimitar la ejecución de la preparación. Cfr. STRATENWERTH, *Derecho penal*.

(148) Véase su *Tratado de Derecho penal*.

(149) Véase *Strafrecht*, 1980.

(150) ZACHARIAE, *Die Lehre vom Versuche der Verbrechen*, Göttingen 1836, 2 vols.

realización del delito); los criterios aportados por IMPALLOMENI⁽¹⁵¹⁾ de la “causalidad activa” (causalidad criminosa inerte, propia de los actos preparatorios y causalidad dinámica o tentativa); la teoría de la “eficiencia causal” de BIRKMEYER⁽¹⁵²⁾, BINDING⁽¹⁵³⁾ y ZACHARIAE⁽¹⁵⁴⁾ (actos condicionantes propios de la preparación y actos determinantes o causales intrínsecos a la tentativa-ejecución); MANZINI (teoría de la causalidad efectiva y causalidad potencial de los actos) y finalmente la teoría de PAUL BOCKELMANN⁽¹⁵⁵⁾, según la cual la tentativa comienza cuando el dolo del delito ha superado la prueba de fuego de la “situación crítica”.

5.1. El escepticismo italiano

Como ya se ha indicado anteriormente, los tratadistas italianos posteriores a la promulgación del Código Penal de 1930 (Código ROCCO), siguiendo una tradición muy difundida por el positivismo italiano⁽¹⁵⁶⁾, no le han dado la importancia que los tratadistas alemanes han conferido a la delimitación entre actos preparatorios y ejecutivos. ANTOLISEI, MAGGIORE, CAVALLO, BETTIOL, SCARANO y otros

(151) GIANBATISTA IMPALLOMENI, *Instituzione di Diritto penal*, Torino, 1908.

(152) KARL VON BIRKMEYER, *Die Lehre von der Teilnahme*, 1890. Véase también SCARANO, *La tentativa*, p. 22.

(153) KARL BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, 1885; ÍDEM, *Die Normen und ihre Übertretung*, 1872.

(154) ZACHARIAE, *Die Lehre*.

(155) PAUL BOCKELMANN, *Einführung in das Recht, Studium zum Täterstrafrecht*, 1990. En idioma español puede verse el resumen de su teoría del delito, hecha por E. RAÚL ZAFFARONI, (La estructura del delito según BOCKELMANN), en *Derecho Penal y Criminología*, Vol. II, N° 6, julio, Bogotá, 1979. La teoría subjetiva de BOCKELMANN de la “situación crítica” más que una teoría, es una puntualización del momento crucial en el que los actos adquieren una calidad distinta a los preparatorios. Para precisar y determinar este momento, se tiene que acudir necesariamente a estimaciones subjetivas. Véase también STRATENWERTH, *Derecho penal*, p. 208.

(156) Véase *supra* Título II, ítem 4.4.

abordan el tema displicentemente. GIUSEPPE MAGGIORE es ilustrativo cuando afirma “en el delito es ejecución todo lo que sigue a la deliberación. El delito es esencialmente acción, y el que dice acción dice ejecución. Apenas el propósito criminal se escapa del capullo del pensamiento, para lanzarse al mundo exterior, es decir, para convertirse en operación, entra en la serie de los actos ejecutivos (157). Son en oposición un sector minoritario, los tratadistas italianos que aceptan el criterio diferenciador (MANZINI, PETROCELLI, FIANDACA-MUSCO, MANTOVANI y otros).

LUIGI SCARANO es más tajante al intentar demostrar –luego de un sistemático e intenso análisis crítico de los diversos puntos de vista que en su época existían sobre la tentativa– la irrelevancia de la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos, distinción que a su criterio sólo obedece a razones históricas y políticas de lucha por la consolidación del derecho penal (*enfoque escéptico*). Según la opinión de SCARANO “el problema de la distinción entre actos ejecutivos y preparatorios... expresa mejor que la misma exigencia del hecho típico no sólo las preocupaciones políticas de una época, sino el límite extremo a que llegó aquella experiencia histórica con sus exigencias de libertad... Ha confundido una interpretación de hecho, como es la atribución psicológica de la acción a su actor, con un estudio de naturaleza aparentemente dogmática, llevando la cuestión más allá de su significado exclusivamente técnico y contradiciendo importantes principios de política criminal. En síntesis, el problema ha sido mal planteado y por eso ha resultado insoluble” (158). Para SCARANO, como para toda la tendencia del realismo italiano, los actos preparatorios constituyen parte de la acción delictiva, siendo por lo tanto objeto de punición y careciendo de sentido doctrinario y práctico el buscar una delimitación entre actos preparatorios y de tentativa, “no es verdad, como pretende la doctrina de inspiración liberal, que la referencia al momento ejecutivo del delito, y por consiguiente a la tentativa,

(157) GIUSEPPE MAGGIORE, *Derecho penal*, Bogotá, Temis, 1971, T. II, p. 74.

(158) LUIGI SCARANO, *La tentativa*, pp. 73 y 74.

sea precisamente necesaria... no se debe, sobre este punto, pecar de superstición pues la referencia al momento ejecutivo tal como lo describe el modelo legal, no siempre es necesaria. El derecho penal puede tener como acciones también los actos de preparación, y si bien es cierto que todo acto puede dar nacimiento a una acción, no toda acción penalmente relevante es reducible a un acto de ejecución. En síntesis no existe una adecuación entre acto penalmente relevante y ejecución del hecho previsto por ley” (159).

5.2. Tratadistas italianos en la línea de la diferenciación

A diferencia de los cultores del realismo italiano, autores como MASSARI, PETROCELLI y CARNELUTTI, además de los anotados líneas arriba, han sabido apreciar los esfuerzos desplegados en el análisis delimitador, sin dejar por ello de señalar los errores de las teorías vigentes en su tiempo, ofreciendo valiosos aportes jurídicos doctrinarios. Así EDUARDO MASSARI, ha sido un crítico tenaz de las teorías carrarianas de la univocidad e idoneidad, precisando la extrema relatividad de estos conceptos (160). SILVIO RANIERI, adoptando una distinción clásica, concibe que las fases del delito son: preparación, ejecución y consumación, entendiendo que entre las primeras existen diferencias que necesitan ser precisadas, siendo una “tarea reservada al intérprete, deducir de esta descripción (modelo legal) qué conducta, con respecto a determinado modelo criminoso, puede llamarse ejecutiva, y cuál es su momento inicial y su momento terminal. Y esto lo tiene que hacer mediante una interpretación, no ya literal, sino lógica de la norma” (161). Para RANIERI, es incorrecta aquella apreciación que hace ejecutivo todo acto que constituya la realización de un propósito, pues se confunde con ello intencionalmente

(159) LUIGI SCARANO, *La tentativa*, p. 71.

(160) Al respecto un estudio detenido sobre los puntos de vista del autor en JORGE FRIAS CABALLERO, *El proceso ejecutivo del delito*, Buenos Aires, Valerio Abeledo Editor, 1944, pp. 144, 188 y ss.

(161) SILVIO RANIERI, *Manual*, T. II, pp. 45, 47.

la preparación con la ejecución, asimilándolas en un solo concepto. El resolver el problema de la ejecutividad de los actos, exige hacer específica referencia concreta a las figuras criminosas concretas. Aquí si la figura penal tiene descripciones complementarias, es decir una concepción lata, que emplea el contenido del tipo, “serán ejecutivos los actos que se vinculan según su descripción, de modo inseparable a aquella que lo realiza” (162); el problema se presenta cuando el tipo tiene un contenido restringido (caso del artículo 575: “*el que ocasione la muerte de un hombre*”), en este caso, según RANIERI, no puede hablarse de actividad ejecutiva, por cuanto lo típico es sólo lo que realiza el modelo legal y lleva implícito el resultado (en las figuras que así lo exijan). En conclusión para este penalista, actividad ejecutiva es la actividad penalmente relevante con respecto a determinado tipo legal, esto es, que se hallen vinculados inseparablemente a aquello que realiza la figura penal (163), y actividad preparatoria “es la que antecede a una actividad penalmente relevante para determinar el tipo legal, entendida en sentido lato, cuya realización hace posible o facilita, pero que no queda comprendida en su figura criminal (164). OTTORINO VANNINI es del criterio que la distinción en estudio, es una de las bases racionales, el esquema lógico en el cual debe contenerse todo sistema positivo de represión penal, manifestando con ello su franca oposición a los redactores del Código Penal italiano; VANNINI llega a decir: “Los actos preparatorios no pueden dar materia para la tentativa punible. Tentar no significa ponerse en condiciones de actuar el delito, no quiere decir solamente seguir los actos necesarios a la realización de un firme y decidido propósito delictuoso; quiere decir iniciar el delito con el exacto entendimiento de conducirlo a término” (165).

(162) RANIERI, *Manual*, T. II, pp. 44 y ss.

(163) RANIERI, *Manual*, T. II, p. 45.

(164) RANIERI, *Manual*, T. II, p. 46.

(165) OTTORINO VANNINI, “Actividad ejecutiva y actividad preparatoria del delito”, en *Criminalia*, Año XXV, México, 1959, pp. 304 y 305. Este singular y analítico penalista italiano, somete a un riguroso examen el tema de la tentativa en su obra *Il problema giuridico del tentativo*, Milano, Giuffrè, 1950.

GIULIO BATAGLINI, compartiendo el punto de vista de MAYER, de la tentativa como una de las causas de extensión de pena, diferencia la tentativa del atentado, considerando a este último como un instituto propio de los delitos políticos (166). Asevera BATAGLINI, que la idoneidad de los actos implica un juicio de hecho de carácter concreto; esto es, un examen caso por caso, en consideración a las diversas especies delictivas (167); el autor acercándose a los planteamientos de CAVALLO sobre preparación y ejecución, sostiene que se trata de un problema sin solución: “riesumando tutti le teorie in materia, e giungendo magari alla conclusiones che si tratti delle quadratura del circolo” (168). GIUSEPPE BETTIOL considera a la tentativa un delito perfecto, en cuanto reúne todos los elementos exigidos para el delito, considerando que solamente es dable llamarle imperfecto en atención a la relación que guarde con la consumación (169); BETTIOL indica que la perfección del acto es un concepto muy relativo, “en el sentido que aquello que en sí es perfecto, puede ser menos perfecto respecto a otro término que sublima cierta nota o característica del primero (170); este importante penalista italiano al igual que BATAGLINI y CAVALLO, es del criterio que la contraposición entre ejecución y preparación carece de razón de ser (171). El pensamiento de BIAGGIO PETROCELLI, en cambio, considera de gran importancia el retorno a la división clásica del *iter criminis*, esto es, “atti preparatori, atti iniziali e atti esecutivi” (172),

(166) GIULIO BATTAGLINI, *Diritto penale. Parte generale*, 3a. ed., Padova, Cedam, 1949, pp. 422 y 439.

(167) BATTAGLINI, *Diritto penale*, p. 424.

(168) BATTAGLINI, *Diritto penale*, p. 429.

(169) GIUSEPPE BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, 3a. ed., Palermo, Priulla, 1955, p. 413.

(170) BETTIOL, *Diritto penale*, p. 413.

(171) BETTIOL, *Diritto penale*, p. 419.

(172) BIAGIO PETROCELLI, *Il delitto tentado. Studi*, Padova 1955, p. 141.

considerando aberrante la cancelación de una diferencia que se da en la realidad, mediante una teorización arbitraria que, pretendiendo solucionar el problema, optó por cancelar la frase “comienzo de ejecución”, permitiendo así un sobredimensionamiento del campo punitivo ⁽¹⁷³⁾. PETROCELLI precisa que el criterio para establecer el comienzo de ejecución no puede ser exclusivamente jurídico, ya que dependerá del sistema o espíritu de la ley, al margen de las consideraciones finalistas que vean la acción en un punto, si la ley lo ve en otro debe seguirse este último criterio, sentencia este tratadista. PETROCELLI nos habla de actos preparatorios, actos iniciales y actos ejecutivos; aquí el autor buscando diferenciarse de ROSSI y CARRARA llega a indicar que los actos iniciales no pueden ser confundidos con los preparatorios, pues llevan ya la calidad de actos punibles (el escalamiento, el uso de llaves falsas, el derribar a la víctima en el caso de violación, etc.), los mismos que estarán sujeto a estimación judicial para su mejor tipificación ⁽¹⁷⁴⁾. VINCENZO MANZINI, reconociendo que el Código Penal italiano extendió la punición de la tentativa a los actos preparatorios, intenta esbozar una posición ecléctica sobre el problema de la delimitación, al plantear el criterio

(173) PETROCELLI, *Il delitto tentato*: “Errore evidente e’ stato poi l’ avere apertamente parlatodi soppressione ed abolizione della distinzione fra atti preparatori ed atti esecutivi. Il legislatore può dare agli atti umani questo o quel regolamento giuridico; punire gli uni, non punire gli altri; trarre da ciascuno l’una piuttosto che l’altra conseguenza, ma non può modificare o sopprimere ciò che essi sono nella realtà. Può in altri termini sopprimere la distinzione di trattamento giuridico, non la distinzione che è nella natura delle cose. Il che vale sia per la distinzione fra atti preparatori e atti esecutivi, sia per la distinzione fra delitto tentato e delitto mancato... (pp. 57-58). “La verità è che il compilatori del codice, con la pretesa di abolire la distinzione fra atti esecutivi e altri preparatori, e di prescindire dal criterio limite dell’inizio di esecuzione, non ebbero chiara coscienza della necessita, che ne sarebbe seguita, di stabilire un altro limite. Quando questa necessita, come era inevitabile, si affacciò imperiosamente, credettero di tutto poter risolversi appoggiandosi ai due criteri della idoneità e della univocità, con risultato che deve dirsi del tutto negativo” (p. 73).

(174) PETROCELLI, *Il delitto tentato*, pp. 120, 124, 141 y ss.

de la “violación del precepto penal” (175). La doctrina penal italiana actual, que a través de destacados tratadistas (SANTA MARIA, RAFAEL LATAGLIATA, ANTONIO PAGLIARO y ELIO MORSELLI) (176) va recepcionando las construcciones dogmáticas germanas, y la desarrollada por penalistas de la talla de FERRANDO MANTOVANI, FIANDACA-MUSCO, FRANCO BRICOLA, LUIGI DELPINO, ANTONIO PAGLIARO, GIORGIO MARINUCCI, EMILIO DOLCINI, CARLO FIORE, MARIO ROMANO y otros (177), se muestra mas permable al trato diferenciador a nivel jurídico entre actos preparatorios y ejecutivos.

(175) Para VINCENZO MANZINI (*Tratado de Derecho penal*, Buenos Aires, Ediar, 1949, T. III), el delito intentado es delito por sí mismo, “diverso jurídicamente del respectivo delito consumado” (p. 178), si bien, la tentativa conserva el *nomen iuris* del respectivo delito, ésta es castigada -sostiene MANZINI- en virtud a otro título, que resulta de los elementos exigidos para la punibilidad y respectiva sanción aplicable, lo que es, sin embargo, bien diferente de admitir que la tentativa por sí misma representa un delito sui generis idéntico en todo caso (p. 178). De acuerdo a su teoría de la violación del precepto penal, MANZINI, precisa que sólo los actos, sean actos preparatorios (que poseen eficiencia causal) o ejecutivos, que están puestos efectivamente (idóneos e inequívocos) en obra (según la intensidad del agente) a violar el precepto penal, puede reputarse delictivos; todo lo que no se adopte a estas exigencias no es punible (pp. 185-186). “De manera que los actos punibles por tentativa constituyen elementos causales efectivos del delito; los actos que tienen eficiencia delictuosa meramente potencial no son punibles por tentativa, sino son seguidos de los primeros (p. 188).

(176) De los autores anotados, ANGELO RAFAEL LATAGLIATA, *La situazione attuale della dottrina finalistica dell'azione* (1991), ANTONIO PAGLIARO, *Principi di Diritto penale* (1987), ELIO MORSELLI, *Il ruolo dell'atteggiamento interiore nella struttura del reato*, Padova, 1989 (*La función del comportamiento interior en la estructura del delito*, Bogotá, Temis, 1992).

(177) FERRANDO MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1992; GIOVANNI FIANDACA-ENZO MUSCO, *Diritto penal. Parte generale* (1993); FRANCO BRICOLA, *Teoria generale dei reato* (1992); LUIGI DELPINO, *Diritto penale. Parte generale*, Napoli, Simone, 1995; MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di Diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1995; CARLO FIORE, *Diritto penale. Parte generale*, Torino, UTET, 1993.

6. EL PENSAMIENTO PENAL FRANCÉS SOBRE LA DELIMITACION Y EL COMIENZO DE EJECUCION

Conforme a PELLEGRINO ROSSI, el delito y el crimen pueden ser empezados subjetiva u objetivamente. Cuando es sólo empezado subjetivamente no es más que una resolución criminal o un acto preparatorio no sujeto aún a sanción penal, pero cuando lo es objetiva y subjetivamente, entonces el crimen ya ha comenzado, y hasta cuando le sea posible al autor desistirse o fuerzas externas tengan eficacia para interrumpirlo, se estará en el campo de la tentativa. “Los actos que constituyen tentativa tienen una relación directa e inmediata con la resolución criminal⁽¹⁷⁸⁾. ROSSI como ORTALAN, siguiendo un riguroso formalismo objetivo, asumen con mucho apego la fórmula del Código Penal francés napoleónico, haciendo del comienzo de ejecución un asunto estricto y preciso; así, para el primero -que tanta influencia ejerció en el pensamiento penal español del siglo XIX- “el que varios hombres decididos a cometer un robo se provean de escalas, ganchos y martillos, deliberen, se distribuyan el trabajo conforme al plan de ataque, rodeen la residencia, inicien el escalamiento, y produzcan fractura, aún no han iniciado actos ejecutivos de robo, aún no han empezado propiamente el robo, sólo se trata de actos preparatorios”⁽¹⁷⁹⁾. El penalista francés advierte, que no se deben confundir los medios ocasionales con los medios directos *ad hoc*; igualmente el resultado que del crimen se aguarda con su ejecución. Un crimen puede estar precedido de

(178) PELLEGRINO ROSSI, *Tratado*, T. II, p. 127. El conde PEREGRINO ROSSI, nació en Carrara (Italia) en 1787, y fue victimado en 1848. Jurista, economista, diplomático y político, participó activamente en la política francesa de la primera mitad del siglo XIX. La revolución de 1848 significó su ocaso político y a la vez el año de su asesinato por facciones rivales. Profesor de Derecho Penal y autor de su célebre y siempre leído *Traité de Droit penal* y autor de un proyecto de reforma de la Constitución suiza entre otras obras. ROSSI ha ejercido notable influencia en el derecho penal moderno. Sus teorías y planteamientos pueden ser leídas con deleite por la actualidad y agudeza de su pensamiento.

(179) ROSSI, *Tratado*, T. II, p. 96.

actos exteriores de diversa importancia y naturaleza. Para RENÉ GARRAUD, los actos exteriores encaminados al delito son de tres especies: 1) los actos preparatorios (*les actes préparatoires*); 2) los actos que tienden a la ejecución del crimen (*les actes qui tendent à l'exécution du crime*); y 3) los actos que ejecutan el hecho incriminado como delito (*les actes de exécution du fait matériel qui est incriminé*). Según GARRAUD: “Los actos de ejecución propios del delito consumado y de la tentativa son ya cuerpo del delito y se caracterizan –a diferencia de los preparatorios– por que ofrecen una relación directa y cierta con la infracción penal” (180). En función a estos puntos de vista **GARRAUD establece dos clases de actos de tentativa**: “aquellos que son el hecho mismo del delito y que muestran de manera indudable la intención del autor (ejemplo: el que con puñal en mano ingresa a un domicilio buscando la víctima) y aquellos actos que están cercanos al delito y que son ya comienzo de ejecución; la segunda clase de actos de tentativa merecen una investigación y apreciación judicial previa, por ejemplo, en los casos de escalamiento nocturno en una residencia; en estos casos para determinar con precisión la intención delictiva es necesario realizar el examen de la intención y las circunstancias que nos permitirán concluir si el propósito del autor era robar, matar, violar a una mujer, etc” (181). TISSOT, penalista anterior a GARRAUD y posterior a ROSSI, nos dice que “el comienzo de ejecución puede producirse en dos situaciones, la primera cuando el acto es indivisible, siendo aquí dicho acto la consumación del delito, no habiendo lugar a distinguir en este caso entre tentativa incompleta o frustrada y la perpetración misma, y la otra situación de producción de tentativa se da cuando el acto criminal es divisible, habiendo por lo tanto progresión, siendo en este caso la culpabilidad más grande en la medida que el crimen está más cerca de su

(180) RENÉ GARRAUD, *Traité*, T. I, p. 487.

(181) RENÉ GARRAUD, *Précis de droit criminel*, Paris, Sirey, 1926, pp. 162 y ss.; ÍDEM, *Traité*, T. I, pp. 487 y ss.

término” (182). Los puntos de vista de VIDAL (183) son muy parecidos a los de ROSSI. Ya más modernamente PIERRE BOUZAT y JEAN PINATEL, mantienen el criterio que la distinción entre el comienzo de ejecución y de los actos preparatorios es una cuestión de derecho cuya decisión corresponde al tribunal de casación y no a los jueces de hecho (184). La doctrina penal francesa, que siempre ha mostrado poca susceptibilidad para asimilar las finísticas construcciones de la dogmática alemana, actualmente y por intermedio de sus más destacados tratadistas, sigue manteniendo las sistematizaciones clásicas propias del siglo XIX y principios del XX sobre el proceso del delito –intención criminal, exteriorización verbal o escrita del proyecto delictivo, actos preparatorios, comienzo de ejecución y consumación del delito– mostrándose escéptica a que se pueda encontrar una fórmula conclutoria sobre la delimitación entre actos preparatorios y ejecutivos. JACQUES-HENRI ROBERT, profesor de derecho y ciencias sociales de la Universidad de París, adhiriéndose a estos puntos de vista, indica que las diversas teorías objetivas y subjetivas sólo cumplen funciones moderadoras para la apreciación jurisprudencial (185). MICHELE-LAURE RASSAT, compartiendo los puntos de vista de BOUZAT y PINATEL, agrega que

(182) J. TISSOT, *Le droit pénal, étudié dans ses principes*, Paris, 1860, T. I, p. 90.

(183) Cfr. GEORGES VIDAL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 7a. ed., París, 1928, T. I.

(184) PIERRE BOUZAT y JEAN PINATEL, *Traité de Droit pénal et de criminologie*, T. I (*Droit penal général*), Paris, Dalloz, 1963, p. 214: “C’est une question de droit relevant die contrôle de la Cour de Cassation, car le commencement d’exécution est des éléments légaux de la tentative punissable. Le juges du fait ne peuvent donc l’apprécier souverainement, sauf, bien entendu, ce qui concerne la constatation des faits relevés à la charge de l’inculpe. Après avoir décidé le contraire, la Cour suprême est maintenant vien fixée en ces sens. Cependant, lorsque c’est la Cour d’assises qui a statué sa décision est souveraine, comme toute autre de ses décisions”.

(185) JACQUES-HENRI ROBERT, *Droit pénal général*, Paris, Themis-Presses Universitaires de France, 1988, pp. 244, 245.

en definitiva se trata de un problema a resolver a nivel de corte de casación, donde, sin embargo –señala el autor–, no existe uniformidad de criterios (186).

6.1. Preparación y ejecución delictiva: precisiones sobre un tema central en dogmática penal

Luego de pasar revisión a los diversos intentos de ofrecer criterios seguros sobre el tema de la delimitación entre actos preparatorios y de ejecución, es decir, sobre los comportamientos socialmente ajustados o soportables para el sistema y aquellos que asumen relevancia penal, sería pretencioso sintetizar en pocas líneas toda la amplia, intensa y matizada polémica científica, desarrollada con fuerza a partir del Siglo XIX, al respecto. Sin embargo es posible ubicar tres matrices básicas que concentran el debate, y que nos permitirán realizar algunas precisiones ulteriores: PRIMERO, considerar que se trata de un problema mal planteado y por lo mismo sin solución; SEGUNDO, se trata de un asunto de política criminal, y por lo tanto la discusión dogmática y los aspectos óntico-jurídicos del tema carecen de importancia; y TERCERO, se trata de la base racional más importante en la construcción del esquema científico de la teoría del delito.

La primera concepción (escepticismo, nihilismo, subjetivismo) parte de señalar que la delimitación fue una conquista política del derecho penal liberal que se proyectó erróneamente al sistema de construcciones conceptuales. La diferenciación entre preparación y ejecución del delito no es un asunto que interese al derecho penal, por cuanto la ley penal castiga la voluntad criminal exteriorizada, siendo los actos de ejecución o de preparación, en el caso de que puedan ser diferenciados, de importancia secundaria e irrelevantes. El debate por lo tanto es estéril y carente de sentido.

(186) MICHELE-LAURE RASSAT, *Droit pénal*, Paris, Presses Universitaires de France, 1987, pp. 346-347.

La segunda orientación, ni niega ni acepta la trascendencia de la delimitación para el derecho penal, incluso puede llegar a considerar que tal cuestión se da realmente en la progresión de los comportamientos humanos relevantes. Pero desde el momento que es el estado (a través de sus órganos especializados) quien fija la relevancia de los comportamientos, y, al hacerlo generalmente prescinde de las variables preparación y ejecución, en su afán de asegurar protección efectiva de los bienes jurídicos y de la vigencia de la norma penal, entonces está demás otorgar importancia a una cuestión y a un debate inexistente en las esferas de decisión y argumentación legislativa.

La última concepción, fundamentada en la ciencia dogmático-penal, sostiene que la distinción, necesaria y posible, es una exigencia racional del sistema del delito y de la pena. Ni la voluntad criminal, ni los dictados político-criminales por sí solos son razones suficientes para la creación-construcción de un derecho penal democrático con bases científicas. En esta línea los esfuerzos del derecho penal liberal a través de sus logros conceptuales y elaboraciones normativas han ofrecido numerosos criterios de referencia para facilitar la cognoscibilidad y discriminación de los actos preparatorios de los de ejecución delictiva.

Obviamente que esta tercera concepción es la que permite hacer del derecho penal en su dimensión normativa un instrumento racional (es decir, no arbitrario) de integración social.

Ahora bien, delimitar los campos de lo permitido y de lo socialmente lesivo con implicancias penales, no es un asunto que pueda ser satisfecho científica y jurisprudencialmente con reglas únicas y de validez general. Ni los enfoques de la idoneidad, univocidad, del peligro, del plan de acción o cualquier otro, pueden ser aplicados en el esfuerzo delimitador, prescindiendo de las peculiaridades inherentes a cada tipo penal (o grupo de tipos) y a las circunstancias concretas de realización del supuesto de hecho. Un específico enfoque puede resultar poco servible en su

capacidad explicante en un determinado tipo penal, pero ser acertado en otro, o un sólo criterio ser insuficiente, requiriéndose de complementación con otros enfoques. En otras palabras lo que se está diciendo es que no existen directrices conceptuales con capacidad para delimitar en la inmensa gama de supuestos de hechos típicos. El análisis dogmático jurídico parte entonces de escoger (esto implica confrontar, verificar, seleccionar) adecuadamente el criterio o directriz teórico-metodológico, para en base a ello evaluar su fuerza y eficacia explicante, aplicado al supuesto de hecho analizado. Esto inmediatamente nos lleva a dos precisiones necesarias: a) la delimitación entre preparación y actos de ejecución delictiva tiene su formulación gnoseológica a nivel de teoría general del delito, pero encuentra solución sólo a nivel de análisis concreto; y b) dicho análisis concreto, que hace uso de los criterios y elementos de referencia explicitados, recae en la función cognoscitiva judicial del juez penal; son los jueces en quienes se centra la tarea de afirmar la diferenciación en este punto, es decir, la relevancia penal. De esto se entiende que el rol que juega la dogmática penal es ofrecer al juez toda la gama de recursos (gnoseológicos, metodológicos, históricos) e instrumentos lógico-semánticos para que efectúe el análisis diferenciador. E igualmente de aquí se colige la necesidad de racionalizar las formulaciones político-criminales, las que deben estar en armonía con los logros conceptuales de la ciencia penal, bajo peligro de derivar en peligrosas contradicciones, o, en arbitrariedad y uso perverso de la dimensión normativa del derecho.

La creación de un derecho penal que tienda a dignificar al ser humano en conflicto, e integrarlo con el mínimo costo al tejido social. La concepción de un derecho penal como teoría de la integración social con un campo específico de acción, alejada en sus bases epistémicas del afán retribucionista y amenazante, sólo así encontrará legitimación social horizontal, sólo de tal manera podrá inscribirse como un mecanismo racional de solución de conflictos, de integración social y factor de progreso histórico.

7. ANALISIS DOGMATICO: BASES ONTICO-JURIDICAS DE LA TENTATIVA ⁽¹⁸⁷⁾

7.1. Los actos de ejecución ⁽¹⁸⁸⁾

Toda tentativa propiamente se inicia con los denominados actos de ejecución, inherentes a todo delito, constituyendo el sustrato óntico jurídico que sustenta todo el proceso valorativo relevante del derecho penal; es más, son ya unidades objetivas y reales valoradas, sin ellos se torna impensable la estructura del ilícito penal. Los

(187) La tendencia funcionalista del derecho penal, liderada por GÜNTHER JAKOBS, con su prescindencia de los factores ónticos que subyacen a los supuestos de hechos típicos, y con sus generalizaciones normativas de las categorías y conceptos dogmáticos jurídicos, se orienta a no considerar como objeto de estudio de la ciencia penal los fundamentos ónticos de los comportamientos relevantes. Esta concepción que apunta a absolutizar y agotar el contenido del derecho penal en consideraciones normativas, y que se refleja en la frase “es acción lo que la ley determina,” obviamente no es compartida por los presupuestos teóricos contenidos en el presente trabajo. Representa, pues, el intento de JAKOBS y seguidores la versión remozada de un neopositivismo interesado en construir conceptos desprovistos de contenido real, ligados a una ideologizada teoría del derecho penal que privilegia los metalenguajes y legitima la instrumentalización arbitraria del derecho. En una concepción normativista del derecho penal carece ya de sentido hablar de actos y de comienzos de ejecución, es deleznable la referencia al bien jurídico tutelado, su lesión o puesta en peligro; resulta irrelevante establecer gradaciones en el desarrollo del actuar delictivo del agente, pues interesa en exclusiva tan sólo el estado en que se halle la vigencia de la norma.

(188) No obstante su evidente importancia, los actos de ejecución no han merecido el trato correspondiente por parte de los tratadistas, sean éstos germanos, italianos o franceses; contrariando esta tendencia, a lo largo del presente trabajo se le otorga una importancia vital a los mismos, entendiéndolos no sólo como la síntesis del enfoque ontológico jurídico, sino como la expresión más palmaria de la fusión de la teoría y la práctica del *iter criminis*. Los actos de ejecución se hallan íntimamente compenetrados del elemento subjetivo del delito; entenderlos separadamente, como es costumbre hacerlo, aparte de ser una inadecuada apreciación, reporta numerosos malentendidos y extravíos en la comprensión del delito y por tanto de la tentativa.

actos de ejecución poseen una riqueza y alcance conceptual mayor que los actos que hacen estrictamente tentativa. Al producirse el desistimiento del agente o frustrarse el normal desarrollo y efecto consumidor de sus actos, no implica que los actos de ejecución a nivel de tentativa pierdan su carácter desvalorado, esto es, dejen de ser ejecutivos penalmente relevantes, ya que la ilicitud de los mismos se mantiene.

7.1.1. Importancia de su estudio

La importancia de los actos de ejecución del ilícito penal se patentiza con nitidez cuando se aborda la intervención de los autores y el aporte de de los partícipes o cómplices en la ejecución-consumación del tipo penal. El tema de la autoría y complicidad encuentra sustento y explicación coherente en la teoría de los actos ejecutivos, los que permiten entender la naturaleza y gravitación de los comportamientos de ejecución directa (de control o materiales) y complementarios (actos de los cómplices e instigadores). Asimismo es de gran utilidad para entender el curso de acciones u omisiones observables en los supuestos de hecho imputables a los autores o cómplices.

7.1.2. Clases de actos de ejecución

Los actos de ejecución sean directos o complementarios son de ejecución tentada o de consumación, según se detenga, desista, frustre o se perfeccione la acción típica penal, y esto en íntima vinculación con la voluntad consciente dirigida al objetivo (dolo), sin el cual pierde su atributo de factor causal imputable. De aquí se entiende, entonces, la importancia del dolo en la configuración de la tentativa, que va implícito en los actos de ejecución pues es en ella según la doctrina dominante lo único perfecto, que necesariamente tiene que darse completo y de indiscutible realización⁽¹⁸⁹⁾. La doctrina penal y la jurisprudencia han querido así poner de relieve que

(189) Véase *infra*: Tipicidad Subjetiva: El Dolo, pp. 265 y ss.

a la par que el desvalor del acto, conceptualizado de manera integral, es el desvalor específico del elemento subjetivo, voluntario y consciente contenido en aquél, el que igualmente posee relevancia penal, cuando se halla asociada a hechos externos que se manifiesten en la vida práctica; y es aún más expresiva tal importancia, que si siendo imperfecto el acontecer objetivo material típico e imperfecta o inexistente el elemento subjetivo, la tentativa deja de tener existencia jurídica, esto es, no existe para el derecho penal la tentativa culposa, aunque ontológicamente, algunos de sus supuestos sean concebibles (190). De allí la triple identidad contenida en los actos de ejecución, como unidad de síntesis de lo material, psicológico y jurídico; lo primero como exterioridad material, lo segundo como fuerza directriz y lo último como límite normativo y expresión de sentido relevante. Unidad de síntesis donde el dolo y demás elementos subjetivos complementarios y/o trascendentes impulsan y dirigen los actos de ejecución. Sólo es dable hablar de actos de ejecución en los tipos penales que admitan una progresión en el *iter criminis*, es decir en la medida que no se hallen confundidos con la consumación del delito.

7.1.3. Alcance denotativo

No son actos de ejecución los de coacción imposible de vencer, los de absoluta fuerza mayor, aquellos actos ejecutados por inimputables absolutos, los actos instintivos, o los producidos mediante reflejos automáticos no condicionados, igualmente los realizados en estado de inconsciencia; y esto se entiende así, por la valoración jurídica de los actos ejecutivos; tampoco es correcto considerar actos de ejecución a los que se presentan con la tentativa inidónea, cuando los actos del agente y los medios que pone en juego hacen imposible la realización del delito, así como los actos de la denominada tentativa irreal; ni por lo general los actos preparatorios que han sido declarados punibles por ley, pues en ellos el contenido delictivo del tipo y por lo tanto de la acción, no se fundamentan en

(190) Véase *infra*: La Tentativa en los Delitos Culposos, p. 286.

el comienzo de ejecución ni en la ejecución misma, sino que obedecen a estimaciones político criminales especiales que alteran esta construcción dogmática, construyendo delitos por disposición formal. En contraparte son actos de ejecución, las órdenes y directivas, las frases injuriosas, el gesto obsceno u ofensivo, y los demás actos materiales constatados objetiva y subjetivamente en el desarrollo de las acciones humanas tipificadas. En los tipos culposos, los actos ejecutivos desprovistos del elemento subjetivo, se presentan en su real naturaleza óptica, esto es, desprovistos de por sí de relevancia penal. En los actos preparatorios punibles, por determinación legal, éstos asumen un carácter consumidor del delito. En los delitos de omisión no existen ontológicamente considerados los actos ejecutivos, éstos son normativamente concebidos en consonancia al mandato omitido por el agente y presumidos en virtud a la equiparación legal, que se ve obligado a hacer la norma penal para punirlos, con los actos propios de acción dolosa.

7.1.4. Naturaleza de los actos ejecutivos

El referirse a los actos de ejecución como de esencia delictiva para diferenciarlos de los preparatorios de esencia no delictiva, es recaer en un vicio de enfoque, naturalmente incorrecto, pues no existen actos intrínsecamente delictivos. Esta significación es de carácter jurídico penal que va variando constantemente y obedece más a factores social valorativos. No existe el acto ejecutivo criminal o delictivo en sí. Por lo mismo, el acto ejecutivo considerado ontológicamente desligado del tipo penal, es irrelevante a nuestra materia. Igual que con los actos preparatorios funcionales –pero en una escala distinta– sucede aquí con los actos ejecutivos, por cuanto éstos son también de naturaleza relativa en función al tipo que realizan y en cuanto a su implicancia gradual, es decir, son ejecutivos de algún delito o delitos, y la vez pueden ser consumidores, o realizadores de otros. La teoría finalista de la acción tiene como uno de sus méritos, el haber dotado a los actos desarrollados por el agente, de un sentido determinado orientado al fin típico. Sólo es acción relevante aquella cuyo contenido subjetivo está encausada al logro de la

consumación típica. Esto es lo que permite dar coherencia a la serie de actos desplegados en el actuar delictuoso, que en los casos límites de los delitos a distancia y continuados con grados de apreciable intermitencia, parecieran carecer de tal característica. La dirección conforme a sentido es lo que confiere sistematicidad y coherencia lógica a los actos que componen el proceso del delito.

7.1.5. Actos ejecutivos y finalidad

Es redundante indicar que los actos ejecutivos poseen un notorio carácter finalista, por cuanto se dirigen a consumir el delito y con ello al logro del propósito del autor; y sólo pueden ser tales, aquellos que reúnen características de idoneidad y suficiencia causal predicables de los medios y del sujeto que realiza tales actos reunidos y dirigidos dolosamente en disposición causal, y que por tal razón le son imputados penalmente. Podemos **clasificar a los actos de ejecución** en aquellos que realizan el delito instantáneamente, y aquellos que admiten espaciamiento y plenitud ejecutiva; son *actos ejecutivos instantáneos* los que agotan con su sola realización la ejecución y consumación del delito, no necesitando multiplicidad y/o reiteración progresiva de actos; son *actos de plenitud ejecutiva* aquellos que sumados o realizados progresiva o intermitentemente van a producir el resultado delictivo o van a dejar expedita la fase consumatoria, son múltiples los ejemplos en este segundo caso, abundando en los tipos calificados y en los delitos complejos.

7.1.6. Precisiones sobre los actos ejecutivos

Afortunadamente para la dogmática penal, y para un mejor esclarecimiento del contenido y límites del “comienzo de ejecución”, se ha llegado a un consenso en el enfoque y apreciación de los actos ejecutivos ⁽¹⁹¹⁾, al ser considerados en dos niveles de conceptualización

(191) En América Latina dan cuenta de este consenso ZAFFARONI y PIRANGELLI, *Da tentativa*, Sao Paulo, Revista dos Tribunais, 1992. Un punto de vista discrepante véase en NELSON PESSOA, *La tentativa*, p. 48.

jurídico ontológico –recogiendo los criterios sugeridos por GARRAUD, PETROCELLI, SAUER, en parte lo desarrollado por CARRARA, FRANK, BELING, y retomando la concepción del “conato” hecha por los post-glosadores– superando de esta manera largas décadas de incertidumbre y confusión: *Primero*, son actos ejecutivos aquellos que comienzan ya el ilícito penal, sin ser propiamente realización del tipo, éstos son los llamados actos ejecutivos iniciales. Por ejemplo, violar la seguridad de la puerta de una tienda comercial es ya comienzo de ejecución de robo; el ingresar armado a una residencia buscando a una persona específica es ya tentativa de homicidio realizar los complementos del tipo calificado es ya comenzar a ejecutar el delito base, etc. *Segundo*, son actos ejecutivos propiamente dichos aquellos que realizan la descripción típica (expresada con los verbos y núcleos rectores), es decir aquellos que inciden directamente en el objeto de la acción delictuosa (persona, cosa o derecho), siendo estos actos suficientes por sí mismos para explicar y lograr la consumación del supuesto típico, ejemplos de esta segunda división son el apoderamiento físico de la cosa, el disparo sobre el individuo, la redacción final del documento prevaricador; en síntesis, se trata en este caso de la realización del delito propiamente en su nivel típico. Esta precisión que delimita el terreno de los actos ejecutivos con relevancia penal, permite distinguir el extenso campo de los actos preparatorios y a la vez determinar la naturaleza sensiblemente relativa de tal precisión, por cuanto lo que es preparatorio para las exigencias de un tipo penal, puede ser ya ejecución de otro (verbigracia, adquirir un arma de fuego sin tener la autorización debida, puede ser acto preparatorio de homicidio, de lesiones, como acto equívoco de ambos tipos, pero es ya tipo consumado de tenencia ilícita.).

7.1.7. Implicancia de la teoría de los actos de ejecución

La dilatada experiencia jurisprudencial ha demostrado que los actos ejecutivos iniciales son los que ayudan a entender la naturaleza ejecutiva del delito y a comprender el llamado comienzo de ejecución, resultando casi siempre que el acto ejecutivo propiamente dicho se

halle antecedido por los actos ejecutivos iniciales, que le otorgan coherencia y sentido. Esta síntesis teórico práctica de los actos de ejecución constituye la respuesta más aproximada y certera para comprender y dimensionar el comienzo de ejecución y con ello naturalmente la punición de las acciones humanas; corresponde además a una exigencia lógico racional de armonizar el marco conceptual con la práctica judicial, con miras al logro de una efectiva aplicación y uso judicial de la dogmática a los comportamientos de ilicitud penal. Pero como todo en derecho penal tiene sus riesgos, ya por falta de claridez y elaboración o por insuficiencia en la comprensión, los defectos que se le puedan atribuir a este esfuerzo (mientras no se establezca una jurisprudencia sólida y críticamente meditada que dé testimonio de su grado de certeza y efectividad), se encuentran en los peligros que el cognoscer judicial confunda los actos iniciales de ejecución con los actos preparatorios, no obstante que esto no es un problema dogmático, pues se trata de la capacidad y avizoramiento que deben poseer jueces experimentados y sabios.

En resumen, el análisis del delito requiere una revaluación de la teoría de los actos ejecutivos, como su expresión óntico jurídica. Sin tales actos (en su nivel y grado específico) el delito es un punir las ideas o pensamientos.

7.2. La naturaleza del peligro en la tentativa

La idea del peligro, de la puesta en peligro del bien jurídico, es el fundamento jurídico más importante para legitimar la punición de la tentativa. La puesta en peligro del bien jurídico no se refiere tanto a la creación de un estado de peligro, como a la acción misma que genera ese peligro, que lo hace real y verificable *ex-ante*; y se reputa el peligro de la acción desplegada, en función al tipo específico y en virtud a una lesión concreta del bien jurídico (peligro de consumación típica), como objetivo de la acción que la pone así de esta manera en la mira delictiva, en situación predecible de riesgo. Por lo mismo, el elemento “peligro” no obedece a una conceptualización subjetiva, ni a un sentimiento de peligro, como atinadamente

sostiene OTTORINO VANNINI⁽¹⁹²⁾, sino que se basa en la serena apreciación de las circunstancias objetivas que han rodeado el desarrollo de la acción u omisión reputadas generadoras de actos de ejecución tentada (prognosis *ex-ante*).

7.2.1 Definición y contexto

Peligro para el derecho penal⁽¹⁹³⁾ es la probabilidad de lesión de un bien jurídico relevante, deducidas las conductas de riesgo permitidas o ajustadas socialmente. En una acepción amplia podemos entender como peligro todo aquello que genera una situación propicia para la lesión del bien tutelado, o provoca perturbación, amenaza, alarma e inseguridad en la libre disponibilidad de dichos bienes, pero realizable, inminente, concreto, actual. Jurídico-penalmente, pertenece a la naturaleza del peligro que éste sea –como

(192) VANNINI, *Il problema*, p. 83.

(193) El concepto “peligro”, posee una riqueza notoria de aplicaciones, abordándolo desde una óptica estrictamente genérico jurídica, destacamos las precisiones de VON ROHLAND por considerarla la más aproximada a nuestro tema en análisis: “No hablamos de peligro cuando la producción de un acontecimiento es imposible o, es por el contrario, cierta. Tampoco cuando el mismo concuerda con nuestros intereses o no los afecta. El peligro es por lo tanto, la mayor o menor probabilidad de un acontecimiento dañoso, la posibilidad más o menos grande de su producción” (*Die Gefahr in Strafrecht*, Dorpart, 1886, citado por JOSÉ ESCRIBA GREGORI, *La puesta en peligro de los bienes jurídicos en Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1976, p. 19. MIRENTXU CORCOY BIDASOLO, penalista española, esbozando un concepto normativo de peligro nos dice: “Al derecho penal en el juicio de peligro, no le interesan todos los factores creadores de riesgo, sino solamente aquellos conocidos por el sujeto, o que el sujeto dadas las circunstancias tenía el deber de conocer. El peligro sería, por lo tanto, la apariencia *ex-ante* de la probabilidad de producción de un resultado lesivo según leyes de experiencia: el peligro como cálculo de probabilidad. Habrá peligro cuando la probabilidad de lesión roce con la seguridad de la lesión” (*El delito imprudente*, Barcelona, PPU, 1989, p. 197). Precisa CORCOY BIDASOLO que un comportamiento es peligroso cuando el autor no está en situación de evitar o impedir con seguridad un daño que se tiene por posible (*ibídem*, p. 196).

bien acota CORCOY BIDASOLO— “calificante de un comportamiento humano” que ha dirigido los factores causales en tal dirección de probabilidades. No puede tratarse de un peligro ya pasado, ni de una potencialidad futura o remota; esto último resulta notorio en los delitos que exigen resultado con lesión material, siendo no tan sencillo su precisión en los casos en los cuales el resultado es la simple actividad, y en los delitos de peligro; para los primeros ya hemos anotado que la verificación del peligro dependerá de si tales tipos admitan gradación ejecutiva ⁽¹⁹⁴⁾, y esta regla es igualmente operativa para los delitos de peligro.

7.2.2. El peligro en la tentativa y en los delitos de peligro

Suele hacerse el cuestionamiento de si los delitos de peligro no sean acaso una tentativa de delito elevada a tipo penal especial ⁽¹⁹⁵⁾. En estos delitos donde el elemento peligro viene ya incorporado en el texto de la ley, ha sucedido con frecuencia lo acontecido con el acto preparatorio punible; en el delito de peligro no se mira el acto en sí sino en función a un previsible (peligro concreto) o potencial peligro deducible (peligro abstracto), vale decir, lo que se desvalora en esta clase de delitos no se agota en el acto, sino en cuanto éste va dirigido a lesionar un determinado o impreciso y genérico bien jurídico. Y lo dicho anteriormente tiene gran similitud con la temática de la tentativa, lo mismo podemos decir de los denominados delitos de

(194) Una buena cantidad de tratadistas consideran que no es correcto referir la tentativa en los delitos de peligro, pues con ello se estaría legitimando conceptualmente un concepto falso, es decir la tentativa de la tentativa, “el peligro del peligro”. Al respecto hay que indicar que el acto de ejecución no sólo es una unidad ontológica, lo es también jurídica, lo que nos permite indicar que si en estos delitos se ofrece la posibilidad real de progresión y fragmentación de los actos, es admisible la tentativa.

(195) Una apreciable cantidad de tipos de peligro son tentativas a nivel ontológico, que por justificadas razones de política criminal, han sido concebidas y legisladas a título de delito, esto es a nivel de perfección en el grado del *iter criminis*.

emprendimiento en donde la consumación está ya contenida en el intento o tentativa y en los cuales en caso de producirse el resultado material, éste ocasiona simplemente una agravación de la pena. *En el delito consumado como en la tentativa la naturaleza del peligro es la misma*, sólo que en ésta el peligro agota el contenido del ilícito. El peligro no puede concebirse –en el caso de la tentativa– a un nivel de hipótesis o de criterio subjetivo como posibilidad potencial, tiene necesariamente que referirse a un nivel concreto, objetivable y previsible de peligro verificable; con ello estamos descartando el peligro abstracto como propio a los actos de ejecución tentados.

7.2.3. La significación del peligro

Tiene una doble denotación: como peligro concreto en contraposición al peligro abstracto y como peligro concreto en atención al bien jurídico específico, es decir, a la modalidad e intensidad que pueda adquirir el peligro, considerada la naturaleza lesionable de cada bien tutelado; y esta última precisión es importante, por cuanto son diferentes los grados de susceptibilidad al peligro de los bienes jurídicos, algunos son extremadamente sensibles, mientras otros ofrecen una naturaleza poco permeable al mismo. La virtualidad del peligro no puede ser igual para el bien jurídico “vida” que para el bien jurídico “patrimonio”, y dentro de éste, no puede ser el mismo para el hurto que para el robo calificado, igualmente no se puede encontrar el mismo nivel de calidad de riesgo para el bien jurídico en la exposición de menor a peligro que en el caso de la estafa. Se trata, como se observa, de peligros concretos, considerados en cuanto especies de un género y en cuanto especies de géneros distintos, que deben ser circunstanciados al caso.

7.2.4. El peligro como probabilidad

El peligro es un juicio de probabilidad que admite gradaciones y matices, razón por la cual tiene que ser doblemente concreto, real e inminente para que pueda amenazar la validez de la norma penal (expresada mediante prohibiciones y mandatos) y perturbar la disponibilidad del bien jurídico. No puede concebirse con seriedad

dogmático-jurídica una puesta en peligro putativa del bien o que pueda éste correr peligro ante una lesión improbable o inexistente. Entonces, pues, el juicio de peligro sobre una situación de peligro generada por un comportamiento humano debe soportar pruebas lógicas de validez y consistencia, considerando que sólo se le puede reputar en cuanto acción ilícita y en torno a una situación típica específica; por lo tanto no puede ser presumido ni considerado como situación de derecho (*iuris et de iure*). Obviamente que la estimación del peligro es una actividad que compete al juez ⁽¹⁹⁶⁾, quien, luego de una ponderación de los riesgos permitidos e incluso de los estados de autogeneración de peligro atribuibles al sujeto pasivo del delito, debe concluir producto del análisis y evaluación objetiva (en base a probabilidades lógico concretas y de ser posible de generalizaciones estadísticas) acerca de la realidad del peligro, de su verificabilidad en los actos de ejecución tentada. Esto supone lógicamente una valoración *ex-ante* integral que le dé sentido y lo patentice como fenómeno jurídico.

7.2.5. Precisiones sobre el peligro en la tentativa

Antes de concluir este punto, es necesario decir que el peligro en la tentativa abarca tanto el peligro específico concreto (individualizado, directo), como el peligro común (delitos de peligro común) que puedan ser susceptibles de tentativa, y en ambas –si cumplen las premisas sobre temporalidad progresiva y espaciamiento del *iter criminis*– podemos perfectamente separar niveles de peligro conforme se avance entre los límites mínimo de la tentativa (comienzo de ejecución) y el límite fronterizo máximo (momentos

(196) Corresponde al Juez, suprema voz humana legal, en estos casos, mediante una serie de consideraciones y valoraciones determinar la existencia real del peligro. Consideraciones y valoraciones como las que se coligen del tipo penal, la valía del bien jurídico, los niveles de susceptibilidad al peligro que éste ofrece, las circunstancias concretas que rodean, subyacen o concomitan la actuación del agente, las circunstancias subjetivas atribuibles al sujeto activo, etc.

previos a la consumación), lo que aumenta o decrece el nivel de injusto. Al haber dicho que la puesta en peligro tiene que ser real e inminente, estamos descartando de esta noción, al delito putativo y a la tentativa inidónea, tal como certeramente lo establece la legislación penal peruana. E igualmente, se puede hacer correr peligro a la libre disponibilidad de los bienes jurídicos relevantes, tanto dolosa como culposamente, por acción o por omisión, directa e indirectamente.

Cuando se enfoca el peligro como noción abstracta, se le está utilizando como criterio de prevención general con carácter intimidatorio; esto no corresponde al campo de la tentativa, sino a tipos específicos propios de la parte especial, ex-profesamente potenciados por razones de política criminal y en función al grado de valía del bien jurídico.

7.3. Tentativa: Tipo autónomo o delito imperfecto

Es ya un asunto superado la discusión de si la tentativa, tipo genérico, tiene naturaleza autónoma, esto es, si es un delito especial (escuela italiana), o se trata de una imperfección en el desarrollo del *iter criminis* y por lo tanto un tipo subordinado en su connotación a la variedad de tipos de la parte especial. El debate al respecto, efectuado por numerosos tratadistas y escuelas, ha dejado de tener actualidad. La tentativa carece de perfección típica, es un tipo degradado, o como diría GUSTAVO CORNEJO, “un modo y un momento del delito, que el agente tenía el propósito de perpetrar, mas no un delito independiente” (197). Razón por la cual no puede ser considerada al nivel y jerarquía del delito, con las características completas que le son propias a éste; y ello es así, por cuanto la tentativa es una construcción penal hueca, vacía de contenido si no se la vincula con algún tipo de la parte especial, sólo en función de ella adquiere sentido, lo que pone de manifiesto su carácter subordinado, imposibilitándola

(197) ANGEL GUSTAVO CORNEJO, *Parte general del Derecho penal*, Lima, 1926, p. 267.

para subsumir por sí misma comportamientos delictuosos específicos y realizar ajustes de adecuación típica ⁽¹⁹⁸⁾.

7.3.1. Lo específico en la tentativa

La connotación significativa de la tentativa se pone de evidencia, no en tanto ser un tipo delictivo sino en tanto es la no conclusión, el no término de un proceso delictivo, que admite gradaciones objetivas e incluso subjetivas, tal es su naturaleza propia. Con esto se quiere indicar que la tentativa es siempre una predicación, no una sustantivación, ni un objeto de acción ilícita. Vale precisar el hecho que los actos ejecutivos que hacen tentativa, si bien no concluyen en la realización típica del delito, no son obstáculo para considerar que posean suficiencia delictiva, por cuanto dos de las formas como se agrede al bien jurídico y a la norma en el campo penal son o bien la lesión del mismo o su puesta en peligro, y esto último es lo particular de los diversos casos de tentativa a un nivel de delito imperfecto, de tipo degradado. Es entonces la desvaloración del acto delictuoso y la puesta en peligro para el bien, que éste origina, entendida como resultado, lo que da sentido a la tentativa como forma punible de comisión delictuosa; y ello lleva implícito valoraciones ético sociales que van a sustentar la antijuridicidad de tales actos, entendidos en su dimensión concreta, es decir como actos de un tipo específico. No es imprescindible en la escala valorativa del derecho penal esperar resultados materiales concretos para desvalorar actos que perturban o ponen en peligro la validez jurídico social de las normas penales tuteladoras.

El carácter típico delictuoso se evidencia desde el momento en que se presenta un comienzo ejecutivo en el accionar del agente, naturalmente que se trata de un tipo penal de menor contenido de injusto que el delito consumado, no pudiéndose decir lo mismo de la calidad de ilicitud. Todo esto se traduce en la penalidad atenuada, adoptada por la mayoría de las legislaciones penales modernas.

(198) Véase opinión distinta de la aquí expuesta en CURY URZÚA, *Tentativa*, pp. 26-27.

7.3.2. Tentativa ¿fragmento de delito o carencia de tipo?

No es de lógica, ni de sistémica jurídico-dogmática concebir la tentativa como un fragmento del delito, pues desde el momento en que la ley le confiere existencia como tipo genérico, y la fija en la parte general o conjuntamente (en determinadas legislaciones penales) en la parte especial de los códigos penales, le está otorgando un trato real y gravitante; no siendo acertado que lo haga en calidad de fragmento, lo cual deja de ser una estimación conceptual para convertirse en una minimización y subestimación de la denotación significativa de la tentativa. E igualmente no es tan cierto decir –como lo hacen FRANK (199), ZU DOHNA (200), BELING (201) y MAURACH (202)– que se trate de una carencia de tipo, esto último resulta concebible en cuanto un criterio estricto y formal del delito o en cuanto elaboración teórica, pero ello no refleja el espíritu jurídico con que es tratada a nivel normativo penal; lo cual no niega en absoluto que dicha carencia sea tal en algunos caso de tentativa (203).

7.3.3. Precisiones sobre la tentativa y propuesta

Al ser la tentativa un tipo de extrema amplitud, de carácter asimétrico, que sólo adquiere significancia denotativa por defecto de realización, y al carecer de funcionalidad –pues ésta le viene por obra del tipo especial– es necesario considerar y por los fundamentos expuestos, que **no todos los tipos penales de la parte especial son susceptibles de mostrar tentativa** en su conformación realizadora, conforme se ha explicado en capítulos precedentes;

(199) En FRANK, *Das Strafgesetzbuch*.

(200) Cfr. GRAF ZU DOHNA, *La estructura*, pp. 88, 89.

(201) De BELING véase *Esquema*, pp. 100 y ss.

(202) De MAURACH véase su *Tratado*, T. II, pp. 172 y ss. Un análisis crítico de la teoría de la tentativa como ausencia o falta de tipo, vease en RUPERTO NÚÑEZ, *El delito imposible*, pp. 92 y ss.

(203) Véase *supra*, “Los Actos de Ejecución”, p. 238.

que es inadmisibles buscar tentativa en los actos preparatorios en los delitos culposos, igualmente en los delitos de un solo acto (injuria verbal, falso testimonio), en los de emprendimiento, etc. Lo que nos permite plantear su tratamiento conjunto y por separado en la sistemática estructural del código penal. Tratamiento conjunto a nivel de tipo específico en la parte especial del código (en los tipos que lo admitan), ya sea en base a consideraciones jurídico normativas u óntico jurídicas; tendiendo a irreverarla en los tipos de mínima criminalización o de escasa dañosidad social. Y por separado, como regla abstracta, en la parte general del Código penal, con expresa mención de las limitaciones de la misma. En tal dirección político-dogmática es revelador en grado sumo la experiencia histórica adquirida del trato conjunto y por separado a la vez de la tentativa, por la legislación penal portuguesa y alemana, las cuales siguiendo una tradición jurídica de vieja data establecen tal sistema ⁽²⁰⁴⁾. Con ello, además de una mayor racionalidad de la sistemática normativa, se lograría evidentes ventajas en la certeza y aplicabilidad del derecho penal en la práctica judicial, al superarse los problemas generados por la innecesaria complejidad de la fórmula abstracta en el análisis de la tentativa aplicable a los tipos penales de la parte especial.

Resta ahora precisar –en apoyo de la propuesta planteada– que en lo concerniente a los comportamientos mínimamente criminaliza-

(204) Así, y a modo de ejemplo, el art. 267º, entre otros, del Código penal alemán que trata sobre la falsedad documental (*Urkundenfälschung*) establece: “1) El que para engañar en el tráfico jurídico crea un documento falso o altera un documento verdadero o usa un documento falso, será sancionado con pena privativa de la libertad hasta por 5 años o con pena pecuniaria. 2) La tentativa es punible”. (*Strafgesetzbuch* [Código penal], Deutscher Taschenbuch Verlag, 1989). Igualmente, el Art. 433º entre otros del Código penal portugués que se refiere a la violación de secreto por funcionario público establece: “1) El funcionario que, sin estar debidamente autorizado, revelare un secreto del cual tuvo conocimiento o que le fue confiado en el ejercicio de sus funciones, con la intención de obtener, para sí o para otro un beneficio ilegítimo o de causar un perjuicio del interés público, será penado con prisión de hasta 2 años o multa de 50 días a 150 días. 2) La tentativa es punible”. Véase infra, “Derecho Comparado: legislación extranjera”.

dos, que se reflejan en penas distintas a la privativa de libertad, y cuando es determinada ésta al no hacerse mención al mínimo atribuible, la tentativa en sus diversas manifestaciones relevantes debe ser jurídico y conceptualmente proscrita.

El Código penal peruano posee en su estructura normativa gran cantidad de tipos penales que no señalan expresamente el mínimo de pena atribuible, quedando entendido (art. 29) que se trata de comportamientos que pueden ser castigados hasta con 2 días de privación de libertad en su extremo inferior, y con 2 ó 3 años en su extremo punitivo máximo. En estos tipos penales, que trabajan con supuestos de hecho mínimamente criminalizados, es donde debe focalizarse legislativamente la propuesta indicada. Además obviamente, de los tipos que son castigados con pena distinta a la privativa de libertad y en los delitos culposos.

7.3.4. Naturaleza jurídica de la tentativa

La tentativa es una extensión de tipicidad, esto es correcto, pero no es suficiente su sola proclamación, por cuanto la tentativa es también una de las causas de atenuación de penalidad y una expresión de los límites y alcances de los efectos del *ius punendi* estatal. Al ser tipicidad específica ampliada a fases inferiores de desarrollo delictivo, se está poniendo en evidencia el carácter delictuoso y reprehensible de la tentativa para la conciencia jurídico-conventional, que no puede quedar impune; desplegándose entonces contra ella toda la aparatosidad del sistema penal. La tentativa es, sin lugar a reparos, a la vez que extensión de punibilidad, un supuesto de disminución de pena, es decir una causa de morigeración del rigor represivo penal; sin embargo, decir esto es expresar un concepto relativo, ya que una penalidad atenuada de tentativa de un delito específico, puede resultar excesiva en comparación al castigo de que son objeto determinados delitos autónomos. Y finalmente la tentativa es una cuestión de precisión de los límites y alcances de la ampliación del tipo penal y, por lo tanto, del injusto, ya que contiene el mínimo y el nivel intermedio de criminalización necesaria y sólo necesaria de las acciones humanas; a partir de ello se asciende en la

escala punitiva o, por especiales y legalmente establecidas razones, se desciende hasta abarcar determinados actos preparatorios. Fuera de esto el legislador no puede –con riesgo de alterar la racionalidad del sistema jurídico penal– penalizar indiscriminadamente los actos preparatorios.

La tentativa es uno de los pocos casos de insuficiencia típica relevante elevada a la calidad de hecho delictuoso, por constituir una amenaza a la vigencia de la norma jurídica y un peligro para la disponibilidad del bien jurídico. Se trata, como se ha dicho metafóricamente, de un error de tipo al revés ⁽²⁰⁵⁾ donde no falta ninguno de los componentes del elemento subjetivo, sino que precisamente es un grado del elemento objetivo el que está ausente y no permite la perfección del tipo ⁽²⁰⁶⁾. Sin embargo, por más que ésta sea la postura dogmática asumida por la doctrina alemana, ello no deja de ser susceptible a la crítica.

(205) MAURACH, *Tratado*, T. II, p. 174. El significado de esta expresión no es el mismo que señalar que se trate de una carencia o ausencia de tipo, para el caso contrario de la tentativa.

(206) MAURACH-GÖSSEL-ZIPF (*Derecho penal*, T. II, pp. 18-23), resumen algunas de las más importantes características de la tentativa, en las siguientes notas distintivas: a) La tentativa representa un defecto en el tipo; b) la esencia de la tentativa como manifestación delictiva es el déficit en el tipo objetivo; c) sólo constituye tentativa la suposición errónea de un elemento objetivo del tipo faltante; d) contrario sensu: No existe tentativa si, pese a la ejecución de acciones objetivamente idóneas para producir el resultado, el autor no ha incorporado a su voluntad el resultado típico; e) no hay tentativa ante la suposición errónea de una norma prohibitiva o una conminación penal inexistente, como tampoco en el caso del error sobre el mandato normativo, aunque se haya reconocido correctamente la tipicidad; f) no cabe tratar como tentativa el desconocimiento erróneo de un elemento de justificación objetivamente dado; g) la “errónea ignorancia” de una causal de exclusión de la responsabilidad por el hecho efectivamente existente sigue las mismas reglas; h) la errónea suposición de una inexistente condición objetiva de punibilidad no tiene la virtud de someter al autor a la pena de la tentativa.

8. TIPICIDAD Y TIPO OBJETIVO (207)

El tipo penal genérico abstracto de la tentativa establecido en la Parte general de la inmensa mayoría de los códigos penales, contiene el enunciado descriptivo del proceso trunco del delito a través de la designación de sus elementos. Es esto lo genérico específico de la formula amplia de tentativa que será traspolado como molde legal susceptible de adaptación a un ingente número de tipos de injusto codificados y en leyes especiales complementarias. El tipo de tentativa no describe conductas desvaloradas, ni contiene elementos normativos ni subjetivos complementarios, es decir, no establece el modelo de comportamiento prohibido u ordenado; no se puede confundir, como se ha venido haciéndolo por largas décadas de desacertado manejo de los conceptos y fórmulas paradigmáticas penales, el esquema abstracto carente de contenido concreto, con en el supuesto de hecho que le inexiste y es atributo esencial de los tipos de la parte especial. Estos últimos, bajo un tamiz de específica generalidad predicen, con el más adecuado lenguaje posible y exigible, las características atribuibles a la acción u omisión relevante del agente. Aquélla (la tentativa), por las consideraciones anotadas sólo adquiere sentido pleno en cuanto tipo penal específico incompleto; es ésta, la superposición del supuesto de hecho típico bajo la fórmula genérica abstracta, que a partir y sólo a partir de entonces se reviste de especificidad y cobra sentido jurídico concreto.

8.1. El juicio de tipicidad en la tentativa

El juicio de tipicidad es irrealizable en atención tan sólo al tipo de tentativa establecido en la parte general, ello pone de manifiesto la imposibilidad subsiguiente de predicar su antijuridicidad y culpabilidad de la misma; estos caracteres del delito, conforme al paradigma alemán, en base al cual se supeditan las legislaciones latinas,

(207) Al hablar de la tipicidad, se parte de la consideración de que la tentativa es un asunto propio del tipo del delito, y en él es donde, además de ubicarla, se la debe someter a estudio y análisis jurídico dogmático.

se predicen del tipo especial. En resumen, al no poseer supuesto de hecho punible (no posee acción relevante y, por lo tanto, no existe adecuación típica), la tentativa, tipo abstracto y genérico, carece de los atributos de antijuridicidad y culpabilidad; los cuales sólo pueden predicarse de las acciones típicas concretas, es decir la antijuridicidad o la culpabilidad del delito tentado de homicidio, la culpabilidad del delito tentado de estafa, etc. Es errónea la tendencia dogmática que predica la antijuridicidad y culpabilidad de la tentativa en referencia tan sólo a su descripción genérico abstracta, siendo igualmente desacertado el hablar del ilícito de la tentativa a secas.

Lo que es propio al tipo de la tentativa, por lo tanto, difiere sustancialmente de la naturaleza típica de los delitos tipo; se trata de elementos objetivos genéricos, sin mención concreta al supuesto de hecho, teniéndose mas bien una naturaleza de esencia conceptual: comienzo de ejecución, no consumación, interrupción causal. El elemento del dolo, exigible completo, tanto en el delito consumado como en el tentado, para ser punible, sólo adquiere significancia en cuanto tipo especial.

8.2. Comienzo de ejecución ⁽²⁰⁸⁾

Es ésta la unidad mínima de tentativa exigible en las acciones humanas para ser reprimidas penalmente; pero ello no es toda la tentativa, ya que ésta puede consistir tanto en un comienzo de ejecución, como en una serie de actos de desarrollo ejecutivo posterior que pueden llegar hasta límites superiores cercanos a la consumación. Fue el Código penal francés revolucionario de 1791 quien inició el uso legislativo de la frase “comienzo de ejecución”, de donde fue transplantada al Código de 1810.

(208) Para una aproximación al estudio histórico jurídico conceptual de este controvertido tema, acúdase a: LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, Vol. VII, §§ 2132, 2133 y ss., pp. 512 y ss.; BELING, *Esquema*, pp. 88 y ss.; PETROCELLI, *El delito tentado*, pp. 120 y ss.; ENRIQUE CURY URZÚA, “La teoría del principio de ejecución en la tentativa”, en *Revista de Ciencias Penales*, Tercera Epoca, Tomo XXII, N° 2, mayo-agosto, Santiago de Chile, 1963, pp. 168 y ss.

8.2.1. Naturaleza y características

La naturaleza del comienzo de ejecución radica en la presencia de actos ejecutivos adecuados iniciales o plenamente típicos que den comienzo a la conducta típica establecida en el verbo o núcleo rector de cada delito. El comienzo de ejecución es un problema de límites y de sentido jurídico que, como hemos visto y de acuerdo al criterio teórico que se establezca para delimitarlo, nos permitirá obtener una mayor precisión en los niveles de relevancia penal. Y los límites se extienden traspasando las fronteras de los actos preparatorios, hasta momentos cercanos a la etapa de la consumación; es en este camino donde se concretan los actos de ejecución que pueden ser de inicio o de desarrollo, directos o complementarios, múltiples o únicos y sucederse en una sola unidad de espacio y tiempo o en lugares y tiempos diversos, mediante varios actos que en relación de inmediatez tienden a un solo objeto: la consumación del delito, y que representan una indudable puesta en peligro y perturbación real en la disponibilidad de los bienes jurídicos (no tan sólo una alarma o inseguridad) penalmente protegidos.

Naturaleza óntica y valoración jurídica constituyen la unidad dialéctica inherente a los actos ejecutivos y, por lo mismo, a los actos que comienzan la ejecución. Se da por descontado el nexo vinculante que el comienzo de ejecución tiene con los actos de preparación y el propósito delictivo, siendo esto último uno de los elementos indispensables para la configuración de la tentativa; no es admisible teórica ni legalmente tentativa sin dolo, sin resolución de voluntad orientada al resultado típico.

8.2.2. Análisis concreto del comienzo de ejecución

Los actos de ejecución, sobre todo si lo enfocamos en su extremo inferior mínimo (comienzo de ejecución), tienen que analizarse en cada caso concreto y en función a las características de cada tipo penal; resulta imposible otra forma de abordar el fenómeno, es esto por lo tanto un punto axiomático de partida, ya que es imposible dar reglas que abarquen y comprendan el total de los delitos. El comienzo

de ejecución es, pues, una cuestión de naturaleza y objeto de análisis concreto relacionado a cada tipo penal (o por lo menos a cada tipo básico), no existiendo reglas de validez general ni valoraciones jurídicas extensivas a toda la miscelánea de comportamientos relevantes, que permitan diferenciarlo de los actos preparatorios. Como ya se ha dicho el comienzo de ejecución de un tipo específico puede comportar ya consumación de otro, o tan sólo preparación de algún otro de mayor gravedad. Cuando hablamos de la tentativa nos estamos refiriendo básicamente a la tentativa propiamente dicha, no así al desestimiento ni al delito frustrado que son variedades de la misma en su acepción amplia, es decir, considerado como delito imperfecto.

8.2.3. Tendencias históricas de apreciación

La ley penal al hablar del comienzo de ejecución de un delito, está determinando de este modo la dirección del enfoque y análisis dogmático, en virtud al principio de legalidad y a las reglas de la tipicidad. La corriente de opinión dominante en la Francia post-revolucionaria, obviamente, si bien tuvo una explicación política para los excesos punitivos generados por la Revolución de 1789, no se puede ocultar que cayó en un exagerado culto al formalismo típico, (teoría objetivo-formal), a lo necesariamente descrito en la norma penal: comenzar a robar tenía que ser empezar a apoderarse físicamente de la cosa, lo previo a ello no pasaba de ser un acto preparatorio; consideración que naturalmente reducía el campo de los actos de la tentativa y aumentaba el campo de la preparación impune (excepción hecha cuando por sí tales actos constituían delito). En sentido contrario, la jurisprudencia alemana desde 1880 (con M. VON BURI como magistrado del Tribunal Supremo Alemán) consideró el comienzo de ejecución un asunto de voluntad criminal y no de peligro para el bien jurídico, conforme a la teoría de la equivalencia de condiciones. Se trataba pues de dos tendencias claramente diferenciadas en la dogmática y jurisprudencia europea, tendencia esta última muy afín con la del positivismo italiano. El comienzo de ejecución conforme a lo postulado por la teoría objetivo formal ha sido ya superado en la doctrina penal, resultando en la actualidad

estrecha y limitada como mecanismo conceptual y herramienta teórica de trabajo; lo cual no implica negar la importancia de los agregados realizados a dicha teoría con los complementos de la acción (actos directa e inmediatamente relacionados con la conducta) lo que le permitió adquirir a partir de ello una mayor rigurosidad ⁽²⁰⁹⁾.

8.2.4. Comienzo de ejecución y circunstancias del tipo

En muchas ocasiones el tipo penal, señala los medios con que se ejecuta la acción delictiva, por ejemplo, el tipo de estafa (art. 196) menciona el engaño y el ardid, el tipo de usurpación (art. 202), la violencia, amenaza o engaño, en el caso del tráfico ilícito de drogas se precisa con los actos de cultivo, fabricación o tráfico. Aquí y acudiendo a la teoría de los complementos del tipo, de BELING y a los posteriores desarrollos teóricos aportados por PETROCELLI, SAUER, WELZEL y otros, el principio de ejecución se inicia al detectarse el engaño, la violencia, o los actos de cultivo, fabricación o tráfico respectivamente y en relación con los tipos aludidos. Un caso ilustrativo de comienzo de ejecución está claramente expresado cuando el individuo luego de adquirir una sustancia de toxicidad letal lo coloca en el vaso que contiene agua, destinado a beber por la víctima, el acto de colocar el tóxico en el vaso dirigido en relación de inmediatez a que lo beba la víctima es el inicio de ejecución, de ahí en adelante se sucederán otros actos ejecutivos, como el entregarle el vaso a la víctima, el cogerlo éste y acercarlo a su boca, el beberlo y a partir de ahí tendremos o bien la consumación del delito o la frustración del mismo.

8.2.5. Comienzo de ejecución y finalismo

Comenzar a ejecutar es, en el terreno de la tentativa, la *confirmación de las tesis finalistas* de la acción en oposición a los postulados causalistas, que en este campo resultan insatisfactorios. Y

⁽²⁰⁹⁾ Un trabajo de importancia en América Latina, donde el autor se adhiere a los planteamientos de BELING, es el de FRÍAS CABALLERO, *El proceso ejecutivo del delito* (1944); véase también la segunda edición de 1956.

esto es así por cuanto todo comienzo de ejecución tiende a concluir en la fase consumatoria del tipo penal; sin embargo, en el caso de la tentativa, no existe consumación del tipo, la relación de causalidad –en la concepción causalista– no ha llegado a perfeccionarse, por lo tanto es insostenible hablar de la existencia de culpabilidad, ya que ésta es un criterio subjetivo que sólo se produce al verificarse el efecto de la acción. E igualmente el dolo, al ser ubicado como componente de la culpabilidad, no podría ser aplicado al agente que tentó el delito. Estas ineludibles contradicciones en que incurre el causalismo fortalecen la tesis finalista que sostiene que “la tentativa no es un mero proceso causal que no produce su efecto, sino una acción que apunta a un resultado elegido previamente” (210). Sólo así entendida, la tentativa resulta explicable como acción final dolosa ubicada analíticamente en el tipo penal; WELZEL profundizando más este punto, precisa: “¿Cómo podría definirse de otro modo la tentativa de homicidio, sino como una acción con la que el autor quiere matar a un hombre? Si la dirección de la conducta externa, por la voluntad conduce al resultado, con ello no puede variar la función de la voluntad en la acción. Si el contenido de la voluntad es una parte integrante, necesaria de la acción en la tentativa seguirá siéndolo cuando se produzca el resultado” (211). Entendida así, en cuanto desvalor de acción, la tentativa ha servido para reforzar la teoría del injusto personal planteada por HANS WELZEL, hoy dominante en la dogmática penal.

8.2.6. El comienzo de ejecución en los delitos agravados (212) **(asesinato, robo calificado, etc.)**

En esta clase de delitos el tipo posee elementos complementarios al núcleo rector, estructurados básicamente en torno a circunstancias externas o internas, que califican agravando la acción del

(210) HANS WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho penal*, Barcelona, Ariel, 1964, p. 33.

(211) *Loc. cit.*

(212) Véase infra “*La Tentativa en los Delitos Calificados*”, p. 289.

agente. Consiguientemente el comienzo de ejecución se dará tanto si el autor lo hace ejecutando primero los actos del tipo calificado, o los del tipo base; así, el reducir al personal de una agencia bancaria con armas de fuego, son ya actos de violencia (calificados en el tipo) que inician de esta manera el delito base de robo al realizarse los complementos calificados.

8.2.7. El comienzo de ejecución como consumación de otro delito ⁽²¹³⁾

El principio de ejecución de un delito que genera tentativa, puede llegar a perfeccionar las exigencias típicas y antijurídicas de otro distinto. Este es el caso, entre otros, del individuo que tras arrojarle sobre su víctima le causa lesiones en el cuerpo y daña sus vestimentas en el intento de violarla sexualmente: habrá tentativa de violación y delito consumado de lesiones y daños. Estos casos son frecuentes en los delitos que se componen de una serie de actos ejecutivos previos a su consumación, por ejemplo, en la estafa, secuestro, usurpación, robo calificado, etc. Con mucha frecuencia tal concurso de ilícitos se presenta en los actos de desarrollo de la ejecución que constituyen la tentativa de un delito específico que arrastra tras sí otros de distinta naturaleza jurídica.

El “comienzo de ejecución” no es ya a estas alturas, la “cuadratura del círculo”, no puede seguir siendo el problema dogmático irresoluto por excelencia; los criterios con los que cuenta el análisis dogmático jurídico, permiten al juez discriminar con determinados niveles de certeza la fase ejecutiva de los actos preparatorios.

9. NO CONSUMACION DEL DELITO

Se trata básicamente de un concepto jurídico formal relativo a cada tipo penal. La no consumación de un delito es la no producción

(213) Sobre esto, no existe discusión, la doctrina penal y la jurisprudencia es unánime lo cual se evidencia con claridad en el desistimiento voluntario.

del resultado típico, asunto intrínseco y propio a la estructura del tipo, e integrante del mismo, que le da sentido. Esta no consumación es una carencia, una ausencia de resultado consumidor producido al no haberse concluido con los actos necesarios y adecuados que debían generarlo, o en su defecto, cuando habiéndose concluido, factores externos e internos diversos no lo posibilitaron. La *no consumación*, también conocida como el elemento negativo del delito, es la característica distintiva esencial de la tentativa.

9.1. La tridimensionalidad de la no consumación

Concebida en cuanto delito imperfecto, vale decir como tipo penal amplio, la no consumación llega a concretarse a nivel de tres supuestos o dimensiones de hecho: *Primero*, cuando el agente no ha ejecutado los actos necesarios y suficientes exigidos para la realización típica, produciéndose esta situación bajo dos causales de no prosecución, atribuible la primera a factores externos que cortan el curso o desarrollo causal y/o probabilístico, actuando contra voluntad del sujeto activo; y la segunda a factores internos del agente, susceptibles de no control real del curso causal. Son situaciones atribuibles a la primera causal todas las circunstancias de orden físico-externo que operan contra la ejecución (ruidos, voces, luces, pasos, defensa eficaz de la víctima, irrupción de animales, intervención oportuna de otras personas o de la policía, que impiden la prosecución, etc.), y atribuibles a la segunda causal las situaciones de nerviosismo del agente, grados de confusión, crisis epilépticas o parálisis musculares, etc. *Segundo*: cuando la no ejecución de los actos que debían generar consumación se producen por motivaciones internas diversas que originan el desistimiento del agente (cesa en su actividad delictiva pudiendo continuar) ⁽²¹⁴⁾. *Tercero*: cuando habiéndose producido la totalidad de los actos ejecutivos, el resultado típico no sobreviene por defectos o vicios de los actos o los medios, por impropiedad del objeto del delito o por intervención

(214) Véase infra “*La Tentativa Desistida (el desistimiento)*” pp. 333 y ss.

causal o casual de factores externos humanos o físicos que hacen irrealizable el acceso consumidor (tentativa inidónea, delito imposible, delito frustrado) y por actividad posterior a la ejecución (en los tipos penales que ofrezcan un espaciamiento entre ejecución total y consumación imputable al agente para evitar el resultado: evitamiento o impedimento del resultado consumidor). Como se podrá apreciar la no consumación no sólo se reduce al impedimento por obstáculo externo, sino que posee una dimensión significativa más amplia y rica de matices ⁽²¹⁵⁾.

9.2. Acción-No consumación-Resultado

La no consumación, nota distintiva del delito imperfecto o tentativa en sentido amplio, es la no realización de la integridad objetiva exigida por el tipo. En base a esta precisión se establecen sutiles y no pocas veces malentendidas relaciones entre acción y no consumación, entre acción y resultado y entre consumación y resultado. Debe quedar claro que el resultado no es condición, ni forma parte de la acción en la estructura del delito, lo cual no implica negar que el sentido teleológico de la acción tienda a ello, sobre todo en los tipos de lesión; se trata de situaciones y niveles distintos, los cuales, sin embargo, llegan a formar una unidad jurídica, complementados como indica HIRSCH por la conexión del riesgo. Pero decir a partir de esta última consideración que la acción tiene al resultado como fundamento de su existencia óptica jurídica, sería tanto como negar su existencia y validez misma, por cuanto en la tentativa este resultado típico no se produce, lo que igualmente sucede en muchos delitos formales, y ello, como dice MAURACH, convertiría a la tentativa “en la nada jurídica penal” ⁽²¹⁶⁾.

(215) Contrariando de esta manera la corriente de opinión muy difundida en América Latina y el Perú, que hizo del impedimento externo, el factor exclusivo de la tentativa.

(216) MAURACH, *Tratado*, T. II, p. 172; también MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, *Derecho penal*, T. II, p. 18. Véase igualmente sobre la relación entre el *disvalor de acción* y el *disvalor de resultado* en el trabajo de HANS JOACHIM

Las relaciones entre consumación y resultado no siempre son de identidad de significados. Si bien todo delito, sea éste de peligro, de simple actividad o de omisión, tiene una fase de consumación formal o material, no todo delito tiene un resultado, por lo menos en el sentido material. En el tema de la tentativa, si bien no existe obviamente un resultado típico se produce necesariamente un resultado concreto, objetivado en el grado de desarrollo de los actos ejecutivos, esto es, en el nivel concreto del *iter criminis*, que va a determinar la cantidad de injusto fáctiblemente apreciable. Esto nos quiere decir entonces que en la evaluación de la tentativa concreta de delito se da un resultado, susceptible de apreciación en los niveles reales de puesta en peligro del bien jurídico. Resultado que no es consumación, ni por tanto realización delictiva típica, y que viene referido al delito tentado específico, lo que va a permitir precisar el nivel de injusto.

9.3. No consumación y tentativa en el Código Penal peruano

En la forma que se ha redactado el artículo pertinente a la tentativa en el Código Penal peruano se ha dejado establecido la acepción genérica abstracta de tentativa. No es solamente el impedimento sobreviniente lo que agota el factor no consumación, por cuanto coexisten también otras modalidades de no consumación que le son propias al concepto lato legal de tentativa, el cual no se restringe al simple criterio de impedimento externo sobreviniente. Contrariamente, pareciera que una interpretación estrictamente literal del artículo 16 nos permitiría pensar que el legislador no ha previsto en esta figura el elemento externo independiente de la voluntad del agente que deba interrumpir el desarrollo de los actos ejecutivos, lo cual obviamente no es el sentido jurídico de dicha norma, por cuanto de los artículos siguientes se colige la existencia de tal elemento y ello en virtud a la naturaleza sistémica de las normas penales.

HIRSCH, *La polémica en torno de la acción y de la teoría del injusto en la ciencia penal alemana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993, pp. 40 y ss .

10. TIPO Y TIPICIDAD SUBJETIVA

10.1. El dolo

Comprende el legislador peruano el dolo al determinar que el agente que comienza la ejecución de un delito, se haya decidido a cometerlo (elemento volitivo), delimitando además de esta forma por exclusión los casos en que el autor realiza tales actos sin decisión propia. El haberse decidido y cometer el hecho ilícito es la forma como se articula la fase interna y la de los actos ejecutivos en el accionar del agente. La decisión materializada de cometer un ilícito penal necesariamente supone la existencia de una voluntad de delinquir, el conocimiento de lo que se está haciendo y, por lo mismo, el dominio de los factores causales (la intención o propósito en los casos de dolo directo). La intención de delinquir como componente del dolo, también puede hallarse en los actos preparatorios, pero en estos casos aún no podemos hablar de dolo por cuanto éste es una característica que acompaña a la ejecución de los actos delictivos como presupuesto indispensable (excepción hecha de los actos preparatorios punibles). Por lo tanto, el dolo de la tentativa de delito, según la doctrina dominante, es el mismo que el dolo del delito consumado, ello significa que el elemento subjetivo del delito (dolo y elementos subjetivos complementarios, cuando así lo requiera el tipo) se halla completo en la tentativa, no pudiendo ser un dolo fraccionado o tentado. Así lo entienden LISZT, MEZGER, WELZEL, ROXIN y otros, e igualmente puede tratarse de un dolo directo o eventual como en cualquier delito consumado, “cuando basta para la consumación del delito el dolo eventual también basta para la tentativa”⁽²¹⁷⁾ y la razón de ello se explica por cuanto la tentativa es un tipo penal dependiente y jurídicamente subordinado a la tipicidad establecida en el tipo especial, no pudiendo poseer un dolo propio que la distinga del dolo del delito específico que se trate.

La legislación penal peruana (arts. 11 y 12 del Código Penal) ha asumido así los postulados de la teoría finalista del dolo, que considera

(217) HANS WELZEL, *Derecho penal*, p. 193.

a éste un elemento del injusto penal en su aspecto subjetivo, apartándose en este ítem de la concepción causalista que considera el dolo un componente de la culpabilidad.

10.2. El dolo en la consumación y en la tentativa: Identidad o diferenciación ⁽²¹⁸⁾

Antes de continuar es necesario deternos para examinar ligeramente el dogma más extendido, generalizado y aceptado en la dogmática jurídica dominante: **la identidad del dolo en la tentativa y en la consumación** ⁽²¹⁹⁾. Concluir que el dolo de la tentativa es el mismo e igual que el del delito consumado, requiere algunas puntualizaciones críticas: a) ello supone una concepción lineal y uniforme del tipo subjetivo, esto es, que la voluntad de realización (dolo) una vez en acción es la misma, no sufre variaciones o cambios relevantes (gradaciones, intensidad, inversiones en la persistencia, etc.); ya se lo analice en la fase de tentativa inacabada, ya en la fase de perfección del tipo, ya se lo enfoque en la tentativa desistida, ya en la tentativa acabada; b) la concepción dominante fundamenta la identidad de dolo, en la arbitraria y rotunda escisión que hace entre aspecto interno y aspecto externo del tipo penal; esta argumentación soslaya el hecho que el elemento interno (decisión y voluntad de realización) es el que recorre y dirige todo el proceso del iter criminis, es el que está presente y constante en todos los actos del agente y sus previsiones; olvida en suma que lo interno se hace externo y vive actuante en él. Particularmente es de considerar errónea la concepción dominante que no halla diferencias en el aspecto subjetivo del delito tentado y consumado. La decisión y la voluntad de realización que constantemente mantiene la dinámica en los actos de ejecución, al ser cortados, interrumpidos o auto-

(218) El problema ya fue avizorado por HERBERT FIEDLER en su trabajo *Vorhaben und Versuch im Strafrecht* [Tentativa y delito en Derecho penal] (1967). Véase EBERHARD STRUENSEE, *Dolo, tentativa y delito putativo*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991, pp. 27 y ss.; JAKOBS, *Derecho penal*, p. 866.

(219) Véase a continuación el "Dolo eventual en la Tentativa", p. 269.

destruidos (casos de tentativa) forman una unidad que tiene que ser vista con las particularidades que ello supone y lo diferencia de la decisión y voluntad de realización persistente del delito consumado. El problema no se plantea tan sólo como voluntad de realización a secas (dimensión etimológica y de globalización genérica), tan igual para el comienzo como para el final de dicha voluntad realizada. Esta concepción no ve los matices y diferencias de grado en dicha voluntad a lo largo del proceso ejecutivo del delito. No puede haber identidad entre la voluntad de realización de tentativa inacabada y aquella que puede observarse en el delito frustrado, más aún no puede ser idéntico un tipo subjetivo en la tentativa desistida y el delito consumado. Idea que incluso ya CARRARA llegó a esbozar (véase nota 98). El predominio y arraigo de tal concepción, pone de manifiesto el modo cosificado y antidialéctico del razonar dogmático en ciertos campos del conocimiento jurídico.

10.3. Importancia del dolo en la tentativa

Como indicábamos, el elemento subjetivo de la tentativa está señalado cuando el legislador refiriéndose al autor indica “que éste decidió cometerlo”; este decidirse a cometer es el concepto operativo manejado legislativamente y que contiene los elementos constitutivos del dolo (voluntad final de realización premunida del conocimiento de los elementos constitutivos del tipo específico), es decir, querer realizar el ilícito y decidirse a realizarlo, saber lo que se está haciendo, ateniéndose a las consecuencias. El dolo penal en su aspecto volitivo tiene siempre dos dimensiones, no sólo es la voluntad tendiente a la realización típica, sino también la voluntad capaz de la realización del tipo. Y como indica JOHANNES WESSELS “la decisión de cometer el hecho forma la base de cada tentativa; este elemento del injusto abarca el dolo dirigido a todas las características objetivas del tipo y otras características del tipo” (220).

(220) JOHANNES WESSELS, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 174.

La presencia y la constatación del dolo es de suma importancia, pues sin él no existe tentativa, y sólo habrá actos físicos que ponen en riesgo el bien jurídico; en el caso del hecho consumado, se tratará igualmente de actos irrelevantes al derecho penal (si es que no cae en el campo de los delitos culposos) que deberán sustanciarse a nivel de responsabilidad objetiva en el ámbito civil. Lo es además para determinar el plan del autor y contribuye notablemente a dilucidar la verdadera direccionalidad de los actos, pudiéndose con ello precisar mejor el comienzo de ejecución de tal o cual tipo penal. El dolo del injusto penal tiene que existir a lo largo de la acción, impulsándola hacia el logro del resultado típico, negar esto nos llevaría a ver tentativa en los actos de imprudencia que producen resultado lesivo, lo cual de por sí contradice la naturaleza del derecho penal.

Debe precisarse que si el tipo exige para el delito, como componentes del dolo, elementos normativos o subjetivos complementarios como en los casos de que remita a otra normatividad, aluda a la calidad de las personas o la intervención del sujeto pasivo, los actos de ejecución necesariamente deberán estar, cuando sean objeto de análisis y estimación, relacionados en tal sentido. En los casos en que se produce un desenlace de muerte por –lo que en doctrina se denominó “concausas”– el concurso de factores causales (es decir por la intervención de causas extrañas y ajenas a la intervención del infractor) la tentativa mantiene su fuerza, no pudiendo ser forzada a alcanzar responsabilidad por desarrollos que no le sean atribuibles⁽²²¹⁾ (casos de imputación objetiva), así en el caso del herido que fallece en el hospital a consecuencia de la negligencia del personal médico, o por septicemia originada por la deficiente esterilización del instrumental médico.

(221) Véase más adelante “Tentativa e Imputación Objetiva”. Para profundizar ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, Reus, 1966; GÜNTHER JAKOBS, *La imputación objetiva en Derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994; ÍDEM, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2a. ed., Berlin-New York, Walter de Gruyter, 1991; CLAUS ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, München, 1992. En América Latina, consúltese el sustancioso trabajo de YESID REYES ALVARADO, *La imputación objetiva*, Bogotá, Temis, 1994.

10.4. El dolo eventual en la tentativa (222)

El elemento subjetivo por excelencia de todo delito es el dolo, y de éste, el dolo directo y el mediato o indirecto (de consecuencias necesarias). Se ha discutido mucho –y se sigue haciéndolo en menor medida– sobre la virtualidad del dolo eventual y la culpa consciente como elementos del tipo; sin embargo en lo que respecta a la tentativa, la doctrina penal, básicamente la alemana (a partir de KOSTLIN 1847, y posteriormente la gran mayoría de tratadistas alemanes) –predominante en España y América– ha zanjado la discusión, al adoptar una cuestión de principio axiomático, reflejado en la frase “el dolo de la tentativa es el mismo del delito consumado”, entendiéndose entonces que de acuerdo a la forma como se halle construido el tipo penal, si basta para éste el dolo eventual, lo bastará también para la tentativa de dicho delito (ERNEST MAYER-HANS WELZEL); cerrando con ello el debate y deviniendo tal postura teórica en un principio de autoridad. En las legislaciones que como la colombiana, la italiana o la chilena exigen de la tentativa actos inequívocos o directamente realizados hacia el fin típico, resulta difícil admitir sea suficiente el dolo eventual, el cual de por sí carece de tal inequívocidad. CURY URZÚA, analizando la legislación chilena, concluye al respecto señalando: “Lo cierto es que si el dolo eventual implica una posición de la voluntad como la descrita, su estructura es incompatible con la tentativa. Lógicamente no se puede intentar algo que sólo se acepta. La tentativa exige, por definición una actitud positiva, esto es, la persecución del resultado típico como objetivo principal... y esta es una característica que sólo puede otorgarles la concurrencia del dolo directo” (223); en las legislaciones que como la peruana, alemana o española no mencionan tales requisitos (o elementos) las dificultades de concebir y explicar el dolo eventual

(222) Sobre todo este punto consúltese HANS WELZEL, *Derecho penal*, p. 348; *Derecho penal alemán*, p. 435; STRATENWERTH, *Derecho penal*, § 244, pp. 91, § 295, p.107; JESCHECK, *Tratado*, Vol. I, pp. 401 y ss.; JAKOBS, *Derecho penal*, p. 866, nota 34.

(223) CURY URZÚA, *La tentativa*, pp. 97-98.

se subliman mediante el cliché transcrito de manual en manual, de la identidad de dolo para la tentativa y consumación; actitud ésta que cosifica un tema controversial, frente al cual se hace necesario asumir una posición crítica y de análisis teórico práctico dialéctico, es decir superador del dogma⁽²²⁴⁾. Obviamente el tema merece una mayor atención dogmática y una apertura al análisis respecto a los criterios alternativos que consideran insuficiente el dolo eventual en la tentativa, o la ven como una posibilidad lejana y segmentada⁽²²⁵⁾. GAETANO CONTENTO, destacado penalista italiano, igualmente se pronuncia por la necesidad del dolo directo en los casos de tentativa. Así, dice: “La tentativa es por excelencia, la figura que mejor corresponde a la estructura de la acción dolosa intencional... No se da pues tentativa punible si el dolo del sujeto es meramente eventual respecto al delito (que deberá serle imputado a título de tentativa⁽²²⁶⁾).

11. DERECHO COMPARADO. ELEMENTOS DE LA TENTATIVA

Diversas legislaciones han integrado sus definiciones legales de tentativa con la mención expresa de otros elementos que históricamente

(224) J. J. HAUS señalaba en sus *Principes généraux dei Droit penal belge*, 1874, T. I, pp. 218 y 309: “Cuando se practican violencias en situaciones de arrebatamiento (emociones súbitas) o, en riñas no provocadas ni premeditadas, la intención del agente es vaga e indeterminada... En estos casos no se puede admitir la tentativa. El hecho practicado con una intención indeterminada de perjudicar no puede constituir tentativa”. Más allá del lenguaje empleado por HAUS (intención indeterminada) para referirse al dolo eventual, tenido hoy por obsoleto, y que es el mismo que empleara CARRARA, FEUERBACH y ROSSI, está la cuestión de fondo que subyace en sus ideas: que la tentativa exige dolo directo.

Véase en el Título V, nota 38 del presente texto, los planteamientos de ELIO MORSELLI sobre el dolo eventual. En la doctrina alemana pareceres discrepantes con el criterio dominante, en NAGLER, PUPPE, JAGUSCH, LAMPE, STRENG y otros.

(225) Véase al respecto, LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. VII, pp. 506 y ss.

(226) GAETANO CONTENTO, *Corso di diritto penale*, pp. 436-437.

fueron aportados por las teorías penales. Así tenemos, por ejemplo, el Código Penal colombiano que habla de actos idóneos o inequívocamente dirigidos (227), los que a su vez se hallan expresados en el Código Penal italiano de 1930 en la expresión “el que realizare actos idóneos dirigidos de manera inequívoca” (228). La legislación chilena se refiere a “hechos directos” que den principio al delito o crimen (229); el Código penal ecuatoriano acude a la frase actos idóneos conducentes de modo inequívoco (230).

11.1. Actos idóneos e inequívocos

La idoneidad de los actos como bien indica ALFONSO REYES ECHANDÍA (231) debe predicarse de la conducta del agente y no sólo de los medios que emplee; la razón, señala REYES es que los medios son meros instrumentos de los que el agente se vale para producir el resultado y cuya eficiencia depende de la manera como sean utilizados. Actos idóneos son aquellos que tienen aptitud y suficiencia causal para conducir a un resultado y deben de ser considerados en función al autor, que es el que ejecuta los actos y de sus relaciones con el sujeto pasivo del delito. Es al juzgador a quien le toca hacer el estudio de la idoneidad de los actos y ello supone, a decir de LUIGI SCARANO, concebir que “la idoneidad no es un carácter intrínseco de la acción, sino el resultado de un juicio que se refiere siempre por una parte, a datos de hecho normalmente comprobables y, por lo otro, a la capacidad de un medio para realizar un propósito, que cambia según las condiciones de hecho y el modo como se emplea” (232).

(227) Art. 22°. Véase *infra* Derecho Comparado- Legislación extranjera.

(228) Art. 56°. ÍDEM -véase *infra* Derecho Comparado- Legislación extranjera.

(229) Art. 7°, Código penal chileno.

(230) Art. 16°, Código penal del Ecuador

(231) ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Tipicidad*, Bogotá, Temis, 1989, p. 152. VANNINI, *Il problema*, p. 70.

(232) SCARANO, *La tentativa*, pp. 207-208: “Por lo tanto, el juicio de idoneidad parte de datos de hecho, históricamente comprobable, y se resuelve

Y es que, como escribe NÚÑEZ BARBERO, la idoneidad de la acción ejecutiva es el requisito previo para la punibilidad del delito intentado, de donde se deduce que su falta debe determinar la imposibilidad del delito y, por ello su impunidad a título de tentativa (233). Según el penalista colombiano FERNANDO VELASQUEZ, “para saber si los actos son idóneos, el analista o dispensador de justicia debe colocarse en la misma posición que el agente y determinar si en la situación concreta la acción ejecutada fue suficiente para el logro de la consumación de la conducta típica, acorde con el bien jurídico objeto de tutela; si ello no acontece, el juicio emitido tiene que ser negativo y la acción debe ser considerada como inidónea” (234). El juicio de idoneidad no es apodíctico, sino problemático; es relativo por excelencia (SCARANO), porque depende de circunstancias de tiempo y de lugar y fundamentalmente del modo como sea empleado el medio con relación al fin que se trata de conseguir, pues en este último punto un medio idóneo para ciertos casos, puede resultar inidóneo en otros (un veneno que intoxica y mata con facilidad

en un juicio según el cual, dadas ciertas condiciones y con ciertos medios, se obtienen, según la expresión común, determinados fines. Por consiguiente, no se trata del juicio de la víctima que precisamente, porque es víctima y no por hallarse situada en la periferia, no está en posición de comprender *ex post* todo el proceso de producción por el cual, a través del empleo del medio, se consigue el fin, sino que es el juicio del hombre común que, remontando el tiempo, revive toda la historia y la juzga como si a él le hubiera correspondido realizarla.

Se trata, pues, de un juicio *eo tempore*, esto es, teniendo en cuenta las circunstancias que en ese momento podían conocerse. Y como la idoneidad de un medio solamente puede comprenderse en el acto de quien lo emplea, y más que en vista de un fin, existe en función de una realidad futura, el juicio correspondiente no puede formularse *ex post*, es decir, siguiendo todas las circunstancias realmente existentes en el caso concreto.

El juicio *ex post*, el juicio histórico -esto es, el que se formula para ver cómo han ocurrido las cosas- no pertenece a este momento del proceso de la voluntad, sino a un momento posterior...”

(233) RUPERTO NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, p. 53.

(234) FERNANDO VELÁSQUEZ, *Derecho penal*, p. 524.

a una persona y que causa sólo estragos leves a otras; un golpe dado a una mujer y el mismo dado a un boxeador; un palillo de dientes puede resultar un medio idóneo o inidóneo dependiendo de quien lo use y de las circunstancias de indefensión de la víctima, etc.). Todo ello permite colegir que la idoneidad a diferencia de la univocidad es un requisito intrínseco a los medios empleados y a sus circunstancias. La idoneidad de los actos es una cualidad significante de los mismos, y se halla sujeta a juicio y valoración en concreto y circunstanciadamente. CEREZO MIR puntualiza que la distinción entre acto idóneo e inidóneo, no coincide necesariamente con la de acto ejecutivo y preparatorio, pues tanto el acto ejecutivo como el preparatorio pueden ser idóneo o inidóneo (235).

11.1.1. Lo idóneo y lo adecuado

Entre lo idóneo y lo adecuado existe una sutil diferencia de sentido y uso lingüístico que es importante poner de relieve en el análisis jurídico. Lo adecuado es lo que resulta apropiado para un hecho o alguna cosa, considerando las condiciones y circunstancias; mientras que lo idóneo es lo probable causal, lo adecuado es ya lo ajustado al caso concreto. Lo idóneo supone un juicio *ex-ante*, lo adecuado un juicio *ex-post*; no se puede hablar de un acto adecuado mientras éste no se haya consumado. En resumen, los actos, y dentro de ellos los medios, pueden ser idóneos, pero a veces no adecuados dadas las circunstancias (236). Lo idóneo y lo inequívoco

(235) JOSÉ CEREZO MIR, *Lo objetivo y subjetivo en la tentativa*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1964, p. 30.

(236) VINCENZO MANZINI: "Un medio es idóneo, y, por consiguiente, la tentativa es imposible, en todos aquellos casos en que, aun estando unívocamente dirigido a un determinado delito, resulte en concreto que no sólo con él no era posible la obtención de la finalidad delictiva, sino que el mismo constituía un obstáculo natural y necesario a la actuación eficaz de la actividad delictuosa debido a la aberrante actividad del agente...La insuficiencia de un medio respecto a la finalidad no es: 'inidoneidad', porque ésta significa falta completa de potencia causal, mientras la primera denota solamente la falta de fuerzas bastantes para conseguir la finalidad. El concepto de

se conjugan para hacer de los actos ejecutivos adecuados y direccionados al fin ilícito.

11.1.2. *Lo inequívoco*

Es el complemento necesario de lo idóneo, indicándose de esta manera que no hay en la naturaleza idónea de los actos lugar a duda o equivocación de la dirección que éstos han tomado. Es esto lo que CARRARA llamaba la “univocidad de la conducta criminal” (237).

En esta tarea de determinar lo inequívoco de los actos idóneos es de suma importancia considerar la voluntad e intencionalidad del agente, su plan delictivo; de no ser así los juicios que al respecto se hagan pecarían de ambiguos y antojadizos (un mordisco en los labios podría ser considerado por el juez una tentativa de violación carnal y en función al plan del agente sólo lesiones leves) (238); la comprobación de lo inequívoco de la direccionalidad de los actos idóneos, darán al juez fundamentos determinados para sustentar su criterio, al comprobar la real intención expresada en los actos ejecutivos del agente infractor. Lo inequívoco connota lo innegable, lo cierto, lo que no se puede confundir; e igual que con la idoneidad de los actos, aquí también el análisis de lo inequívoco se manifiesta tanto a nivel del estudio de la naturaleza de los actos practicados o dejados de practicar (caso de la omisión impropia) como de la voluntad criminal, además, como

insuficiencia no equivale tampoco al de ‘idoneidad relativa’, porque, como hemos observado ya, no puede admitirse una inidoneidad absoluta, en cuanto la consideración de los medios en la tentativa es siempre y necesariamente relativa... Puesto que el concepto de insuficiencia es relativo, esto es, se refiere a la ineficacia del medio por razones de calidad, de cantidad o de modo, el mismo abarca también el de superabundancia, cuando ésta sea causa de aniquilamiento o de debilitamiento de la eficiencia de dicho medio” (*Tratado*, T. III, pp. 195 y ss.). Véase una crítica a los conceptos manejados por MANZINI en NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, p. 89 y ss.

(237) CARRARA, *Programa*, T. I, p. 247.

(238) Este ejemplo es de por sí ilustrativo para mostrar la importancia del análisis de circunstancias, para calificar correctamente el supuesto de hecho.

prueba evidente del dolo del agente. Sobre esto, FIANDACA-MUSCO ratifican que el criterio de la univocidad de los actos es tanto una prueba evidente del propósito criminoso, como una característica objetiva de la conducta ⁽²³⁹⁾; asunto que ya anteriormente había puesto de manifiesto PETROCELLI al señalar que si la univocidad es propia a la naturaleza de los actos, deviene en criterio límite de la punibilidad (sólo lo serán los actos verdaderamente unívocos es decir aquellos que no requieren necesariamente prueba), y si es criterio de prueba se estará expresando con ello la necesidad de que resulte cierta la intención del agente, en todo caso el término se habrá usado impropiaemente ⁽²⁴⁰⁾.

11.2. El *Strafgesetzbuch* alemán y el tema de la tentativa

Uno de los méritos del Código Penal (*Strafgesetzbuch*) alemán de 1975 radica en el hecho de haber superado dos siglos de discusiones doctrinarias en función a un único criterio hegemónico, y en el aporte de un nuevo paradigma conceptual que a diferencia del francés, enfatiza el elemento subjetivo en la concepción de la tentativa, al eliminar de la redacción de dicha figura la mención al “comienzo de ejecución”, considerándolo subsumido en la frase “se aplica inmediatamente a la realización del tipo” ⁽²⁴¹⁾.

La parte general del Código Penal alemán vigente, síntesis del Proyecto Gubernamental de 1962 y del Proyecto Alternativo de 1966, destierro la alusión al “principio de ejecución”, mantenido aún en el artículo 26 del Proyecto oficial, y que se remonta al Código de 1870 que acusó la influencia francesa. El Proyecto Alternativo de 1966, en su artículo 24 señalaba “perpetra la tentativa de un hecho punible quien se dispone directamente a la realización según su la plan de

⁽²³⁹⁾ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, pp. 342, 343.

⁽²⁴⁰⁾ BIAGGIO PETROCELLI, *Il delitto tentato*, p. 66.

⁽²⁴¹⁾ Art 22°. “Begriffsbestimmung. Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung der Tatbestandes unmittelbar ansetzt”.

acción”; asimismo los artículos 25 y 26 contemplaron las figuras de la tentativa burdamente insensata y los diversos supuestos de desistimiento en autores y partícipes. Se consagró con palabras de JESCHECK (242) “la voluntad contraria a derecho del autor y la seria amenaza del orden jurídico como factores políticos criminales de sanción” para el caso de la tentativa. La misma que recibe una punición menor en los delitos que para el caso de crímenes consumados. Sin embargo el triunfo de la fórmula que ofrece la teoría mixta objetivo-individual, con la promulgación del Código Penal alemán de 1975 lejos está de haber solucionado el problema de la delimitación entre actos preparatorios y ejecutivos. Teoría y fórmula que por sí sola ha mostrado insuficiencia para dotar a la dogmática penal y el análisis jurídico, de una herramienta comprensiva y eficaz.

12. LA TENTATIVA EN LAS DIVERSAS CLASES DE DELITOS (AMBITOS DE APLICACIÓN)

12.1. En los delitos de lesión y de resultado

En esta clase de delitos (de lesión), que requieren un resultado material por exigencia del tipo (homicidio, aborto, lesiones, daños, estafa, usurpación, etc.), los actos ejecutivos por lo general se hallan claramente fragmentados, admitiendo por lo tanto el grado de tentativa propiamente dicha y demás formas de delito imperfecto. Generalmente se les ha considerado como tipos penales plurisubistentes, susceptibles de interrupción previa a la fase consumativa, lo cual no implica negar que existen tipos de lesión con actos uniexistentes. La clasificación de los delitos atendiendo al resultado, es en cierto modo incorrecta, por cuanto todo tipo penal, ya sea éste de simple actividad o de peligro, posee un resultado que se evidencia en la actividad o en el peligro corrido, y esto por cuanto la consumación es un asunto netamente de naturaleza formal.

(242) HANS H. JESCHECK, “Orígenes, métodos y resultados de la Reforma del Código penal alemán”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XXIX, Fasc. N° 1, Madrid, 1976, p. 12.

12.2. En los delitos de actividad y peligro

En los casos de los delitos de peligro donde la lesión del bien jurídico es un hecho probable con riesgo de inminente realización y sujeto por lo mismo a estimación judicial (peligro concreto), o en aquellos de probabilidad de riesgo presumido legalmente, es decir prescindiéndose de que sea probado o no (peligro abstracto), la tentativa observa características distintas en ambas hipótesis típicas. En el segundo supuesto su existencia no es tan evidente, ni fácil de constatar; no obstante en algunos casos, cuando éstos presenten progresión o gradualidad de actos ejecutivos, las dificultades de observar tentativa disminuirán; así, en los actos de envenenamiento de las aguas de consumo público, es admisible constatar y evaluar ontológica y jurídicamente momentos previos a la consumación, aunque nadie muera o se intoxique. En estos casos por la gravedad evidente con que se está poniendo en peligro el bien jurídico “vida” y “salud”, el ordenamiento penal se ve en la necesidad de castigar tales actos, y obviamente también los de ejecución tentada. En el resto de casos de los delitos de peligro abstracto, tales como el conducir un vehículo en estado de embriaguez, en muchos de los delitos contra la seguridad pública y de peligro común, es un asunto muy discutible el considerar la existencia de tentativa, por cuanto tendría que hablarse, como se ha manifestado comúnmente, de un peligro del peligro, una tentativa del intento de delinquir.

En los delitos de simple actividad (o formales), donde la acción final se consuma al realizarse los actos ejecutivos indicados en los verbos rectores, sin que se requiera un resultado consumidor como en el caso de los delitos de lesión, cabe hablar de tentativa en aquellos hechos donde se observe fragmentación de actos; por ejemplo, es evidente que en la injuria verbal –típico delito de actividad– es prácticamente imposible encontrar tentativa, si actuamos con propiedad en el análisis jurídico; lo que no ocurre con la injuria escrita, donde por la naturaleza de consumación de la misma es perfectamente admisible la tentativa; en el caso del falso testimonio monosilábico (respuestas negativas o afirmativas) ocurre lo mismo que con la injuria verbal, es decir que en ambos al confundirse la ejecución

con la consumación por el carácter instantáneo o unisubsistente del acto ilícito es jurídicamente inadmisibles la tentativa, pese a que penalistas de la talla de JESCHECK afirmen que existe tentativa de perjurio cuando se ha comenzado a prestar el juramento (243).

Cabe indicar que no existen fronteras delimitadas claramente entre los tipos de peligro y lesión, y entre los de actividad y peligro. Muchas veces estos se combinan constituyendo supuestos de hecho que contienen comportamientos que participan e intercambian sus calidades. Así, en los casos de hurto y en otros tipos penales, el acto de “apoderamiento eficaz” es a todas luces una lesión al patrimonio del afectado, pero es al mismo tiempo un peligro para la seguridad al derecho de propiedad en general; o un tipo de actividad como la difamación injuriosa ofrece igualmente elementos de peligro para el honor y la dignidad personal o familiar.

12.3. La tentativa en los delitos calificados por el resultado (244)

Citemos una serie de casos:

- Lesiones que dan como resultado la muerte de la víctima.

(243) HANS H. JESCHECK, *Tratado*, Vol. II, p. 713.

(244) Este listado de delitos (calificados por el resultado, preterintencionales, incluidos los casos del *versari in re illicita*) constituyen de una o de otra manera el último vestigio de la llamada responsabilidad objetiva, proscribida de nuestra legislación (Título Preliminar IX-Código Penal), aunque aún presente en su estructura normativa. “La responsabilidad objetiva es aquella responsabilidad en virtud de la cual un determinado evento viene dirigido a su autor en base únicamente al criterio de causalidad material; no se requiere pues que el evento constituya objeto de una voluntad culpable (dolo) ni que sea consecuencia de una conducta contraria a reglas de cuidado social o escritas (culpa), ejemplo en el *aberratio delicti*, la responsabilidad del partícipe por el delito diverso de aquello deseado” (FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p. 469). Sobre responsabilidad objetiva véase PATTERNITI, *La responsabilità oggettiva nel diritto penale*, Milano, 1978; MANTOVANI, “Responsabilità oggettiva espresa e responsabilità oggettiva occulta”, en *Rivista Italiana di Diritto*, 1981, p. 456. Este autor señala como casos problemáticos de

- Violación de la libertad sexual seguida de muerte.
- Aborto con resultado de muerte.
- Omisión de asistencia familiar con resultado de lesión grave o muerte.
- Exposición de menor a peligro o abandono de personas en peligro, con resultado de lesión grave o muerte.
- Robo con producción de muerte por imprudencia temeraria.

En esta clase de delitos se entiende que existe un delito base que el agente realiza plenamente, y un efecto sobreviviente de mayor gravedad, que le es atribuible en virtud a por lo menos una determinada imprudencia o ligereza predecible⁽²⁴⁵⁾. Sobre la tentativa en estos casos, es decir en el resultado agravado, la situación se torna sumamente discutible, incluso lo es la validez del concepto mismo de delito calificado por el resultado. Contrariamente ANTOLISEI, precisa que es concebible en estos casos la tentativa, ya que en ella el mayor resultado puede producirse a consecuencia de una acción no llevada a término; el autor da el ejemplo de una mujer que muere de espanto a consecuencia de una tentativa de aborto no consentido⁽²⁴⁶⁾. MAURACH indica que lo que interesa saber es si la agravación está conectada a la acción del delito base en el sentido de actuación volitiva (que la tentativa cause ya posibilidad del resultado agravado), o al resultado del tipo básico. En el primer caso señala, el autor, es posible una tentativa de delito cualificado por el

responsabilidad objetiva: la preterintención, la *aberratio ictus* biofensiva y el delito mono-ofensivo, la responsabilidad del director de diario, delitos de resultado agravado (FERRANDO MANTOVANI, *Diritto penale*, p. 387. Véase además la distinción que hace el autor entre responsabilidad objetiva expresa y responsabilidad objetiva oculta). CAVALLO, *La responsabilità oggettiva nel diritto penale*, Napoli, 1937. SHURMANN PACHECO, "Un problema actual del derecho: La supervivencia de la responsabilidad objetiva", en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho*, Buenos Aires, 1970.

(245) JESCHECK, *Tratado*, T. I, p. 396.

(246) ANTOLISEI, *Manual*, p. 362.

resultado; en el segundo la tentativa es imposible (247). En sentido contrario MEZGER, niega la posibilidad de tentativa en estas situaciones, haciendo la salvedad de que sólo se daría en el caso de que el resultado haya sido admitido en la resolución del autor, lo cual deberá ser tomada muy restrictivamente así falte tal resolución; el autor ejemplifica con el caso de que si la víctima de violación, muere cuando el agente emplea la fuerza contra ella para inmovilizarla, sólo deberá ser castigado por tentativa de violación (248). En esta tipología se encuentran los *preterintencionales*, taxativamente señalados por ley. La preterintención se pone de manifiesto en el exceso punible a título culposo de la acción intencional del agente, por lo cual es racionalmente imposible que se intente un delito que no llega a consumarse y que dicha no consumación origine un resultado más grave que el del delito intentado. No existe tentativa en el delito preterintencional, esto se entiende más aún si se pone la atención en la inexistencia del propósito delictivo de causar el exceso en el resultado; sin embargo, distinta es la situación si el autor pudo prever dichos resultados-exceso al momento de ejecutar los hechos.

12.4. La tentativa en los delitos de omisión propia e impropia (249)

Las omisiones delictivas son determinaciones normativas conceptuales prefiguradas. Se trata de valoraciones jurídicas hechas en función y en completa dependencia de comportamientos humanos activos (acciones). Dichas omisiones se predicán de acciones que deben o debieron realizarse. Las omisiones pueden ser dolosas o culposas, de resultado o de actividad. Esta última división es motivo actual de polémica al interior de la dogmática penal (a favor: STRATENWERTH, JAKOBS, SCHÖNKE-SCHRÖEDER; en contra: WELZEL, BACIGALUPO).

(247) MAURACH, *Tratado*, T. II, p. 183.

(248) MEZGER, *Tratado*, T. II, p. 193.

(249) En el Código Penal peruano se hallan contemplados expresamente en el art. 13°.

El tratamiento y comprensión de la tentativa en los delitos de omisión requiere por parte del analista jurídico el tener que invertir conceptualmente la estructura misma de la construcción dogmática del *iter criminis*. Esto significa que sí en los casos usuales comisivos de delito consumado, la consumación, es la fase que adviene como momento final en el proceso ejecutivo de realización del tipo penal, en cambio, en los delitos omisivos tal situación no es observable en tal sentido, por cuanto, a la consumación que se da básicamente como desobediencia, falta de solidaridad social, o simple inactividad le es predicable la posibilidad de formas de tentativa (idóneas o inidóneas, inacabada o desistida). La inversión del proceso resulta pues evidente y es condición necesaria si es que queremos hablar de tentativa en la omisión relevante. En los delitos de omisión, el espaciamiento consumatorio que éstos sean susceptibles de mostrar, deja posibilidad para que el sujeto que desobedece, inactúa o retarda (ya sea él, el directamente involucrado o el obligado a actuar por su especial colocación), actúe y de ser posible frustre la lesión o la puesta en peligro del bien jurídico que el comportamiento omisivo suponía. Es entonces cuando se puede hablar de la posibilidad de tentativa.

Asimismo, podemos referirnos a actos de tentativa en delito de omisión, imputables al sujeto directamente involucrado, que frustren la agresión al bien jurídico y que constituyan desistimiento; haciéndose la precisión necesaria que aquí el desistimiento implica la actuación inmediata para detener el curso causal lesionador de la omisión asumida previamente, esto es, un actuar comisivo que es inversamente proporcional a la omisión relevante que es desechada con éxito o no. A tenor con esto puede legítimamente plantearse la interrogante de si son de modo general los actos de tentativa en delito omisivo una forma especial de desistimiento de la voluntad criminal. Obviamente y debe quedar claro que la visualización de la tentativa en la omisión no forma parte de la estructura normativa de los delitos omisivos, tampoco pasar por alto que ambas categorías dogmático-penales poseen naturalezas diferentes y a la vez complementarias mediante el esquema omisión-acción.

La tentativa en cuanto negación del tipo omisivo es, pues, ónticamente factible. Si el agente omisor contraviniendo su propósito inicial asumido realiza conductas activas que no llegan a descartar –pese al intento– o superar la lesión al bien jurídico, estaremos entonces en el caso de actos de tentativa en delito de omisión. Contrariamente, la omisión de tentativa, la inexistencia de actos de tentativa, es lo que permite la punibilidad para el que fue requerido por la norma o el deber de solidaridad y completa así el cuadro relevante de los tipos omisivos. En consonancia con esto es del todo incorrecto que tenga que hablarse de tentativa de omisión.

12.4.1. En los tipos omisivos propios

Tratándose de los delitos de omisión propia ⁽²⁵⁰⁾, es decir, de aquellos que se perfeccionan al vulnerar una norma que obliga a actuar, con una simple inactividad punible ⁽²⁵¹⁾, esto es, con la no

⁽²⁵⁰⁾ El *delito de omisión propia* se legisló de forma expresa en el art. 101° del Código Penal peruano de 1924, cuyo art. 101° a la letra dice: En los delitos por omisión son considerados como autores los que dejan de hacer lo que manda la ley penal y los que causan la omisión o cooperen con ella del modo expresado en el artículo anterior. Sobre el delito de omisión consúltese: EDUARDO NOVOA MONREAL, *Fundamentos de los delitos de omisión*, Buenos Aires, Depalma, 1984; ENRIQUE BACIGALUPO, *Delitos improprios de omisión*, Bogotá, Temis, 1983; HANS H. JESCHECK, “Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del Derecho comparado”, en *Nuevo Foro Penal*, N° 59, Bogotá, 1993; JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión concepto y sistema*, Barcelona, Bosch, 1986; SUSANA HUERTA TOCILDO, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1987; ARMIN KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959; WELP, *Vorangegangens Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlas*, Berlin-München, 1968; VANNINI, *I reati commissivi mediante omissione*, Roma, 1916; SPASARI, *L'omissione nelle teorie della fattispecie penale*, Milano, 1957; CADOPPI, *Il reato omissivo proprio*, Padova, 1988; GRASSO, *Il reato, omissivo improprio*, Milano, 1983.

⁽²⁵¹⁾ En la legislación comparada es especialmente ilustrativo el art. 20° del Código penal colombiano que señala: “La conducta omisiva se considera realizada en el momento en que debió tener lugar la acción omitida”.

realización de la acción exigida por ley, sin que ello implique o determine necesariamente un resultado consumador, la tentativa resulta de existencia controvertible. La doctrina penal, se divide en este punto, para algunos tratadistas es admisible, aunque con menos fuerza que en los casos de omisión impropia; para otros, no es configurable. Estos tipos se hallan tipificados en la ley penal, así tenemos art. 126 C.P. (omisión de auxilio a la que se ha herido o incapacitado), art. 127 C.P. (omisión de auxilio a personas en grave e inminente peligro), art. 149 C.P. (omisión de asistencia familiar), art. 368 C.P. (desobedecer o resistir la orden impartida por funcionario público), art. 377 C.P. (funcionario público que legalmente omite, rehusa o retarda algún acto de su cargo), art. 378 C.P. (policía que rehusa, omite o retarda auxilio legalmente requerido), art. 407 C.P. (omisión de comunicar a la autoridad la comisión de algún delito, cuando esté obligado a ello), art. 424 C.P. (omisión del Fiscal de ejercitar la acción penal).

12.4.2. La situación en los delitos omisivos impropios

En los casos de los delitos de omisión impropia, o llamados también de comisión por omisión, el orden jurídico espera y le exige al agente en su función de “garante” una actividad para evitar la lesión del bien jurídico tutelado (resultado). Existe aquí un deber, racionalmente exigible, de evitar el resultado. Estos tipos omisivos que a diferencia de los anteriores, no se hallan expresamente tipificados, se le imputan al agente como si él mismo hubiera cometido el ilícito penal (se llega a tal equivalencia, normativamente) ⁽²⁵²⁾. En realidad,

(252) La imputación delictiva al agente omisor se le hace como si éste hubiera ocasionado el resultado mediante un hacer positivo (JESCHECK, *Tra-tado*, T. II, p. 835). Cfr. también H. H. JESCHECK, “Problemas del delito impropio de omisión desde la perspectiva del derecho comparado”, en *Nuevo Foro Penal*, N° 59, Bogotá, 1993, pp. 9 y ss. El art. 13° del Código penal alemán ilustra convenientemente esta situación jurídica cuando determina que: “el que omitiere impedir un resultado que integra al tipo de una ley penal, será punible conforme a esta ley, siempre que jurídicamente tenga que responder porque este resultado no se produzca y cuando el omitir corresponda a la

aquí se produce como bien indica JAKOBS la complementariedad de una norma de prohibición con un mandato de evitación. En tales casos las reglas de la tentativa conservan su vigencia como en los delitos de acción, y se presentará en el transcurso del tiempo que el “garante” tenga para intervenir y no lo haga; haciéndose la salvedad, que debe de tratarse de actos ejecutivos, los que amenazan vulnerar el bien en ese lapso temporal. Correctamente afirma WELZEL –y con él la mayoría de penalistas italianos– que no se trata de ver tentativa de omisión, porque lo que existe es la figura de la omisión de tentativa, ya que “lo que se omite es la tentativa (inidónea, imperfecta) de impedir un resultado... La omisión de tentativa comienza (y termina) en el momento en que el obligado a más tardar debería haberla emprendido, si de acuerdo a su representación habría sido exitosa” (253). Ejemplo como los de aquél que expone a peligro la vida o salud de persona colocada bajo su autoridad, dependencia, tutela, curatela o vigilancia (posiciones de garante), o, en el caso de la madre que deja abandonado a su menor hijo para que muera de hambre, o del padre que observa a su hijo ingerir sustancias tóxicas, de la enfermera que omite suministrar los fármacos al paciente que sufre de infarto, etc. Son situaciones en las cuales, por un deber de evitamiento del resultado lesivo al bien jurídico (dado los posicionamientos de garante) exigible por mandato de la norma general establecida en el Art. 13 del Código Penal peruano, se configuran injustos omisivos impropios que resultan castigados por la ley penal. En doctrina penal se discute también los casos en que la omisión se produce con un hacer, con una comisión (delitos de omisión por comisión), y los casos en que la omisión se realiza mediante otra omisión (delitos de omisión por omisión).

realización del tipo legal mediante un hacer”. El delito de omisión impropia se halla contemplado de modo genérico en el art. 13º del Código penal peruano vigente.

(253) WELZEL, *Derecho penal alemán*, p. 305.

12.4.3. Precisiones finales

Por lo general los tipos penales de la parte especial de los códigos y leyes especiales han sido construidos en función a comportamientos activos, en los cuales no se presentan mayores problemas al momento de precisar fases de tentativa; esto explica la dificultad en el análisis de la tentativa en los tipos omisivos. En realidad, tal y como sostiene ROXIN, todo tipo penal de acción puede ser realizado por omisión, en cuanto a quien se abstenga de actuar le sea imputable un deber de garantía ⁽²⁵⁴⁾. El problema fundamental con los delitos de omisión impropia, aparte de la generalidad con la que son tratados en la parte general del Código, se circunscribe al hecho de no hallarse tipificados en la parte especial, lo cual contraviene el principio de legalidad, enunciado de primera importancia en material penal.

12.5. La tentativa en los delitos de consumación anticipada

También denominados delitos de emprendimiento, se hallan circunscritos generalmente a aquellos actos humanos que ponen en peligro la seguridad nacional y estatal, y que equiparan la tentativa a la consumación para los efectos punitivos, agravándose de este modo la respuesta del estado ante estas acciones consideradas de gran peligro para la estabilidad del sistema. Así, el art. 142 y 143 del recientemente derogado código español de 1973 es bastante ilustrativo al respecto al indicar que se aplicará igual pena al que matare al Jefe de Estado, al delito frustrado y a la tentativa del mismo delito ⁽²⁵⁵⁾; el Código Penal alemán establece en su art. 82: "El crimen de alta traición se considera consumado desde el momento en que se realice un acto que tenga por objeto poner inmediatamente en ejecución la resolución criminal" ⁽²⁵⁶⁾. Por lo tanto no es concebible la

(254) ROXIN-ARTZ-TIEDEMANN, *Introducción*, p. 78.

(255) *Código penal español*, 18a. ed., Madrid, Civitas, 1994.

(256) *Código penal alemán, 1870*, Madrid, E. Maroto y Hnos. Impresores, 1889.

tentativa en estos casos pues se trataría de una tentativa de tentativa, lo cual no se halla legislado penalmente.

12.6. La tentativa en los delitos culposos

Mencionemos estos artículos:

- art. 111 (homicidio).
- art. 124 (lesiones).
- art. 141 (celebración de matrimonio ilegal).
- art. 229 (facilitación o intervención en delitos contra los bienes culturales).
- art. 278 (casos de desastres culposos, incendios, inundaciones, etc.).
- art. 304 (delitos contra el medio ambiente).
- art. 307 (*Idem*).
- art. 330 (revelación de secreto de estado).
- art. 372 (destrucción o inutilización de objetos, registros, o documentos destinados a servir de prueba).
- art. 414 (hacer evadir o dar asistencia a presos para la evasión).

Existen delitos culposos en aquellos expresamente determinados por ley penal: en los casos de homicidio, lesiones, etc., y en aquellos casos en los que por la existencia de error vencible de tipo se castiguen las acciones del agente como culposas.

Al carecer el tipo culposo del elemento subjetivo, esto es, del dolo principalmente, se hace inconcebible la tentativa de delito; a decir de ZAFFARONI sólo se puede intentar alcanzar lo que se quiere alcanzar, pero no se puede intentar lo que no se quiere⁽²⁵⁷⁾, FRANCISCO CARRARA señalaba que imaginar una tentativa culposa es tanto como pensar en un monstruo lógico⁽²⁵⁸⁾, ya que, afirma el autor, la esencia moral de la

(257) ZAFFARONI, *Tratado*, T. IV, p. 416.

(258) CARRARA, *Programa*, T. I, p. 254.

tentativa se encuentra en la previsión de un efecto no obtenido y en la voluntad de obtenerlo ⁽²⁵⁹⁾; situaciones subjetivas que naturalmente no se presentan en el delito culposo.

Contrariamente REINHART MAURACH sostiene que sí es concebible la tentativa de un hecho culposo, y coloca el ejemplo del conductor inepto que conduce un vehículo ⁽²⁶⁰⁾; MEZGER también considera admisible la existencia de tentativa en el delito culposo: por ejemplo, existe tentativa de delito culposo cuando el autor admite culposamente la existencia de una legítima defensa (legítima defensa putativa culposa); más correctamente será afirmar que, conceptualmente la tentativa de un delito culposo (tentativa imprudente) existe siempre que en una conducta culposa falte sólo el resultado necesario para la punibilidad de la misma ⁽²⁶¹⁾. WOLTER igualmente nos habla de tentativas imprudentes ⁽²⁶²⁾; también, JAKOBS ⁽²⁶³⁾. Tanto MAURACH y MEZGER sin embargo declaran que esta tentativa no es punible al faltar el elemento que la ley exige.

12.7. La tentativa en las contravenciones

Las faltas o contravenciones son tipos penales de una ilicitud sumamente disminuida, es decir, que poseen un contenido menor de injusto. En las faltas, por lo general, ontológicamente se producen las mismas fases de desarrollo que en las del delito; razón por la cual la tentativa es fácticamente admisible, pero jurídicamente irrelevante. Es esta la prueba más evidente del carácter ontológico

⁽²⁵⁹⁾ *Loc. cit.*

⁽²⁶⁰⁾ MAURACH, *Tratado*, T. II, p. 182; también MAURACH-GOSSEL-ZIPF, *Derecho penal*, T. II, p. 37.

⁽²⁶¹⁾ MEZGER, *Tratado*, T. II, p. 197.

⁽²⁶²⁾ JÜRGEN WOLTER, "Imputación objetiva y personal a título de injusto", en BERND SCHÜNEMANN *et. al.*, *El sistema moderno del derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 133.

⁽²⁶³⁾ GÜNTHER JAKOBS, *La imputación objetiva*, p. 103. *Idem*, *Derecho penal*, p. 345.

jurídico de los actos ejecutivos. Las faltas sólo se castigan cuando están consumadas, es decir, no se le otorgan relevancia penal a la frustración ni a la ejecución tentada de las mismas.

12.8. La tentativa en la autoría mediata

En estos casos la tentativa comienza tan pronto como el instrumento del mandante, se pone en actividad para la ejecución típica ⁽²⁶⁴⁾. “Instrumento” solo puede ser otro ser humano, si se hace uso de animales o cosas con dinamismo funcional, estaremos en el terreno de la autoría simple. WESSELS, retomando la idea anterior, acota que “antes de este momento, puede afirmarse la existencia de la tentativa cuando el autor mediato renuncia al suceso puesto en movimiento, con fines de consumación por el autor. Este criterio no vale únicamente en casos de buena fe del autor, sino también en casos de mala fe del instrumento” ⁽²⁶⁵⁾. MAURACH, precisa que “quien provocando estados anímicos depresivos, quiere empujar a otro al suicidio, comienza la acción ejecutora, con la actuación sobre la víctima” ⁽²⁶⁶⁾.

La *autoría mediata* o *indirecta*, como una de las formas de determinación del resultado imputable al autor que se vale de instrumentos para la realización de su voluntad delictiva, puede asumir diversas modalidades en atención a la calidad del instrumento del que se hace uso. Así, si se vale de inimputables (menores o privados de razón) o de personas que ignorando los planes del autor mediato realizan un injusto penal –que no les es imputable– con total desconocimiento de sus componentes típicos (la enfermera que inyecta al paciente una dosis letal preparada intencionalmente por el médico), o de aquellos instrumentos que actúan en la creencia que cumplen un deber jurídico (el policía que ante los datos aportados por el autor mediato priva de su libertad a persona distinta de

(264) JOHANNES WESSELS, *Derecho penal*, p. 197.

(265) *Loc. cit.*

(266) MAURACH, *Tratado*, T. II, p. 184.

la que cometió el delito). En todos los casos de autoría mediata no debe existir una vinculación de conocimiento, ni asunción de los elementos típicos entre autor mediato e instrumento.

Tanto con los casos de “determinación”, como en los de autoría mediata, se producen no pocos complicados casos de desenlaces causales no previstos ni planeados por el autor, como también peculiares situaciones de concurso en función a los participantes y a la tipicidad (piénsese por ejm el caso del instrumento que obra tomando conciencia de lo que esta haciendo). En estos casos como en muchos otros son valiosas las alternativas de solución que brinda las reglas de la imputación objetiva.

12.9. La tentativa en los delitos calificados (agravados) o circunstanciados

En estos casos la tentativa se inicia indistintamente, ya sea con la realización de los actos de calificación o con la ejecución del tipo base, debiendo estar los actos ejecutivos calificadores en íntima e inmediata relación con el delito base, de acuerdo a las exigencias típicas y conforme al plan general del agente. Como bien señala MIGUEL CÓRDOVA ANGULO ⁽²⁶⁷⁾, la conducta calificante puede darse como antecedente al tipo fundamental (el que para robar golpea, sin lograr apoderarse del reloj –tentativa de un hurto calificado) y como subsiguiente a la del tipo base (el mismo sujeto con el fin de no ser descubierto dispara intentando dar muerte al único testigo–tentativa de homicidio agravado). En el ejemplo de los usurpadores que premunidos de armas de fuego y explosivos reducen a los guardianes del terreno cercado elegido, aquí los agentes dan comienzo a la conducta establecida en las circunstancias agravantes del delito base de usurpación, en tales circunstancias fuerzas externas impiden la consumación del ilícito; en este caso, tenemos una clara expresión de tentativa con comienzo de actos calificados o agravados.

⁽²⁶⁷⁾ MIGUEL CÓRDOVA ANGULO, *La tentativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993, p. 91.

En estos casos, el dolo se dirige a realizar el delito en su totalidad, la tentativa por lo tanto ha de ser concebida en tal sentido. No obstante existen criterios doctrinarios que niegan la tentativa en estos delitos.

12.10. La tentativa en el *actio libera in causa* (268)

Se ha debatido mucho este tema (la modalidad más frecuente del *versari in re ilícita*), como otras de las figuras de responsabilidad objetiva. Esto se expresa principalmente con el tema de la responsabilidad penal del que se coloca en estado de inculpabilidad (ebrios que delinquen, drogadictos, etc.) para la comisión de un delito. Los que de acuerdo al *actio libera in causa*, opinan que si bien el autor realizó un ilícito en estado de inculpabilidad (agente inimputable), no fue así la causa que originó tal estado, siendo por lo tanto pasibles de castigo penal. La otra corriente de opinión al respecto manifiesta que el beber hasta embriagarse no constituye acción típica de ningún delito, a lo sumo acto preparatorio; y que el cometer un delito en el estado provocado de inculpabilidad no genera responsabilidad, siendo por lo tanto tal individuo que delinque, inimputable absoluto o relativo según el caso concreto. Por lo tanto según esta segunda teoría, no cabe la tentativa, en la preparación, ni en la ejecución del que actúa sin conciencia de sus actos. ZAFFARONI formula su oposición al intento de castigar un hecho que en sí no se adecúa típicamente a ninguna figura penal (269). Esta postura tiene implicancias de exagerada complacencia con los agentes que deliberadamente se colocan en tal estado para delinquir.

Las soluciones de aplicación legal a estos problemas generalmente se dan al margen de las teorías anotadas, por cuanto se resuelven en función a las reglas de culpabilidad y la observación de

(268) Véase un interesante análisis de las acciones u omisiones libres en la causa en el trabajo de JESUS M. SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión*, pp. 260 y ss.; también la obra de VICENZO CAVALLO, *La responsabilità obbjetiva nel diritto penale*, Napoli, Dott, 1937, pp. 75 y ss.

(269) ZAFFARONI, *Tratado*, T. III, p. 439.

circunstancias de atenuación respectivas. La jurisprudencia peruana ha enfocado la embriaguez, por lo general, como atenuante de responsabilidad, sin llegar a considerarla causal de inculpabilidad. Según el grado de inculpabilidad, se puede hablar de la existencia de tentativa o no.

12.11. Tentativa y error

La tentativa ha sido considerada como una negación del tipo⁽²⁷⁰⁾, como un error en perjuicio del autor, de su plan y propósito. Pero lo que interesa destacar aquí es la incidencia del denominado error de tipo (ausencia de conocimiento, o errónea apreciación de los componentes típicos); la situación resulta conclusión obvia, si existen tales defectos de tipicidad para el delito consumado, existen también para el tentado. Es decir si se comprueba el error de tipo invencible, no existe tentativa; si el error es vencible, se tendría la existencia de una tentativa culposa, la cual se torna irrelevante para el derecho penal, por cuanto es inadmisibles a nivel de tentativa suponer jurídicamente una modalidad de intento culposa, derivada del error de tipo vencible.

Además de la figura del error de tipo, plantear el error de prohibición a este nivel constituye un desacierto. Lo que sí en cambio es correcto es su planteamiento en función al delito tentado específico. En doctrina y en la vida real del derecho penal, se presentan otras variedades de error, que recaen en supuestos como el *Aberratio ictus*, el *aberratio delicti*, y otros, donde existe completo el elemento subjetivo del tipo, pero se ha producido una desviación en el curso causal de los acontecimientos (error imperfecto de tipo); ejemplos como el que dispara o mata a una persona no prevista, el que queriendo amenazar dispara y lesiona, o aquél que queriendo lesionar determinado bien jurídico lesiona otro, el que perseguido por el agente se autolesiona al caer de un precipicio etc. Se trata de variadísimas situaciones de casos límites de alteración de la causa-

(270) MAURACH, *Tratado*, T. II, p. 174 y T. I, p. 331.

lidad imputable deseada por el agente infractor, en los cuales la explicación jurídica del nexo causal se torna insuficientes, y donde la teoría de la imputación objetiva con el manejo de los factores de riesgo, peligro y atribuibilidad, ofrece una mejor explicación para tales singulares fenómenos.

En todos estos casos, se mantienen las reglas de la tentativa en concurso con los delitos errados consumados, con las estimaciones de atenuación punitiva pertinentes en la medida y sólo en la medida que existan supuestos verificables de tentativa. En el caso específico del *aberratio ictus*, o más conocido como error en el golpe (ej. B quiere matar a X, dispara y mata a C quien se interpuso o pasaba por ahí casualmente). En el caso aludido es muy discutible que se le pueda imputar a B una comisión dolosa del resultado, por cuanto si bien mató a C, ello no estaba en su plan, ni en su voluntad de realización, pero obviamente tampoco se le puede eximir de responsabilidad penal. En dicho caso la imputación del resultado de muerte resulta atribuible al agente en virtud a las reglas de la comisión culposa de homicidio, en concurso con tentativa de homicidio simple.

12.12. Tentativa y participación

En principio, no puede haber jurídicamente tentativa de participación por irrelevancia del supuesto de hecho; sí en cambio es verificable jurídicamente la participación en la tentativa. La participación asume un carácter accesorio, es decir, existe en función al hecho principal de los autores. Los cómplices primarios y secundarios que intervinieran dolosamente en la ejecución de los actos típicos, ya sea a nivel de comienzo o durante el transcurso de la ejecución, si no se produce el desistimiento pertinente, son pasibles de pena conforme a las reglas de la participación y la tentativa que establece el código penal. Es inadmisibles la figura de participación culposa en la tentativa, por la ausencia de dolo y la irrelevancia jurídico penal de dicho presupuesto ⁽²⁷¹⁾. JAKOBS manifiesta que lo punible en los

(271) ZAFFARONI, *Manual*, p. 587.

delitos que son objeto de reparto en el ámbito jurídico es aquel comportamiento realizado a partir del comienzo de la tentativa; todo lo que sucede antes es comportamiento anterior al hecho, todo lo que acontece después es comportamiento posterior al hecho. De ello deriva que quien no participa en la ejecución del hecho (que comienza con el comienzo de la tentativa) no comete de propia mano un delito, sino que, al inducir o aportar material para la realización del hecho lleva a cabo un comportamiento anterior al hecho (272).

Mención especial merece el concepto de instigación y/o determinación (273). El determinador, es decir, aquel que induce a otro a delinquir, está equiparado en la legislación peruana a la calidad de autor, para los fines de la pena (art. 24). La determinación puede asumir niveles altos o bajos de imputación, ya controle el determinador el curso causal (la producción del resultado) o solamente influya (en variedad de intensidad) en él, caso este último en el que será cómplice o instigador. Es decir, se considera que el determinador, como instigador es un cómplice bajo presupuestos determinados de imputación típica, insuficiencia determinadora y no dominio del hecho delictuoso. Si el determinador actúa con dominio del hecho y bajo presión invencible sobre el inducido, obviamente se tratará de un autor y los niveles de tentativa le serán directamente imputados a dicho título. Por regla general el nivel de tentativa que aquél haya generado en el determinado, le es imputable a nivel de partícipe o de autoría. No es correcto hablar de tentativa de instigación, por cuanto aquí no existe aún fase ejecutiva de realización delictuosa, lo que sí resulta admisible es la instigación a un hecho tentado y la instigación en cadena.

(272) GÜNTHER JAKOBS, *La imputación objetiva*, p. 65. Estos criterios del autor, de no considerar como injusto el comportamiento previo, como él mismo manifiesta, son objeto de controversia; y ello es explicable si lo aplicamos al ámbito de los delitos donde se punen actos preparatorios.

(273) Resulta interesante seguir la distinción que hace ZAFFARONI siguiendo a JESCHECK entre *determinación* e *instigación* (véase ZAFFARONI, *Tratado*, T. IV, pp. 311 y ss.; JESCHECK, *Tratado*, Vol. II, pp. 919 y ss.).

12.13. Tentativa en concurso de delitos

Sin entrar a discutir si es más acertado referirnos a concurso de tipos penales o a concurso de delitos, dejando sentada nuestra preferencia por la primera denominación, lo que sí se quiere es ofrecer una apretadísima lectura de los siempre discutibles y a menudo complicados casos de concurso de acciones-omisiones al interior de los tipos penales. No entraremos a referirnos a las diversas modalidades de concurso ideal y real, por no ser este el lugar adecuado para su debido tratamiento jurídico penal.

En los casos de concurso ideal de tipos (o de delitos, si se quiere), es decir, en todas aquellas situaciones en las cuales una sola acción u omisión imputable al autor (o autores) produce dos o más resultados relevantes penalmente, contemplados en dos o más tipos penales vigentes, es frecuente que dicho concurso se dé integrándose con fases de tentativa. Para ejemplificar esto tenemos el caso del que intentando violar sexualmente a la víctima (sin lograr su cometido) produce en la integridad y salud de la misma severas lesiones (delito consumado de lesiones); o el caso del que arroja una granada al dormitorio donde la víctima duerme, la cual se salva providencialmente de morir (tentativa de homicidio) pero resulta gravemente lesionada (delito consumado de lesiones) y con daños al inmueble (delito consumado de daños). En este último ejemplo nos encontramos con un caso de concurso múltiple entre tentativa de homicidio con lesiones y daños consumados. Un peculiar caso de concurso ideal integrado con fase de tentativa se presenta con el *aberratio ictus* estudiado en ítems precedentes: esto es, cuando el agente queriendo matar a una determinada persona, por alteraciones del curso causal mata a otra, quien no se hallaba en su mira o proyecto delictivo; aquí tenemos un concurso de tentativa de homicidio (que recae sobre la persona que se salva de morir) o de lesiones de ser el caso, con delito consumado de homicidio culposo.

En cuanto al concurso real de tipos penales, es decir a la pluralidad de acciones u omisiones separadas e independientes realizadas por un mismo agente (procesalmente acumulables), que lesionan

diversos bienes jurídicos y por lo mismo diferentes tipos penales; también en ellos es perfectamente admisible que dicho concurso se integre con fases de tentativa. Así, cuando el agente roba en un supermercado, luego hiere de gravedad a los vigilantes de un banco, e intenta retener a un congresista (concurso real de los delitos de robo, lesiones y tentativa de secuestro). Cabe indicar que pueden darse plexos concursales de carácter amplio, es decir, situaciones en las cuales concurren casos de concurso ideal con casos de concurso real en un mismo proceso penal (en el ejemplo anterior el que arroja la granada de guerra y luego roba y secuestra).

Igualmente, se presentan situaciones de concurso únicamente entre tentativas de tipos penales. Así, en la inconmensurable miscelánea de ilícitos penales podemos encontrar eventos delictivos todos frustrados o tentados, sin alcanzar ninguno de ellos fase de consumación típica. Así, el agente que intenta corromper a un funcionario público para luego intentar sustraer un expediente de un juzgado.

12.14. Imputación objetiva y tentativa

Las reglas y postulados de la teoría de la imputación objetiva, ya sea en la versión de CLAUS ROXIN o siguiendo los planteamientos de GÜNTHER JAKOBS (dos de sus más destacados exponentes y algunos de cuyos trabajos son conocidos en lengua española) se plantea como una seria alternativa que intenta desplazar a la clásica teoría de la causalidad natural, para explicar con mayor acierto los fenómenos jurídicos-penales. Como precisa ROXIN, se trata de un cambio de perspectiva en la que la “cuestión jurídica fundamental no consiste en averiguar si se dan determinadas circunstancias, sino en establecer los criterios conforme a los cuales queremos imputar determinados resultados a una persona..., imputable es aquel resultado que se puede concebir como dispuesto finalmente” (274). ROXIN, a diferencia de JAKOBS, ha puesto, con énfasis, la atención en

(274) ROXIN, “Reflexiones sobre la problemática de la imputación”, en *Problemas básicos*, p. 128.

la imputación del resultado producido, estableciendo presupuestos y reglas determinadas para normativamente hacer pasible a su autor de imputación penal por el resultado producido con su conducta dispuesta y relevante: a) si la conducta ha generado un riesgo real y concreto; b) si dicho riesgo se halla desvalorado jurídicamente; y c) si ello ha determinado la concreción del resultado típico. El riesgo como categoría matriz de dicha teoría se desdobra en las siguientes reglas a tomar en cuenta en el juicio de imputación, que a su vez expresan los alcances y límites de la imputación: 1) Conductas que disminuyen el riesgo corrido por el bien jurídico protegido (el resultado no le puede ser imputable); 2) conductas que no crean un riesgo jurídico relevante y otras que sí lo hacen; en la primera hipótesis, se trata de conductas conforme a derecho, no imputables; 3) conductas que incrementan el riesgo para el bien jurídico; 4) conductas que exceden con el resultado producido, las previsiones y la tutela de la norma penal ⁽²⁷⁵⁾. GÜNTHER JAKOBS, muy influido por los planteamientos de NIKLAS LUHMANN ⁽²⁷⁶⁾ y otros sociólogos funcionalistas, esboza su teoría con manejo de categorías sociológicas: *status*, *standard*, rol, función, sistema, etc. Afirma JAKOBS ⁽²⁷⁷⁾: “1) Los seres humanos se encuentran en el mundo social en condición de porta-

(275) ROXIN, “*Reflexiones...*”, pp. 131 y ss.

(276) De NIKLAS LUHMANN, *Sistema jurídico y dogmática penal*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981; ÍDEM, *Sociedad y Sistema: La ambición de la teoría*, Barcelona, Paidós, 1990. Para entender con mayor amplitud la vertiente del funcionalismo jurídico de JAKOBS, revítese los planteamientos de los exponentes de la escuela sociológica y antropológica funcionalista (TALCOTT PARSONS, MERTON, MALINOWSKI), los planteamientos gestálticos de la psicología, las diversas variantes de teoría de sistemas, además de los trabajos de NIKLAS LUHMANN que sirven de sustento teórico al funcional racionalismo jurídico.

(277) En el pensamiento de JAKOBS, no es a los bienes jurídicos, a quienes otorga protección el derecho penal, sino a la vigencia de la norma, que consolida y permite la interacción humana, y por lo tanto se dirige a reprimir a quien con su comportamiento relevante, defrauda expectativas. Este quebrantamiento a la vigencia de la norma constituye el contenido de las infracciones penales.

dores de un rol, esto es, como personas que han de administrar un determinado segmento del acontecer social conforme a un determinado standard; 2) Ha de determinarse entre autor, víctima y terceros, según los roles que desempeñen, a quien le compete el acontecer relevante por sí solo o junto con otros, es decir, quien ha quebrantado su rol al administrarlo de modo deficiente y por ello responde jurídico-penalmente, o si fue la víctima quien quebrantó su rol, debe asumir el daño por sí mismo. Si todos se comportan cumpliendo su rol, sólo queda la posibilidad de explicar lo acaecido como desgracia; 3) esto rige tanto respecto de hechos dolosos como de hechos imprudentes (278). JAKOBS establece las siguientes bases dogmáticas de su teoría, en: a) la existencia de un riesgo permitido; b) existe un principio de confianza; c) existe una prohibición de regreso (un comportamiento rutinario inocuo que *per se* no tiene contenido delictivo, no puede responder por la desviación delictiva del efecto de dicho comportamiento); d) existe una competencia de la víctima; un contacto social conflictivo puede que competa no sólo a su autor, sino también a la víctima (279). El autor retrotrayendo la imputación objetiva al momento crucial de la acusación bíblica contra Adán ante el quebramiento de la norma realizado por éste, enfoca dicha teoría en función al comportamiento del autor (destinatario de la imputación) a quien pertenece el suceso “quien lo ha creado o ha permitido que tuviese lugar, tanto para bien, en el marco de la imputación a título de mérito, como en lo malo, en la imputación a título de reproche”. Por su parte, WOLFGANG FRISCH, profesor de la Universidad de Freiburg, ha incidido en la “autopuesta en peligro por parte de la víctima bajo propia responsabilidad, como factor que quita tipicidad al supuesto de hecho (casos de consumo de drogas, sida, diversos comportamientos con riesgo asumido, como el deporte de aventura, boxeo, carrera de autos, lidia de toros, etc.) (280).

(278) JAKOBS, *La imputación objetiva*, p. 24.

(279) JAKOBS, *La imputación objetiva*, pp. 25 y ss.

(280) Véase WOLFGANG FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, Madrid, Colex, 1995, pp. 120 y ss.

En resumen, la teoría de la imputación objetiva es una elaboración conceptual de alta racionalización que, mediante fundamentos teóricos y reglas de valoración normativa específicas, pretende lograr una mejor delimitación sobre la pertenencia del resultado típico penal al comportamiento generador de riesgo de su autor o autores; riesgo que debe haberse concretado en el resultado. En consecuencia, y conforme al pensamiento de ROXIN, sólo puede ser objetivamente imputable un resultado causado por una acción humana cuando la misma ha creado, para el bien jurídico una situación de peligro jurídicamente prohibida y el peligro se ha concretado en un resultado típico. De esta forma se ubica a la causalidad natural en un nivel mínimo, insuficiente por sí sola para explicar y fundamentar la imputación penal, y a veces prescindible en la valoración típica.

12.14.1. Críticas a la teoría de la imputación objetiva

Especialmente en Alemania y Austria se observa ya una acusada tendencia a poner de manifiesto las inconveniencias y desventajas que resultan de la aplicación ortodoxa y generalizadora de los presupuestos teóricos y reglas de la imputación objetiva. Los ataques provinientes sobre todo de destacados finalistas se han centrado en poner de manifiesto que: a) se privilegia en exceso el desvalor de resultado en detrimento del desvalor del comportamiento (crítica a los planteamientos de ROXIN); b) altera sustancialmente la estructura del injusto (teoría analítica del delito) al prescindir o minimizar la importancia de los componentes subjetivos del tipo; c) la teoría de la imputación objetiva no elabora una teoría personal del injusto; d) las valoraciones normativas de las exigencias típicas pecan de vaguedad y de poca claridad; e) la teoría de la imputación objetiva constituye un ataque frontal a la teoría analítica del delito, y dentro de ella a la teoría finalista. De los resultados de este debate ya iniciado, luego de la reserva finalista, se obtendrá a no dudarlo mayores y mejores niveles científicos en la capacidad explicativa comprensiva de la teoría de la imputación objetiva que revitalizarán la ciencia del derecho penal.

Los fundamentos y las reglas de la imputación objetiva (teoría en desarrollo) (281) al ser aplicados al campo del delito imperfecto (en sus diversas variantes de tentativa) observan características especiales. Los conceptos “riesgo”, “aumento o decrecimiento” del mismo, se concilian con los presupuestos del delito frustrado y la tentativa desistida o inidónea relativa; la base misma del peligro inherente a toda modalidad de delito imperfecto gravitante, encuentra en el riesgo, una gran similitud de contenido. Sin embargo en la tentativa no se imputa un resultado típico consumidor, es decir, el riesgo relevante no asume niveles de concreción en el resultado; el quebrantamiento del rol y la defraudación de expectativas se produce ya a un nivel de ejecución tentada, que viene a ser el comienzo del injusto penal; la desvaloración jurídico penal se dirige por lo mismo al comportamiento y a las gradaciones de “resultado concreto” producido. Resultado concreto que no es lo mismo que resultado consumidor del tipo, siendo esto último, condición no propia de la teoría de la tentativa. Situación peculiar que ha merecido por parte de JAKOBS, el no dimensionar en exceso el desvalor producido en el resultado, enfatizando la imputación del comportamiento, única forma de integrar la tentativa a los postulados de la imputación objetiva.

(281) Esta teoría, como el mismo CLAUD ROXIN lo reconoce, fue desarrollada inicialmente en 1930 por RICHARD HONIG y por LARENZ (1927), retomada por KRAUB, GIMBERNAT, el mismo ROXIN, SCHAFFSTEIN, OEHLER, JAKOBS, RUDOLPHI, WOLTER, LACKNER, FRISCH, KAHLO, HRUSCKA, ZACZYK y otros; incluso tratadistas como MASSIMO DONINI, profesor en la Universidad de Bologna, lo retrotraen a los tiempos del iusnaturalista SAMUEL PUFENDORF (1684) Y ARISTÓTELES. No obstante esto último, fue WILHELM FRIEDRICH HEGEL (1770-1831) quien planteó inicialmente el problema de la responsabilidad en función al resultado y al comportamiento del sujeto infractor. Véase de dicho autor: *Fundamentos de la filosofía del derecho [Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821)], Madrid, Editorial Libertarias, Prodhufi, 1993. Especialmente la estructura de la acción (§107, §108 y §109); el propósito y la responsabilidad (§112 y ss). DE HEGEL véase también *Propedéutica filosófica: Teoría del Derecho, de la Moral y de la Religión*, México, UNAM, 1984.

El muchas veces descuidado terreno de la tentativa, que sirvió de punto de fortaleza de las teorías finalistas, reúne todas las características y condiciones para demostrar que los lineamientos teóricos y metodológicos de la teoría de la imputación objetiva no sólo interesan al orden de los delitos imprudentes y a los dolosos activos u omisivos consumados, permitiendo de este modo, con tal integración, una elevación epistémica de sus presupuestos y reglas. Pero para ello requiere de un mayor análisis y profundización en su estudio.

13. LA PUNICION DE LA TENTATIVA

Dos son los grandes sistemas legales de punición de la tentativa. Por un lado, en la legislación alemana y francesa sólo se reprime la tentativa de crímenes, esto es, de los delitos graves (se sigue de esta forma la clasificación establecida en el Código Penal francés de 1810) y, por excepción prevista legalmente, los delitos de gravedad intermedia. Por otro lado, el sistema italiano y español que castigan indiscriminadamente la tentativa de delitos graves (crímenes), delitos de criminalidad intermedia y de baja criminalización, a la que se adscriben la totalidad de legislaciones latinas. Un sistema intermedio es el establecido en el Código Penal portugués de 1982 que deja sin castigo la tentativa en los delitos consumados cuya pena no sea superior a 2 años de prisión.

Las diferentes teorías, estudiadas al momento de analizar los criterios de delimitación igualmente aquí exponen sus argumentos explicatorios sobre los fundamentos jurídicos y de política criminal que explican el castigo penal de la tentativa.

13.1. Teoría objetiva ⁽²⁸²⁾

Tiene como representantes a: FEUERBACH, CARRARA, MITERMAIER, ROSSI, VON HIPPEL, LISZT, BETTIOL, PETROCELLI, SAUER y SCHÖNKE-SCHRÖEDER.

(282) CARRARA y SCARANO reconocen en HUGO GROCIO (1583-1645) al primer tratadista que en su obra *Da Jure belli et Pacis*, escrita en 1625,

El castigo de la tentativa se fundamenta en la puesta en peligro del bien jurídico tutelado. Peligro entendido como posible y probable, efectivo y suficiente para provocar alarma, perturbación e inseguridad en la disponibilidad de los bienes jurídicos relevantes ante la probabilidad cierta que se produzca el resultado ilícito. Peligro, como creación por parte del agente de riesgos no permitidos para la seguridad jurídica y/o socialmente no soportables. El privilegiar “la puesta en peligro de los bienes jurídicos” no significa que esta teoría derive en un objetivismo exagerado, que prescinda de elementos subjetivos como criterios a valorar en el momento de sancionar; y dicho énfasis se explica porque la sola voluntad criminal no justifica la represión penal.

Conforme a esta teoría, la sanción penal se activa con el comienzo de ejecución, siendo impunes la denominada tentativa imposible y la tentativa inidónea. La tentativa se castiga con penalidad inferior al delito consumado, dado el menor grado de injusto que ella representa. En concordancia con tales criterios, ni los actos preparatorios, ni las acciones que no hayan puesto en peligro el bien jurídico protegido, serán objeto de sanción penal. Las consecuencias que se derivan de esta teoría son criticadas, desde la óptica subjetiva, ya que no permiten fundamentar la represión de la tentativa inidónea y el delito imposible (legislaciones alemana y española).

GÜNTHER JAKOBS plantea criterios objetivo-formales (normativismo penal) cuando indica que “el fundamento de punición de la tentativa es que se pone de manifiesto una infracción de la norma;

esbozó esta teoría. GROCIO manifestaba: “La tentativa de delito no debe reprimirse sino en caso grave y cuando ella se sigue como consecuencia del acto ejecutado, o un mal cierto, aunque no se haya conseguido lo que se perseguía, o un peligro cierto y grave, de manera que la represión o implique una defensa contra futuros delitos, o impida el mal ejemplo” (citado por SCARANO, *La tentativa*, p. 58. Es tanta la importancia de GROCIO para el derecho penal contemporáneo que un tratadista de la talla de ARMIN KAUFMANN indica que su obra tiene la propiedad de resumir lo que hasta hoy se ha pensado como pena y derecho.

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” (283). Tales planteamientos del profesor germano están en estrecha relación con su concepto del delito como infracción o lesión a la vigencia de la norma.

13.2. Teorías subjetivas

Representadas por el Positivismo Italiano y la Escuela Subjetiva Alemana con M. VON BURI y otros, WELZEL, MAYER, BAUMANN y, SCHMIDHÄUSER.

A diferencia del enfoque anterior que privilegia el desvalor del resultado, estas teorías otorgan importancia primaria a la voluntad exteriorizada del agente (desvalor de acción) que se caracteriza por ser contraria a derecho. Obviamente que no nos circunscribimos a los postulados de las tendencias extremas del subjetivismo penal del siglo XIX como las de FERRI-GARÓFALO-M. VON BURI, por ser escuelas penales de enfoque conceptual erróneo y encontrarse superadas. Aquí entonces poca importancia merece el ataque en calidad de puesta en peligro a los bienes jurídicos, lo que cuenta es la voluntad dirigida a lesionar e infringir las normas penales, la que se halla tan por igual en el delito consumado que en la tentativa.

La base de esta concepción se halla en las reglas de la teoría de la equivalencia de condiciones de los factores causales (M. VON BURI), la que no acepta limitaciones objetivas y considera idónea y punible toda acción de tentativa, que según la idea del agente es ya la ejecución de su propósito criminal (teoría subjetiva).

Los defectos evidenciados por las teorías subjetivas residen primero en factores de orden histórico social, por cuanto, casi siempre los regímenes autoritarios (como el nazismo alemán y el fascismo italiano) las han esgrimido para extender la punición a los

(283) JAKOBS, *Derecho penal*, p. 864.

actos preparatorios y castigar “voluntades que se manifiestan contrarias a derecho, aunque no se haya puesto en peligro los bienes jurídicos relevantes”. Y segundo –y éste es el factor de mayor peso– en factores técnico legislativos, por cuanto la tentativa se identificaría en lo que respecta a la penalidad con el hecho ilícito consumado (pósitivismo criminológico italiano), ya que el dolo es el mismo en ambos, e igualmente serían castigados los casos de tentativa inidónea y delito imposible con la misma seguridad del delito consumado, trayendo de esta manera consecuencias político criminales de extremada sobrecriminalización y sobrepenalización. Es evidente el exceso de poder represivo que otorgan estas corrientes al Estado, en contradicción con los principios de mínima intervención del derecho penal (subsidiariedad) y el principio de legalidad.

13.3. Teorías mixtas (Objetivo-subjetivas)

Esta teoría esta representada por: MEZGER, JESCHECK, VON BAR, ROXIN, MAURACH-ZIPF, MANTOVANI, FIORE, ESSER, VOGLER, PAGLIARO y CONTENTO. De acuerdo con estos autores; STRATENWERTH, GIMBERNAT, BUSTOS RAMÍREZ, BACIGALUPO, ZAFFARONI, MUÑOZ CONDE y otros.

Ante la unilateralidad de enfoque demostrado por las teorías objetiva y subjetiva, que generalmente conduce a estimaciones que pecan por defecto o por exceso de celo garantista, surgen criterios eclécticos que combinan los fundamentos de ambas, sosteniendo que la tentativa es punible no sólo porque ha significado una alarma y perturbación o puesta en peligro para la seguridad jurídica, y la paz social, sino porque se ha demostrado en el agente una voluntad criminal exteriorizada y encaminada a lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos y con ello infringir las normas jurídicas que lo tutelan. Estas teorías, que en la actualidad gozan de mayor consenso en los ámbitos científico-penales y que combinan elementos objetivos y subjetivos autolimitan los extremos de tales corrientes consideradas individualmente. CLAUS ROXIN dejó sentada, en términos bien logrados, esta posición, al indicar que: “El fundamento para la sanción de la tentativa reside en el peligro corrido por un bien jurídico protegido por la ley penal en relación con la voluntad

del autor que se dirige a la lesión de aquel. Ambos factores actúan en conjunto. El solo peligro corrido no es suficiente (pues la tentativa culposa no es punible) ni tampoco será suficiente la mera voluntad mal intencionada del autor (pues ello conduciría a un derecho penal de ánimo) (284). O, al decir de MANTOVANI, “para nuestro sistema penal mixto, el castigo de la tentativa debe fundarse en la manifestación de la voluntad criminosa y en la puesta en peligro de los intereses tutelados. No se puede prescindir ni de una ni de otra” (285).

Es mixta la teoría de la impresión (*eindruckstheorie*) (de VON BAR (1907) que, sin desconocer la voluntad delictiva exteriorizada del agente, pone énfasis en la perturbación que la tentativa produce en el sentimiento de seguridad jurídica de la colectividad. Esta teoría, que goza de amplio consenso en la doctrina alemana contemporánea (286), se halla íntimamente vinculada con el principio de prevención general. JESCHECK, partidario de esta tendencia mixta, afirma que ella basa acertadamente la punibilidad de la tentativa en la necesidad del mantenimiento del orden jurídico.

Son resultados de las teorías mixtas: la no punición del delito putativo (y de las tentativas “marcadamente irracionales”), ya que éste no produce conmoción jurídica; la represión de la tentativa inidónea y del delito imposible por llevar consigo una notoria voluntad de delinquir y producir alarma social; el castigo a determinados actos preparatorios que por su peligro potencial representan una perturbación para la seguridad jurídica; la atenuación de la pena en relación al delito consumado, y la exclusión de la misma en los casos de desistimiento. En suma y según sus defensores permite una mayor y mejor delimitación del terreno punible de la tentativa en relación a los actos preparatorios .

(284) CLAUD ROXIN, *Teoría del tipo penal*, Buenos Aires, Depalma, 1979, p. 251.

(285) FERRANDO MANTOVANI, *Diritto penale*, p. 438.

(286) Una crítica a la “teoría de la impresión” por parte de KRATZCH, ALWART y otros, véase en MAURACH-GÖSSEL-ZIFF, *Derecho penal*, T. II, p. 29; igualmente, JAKOBS, *Derecho penal*, p. 863.

14. SISTEMAS DE PUNICION

A lo largo de la evolución de las ideas y normas penales se han ido ensayando básicamente dos criterios de tratamiento punitivo de las formas de tentativa; nivelador el primero y diferenciador el segundo.

Se trata de los dos más grandes sistemas difundidos en la actualidad:

- a) El sistema *equiparador* en la represión del delito consumado y tentativa, según el cuál a ambos le corresponde idéntico tratamiento punitivo. Históricamente es el primero en desarrollarse. En el siglo XIX fue asumido por el *peligrosismo* italiano y el *subjetivismo* alemán. En el siglo XX, las legislaciones penales soviéticas y fundamentalistas lo han mantenido y aplicado jurisprudencialmente.
- b) El sistema que establece una expresa y explícita diferenciación en la penalidad de la tentativa, la que siempre será menor que la establecida para el delito consumado. Fundamentado dogmáticamente en la menor gravedad del injusto de la primera en relación al segundo y basado político criminalmente en lo innecesario de una represión mayor de una forma de criminalidad imperfecta. Este segundo sistema es el asumido en su casi totalidad por las legislaciones penales basadas en el principio de culpabilidad y que respetan parámetros mínimos de convivencia democrática.

Ahora bien, el sistema diferenciador consagrado en la mayoría de códigos penales, adopta dos modalidades en su aplicación judicial: *primero*, La disminución facultativa, es decir el criterio diferenciador queda en manos del juez quien en los casos de tentativa podrá rebajar o no la pena señalada para el delito consumado de acuerdo a la evaluación de circunstancias; y *segundo*, La disminución obligatoria o legal de la pena. En este caso es el legislador quien fija legalmente la obligación que tiene el juez de rebajar la pena. Idéntica situación se presenta con el caso del desistimiento ⁽²⁸⁷⁾.

(287) Al respecto véase *infra* "Derecho comparado: esquemas legales de tentativas", pp. 377 y ss.

15. MODALIDADES DEL DELITO IMPERFECTO

Estudiaremos aquí aquellas variedades convencionalmente aceptadas en los ámbitos dogmático-legislativos, sin que interese para ello su expresa vigencia a nivel de cuerpos legales nacionales ⁽²⁸⁸⁾. La razón de esto último obedece al deseo de revisar con la mayor objetividad posible la diversidad de situaciones que se presentan al no consumarse el ilícito penal, las que muchas veces, debido al encasillamiento típico, impide su análisis en amplitud. De igual manera, y como lo hemos reforzado en líneas anteriores, decir delito imperfecto o referirse a la tentativa en sentido lato, es expresar un mismo contenido significativo, una sola realidad jurídico ontológica. *Contrario sensu* hablar de tentativa en sentido estricto es referirse a la tentativa inacabada.

Cuatro son las modalidades básicas, tanto histórica como legislativamente, estudiadas por el análisis dogmático penal en el tema del delito imperfecto, todas ellas han sido contempladas legislativamente, ya de forma segmentada o globalmente, conforme al enfoque subjetivo u objetivo de los criterios doctrinarios penales dominantes y de las respectivas políticas criminales asumidas. Estas son:

- (1) Tentativa inacabada o propiamente tentativa.
- (2) Tentativa desistida.
- (3) Tentativa acabada y/o delito frustrado.
- (4) Tentativa inidónea y delito imposible. También otras modalidades impropias de tentativa como el delito putativo, la tentativa irracional, irreal o supersticiosa.

Se debe indicar que los términos tentativa y delito imperfecto corresponden a usos lingüísticos determinados, donde el primero expresa un concepto operativo funcional, y siendo el segundo un vocablo denotativo menos dúctil pero más comprensivo para el tema en mención.

(288) Para tener una idea aproximada véase más adelante "Derecho Comparado. Esquemas Legales de Tentativa", pp. 377 y ss.

15.1. Tentativa inacabada

Denominada *conatus imperfectus*, tentativa en sentido estricto, tentativa pura, propiamente tentativa, incompleta o tentativa simple. Es propio de esta modalidad en examen que la consumación del hecho típico no llegue a producirse por la no realización de actos suficientes para ello, atribuibles a impedimentos externos involuntarios o desistimiento voluntario, los que serán apreciados por el Juez o jurista, ya sea desde el punto de vista del plan del agente, o desde criterios objetivos que permitan una mayor certeza en el análisis. El determinar cuáles habrían sido los actos necesarios y suficientes para realizar el delito se deja al criterio del juez, quien combinando ambos enfoques, u otorgando la primacía a uno de ellos (según el análisis sistémico que congloba: tipo penal, agente, grado y circunstancias), resolverá lo más atinado. De la tentativa inacabada brotan dos posibilidades de no consumación, imputable la primera al desistimiento del agente y la segunda a la interferencia del curso causal del proceso ejecutivo atribuible a fuerzas externas no voluntarias ni provocadas.

Tradicionalmente considerada como sub-tipo de específico trato legislativo, tiende contemporáneamente a integrarse en diversas legislaciones en un concepto globalizado de tentativa junto al delito frustrado. Los elementos constitutivos de la tentativa inacabada son los mismos que se han estudiado anteriormente: a) elemento subjetivo completo (teoría dominante); b) elementos objetivos: actos de ejecución, comienzo de ejecución (como unidad mínima), peligro probable, no consumación; c) características de los actos de ejecución: idoneidad, univocidad y relación de inmediatez. Es obvio que la tentativa inacabada supone una fragmentación de los actos ejecutivos, de modo tal que permitan constatar con claridad un comienzo de ejecución y un desarrollo ejecutivo determinado; pudiendo ya en el primero o en el transcurso del segundo interrumpirse el proceso ejecutivo del delito. En virtud a ello, no todos los delitos ofrecen en su desarrollo la misma cantidad y calidad de actos ejecutivos; existen aquellos que efectivamente se componen de una serie de fases escalonadas simples o complejas que van paulativamente generando

combinaciones y tramas tendientes al final típico, en los cuales es relativamente fácil apreciar actos que hacen tentativa; existen, asimismo otros delitos que si bien en su núcleo típico presentan carencia de gradación, sí la poseen en sus derivaciones y/o calificaciones agravadas; y, finalmente, se dan otros tipos en los cuales la escasez de actos y/o el concurso de circunstancias concretas los hacen poco susceptibles de admitir tentativa, al no ser posible un espaciamento en la ejecución; (ello al margen de los tipos de un solo acto en los que, ejecución y consumación se confunden).

15.1.1. Tentativa inacabada y tipos penales (Casos de tentativa inacabada)

- a) En el **homicidio**. Al apuntar con el arma de fuego cargada y/o dirigir el brazo premunido de arma blanca contra el corazón o zonas nobles de la víctima, incluso si se logra herirla. Al enviarle y/o entregarle un sobre conteniendo un artefacto detonante. Al ofrecer a la víctima una bebida previamente envenenada, etc.
- b) En el **aborto**, las maniobras realizadas por el médico o empírico en las interioridades vaginales, en una progresión de menos a más, incluso hasta que se amenace seriamente la existencia del feto o embrión. No podemos hablar de tentativa punible de aborto en el tipo terapéutico y en el de necesidad prevalente, por tratarse de tipos descriminalizados o de mínimo injusto.
- c) En el delito de **estafa**, la tentativa inacabada se presenta hasta el momento en que la víctima no haya hecho la disposición patrimonial, existiendo numerosas modalidades de comisión tentada, teniendo todas en común la inducción a error que se ejerce sobre la víctima, utilizando los diversos medios fraudulentos que la ley señala (inducir a la firma de documentos falsificados o fraguados para obtener la disposición patrimonial; intento de vender bienes deteriorados o corrompidos, haciéndolos pasar por bienes

- en buen estado, etc). En el caso de la estafa de seguro (variedad especial de estafa), la destrucción del bien propio (por ejemplo en el incendio), con el objeto de hacerse cobro del seguro genera tentativa en el momento de los trámites y esfuerzos posteriores para obtener dicho seguro⁽²⁸⁹⁾.
- d) En el delito de **lenocinio**, el ofrecimiento de la mujer casada es ya tentativa⁽²⁹⁰⁾.
 - e) En la **injuria escrita**, mediante carta, impreso o grabado: al presentarse de esta manera espaciada la ejecución del delito, es posible la interposición de obstáculos o el desistimiento del agente, por ejemplo en el caso de que la publicación circulación o entrega se interrumpa por razones involuntarias del autor; en la injuria verbal es inadmisibles la tentativa, ésta sólo es posible cuando se trate de una injuria indirecta, ya por intermedio de otra persona, o ya a distancia en la medida que aún no llegue a afectar con su conocimiento a la persona agraviada. Asimismo, tampoco es posible en la difamación verbal o en el perjurio monosilábico.
 - f) En el **cohecho** es discutida la presencia de tentativa, no obstante al ser básicamente un pacto verbal crematístico deshonesto, es admisible la tentativa hasta que se cristalice como tal (es decir en las tratativas)⁽²⁹¹⁾.
 - g) En el **peculado** (art. 387) el carácter abierto y genérico del núcleo rector expresado en la frase “apropiarse y utilizar en cualquier forma”⁽²⁹²⁾ permite igualmente la realización de tentativa en las demoras, ocultamiento de los caudales o

(289) SAUER, *Derecho penal*, p. 171.

(290) No contemplada específicamente en la legislación peruana, pero sí en el art. 174° (1) del C. P. argentino vigente.

(291) En el caso del cohecho pasivo, igualmente es inaceptable el desistimiento; pues la calidad del sujeto no permite tal situación.

(292) Art. 387° del Código penal del Perú.

efectos, en las maniobras tendientes a la sustracción, etc. Igualmente ocurre con la **malversación de fondos** (art. 389).

- h) En el **prevaricato**, al ser éste un delito de actividad formal que se consuma en el acto mismo de dictar resolución o emitir dictamen contrario a la legalidad, es improbable la tentativa; en cambio es admisible en la variedad del art. 421 (deslealtad en el patrocinio o representación de abogados o mandatarios judiciales), que admite gradación ejecutiva.
- i) En el delito de **lesiones** la tentativa se presenta en la medida en que una circunstancia externa impida el acto *vulnerandi* del agente o ante la habilidad y defensa que realice la víctima (haciendo la salvedad de que el agente no agote todos los actos ejecutivos).
- j) En el delito de **violación sexual** son claramente configurables los procesos que quedan en tentativa propiamente dicha; en la mayoría de ellos, las fuerzas y circunstancias causales o casuales externas son las generadoras de la no prosecución del acto o actos ejecutores expresados en un nivel de ejecución inicial ⁽²⁹³⁾; naturalmente que la penetración, por mínima que sea, aunque no vaya seguida de eyaculación es ya consumación del delito. En estos casos no es de lógica jurídica admitir un intento frustrado, sólo puede hablarse de tentativa inacabada, desistimiento o consumación delictiva. Caso discutible se presenta cuando el agente, con la víctima sometida, no logra ereccionar el miembro viril, sería no un delito frustrado, sino una tentativa inidónea relativa precedida de actos ejecutivos iniciales idóneos, por la manifiesta incapacidad del medio agresor típico. Lo mismo que para el varón cabe para la mujer que comete actos de ejecución de esta naturaleza.

(293) Véase *supra*: "Actos de ejecución", p. 238.

- k) En el delito de **exposición de menor o de personas a peligro**, la figura penal admite tentativa en algunos casos típicos y en cuanto se realice mediante actos focalizados en el tiempo y susceptibles de progresión; es también extensiva esta situación por lo general a los delitos de omisión impropia con resultado material, donde el tiempo que demore en actuar “el garante”, sea simultáneo a los actos de tentativa del delito de acción.
- l) En la **falsedad documentaria** hay que distinguir dos órdenes de situaciones: *primero*, la fabricación, elaboración o adulteración; y *segundo*, el uso que se haga de lo fabricado, falsificado o adulterado; debiéndose considerar que se trata de tipos penales condicionados y complejos, por la presencia en este último caso de una serie de elementos normativos y subjetivos complementarios. En consideración de lo dicho anteriormente, la tentativa es ontológicamente admisible en el primer orden de cosas ⁽²⁹⁴⁾, pero obviamente por lo mismo y por la condición establecida en el tipo, aún no punible; y poco probable cuando se hace uso de dichos documentos, por ser ésta una actividad que se consume cuando se ejecuta, salvo que en el caso concreto, para el uso propiamente, se requieran actos previos fragmentados.
- ll) En el **hurto y robo** al consistir la consumación en la disposición del bien por parte del agente, se está indicando con ello que para que esto suceda se tienen que producir necesariamente actos ejecutivos iniciales y de ejecución típica antelada a la consumación; siendo por lo tanto perfectamente admisibles la tentativa inacabada y las otras formas de delito imperfecto. En el caso del robo calificado, con mucha mayor razón.

(294) Hay que considerar que lo que generalmente se reprimen son actos preparatorios.

- m) En los casos de **apropiación ilícita** (indebida para otras legislaciones) es sumamente difícil concluir que exista tentativa inacabada, por cuanto la apropiación nace de un hecho permitido jurídicamente, y es la omisión o negativa a devolver o entregar previo requerimiento lo que configura el tipo penal; actitud en la cual es de considerar inexistente la tentativa.
- n) En la **receptación** el legislador ha incluido variadas modalidades de la misma, en muchas de las cuales es improbable la tentativa (recibir en donación o prenda, guardar, esconder, adquirir), por ser actividades de un solo acto y de simple actividad pasiva; salvo que tales operaciones consten de documentación exigible. Es más aceptable en el caso de intentar la ayuda, venta, o negocio del bien de procedencia ilícita.
- o) En los diversos delitos **contra la libertad individual y social** (secuestro, abusos, tráfico de menores, violación de domicilio, libertad de reunión, trabajo, prensa, etc.) es admisible; sin embargo, es difícil aceptar la figura y la criminalización de tentativa en la violación de la intimidad, al intentar escuchar palabras u observar escenas personales.
- p) En el **tráfico ilícito de drogas** (tipo básico, cruel transcripción adulterada del art. 344 del Código Penal español de 1973), tenemos un multitypo complejo y contradictorio de peligro común que castiga comportamientos básicamente a nivel de tentativa y de preparación; es muy difícil encontrar tentativa en su estructura sistemática, habría que forzar los verbos rectores para hallar tentativa de promoción, favorecimiento y de facilitación del consumo ilegal de drogas; ahora bien, si dirigimos el análisis a los actos de cultivo, fabricación, tráfico o posesión, éstos tendrán que estar, si de tentativa hablamos, en íntima conexión con los verbos rectores igualmente a nivel de tentativa, con lo que llegamos a una lógica absurda, sólo sostenida en la deficiente técnica de construcción legislativa nacional, con la

que puede llegar a admitirse tentativa, poniendo la atención en los actos de ejecución identificados a su vez como verbos rectores.

- q) En los delitos **contra el Estado** la tentativa se descarta en los tipos de emprendimiento y en los actos preparatorios punibles (arts. 326, 329, 349, y 350); en los demás casos es admisible: practicar un acto dirigido a someter la República, destruir o alterar las señales limítrofes, revelar los secretos de Estado, practicar actos hostiles contra un Estado sin autorización del gobierno, etc.

Como se podrá apreciar el silencio que guarda el Código Penal peruano sobre la admisibilidad de tentativa en los tipos especiales –a diferencia de otras legislaciones que la establecen específicamente– obliga a la doctrina y a la jurisprudencia, y con ellas a la actividad judicial, a un gran esfuerzo de análisis e interpretación que en lugar de simplificar el trabajo de los jueces, complica aún mas su atareada y difícil labor administradora de justicia. A estas consideraciones hay que agregar que si bien ontológicamente es admisible el caso de tentativa en numerosos tipos penales de mínima y baja criminalización, jurídicamente deben ser irrelevantes dado el escaso nivel de injusto que contienen.

15.2. El delito frustrado

15.2.1. Generalidades

Conocido también como tentativa acabada⁽²⁹⁵⁾, tentativa perfecta, completa, tentativa agotada, delito fallido o malogrado. ROMAGNOSI,

(295) Particularmente consideramos como un absurdo jurídico esta frase, por ser intrínseca a la tentativa el intento, el conatus, la no ejecución total. La adjetivación “acabada” excede los alcances semánticos de la tentativa; si la tentativa es acabada, deja de ser tal. La única forma de entenderla es, desde un punto de vista subjetivo, al concebirla acabada en cuanto y según la

quien fue el primero en tratar este tema, lo llamó atinadamente “delito *mancato*”, y así fue legislado en el código napolitano de 1819 y en el art. 46 del código toscano de 1853. Fue PESSINA el primero en denominarlo “tentativa acabada”, denominación que fue recogida por FRANK y MEZGER, y popularizada con dicho nombre en los círculos doctrinarios penales.

Tenemos ejemplos de delito frustrado en el hecho del que dispara a la víctima y ésta no muere por el chaleco antibalas que llevaba consigo, o es salvado de la muerte por la intervención médica oportuna; en el envenenamiento de la víctima, la que es sometida a tiempo a eficaces lavativos intestinales; en la mujer que ingiere fármacos abortivos y es tratada oportunamente evitándose la expulsión y salvando la integridad del feto; el hecho de arrojar al mar a una menor de edad, la que es salvada por un bañista; hay delito frustrado cuando los agentes procedían a abandonar una agencia bancaria, luego de haber desvalijado la caja de caudales, siendo interceptados y capturados por la policía; en el caso del carterista que huye y arroja los objetos robados, ante la persecución a la que es sometido, etc.

15.2.2. El aporte de GIANDOMENICO ROMAGNOSI

Es al genio de ROMAGNOSI a quien debemos el inicio del estudio riguroso de esta variedad de delito imperfecto. Sostenía este autor: “No hay que confundir la tentativa del delito con el delito que se malogra y que se podría llamar delito frustrado. Este, en quien lo ejecuta, se debe considerar propiamente como un verdadero delito consumado... Ahora bien, en el delito frustrado el hombre no sólo emplea, físicamente y como autómatas o brutos, todos los medios que experimentalmente se han considerado siempre como adecuados

representación que el autor haya hecho sobre todo lo que según su plan de acción era necesario para la producción del resultado consumado, y obviamente esto no se produce. En este trabajo no se participa de la idea de la tentativa acabada.

para obtener el fin nocivo, sino que además tiene en él la certeza física o previsión de que el efecto debe ocurrir, lo quiere y pone en ejecución todos aquellos actos que, de acuerdo con las leyes que de manera constante se observan en la naturaleza pueden llevar el delito a su consumación. Por lo tanto, aunque ocurra, debido a un impedimento imprevisto, inevitable o sobrevenido, que no obtenga el efecto pernicioso, sin embargo es reo de haber perfeccionado el acto en lo que le correspondía (296).

Conforme a este pensamiento, ROMAGNOSI, quien establece una nítida diferenciación entre el delito frustrado y tentativa, se muestra partidario de la punición del delito frustrado tan igual en severidad que para con el delito consumado (297). De la definición que ofrece ROMAGNOSI se coligen dos elementos principales de enfoque en el delito frustrado: a) es delito consumado para el punto de vista del agente del delinque; y b) objetivamente no lo es, en función al objeto de delito (persona o cosa). Como es fácil constatar, el análisis de este insigne tratadista se adelanta a las previsiones teóricas de la Teoría Objetiva - individual (298), cuando nos habla de consumación en función de la representación mental del agente (plan del autor).

(296) ROMAGNOSI, *Génesis*, pp. 261, 263, 264.

(297) ROMAGNOSI, *Génesis*, p. 263.

(298) "Se puede decir que el delito que llamamos frustrado es subjetivamente consumado, es decir, que lo es respecto al hombre que lo comete; pero no lo es objetivamente, esto es, en relación con el objeto contra el cual se dirigía y con la persona que habría sufrido el perjuicio... [Con] el objeto de que los lectores no carezcan de una noción exacta, que abarque y presente todos los caracteres del delito frustrado, lo defino como sigue: Es la ejecución razonada y libre, llevada en cuanto es posible hasta el extremo, de un acto físico externo, simple o completo, del que se deriva ordinariamente un efecto injusto y nocivo a otro, pero a la cual un accidente, o sea un caso fortuito, le impide obtener este mismo efecto en cuanto precisamente carece de ese efecto nocivo" (ROMAGNOSI, *Génesis*, p. 265).

15.2.3. La teoría de la tentativa acabada (beendigter Versuch)

La tentativa acabada en su versión actual ⁽²⁹⁹⁾, por oposición a la tentativa inacabada, enfoca el análisis en la culminación de los actos que incluidos en el “plan de acción del agente” debieron producir el resultado típico sin ulterior actuación. Se hace así abstracción de los actos objetivamente suficientes y eficaces para acceder al resultado, en apoyo a la tesis subjetiva, de lo que era suficiente en la representación mental del autor. El que hayan existido otras alternativas de ejecución u otros actos (evaluados por un criterio sensato y de promedio), aun a disposición del autor pero no incluidos en su plan, no disminuye la consistencia de la tentativa acabada. Basta que del análisis que se haga del plan de acción del agente se concluya que éste había hecho ya todo lo que consideraba en dicho plan.

La teoría de la tentativa acabada, dominante en la dogmática alemana e italiana contemporánea, ha demostrado poseer muchas fisuras de consistencia semántica y de criterio lógico, sobre todo si se pone la atención en lo cotidiano del delito, y se abstrae un momento el análisis de la racionalidad dogmática; esto se entiende en la medida que consideremos la idea del “plan del autor” una racionalización del elemento interno del *iter criminis*; y esto de inmediato nos lleva a interrogarnos ¿En qué medida los comportamientos ilícito-penales siempre y en todos los presupuestos de hecho se cometen u omiten siguiendo procedimientos lógico racionales fijados por determinados dogmáticos alemanes? Naturalmente que generalizaciones de este tipo absueltas de modo afirmativo pecan de subjetivismo.

El delito frustrado y la tentativa acabada (conceptualizada esta última en atención a criterios objetivo racionales y no tan sólo a lo

(299) LISZT, concebía la tentativa acabada del siguiente modo: hay tentativa acabada cuando el acto de ejecución está terminado, pero no se produce la realización de los caracteres esenciales del hecho, singularmente cuando no sobreviene el resultado (*Tratado*, T. III, p. 8).

que piensa o pensó el agente) poseen similitud de significantes. Su uso disociado no contribuye a explicar mejor la tentativa, ni brinda mejores mecanismos de solución a los conflictos, es decir, carece de sustento epistémico. La teoría de la tentativa acabada ha sido objeto de constantes críticas (ROXIN, BOTCKE, MAURACH-ZIPF, KARLG y otros).

15.3. La tentativa calificada

Se suele usar esta denominación para los casos en los cuales los actos ejecutivos que quedaron en fase de tentativa del delito proyectado en la representación del autor, originan o han generado la consumación típica de otros delitos. La expresión igualmente alcanza a los casos de “desistimiento calificado”, en los cuales se produzcan tales supuestos. Como se verá, se trata de una situación de tentativa en concurso ideal con otras figuras penales autónomas. Por ejemplo, tentativa de robo que produce tipo consumado de daños; homicidio tentado que produce lesiones graves consumadas; violación desistida que genera actos típicos contra el pudor o lesiones; tentativa de secuestro con tipo consumado de violación de domicilio, etc. En dichos casos se castiga, independientemente del supuesto de hecho principal (tentativa), la lesión derivada de bienes jurídicos; lo cual no implica entender que la lesión calificada en relación a la tentativa, como circunstancia concomitante o remanente a los actos de tentativa, sea necesariamente de mayor gravedad que ésta. Obviamente que no estaremos aquí en presencia de dolo directo, pero sí con uno de consecuencias necesarias (dolo indirecto) y dadas las circunstancias, de dolo eventual. Se halla contemplada esta variedad *sui géneris* de tentativa en el artículo 18 del Código Penal peruano.

15.4. La tentativa sujeta a condiciones de punibilidad

Un caso ilustrativo de los tipos penales construidos con estas características lo tenemos en el art. 427 del código penal vigente, el cual establece la condición de perjuicio probable para que sean punibles los supuestos de falsificación de documentos. En el caso de no verificarse o estimarse judicialmente el perjuicio probable, es decir la condición de punibilidad –circunstancia que consuma el

tipo penal-, ello es irrelevante para los efectos de admitir o no tentativa, supuesto que se dará de todos modos, con los subsiguientes efectos de no punibilidad al no producirse la condición señalada. Se observan también estos tipos sujetos a condición, en determinados delitos contra el patrimonio, tributarios y otros.

15.5. Tentativa inacabada, delito frustrado y consumación del delito

Es inherente a la naturaleza del delito frustrado la no consumación, no por insuficiencia (lo que es propio de la tentativa inacabada) o inidoneidad de actos ejecutivos, por cuanto éstos deben haberse agotado según criterios objetivos de estimación y de exigencia típica, sino por factores bloqueadores o impedimentos del resultado consumidor. En la tentativa inacabada no llega el agente a agotar los actos ejecutivos que producirán la adecuación típica del hecho ilícito. En el delito frustrado, racional y ópticamente el agente ha hecho todo lo necesario y suficiente para acceder al resultado consumidor (no puede hablarse de delito frustrado cometido con medios o actos inidóneos); sin embargo éste no se produce por la interferencia de circunstancias y causas externas que actúan en negación de la consumación, o por cursos irregulares o anómalos que vician el resultado consumidor. ¿Quién y cómo se determina si los actos practicados han agotado la calidad ejecutiva de la acción, si se ha producido ya la plenitud ejecutiva, de modo tal que pueda hablarse de delito frustrado, o si todavía estamos en el campo de la tentativa inacabada?. En otras palabras cuáles son los indicadores referenciales de las diferencias entre ambas modalidades de delito imperfecto.

15.5.1. Enfoques de solución

La respuesta a esta interrogante está marcada igualmente por criterios objetivos y mixtos. Para el *criterio subjetivo*, la respuesta se circunscribe y centra en el análisis que se haga del plan de ejecución del autor, lo que va a permitir determinar de acuerdo a ese plan si el agente había ya acabado y concluido con los actos ejecutivos

para producir delito, no habiendo de su parte ya nada que hacer; estamos entonces en este caso frente al delito frustrado o “tentativa acabada”⁽³⁰⁰⁾; si el agente considera que faltaron, de acuerdo a su planteamiento, determinados actos que no ejecutó, estaremos entonces en el terreno de la tentativa inacabada. Para el *criterio objetivo* (en España: GÓMEZ BENITEZ), en cambio, lo que es determinante radica en la constatación, en base a criterios racionales de experiencia práctica o de peculiaridades típicas y meritución de circunstancias, de si los actos desarrollados estuvieron en capacidad, límite y suficiencia para producir los resultados. Según la teoría *mixta* o *ecléctica* (en España: MIR PUIG), la combinación de ambos criterios con prevalencia de lo subjetivo, será el indicador más eficaz que permitirá diferenciar dónde hay tentativa inacabada y dónde delito frustrado. En lo relacionado al criterio subjetivo, y como bien indica VON BELING en su *Esquema del Derecho Penal* ⁽³⁰¹⁾, esta teoría presenta una dificultad insoluble, cuando, por ejemplo, el autor haya creído que para desencadenar totalmente la causalidad es necesario aún hacer algo más y, sin embargo, su acción estaba en verdad completa y acarrea el resultado. En tal caso existiría una tentativa inconclusa al mismo tiempo que un delito consumado, lo cual es contradictorio.

(300) Esta posición planteada como criterio delimitador por los subjetivistas alemanes, curiosamente es la variedad de tentativa que los “prácticos” llamaron “*conatus praetergressus*”, la misma que era concebida sólo en función a los actos realizados por el agente para alcanzar el fin delictuoso, sin considerar los realmente necesarios. Véase CARRARA, *Programa*, T. I, pp. 271, 272; ÍDEM, *Opúsculos*, T. I, p. 161. CARRARA, con su acostumbrada perspicacia y anticipándose a esta teoría, señaló los absurdos a que tal posición puede conllevar en los delitos por autoría mediata y en los delitos complejos. En general, el criterio subjetivo fue fijado por primera vez a nivel legislativo en el Código Toscano y en el Proyecto VIGLIANI de 1874, según las cuales era responsable de delito frustrado “*chiunque averse compiuto per parte sua tutti gli atti necessari alla esecuzione di un reato*” (CARRARA, “*Il tentativo*”, en *Enciclopedia giuridica italiana*, Vol. XVI, Parte 1, Milano, Società Editrice Libreria, s/f).

(301) BELING, *Esquema*, pp. 105 y 106.

15.5.2. Importancia de la delimitación

La trascendencia de la delimitación entre tentativa inacabada y delito frustrado (y/o tentativa acabada), reside en dos aspectos centrales: *primero*, en la menor o mayor punibilidad de tales actos, de acuerdo al menor o mayor contenido de injusto; y *segundo*, en la posibilidad de lograr la impunidad del comportamiento relevante al determinarse la factibilidad del desistimiento y los riesgos que acarrea en esta segunda opción el denominado “arrepentimiento activo”.

15.5.3. Tratamiento histórico punitivo

En cuanto a la relación entre delito frustrado y consumado CARMIGNANI, a diferencia de ROMAGNOSI, ofreció un tratamiento diferenciado al delito frustrado en relación a la consumación ya que aquél no podía ser imputado con la misma gravedad que el delito perfecto o consumado. CARRARA establece diferencias entre el denominado conato perfecto o tentativa acabada y el delito frustrado, indicando que en el primero se da el agotamiento sin interrupción de los actos proyectados por el reo; y en el delito frustrado se requiere el agotamiento de los actos que exige la naturaleza del hecho según el curso ordinario de las cosas ⁽³⁰²⁾. Anotando a continuación que en el delito frustrado existe un mayor peligro y, por lo mismo, merece un mayor grado de sanción sin llegar al extremo de imputarlo tan igual que al delito consumado. Para CARRARA lo que constituye la esencia material del delito frustrado es el agotamiento o ejecución completa de todos los actos necesarios para el delito, no tan sólo los plasmados en su entendimiento por el actor del delito ⁽³⁰³⁾.

(302) CARRARA, *Opúsculos*, T. I, § 161, p. 318. Precisa CARRARA que los antiguos criminalistas no tenían del delito frustrado un concepto específico, calificándolo ya como *conatus praetergressus* (tentativa próxima en su última etapa), ya de *conatus perfectus* (tentativa perfecta) (véase su *Programa*, T. I, p. 271).

(303) CARRARA definía el delito frustrado del siguiente modo: “El delito frustrado se define como la ejecución de todos los actos necesarios para la consumación de un delito, hecho con intención explícitamente dirigida a ese delito, pero no seguido del efecto querido por causas independientes de la

Y actos necesarios para el célebre tratadista son aquellos actos capaces de convertir el peligro en daño efectivo (304). MEZGER, siguiendo los planteamientos de FRANK, MEYER, HIPPEL y LISZT, es de la opinión que “en orden a la delimitación de la tentativa inacabada frente a la tentativa acabada, constituye la resolución del agente, como en la teoría total de la tentativa, la base determinante: ésto quiere decir: sólo en sentido subjetivo y en consideración al plan del autor mismo puede ser contestada la pregunta respecto a si el agente ha hecho todo lo que por su parte es necesario para la consumación del delito. Sólo su resolución de voluntad (el plan del autor), nos informa respecto a lo que ha de esperarse de él. La misma conducta externa es tentativa acabada o inacabada, según que el sujeto considere su actividad de ejecución ya concluida o entienda que exige continuarla(305). A este criterio se suman casi la totalidad de teóricos alemanes, incluidos WELZEL, STRATENWERTH, LACKNER y otros.

15.5.4. El agotamiento de los actos ejecutivos

Cabe anotar que los actos necesarios y suficientes para consumir el delito y que pese a tal premisa no lo consuman, no obstante el haberse agotado la posibilidad humana concreta de los actos ejecutivos (306), hay que entenderlos no tanto en función a los actos planificados por el agente (pues éste planifica de acuerdo a su nivel de comprensión, que no siempre representa un punto promedio de factibilidad consumatoria, o puede proyectar actos, realizarlos y,

voluntad y de la manera de obrar del culpable” (*Programa*, T. I, p. 272). “Mientras la acción criminosa se encuentra en marcha, puede el delincuente arrepentirse, y arrepentirse últimamente. Pero cuando todos los actos están realizados, el arrepentimiento (si en dichos actos hay idoneidad) será tardío, si la providencia no salva a la víctima con la intervención de un caso fortuito” (*ibídem*, T. I, p. 273).

(304) CARRARA, *Programa*, T. I, p. 424.

(305) MEZGER, *Tratado*, T. II, p. 225.

(306) Desechamos aquí el criterio subjetivo de enfocar el delito frustrado, en función al agotamiento de actos ejecutivos según el plan individual del autor.

sin embargo, no ser éstos los necesariamente suficientes), sino en consideración a las características del tipo específico (bien jurídico, sujeto pasivo), variables y reglas de referencia natural consumatoria y poniendo en práctica estimativa la sabiduría de la experiencia jurisprudencial y judicial.

El haber ejecutado todos los actos necesarios, no siempre se identifica como señala CARRARA, con los actos proyectados como necesarios en la mente y en el plan del infractor delictivo. Si queda aún posibilidad de ejercitar algún acto necesario para consumir el delito, no puede hablarse de delito frustrado, pues esta categoría jurídica exige el agotamiento de los actos ejecutivos; el hecho será pues, en su defecto, simple tentativa inacabada. E igualmente si agotándose la ejecutividad de la acción, unos de los actos se torna insuficiente e inidóneo, tampoco habrá delito frustrado, sino tentativa inidónea. En suma el delito frustrado es el extremo límite colocado entre la tentativa y el delito consumado. Igualmente es inadmisibles plantear el desistimiento en este grado del delito, por cuanto no se puede desistir de algo que ya agotó su potencial ejecutivo (307).

15.5.5. Posturas actuales en torno al delito frustrado

Las dificultades observadas en la delimitación del campo propio de la tentativa inacabada y del delito frustrado (308), que han

(307) Errónea apreciación en la que incurren muchos penalistas; en nuestro país, por ejemplo, FELIPE VILLAVICENCIO haciendo suyas las opiniones del profesor MUÑOZ CONDE, señala: "El desistimiento en tentativa acabada se presenta cuando el sujeto de acuerdo a su plan ya realizó todos los actos necesarios para la producción del resultado y desarrolla una nueva actividad para impedirlo" (*Lecciones de Derecho penal*, Lima, Cultural Cuzco, 1990, p. 184; cfs. también ZAFFARONI, *Tratado*, T. IV, p. 496).

(308) Que ha hecho que algunos autores consideren banal e inclusive imposible tal diferenciación en la mayoría de los casos. Así, en América Latina, CURY URZÚA es de la idea que no tiene fundamento la separación entre tentativa y delito frustrado, ya que el disvalor de acción es semejante en uno y en otro caso (*La tentativa*, p. 200).

generado una buena dosis de confusión y perplejidad en el análisis de casos, y sobre todo en el momento de la estimación judicial, han radicado fundamentalmente en el incipiente dominio de la teoría de la tentativa, en la confusión de conceptos y en el desacertado manejo lingüístico de los vocablos jurídico-ontológicos, en la pervivencia de esquemas mentales, cuyo material metodológico de análisis tórnase insuficiente para comprender una realidad jurídica rica en matices y nexos recíprocos. Razones todas ellas que han originado una corriente de opinión legislativo-doctrinaria que va generalizando la tendencia a la supresión del delito frustrado de la normativa de los códigos penales: así el Código Penal alemán, el francés, el argentino, el brasileño, el portugués, el peruano, el mexicano, el colombiano, el español (1996), etc.; por el contrario mantienen el delito frustrado en su legislación los códigos español de 1973 y chileno (309). Se renuncia de esta manera a tratar como figura con nombre propio al delito frustrado y se la integra en el tipo genérico abstracto de la tentativa, al lado de la tentativa inacabada y la tentativa inidónea. No obstante esta tendencia, cabe indicar, que no existe una razón consistente ni dogmática, ni político criminal para prescindir la mención al delito frustrado a nivel normativo. Las diversas razones argüidas no deslegitiman el uso de una categoría que posee sustento óntico-jurídico, que obedece a los espaciamientos y niveles propios de la tentativa en su límite extremo superior. El problema de cognoscibilidad, acotado como argumento, es decir la dificultad de diferenciación atribuida a la praxis judicial, en realidad es un pseudo problema.

(309) El reciente Código Penal español de 1995, ha suprimido la mención literal al delito frustrado. Pero sin embargo en su artículo 62 (reglas generales para la aplicación de la pena) condiciona la aplicación de pena, a los autores de tentativa de delito, al grado de ejecución alcanzado. Con lo cual deja abierta la posibilidad teórica del delito frustrado. Véase *Infra* "Esquemas Legales de tentativa", pp. 377 y ss.

15.6. La tentativa inidónea y/o el delito imposible

15.6.1. Breve recensión histórica

Fue elevada a nivel de categoría jurídico dogmática a partir de la producción jurisprudencial del Tribunal Supremo alemán *Reichsgericht* fuertemente influido por M. VON BURI (1880) y asumida teóricamente por la mayoría de tratadistas alemanes. Resoluciones como aquellas que punieron el infanticidio tentado sobre un niño muerto, o castigaron como aborto, los intentos al respecto en una mujer no embarazada, marcaron desde entonces el predominio subjetivista en el tratamiento de la tentativa inidónea. Sin embargo el llamado delito imposible, irrealizable, o simplemente tentativa inidónea, remonta su estudio, como la mayoría de los temas de importancia en el derecho penal, a aquel período de fértil y enriquecedor análisis dogmático, realizado por los post-glosadores italianos y alemanes. Esto se reflejó desde entonces en las concepciones de FARINACCIO y MENOCCHIO, el primero, por su no punición, y el segundo, por su castigo; dilema que desde el siglo XVII, ha separado a la escuela objetiva italiana de la escuela alemana subjetiva, y que hoy se patentiza con toda su actualidad en los artículos 56 y 23 del *Codice Penale* italiano y del *Strafgesetzbuch* alemán vigentes respectivamente.

15.6.2. Características

La tentativa inidónea denominada comprensivamente delito imposible, tiene como característica distintiva la no consumación del delito, en consideración a tres variables fundamentales: a) el acto en general; b) el medio utilizado; y c) la naturaleza del sujeto pasivo u objeto del delito. Las dos primeras causales se agrupan bajo el epígrafe de la inidoneidad de la acción o comportamiento, y la tercera en la impropiedad que representa el bien jurídico, esto es, la imposibilidad de lesionarlo o ponerlo en peligro (acción sobre objeto inidóneo). Sobre esto JESCHECK sostiene: "Existe tentativa inidónea cuando la acción del autor dirigida a la realización de un tipo penal en las circunstancias dadas no puede llegar la consumación por razones fácticas o jurídicas. Sucede esto en los casos de

inidoneidad del objeto, de los medios, o del sujeto” (310). La tentativa inidónea es claramente diferenciable de la tentativa inacabada y del delito frustrado, por cuanto no es la cantidad de tentativa o el grado de desarrollo de los actos ejecutivos lo que interesa, sino los factores causales de probabilidad eficaz de lesionar o poner en peligro el bien jurídico; entonces, poco interesa si la acción se la enfoca en la fase de su terminación o de agotamiento; lo esencial aquí es si los actos o los medios poseen suficiencia intrínseca lesionadora, al igual que si el objeto es susceptible de ser lesionado o de ser puesto en peligro. Esta evidente segmentación permite denominarla propiamente delito imposible a esta última variable.

La sustantivación básica de los actos, se refiere a la inidoneidad tanto del comportamiento en su integridad, como de los medios específicos empleados por el agente. Atañen al comportamiento cuando el sujeto activo no hace un uso adecuado de los factores causales para propender al resultado consumidor; por ejemplo, planea el aborto de una mujer utilizando aspirinas y/o compuestos mágicos; asimismo, puede darse una combinación de actos idóneos e inidóneos que invalidan la capacidad delictiva de la tentativa, así tenemos: el acechar, cercar y rodear a la víctima, el apuntarle con un revólver, jalar el gatillo y no dispararse las balas por inexistir éstas (311). Lo más frecuente y mayormente estudiado se halla relacionado a la inidoneidad del medio empleado (veneno en dosis insuficiente, revólver de fogeo utilizado para matar). Se ha distinguido una inidoneidad absoluta y una relativa (312), obedeciendo la primera a la falta total de suficiencia lesionadora del medio o instrumento

(310) JESCHECK, *Tratado*, Vol. II, p. 725.

(311) Ejemplo típico dado por CARRARA en su *Programa*. Véase de ORESTES ARAUJO, *La tentativa*, Montevideo, 1958, pp. 150 y ss. El autor realiza un bien logrado estudio sobre estos puntos y en general sobre la tentativa. Otro recomendable trabajo es el de RUPERTO NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, ya cit.

(312) Véase la crítica que hace CEREZO MIR a esta distinción en su *Problemas fundamentales del derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1982, p. 307.

usado en la ejecución: así, intentar matar con una dosis de azúcar diluida en la bebida, intentar envenenar las aguas de uso público colocando en ellas frutas, intentar cometer prevaricato con documentación ajustada a ley, pensando que ésta había sido derogada, etc. Y concerniendo la segunda, a la suficiencia relativa del medio empleado, el que, en condiciones de uso apropiado generaría los resultados deseados, por ejemplo cuando se dispara a una distancia exagerada, cuando se injuria con términos cuyo significado sólo conoce el injuriante, etc.

15.6.3. Un absurdo lingüístico

El tema de la tentativa inidónea absoluta es en realidad un contradictorio jurídico. Si la acción desarrollada carece de absoluta aptitud para poner en peligro o lesionar el bien jurídico (es decir es imposible que el resultado consumidor se produzca), es coherente con esto desenterrar la idea de que exista tentativa (salvo que se considere suficiente la voluntad, como hace la teoría subjetiva); por lo mismo es igualmente incorrecto considerar como lo hace BACIGALUPO ⁽³¹³⁾ que exista “comienzo de ejecución” en la tentativa inidónea absoluta. El comienzo de ejecución tiene su expresión completa en la realización de actos de ejecución, y no pueden ser tales, aquellos que carecen de posibilidad lesionadora. Este error que es común a numerosos tratadistas españoles y latinoamericanos obedece a una incipiente comprensión del significado y la naturaleza de los actos de ejecución.

15.6.4. La tentativa inidónea en consideración al sujeto pasivo del delito o del objeto del mismo

Se expresa esta sub-variedad (más propiamente delito imposible) cuando los actos ejecutivos recaen en un bien jurídico que ha dejado de ser tal o inexistente de modo permanente, así, el disparar contra un cadáver creyéndolo aún con vida (no existe aquí el bien

(313) BACIGALUPO, *Manual*, p. 171. Es igualmente equívoco sostener que exista un disvalor de resultado disminuido en la tentativa inidónea acabada.

jurídico tutelado), el hurtar un bien que es propio (no se está atacando un bien jurídico relevante), la tentativa de estafa cuando el provecho patrimonial pretendido es un enriquecimiento legítimo o pertenece el bien económico obtenido al propio “estafador”, pretender hacer abortar a una mujer que minutos previos ha muerto o nunca estuvo embarazada, etc. No puede ser delito imposible el ingresar de noche al dormitorio de la víctima y disparar al bulto que yace en la cama, en la creencia que se trata de la persona indicada, habiendo ésta momentos antes abandonado el dormitorio (se trata de delito frustrado al igual que en el caso de aquel que ingresa a robar en una joyería y las joyas han sido cambiadas ese mismo día a un lugar más seguro). Igualmente –y es éste un caso muy discutido– no se trata de delito imposible el introducir la mano para robar en un bolsillo vacío. En estos dos últimos casos tomados a modo de ejemplo se da una inexistencia eventual, transitoria del bien jurídico protegido, lo que no permite configurar delito imposible, pues el tipo penal admitía realización, de haber el sujeto activo del delito obrado con mayor detenimiento; el delito era posible, las circunstancias elegidas fueron inadecuadas.

15.6.5. El delito imposible

En los casos de delito imposible (inexistencia o corrupción del objeto del delito), los actos o los medios puestos en disposición causal, son por lo general idóneos, ya que en condiciones de existencia del objeto-delito, la consumación del mismo se realizaría sin problemas. No deja sin embargo de estar exenta de contradicciones el concepto mismo de delito imposible; si hablamos de delito, queda entendido que nos estamos refiriendo a una situación jurídica con un sustrato de hecho posible; ahora bien si a esta realidad le agregamos la adjetivación “imposible”, generamos una evidente contradicción lógica y de construcción, por cuanto el delito necesariamente tiene que ser posible para ser imputable.

Lo que falta no es la idoneidad del medio o del acto, sino la virtualidad lesionable del bien jurídico. En el delito imposible, es decir en aquellos procesos por inexistencia o impropiedad del objeto

o del sujeto pasivo, esta inexistencia puede ser de origen o sobrevenida; es de origen cuando los actos idóneos se dirigían a lesionar un bien que no tenía la calidad de tal o simplemente carecía de existencia real o coyuntural. Es sobrevenida, cuando el bien jurídico existe pero en el desarrollo del proceso deviene insubsistente⁽³¹⁴⁾. Es por esto que esta subvariedad debe ser considerada más propiamente como delito imposible –no obstante las objeciones semánticas anotadas– y no tentativa inidónea (la que hace alusión por excelencia al medio o al acto en sí). Justamente por ello resulta absurda la pretensión de ver en el delito imposible inidoneidad relativa o absoluta.

Se debe usar con mucho cuidado los conceptos “absoluto” y “relativo”, aplicados al terreno de la tentativa de delito, pues ambos poseen una naturaleza relativa en función al tipo penal y a las circunstancias; lo cual invalida la existencia de algo absoluto en los dominios de la tentativa. Un medio absolutamente inidóneo para matar como un pinchazo en el dedo puede tornarse idóneo en el caso de un hemofílico; un medio idóneo como un revólver cargado se torna inidóneo en manos de un parapléjico. Siguiendo a MANZINI, es más coherente hablar de medios o actos insuficientes, cuando se quiera referirse a los medios o actos inidóneos del sujeto activo del delito, perfecto o del intentado⁽³¹⁵⁾.

15.6.6. Casos de tentativa simulada

Hay actos de ejecución ontológicamente considerados pero que no contienen dolo; esto es por ejemplo en el caso del agente que

(314) Véase MANZINI, *Tratado*, T. III, pp. 203, 207.

(315) *Idem* MANZINI, *Tratado*, T. III, pp. 200, 201. MANZINI habla de circunstancias que pre-existen al inicio de la acción criminosa y que hacen imposible de un modo absoluto la consumación del delito. Considera, asimismo, al delito imposible un delito putativo; aunque señala que se distingue de éste, entendido en sentido estricto, por que implica por lo regular un error sobre la elección de los medios.

busca la sanción penal ex-profesamente por razones diversas (total desamparo social, exhibicionismo, por causas de psicología profunda, etc.). Obviamente son casos límites, en los que el agente busca la autoinculpación, verbigracia, el caso del sujeto que espera las circunstancias adecuadas y ante la presencia de policías intenta robar en un grifo o tienda comercial. Estos casos donde no existe el elemento subjetivo de la tentativa, no deben ser considerados propiamente tentativa de delito.

15.6.7. El delito putativo o error de prohibición al revés

Se da esta figura cuando el agente considera que ha realizado una acción ilícita, y tal hecho no se halla tipificado como delito; por ejemplo el que considera que ha delinquido por haber realizado prácticas homosexuales, el que cree que ha falsificado un documento público cuando dicho documento carece de tal calidad, el disparar un arma de fuego en lugar desolado⁽³¹⁶⁾, o en el caso del soldado que cree ha cometido delito al presentarse ebrio a su cuartel, cuando el acusado considera que ha cometido infracción penal por mentir a las preguntas formuladas por el fiscal (no estando obligado a decir la verdad), etc. Cabe indicar que en esta subvariedad, el acto generalmente resulta idóneo, lo que le diferencia de la tentativa inidónea. Se trata de situaciones en las que la acción no ha sido valorada penalmente; es decir situaciones en las que no existe delito, y éste sólo se da en la errónea apreciación que tiene el agente de la antijuridicidad de su conducta. Es pertinente incluir aquí los casos de suposición errónea de deberes especiales en la calidad del agente. No existe pues bien jurídico protegido penalmente, ni por lo tanto norma penal típica que lo ponga de manifiesto. Son éstas las diferencias esenciales que la distinguen de las otras variedades de delito imperfecto.

(316) No existe delito de disparo de arma de fuego para nuestra legislación. El Código Penal sólo contempla la tenencia ilegítima de armas de fuego (art. 247º).

15.6.8. Casos de inidoneidad en función al sujeto activo

La dogmática alemana discute si en estas situaciones se trata de delito putativo o de tentativa punible. Por ejemplo cuando la persona cree que en ella concurren cualidades de autor requeridas para la comisión de un delito especial (funcionario público, militares, etc.) ⁽³¹⁷⁾, y en esa creencia intenta consumir delito. La situación es en realidad intrincada y las situaciones se dividen con igualdad de argumentos. Permitiéndoseme disentir de los planteamientos de MAURACH, en estos casos procede hablar de delito putativo y ello sin perjuicio de la imputación por tentativa o actos delictuosos que se subsuman en las exigencias típicas de alguna otra figura penal.

15.6.9. La tentativa irracional o burdamente insensata

El art. 25 (inc. 3) del Código Penal alemán de 1975, ha incluido en su fórmula de tentativa inidónea el elemento cognoscitivo de la ignorancia por grosera incomprensión o burdo entendimiento de la viabilidad de la comisión delictiva, en términos de imposibilidad absoluta. Esta añadidura de la denominada, por la doctrina alemana, “*tentativa burdamente insensata*” viene a llenar –según MAURACH, GÖSSEL-ZIPF– el “campo intermedio” entre la tentativa siempre punible y la denominada tentativa supersticiosa ⁽³¹⁸⁾. Esta situación expresa para JÜRGEN WOLTER, que el dolo del autor se ha agotado en su error sobre la idoneidad ⁽³¹⁹⁾.

En esta modalidad impropia de delito imperfecto, caracterizada por una visión completamente errónea de los nexos causales comúnmente conocidos ⁽³²⁰⁾ (por ejemplo cuando se pretende derribar un avión con disparos de revolver), inexistente el elemento peligro

(317) Véase al respecto interesantes discusiones en MAURACH, *Tratado*, T. II, p. 195.

(318) Véase MAURACH-ZIPF, *Derecho penal*, T. I, p. 68.

(319) JÜRGEN WOLTER, “Imputación objetiva y personal...”, p. 132.

(320) Véase MAIWALD, *L'evoluzione*, p. 116.

y se da por demás grosera una falta de entendimiento de la viabilidad del delito. No obstante, y como lo pone de relieve JAKOBS, “cuando a pesar de la insensatez un comportamiento se torna peligroso (o incluso se consume) ello sólo puede obedecer a circunstancias fortuitas conectadas ocasionalmente con el hacer insensato”, señalando el autor que “tales circunstancias no se pueden imputar al hecho doloso por falta de realización del peligro percibido” (321).

La legislación penal alemana al respecto declara impune tales comportamientos o, según el caso, los castiga discrecionalmente. Y esta dualidad aparentemente contradictoria, guarda coherencia en la perspectiva legal alemana, por cuanto no es tarea sencilla para el juez el decidir a partir de qué momento se puede hablar de grosera irracionalidad, de ahí entonces la razón de dicha discrecionalidad, que puede llegar a considerar en esta circunstancia la existencia de un infimo nivel de ilícito penal.

15.6.10. La tentativa irreal o supersticiosa

La creación dogmática de esta figura implicó una concesión de la marcada tendencia subjetiva alemana, para conferir de este modo un matiz de racionalidad a la concepción manejada de la tentativa inidónea, pese a que en su momento se consideró por teóricos y magistrados alemanes que incluso en los actos de tentativa supersticiosa se expresaba también una voluntad hostil al derecho opinándose por la punición de tales prácticas. Y es una concesión, por razones de racionalidad y coherencia, para abonar la tesis de la represión de los supuestos encerrados en el delito imposible y así de este modo no incurrir en el descrédito que significaría para la administración de justicia alemana el punir situaciones extremadas de tentativa irracional.

En estos casos el agente considera poder lograr sus fines ilícitos con el uso de medios material y objetivamente irreales, mágicos

(321) JAKOBS, *Derecho Penal*, p. 894.

o fantásticos; por ejemplo, el que intenta matar a su enemigo mediante maldiciones, imprecaciones, rezos o conjuros. En general se ubican en esta clasificación los actos de superstición a los que acude el agente con la intención de obtener un resultado lesivo a determinado bien jurídico. Como indica MAURACH, aquí no se da un peligro abstracto, ni un peligro concreto para el bien jurídico ⁽³²²⁾; o como señala GÓMEZ BENÍTEZ, se trata de conductas incapaces de producir el resultado ya sea *ex-ante* o *ex-post* ⁽³²³⁾. STRUENSEE agrega que el conocimiento científico y las reglas que otorga la experiencia debida deben ser tomados como fuentes de efectos reales en la contraposición a lo mágico supersticioso ⁽³²⁴⁾.

Naturalmente ni el delito putativo, ni la tentativa irreal o supersticiosa, al no producir perturbación real en el ordenamiento jurídico han merecido por razones obvias tratamiento legislativo en la actualidad. Cosa distinta sucedía si observamos retrospectivamente las épocas en las cuales la magia, hechicería, herejías y demás absurdos jurídicos del oscurantismo feudal europeo eran considerados delictivos y perseguidos con especial crueldad legal.

15.6.11. Punición de la tentativa inidónea

Si bien la mayoría de códigos penales modernos, han suprimido de su estructura la punición de la imposibilidad de tentativa, ante la inexistencia del riesgo de lesión para el bien jurídico, otros igual de modernos lo continúan contemplando, entre estos últimos el Código penal alemán de 1975 ⁽³²⁵⁾.

⁽³²²⁾ Véase MAURACH, *Tratado*, T. I, p. 195 y ss.

⁽³²³⁾ GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, p. 271.

⁽³²⁴⁾ EBERHARD STRUENSEE, *Dolo, tentativa y delito putativo*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991, p. 85.

⁽³²⁵⁾ Las razones expuestas por MAIWALD para justificar la permanencia en el Código penal alemán del castigo a los supuesto del delito imposible carecen de validez epistémica. La ausencia de una definida distinción entre tentativa idónea e inidónea y la duda acerca de que se llege a superar tal

La razón, como apunta BERND SCHÜNEMANN ⁽³²⁶⁾ en Alemania, es de un largo y atávico trasunto histórico, del que no han podido liberarse, ni la obra de los legisladores, ni la jurisprudencia del tribunal supremo; pero tampoco, lo que es más sintomático, los tratadistas de renombre que con tanto brillo y originalidad contrastaron teorías y aportaron planteamientos novedosos en el ámbito dogmático penal. Es el caso de WELZEL quien permanece en este punto, adscrito a los postulados irracionales de la normativa pertinente de la parte general del *Strafgesetzbuch* (Código Penal alemán), sin adoptar al respecto ninguna postura crítica. Y este asunto de atavismo germano, se remonta a la época de la adopción del criterio de la equivalencia de condiciones, en la teoría de la acción ⁽³²⁷⁾. Esto es, que no era posible diferenciar entre tentativa peligrosa y no peligrosa, dada la equivalencia para producir los resultados que tienen tanto las acciones necesarias y las accidentales. La fuerte dosis de subjetivismo que entonces comenzaría en la historia judicial penal germana, se prolonga hasta nuestros días.

15.7. La tentativa desistida (el Desistimiento)

C.P. Art. 18°.- *“Si el agente desiste voluntariamente de proseguir los actos de ejecución del delito o impide que se produzca el resultado será penado sólo cuando los actos practicados constituyen por sí otros delitos”.*

impase, agravada por la dificultad observada e inherente al esfuerzo de hallar parámetros objetivos de diferenciación en base a un observador ideal, no puede constituirse en razón para criminalizar supuestos de hecho en los que existan dubitaciones sobre su relevancia jurídico penal.

⁽³²⁶⁾ BERND SCHÜNEMANN, “Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal”, en BERND SCHÜNEMANN *et. al.*, *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 46.

⁽³²⁷⁾ Célebre sentencia del 24/5/1880 del Tribunal Supremo Alemán que afirmó la punibilidad de toda tentativa. Véase MAURACH-ZIPF, *Tratado*, T. I, p. 42.

15.7.1. Características

El desistimiento es otra de las causas de interrupción y, específicamente, de cesación del proceso ejecutivo del delito por factores atribuibles al sujeto activo del mismo, en donde las causales de imperfección del delito, a diferencia de lo que pasa en la tentativa inacabada, son optados y asumidos libremente por el actor, obrando éstas contra la voluntad delictiva del mismo, y cancelando de este modo el desenlace ulterior de los actos ejecutivos. Obviamente que si en la comisión de dichos actos, de los que se ha desistido el agente, se produjeron otros hechos que reúnen características típico-penales, los efectos jurídicos del desistimiento no serán extensibles a los mismos. Procede en la tentativa inacabada, no así en el delito frustrado ni en la tentativa absolutamente inidónea o delito imposible. La razón de esto radica en que no puede haber lugar a desistirse cuando se han agotado los actos ejecutivos en el proceso que debió generar la consumación del delito. Para desistirse tiene que existir la posibilidad objetivo-racional de practicar aún otros actos ejecutivos en la mira de la consumación, consecuentemente la renuncia tiene que producirse cuando todavía le es al agente posible continuar con éxito hacia el logro de su fin típico, siendo el resultado consumidor, viable y alcanzable. Asimismo, y en el caso de que el agente decida no continuar con los actos que inidóneamente practicaba, ya sea a nivel de comportamiento o de los medios totalmente ineficaces de los que hace uso, ello resulta irrelevante por lógica y sentido jurídico, para dotarle a su actitud del carácter jurídico propio del desistimiento, por cuanto al no existir acto de ejecución relevante, es inadmisibles dogmática y jurídicamente la tentativa desistida. No sucede lo mismo en la tentativa de inidoneidad relativa, donde sí –al determinarse niveles de peligro para el bien jurídico– es factible el desistirse. El desistimiento es, pues, figura típica que congloba acto, medios y objeto, posibles y realizables, características propias de la tentativa inacabada, no así del delito frustrado o del imposible.

15.7.2. Naturaleza jurídica

El desistimiento es una de las formas concretas en que se materializa el delito imperfecto, siendo a la vez una circunstancia personal

privilegiada de excepción de pena; pero para su cristalización jurídica el legislador ha determinado que se origine en una decisión voluntaria atribuible a la capacidad de poder actuar en contra del proceso delictivo, esto es, se desista de actuar ejecutivamente y se ultime el elemento subjetivo del delito que le penetra y dirige. Esto, en palabras de PESSINA es la situación creada en que “dos fuerzas iguales y contrarias se destruyen” (328); o al decir de la doctrina alemana, la anulación retroactiva de la voluntad antijurídica al desaparecer la voluntad de consumación (329). Para MANZINI, el desestimiento es una simple causa de exclusión de pena (330). El desistimiento presupone interrupción material del proceso ejecutivo del delito y cesación de la voluntad final de la acción del agente. Es importante recalcar que en la estructura óntico-jurídica del desistimiento, encontramos en un primer nivel una decidida voluntad de delinquir que se materializa y expresa en los actos ejecutivos que hacen tentativa, los que pueden recorrer determinados grados de desarrollo; y en un segundo nivel, una omisión voluntaria (abandono de un hecho) a seguir actuando en función al fin típico e incluso puede darse que a la acción ejecutiva típica le siga una acción irrelevante que igualmente implique desistimiento (acción ejecutiva: acción irrelevante), ejemplo, el que mediante actos iniciales de violación sexual, varía su conducta y procede a calmar a la víctima, disculpándola

(328) PESSINA, *Derecho Penal*, p. 510.

(329) BERNER, *Lehrbuch*, pp. 105, 169, citado por MAGGIORE, *Derecho Penal*, T. I, p. 85. Agrega MAGGIORE que otros tratadistas más aferrados a los esquemas del Derecho Civil, al aplicar al delito los principios del negocio jurídico asimilan el desistimiento a una condición suspensiva o resolutoria de la punibilidad (LAMMASCH, BINDING, SOMMER, VANNINI, etc.). Para JAKOBS se trata aquí de la revocación del quebrantamiento de la norma. Revocación posible y permisible por el sistema penal, e imputable positivamente al comportamiento del agente. Para un estudio detallado, minucioso y a veces crítico del pensamiento de JAKOBS en el tema de la tentativa desistida, véase el valioso trabajo de MARCELO SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, pp. 68 y ss., Bogotá, Temis, 1995.

(330) MANZINI, *Tratado*, T. III, p. 215.

se y ayudándola a recobrase. En este caso a la acción inicial le ha seguido otra de distinta naturaleza, existiendo de por medio la omisión a continuar la ejecución. *Acción y omisión* como antípodas o elementos de una continuidad de contrarios que le dan naturaleza propia y peculiar al desistimiento. Es también de importancia incidir en *el desistimiento en los delitos de omisión*, el desistimiento en estos casos se perfecciona o realiza ejecutando la acción esperada conforme a derecho que evita el resultado típico, quebrando de esta forma voluntariamente la estructura omisiva de la actitud del agente. En esta segunda hipótesis legal y a diferencia de las anteriores se produce una inversión en los momentos: *omisión y acción*, que por lo mismo dan sentido al desistimiento en los tipos omisivos.

15.7.3. La voluntariedad

Constituye elemento fundamental del desistimiento la *voluntariedad del mismo*, esto implica que no debe ser producto de la coacción o de factores causales ejercidos contra el que ejecuta actos ilícitos penales, de forma tal que le obligue a cesar en su actividad. Deben por lo tanto inexistir causas externas que vinculen la libertad de determinación ⁽³³¹⁾, por que de no ser así estaríamos en

(331) MANZINI, señala que es indiferente que el desistimiento haya sido determinado por verdadero y propio arrepentimiento, por temor a la pena, por repentina piedad hacia la víctima o por cualquier otra causa, que no constriña al malhechor a interrumpir a pesar suyo (*Tratado*, T. III, p. 215). La dogmática italiana reciente sostiene respecto a la “voluntariedad”, tanto en el desistimiento (*desistenza*) como en el impedimento del resultado (*recesso attivo*), que su verificación prescinde del juicio de la meritoriedad de los motivos que induzcan al agente (FIANDACA-MUSCO); la voluntariedad no existe en los casos de imposibilidad no sólo real, sino también putativa (abandono de la empresa por que el agente cree que la llave, mal colocada, no abre la caja fuerte) (MANTOVANI); la voluntariedad no implica arrepentimiento, ni coincide con la espontaneidad, no deben presentarse condiciones externas que le constriñan a desistir o a abandonar (ROMANO); es decir, decisión autónoma del agente no condicionada por factores externos. Vid. también: FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p. 348; MANTOVANI, *Diritto penale*,

el ámbito de la tentativa inacabada. Esta voluntad de desistir se manifiesta con la cesación de los actos ejecutivos, y los motivos pueden ser múltiples: de orden psicológico, o de valoración de circunstancias (cálculo), repulsión, aversión, el temor a la sanción penal, por propios criterios de conciencia, por nivel de susceptibilidad ante los ruegos de la víctima, o por los peligros que tal conducta genera, por consejos del partícipe, etc., que acaban con el dolo manifiesto ⁽³³²⁾. Dichos móviles o motivos toman importancia secundaria,

p. 458; ROMANO, *Commentario*, T. I, p. 574; otros autores: LATAGLIATA, *La desistenza volontaria* (1963), p. 175; MONACO, *Sull recesso del delitto tentado* (1978), p. 219. Otros: VIOLANTE, FROSALI, PAGLIARO).

(332) La dogmática alemana ha sobredimensionado el elemento “voluntario”. A partir de FRANK, se le ha definido del siguiente modo: Voluntario es el desistimiento únicamente en el caso de un motivo independiente autónomo. En otras palabras, el autor se dice: “Yo no quiero llegar a la meta, aun cuando puedo... En todos los demás casos el desistimiento es involuntario, es decir si el autor dice: Yo no puedo llegar a la meta, aun cuando quiero “ (*Das Strafgesetzbuch für Deutsche Reich*, p. 59 citado por FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *La desistimiento voluntario de consumir el delito*, Barcelona, Bosch, p. 84). *La voluntariedad* concebida normativamente (es decir sin enfatizar los motivos o móviles autónomos que producen retractación en el agente), ha sido conceptualizada de distintas maneras por los dogmáticos alemanes, contemporáneos. Como expresión de conciencia fiel al derecho o de un retorno a la legalidad (BOTKE), cuando se satisface la culpabilidad jurídica producto de la tentativa, mediante una realización atribuible a él y se libere de aquélla (HERZBERG); sólo habrá voluntariedad cuando la ulterior continuación del actuar delictivo no haya perdido su valor para el autor (SCHMIDHÄUSER); en el caso de aquel que resuelve de conformidad con la norma un conflicto entre una conducta que atente contra ella y otra que la respeta, merece el reconocimiento, razón por lo que decae la necesidad de la pena (“Teoría del conflicto reconocimiento” de WOLTER). Sin embargo, para BOCKELMANN es decisiva la calidad ética del motivo del desistimiento. Cabe destacar que por lo general no siempre es clara la diferencia entre lo normativo y lo psicológico del desistimiento. De BOTKE, Véase *Zur Freiwilligkeit und Endgültigkeit des Rücktritts vom versuchten Betrug* (1980), pp. 441, 469; de SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Tübingen, 1984. Igualmente son de importancia los puntos de vista de INGEBOG, PUPPE, DREHER, TRÖNDLE, LACKNER y otros.

e incluso son irrelevantes ante la objetiva demostración de la capacidad de obrar contra-ilícitamente⁽³³³⁾. En la determinación de la voluntariedad del desistir del agente, será de gran importancia el análisis que se haga de la circunstancias materiales y personales que implican el hecho mismo. Cuestiones como la de si era objetivamente aún posible continuar con la ejecución del delito o era inevitable la cesación del mismo, permitirán diferenciar la existencia del desistimiento de la tentativa inacabada o del delito frustrado. Igualmente es de gran importancia observar si en el agente hubo capacidad de desistir o si fue compelida su voluntad para ello. El análisis *ex-post* y *ex-ante* de los hechos se tornan obviamente de necesaria realización, el segundo para establecer probabilidades y el primero para reconstruir los hechos.

15.7.4. La eficacia del desistimiento

El desistimiento, además de ser voluntario debe ser eficaz, es decir, debe darse sobre presupuestos de que la consumación del delito no llegue a concretarse para que produzca sus efectos de privilegio penal; sería ilógico premiar una voluntad de desistimiento de efecto estéril o anodino, que no permita dejar a salvo la integridad del bien jurídico⁽³³⁴⁾. El Código penal derogado de 1924 referíase a la espontaneidad, como nota esencial del contenido del desistimiento, con lo cual se restringía el concepto.

(333) Para PESSINA: "No se debe indagar el motivo o el móvil, la Ley debe atender sólo a esta actividad que se manifiesta contra el propio hecho, sin tratar de indagar la intención" (*Derecho penal*, p. 511). MUÑOZ CONDE indica: "La tradicional distinción entre desistimiento involuntario, si las causas son independientes de la voluntad, y voluntario, si depende de ella, es equívoco y puede llevar a soluciones injustas. No es la causa la que tiene que ser independiente, sino la voluntad del autor" (*El desistimiento voluntario*, pp. 70 y 71).

(334) Tanto la voluntariedad como la eficacia del desistimiento serán sujetos a valoración judicial, debiendo ser debidamente comprobadas. Se debe indicar que la voluntariedad presupone un control del curso causal de los acontecimientos y la actuación conforme al plan de acción del agente.

15.7.5. Relevancia jurídica del desistimiento involuntario

Particularmente, es de considerar errónea la postura teórica *que divide el desistimiento en involuntario*, muy preponderante en la dogmática alemana y española. El desistimiento tal y como es concebido a nivel típico, es de naturaleza valorativa y esencialmente jurídica; razón por la cual no son determinantes los móviles o motivos que lo producen con tal que sean voluntarios y eficaces. No se le puede, por tanto, contraponer una constatación meramente ontológica, un hecho material, como es el caso del “desistimiento involuntario”, que no agrega ni quita nada al ilícito imputable al agente, tratándose simplemente de tentativa inacabada, porque al carecer de mención legal expresa no puede configurar modalidad de desistimiento.

15.7.6. Definitividad del desistimiento

No es exigible la definitividad del desistimiento, entendido esto como imposibilidad futura de reactivar el intento; pero obviamente el desistimiento concreto en relación al caso tiene que ser definitivo, esto es, no se puede desistir ahora para continuar el acto ilícito más tarde. Dogmáticos alemanes como ESSER, SCHÖNKE-SCHRÖEDER, WELZEL, se orientan por la definitividad del desistimiento, lo cual evidencia una tendencia exagerada en el celo protector de la seguridad jurídica que puede tornar ineficaz el instituto político criminal del desistimiento. Para WELZEL el autor debe abandonar definitivamente el plan de hecho, pues solamente entonces existe la razón político-criminal para dejar al autor libre de pena. No basta desistir solamente de una clase concreta de ejecución⁽³³⁵⁾. ROMANO, -y, los tratadistas italianos contemporáneos-, considera que incluso en los casos en los cuales el agente ha abandonado por razones de conveniencia (el sujeto se promete cometer el delito en un tiempo sucesivo, cuando las probabilidades de impunidad sean mejores), se trata también de desistimiento voluntario⁽³³⁶⁾.

(335) WELZEL, *Derecho penal*, p. 201.

(336) ROMANO, *Commentario sistematico*, T. I, p. 574.

15.7.7. Desistimiento en tentativa acabada

Habiendo puesto ya de manifiesto lo inadecuado del uso de la frase "tentativa acabada", merece, sin embargo, hacer una disgresión en tal convicción gnoseológica y, en base a la muy difundida doctrina alemana al respecto, precisar, como se ha hecho en líneas anteriores, que la única forma de entender la tentativa acabada es desde una visión subjetiva, no importando las consideraciones objetivas que invalidan automáticamente tal razonamiento. Y sólo en este sentido, cuando según la representación mental del sujeto que actúa u omite, ya todo está concluido, cabe hablar en un extremo de la posibilidad de desistimiento que origine la exclusión de responsabilidad penal; y esto por cuanto con la tentativa acabada puede suceder dos posibles de concreción:

1. Cuando la representación mental de conclusión de la ejecución coincide efectiva y realmente, con el agotamiento ejecutivo según parámetros objetivos,
2. Cuando la representación mental de conclusión del agente no guarda relación con un estado de agotamiento de la ejecución delictiva. Sólo en este segundo extremo es correcto hablar de desistimiento.

En el primer supuesto entramos en el campo óptico del evitamiento del resultado y por lo mismo ya no es consistente una referencia coherente al desistimiento ⁽³³⁷⁾.

(337) MAIWALD plantea el caso del sujeto que creyendo haber puesto todo de su parte para matar mediante cuchilladas a su víctima (tentativa acabada), llega a dudar si los golpes de cuchillo dados hayan sido suficientes para producir el resultado. Esta situación límite plantea la fragilidad de la tesis de la tentativa acabada. Si el sujeto se mantiene en su idea de que hizo todo lo que era necesario estaremos, según la perspectiva subjetiva alemana, en tentativa acabada, y si el sujeto duda y admite que debió dar otra u otras cuchilladas estaremos, según este mismo enfoque si se desea ser coherente, en un caso de tentativa inacabada. Es decir, dos calificaciones para un mismo supuesto de hecho.

15.7.8. Evitamiento del resultado

Se ha confundido –con singular presteza en nuestro país⁽³³⁸⁾– el uso y alcance semántico del concepto “desistimiento”, entendiéndolo hasta el grado de rebasar su significante, para cubrir casos objetivos que terminan por desnaturalizarlo. Así, el indicar que existe desistimiento en tentativa acabada⁽³³⁹⁾ es como decir que se puede dejar de hacer lo que ya se hizo. JESCHECK se contradice cuando afirma: “en el aspecto objetivo, el desistimiento de la tentativa acabada exige más que el desistimiento de la tentativa inacabada, ya que el hecho ya ha llegado allí hasta el final de la acción ejecutiva. El autor debe impedir el resultado por propia actividad o, en su caso, con ayuda de terceros”⁽³⁴⁰⁾. Este impedir el resultado supone actos subsiguientes de actividad en tal sentido (sentido de resultado),

(338) Cfr. FELIPE VILLAVICENCIO, *Lecciones*, p. 183.

(339) Otro término incorrectamente usado. El problema que se suscita en derecho penal, puesto de manifiesto al empezar el Título Segundo y que radica en el a veces arbitrario uso del lenguaje y de los significantes de los signos lingüísticos empleados, está expresado en los razonamientos que en el campo de la filosofía hiciera WITTGENSTEIN al constatar que las palabras generalmente son usadas con diversos significados, siendo tarea de la filosofía despejar la “auténtica intelección, eliminando malos entendidos”; por lo mismo “la tarea de la filosofía no es crear un lenguaje nuevo, sino aclarar el uso lingüístico de nuestro lenguaje ya existente”. A la vaguedad del lenguaje, se une en este caso el desbordamiento del significante, situación que no permite un modo exacto de uso, aspiración esta última deseable en la formulación y alcances de los conceptos dogmáticos. Véase sobre el citado autor, GERD BRAND, *Los textos fundamentales de Ludwig Wittgenstein*, Madrid, Alianza Editorial, 1981, pp. 138 y ss. En su *Tractatus logico-philosophicus* (Madrid, Alianza Editorial, 1992), WITTGENSTEIN, el original y profundo filósofo austriaco sostuvo lo siguiente: “la mayor parte de las proposiciones e interrogaciones que se han escrito sobre cuestiones filosóficas no son falsas sino absurdas. De ahí que no podamos dar respuesta en absoluto a interrogantes de este tipo, sino sólo constatar su condición de absurdo. La mayor parte de las interrogantes y proposiciones de los filósofos radican en nuestra falta de comprensión de nuestra lógica jurídica” (*Tractatus*, § 4.003).

(340) JESCHESK, *Tratado*, Vol. II, p. 744.

no pudiendo emplearse en estos casos el término desistimiento, con el consiguiente resultado de desnaturalizarlo y utilizar el idioma arbitrariamente. Es inherente al desistimiento, como condición del delito, la posibilidad humana objetiva de ejecución incompleta; si ésta ha concluido no cabe lógicamente referirse a dicha realidad óntico-jurídica con dicho vocablo ni con el término restrictivo “arrepentimiento”. En palabras de CLAUS ROXIN, “el abandono de la ejecución está vinculado a que siga siendo posible. Cuando no puedo actuar, tampoco puedo abandonar ninguna ejecución ulterior. Lo que se ha reconocido que es imposible, tampoco se puede seguir intentando; y cuando (tras el fracaso) ya no existe ni siquiera tentativa, el desistimiento es de antemano inconcebible” (341). Más coherente es el uso de la frase “evitamiento o impedimento voluntario del resultado”. Ejemplos de esta situación se dan cuando el mismo agente infractor auxilia y salva la vida de aquel a quien arrojó en estado de inconciencia al mar; el que apaga el fuego sólo o con auxilio de terceros del incendio que provocó; el que conduce donde un médico a la víctima u otorga antídotos eficaces contra el veneno que suministro a ésta; el saboteador o terrorista que avisa a la policía dando el lugar, ubicación precisa y tiempo de activación de la bomba que acaba de colocar (342). El tema en estudio conocido por la doctrina italiana como “arrepentimiento activo”, mas allá de lo inadecuado de la frase que hace alusión a consideraciones ético-religiosas carentes de significancia penal (343), representa el último puente que la sociedad –a través del ordenamiento jurídico– le tiende al agente que ha delinquido. El evitamiento o impedimento del resultado, junto al *resarcimiento póstumo*, ha recibido un trato

(341) CLAUS ROXIN, *Problemas básicos*, p. 251.

(342) Pero los delitos conexos cometidos, si es que los hay, serán punibles por sí mismos (daños, lesiones, etc.).

(343) Véase un valioso trabajo sobre el tema en EDUARDO CALDERÓN SUSÍN, *Arrepentimiento espontáneo*, Madrid, Edersa, 1990, obra en la cual el autor analiza los alcances del denominado arrepentimiento terrorista (pp. 291 y ss.) en base a la legislación italiana y española.

especial, sobre todo en la legislación penal austríaca (Código de 1973), cuyos arts. 33 y 34 prevén la atenuación de la represión, sobre todo en los arts. 167, 226, 240, 243, 247, 274 y otros, donde se establecen los supuestos en los que opera la exclusión de la punibilidad ante los actos posteriores encaminados a reparar el daño causado⁽³⁴⁴⁾. En el capítulo concerniente al análisis jurídico de la legislación peruana, se tratará extensivamente lo relacionado con las hipótesis que plantea el Código en cuanto al evitamiento del resultado, esto es, ante los esfuerzos desplegados por autores y/o partícipes en impedir o disminuir los efectos lesivos del comportamiento antijurídico.

15.7.9. Desistimiento en los actos preparatorios

Cabe terminar este punto, haciendo mención sobre la posibilidad del *desistimiento en los actos preparatorios punibles*. Situación asumible dado la relevancia otorgada a dichos actos en la normativa penal. Tomando el caso de las asociaciones para delinquir o las conspiraciones políticas, el desistimiento se opera al apartarse el agente de los actos o de la organización pertinente, con la evidente renuncia a proseguir los aprestamientos ilícitos. Al respecto, la jurisprudencia española es severa al exigir que el que desiste en estos tipos delictivos haya convertido en ineficaz su contribución y se haya esforzado en impedir en la medida de lo posible la comisión del hecho proyectado⁽³⁴⁵⁾. De igual modo el Código penal alemán en su art. 149 excluye de punición a los que renuncien voluntariamente

(344) Específicamente en lo relacionado a ciertos delitos contra el patrimonio, el art. 167º del Código penal austríaco excluye de punición al agente que: a) indemniza la totalidad de los perjuicios causados por sus acción; b) se obliga contractualmente a indemnizar los perjuicios dentro de un plazo determinado; y c) si se autodenuncia ante un organismo público reconociendo su culpabilidad, indemnizando la totalidad de los perjuicios producidos por su comportamiento.

(345) GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, Barcelona, Ariel, 1976, T. I, p. 168. Sobre este tema véase también SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal: Parte especial*, Barcelona, PPU, 1990, pp. 383-384.

de la preparación de falsificación de monedas o medios de pago, destruyendo o dejando sin utilidad los medios de ejecución, o denuncien su existencia.

15.7.10. Teorías sobre el trato punitivo del desistimiento

Han abordado históricamente este delicado tema cinco líneas principales de enfoque: 1) El enfoque jurídico, que pone énfasis en el elemento voluntariedad y en la concepción retributiva del derecho penal; 2) el enfoque político criminal; 3) las teorías premiales; 4) la insuficiente culpabilidad; y 5) la teoría de los fines de la pena.

1. Las teorías jurídicas. Las diversas teorías jurídicas esbozadas en la dogmática alemana se fundamentan a partir de ZACHARIAE ⁽³⁴⁶⁾, quien en 1839 precisó que la razón de la impunidad del desistimiento se debía a la anulación de la voluntad criminal que genera la actitud del agente que desistió voluntariamente la prosecución de los actos delictuosos. Posteriormente HEINRICH LUDEN ⁽³⁴⁷⁾, en 1847, señaló que al producirse el desistimiento se demuestra con ello que no existió realmente la voluntad de consumar el delito. Esta teoría se complementa con la teoría de la presunción de HERZOG ⁽³⁴⁸⁾, quien sostuvo en 1889 que el desistimiento destruye la presunción de la existencia de voluntad criminal consistente para consumar el delito, que se trataba de un delito en potencia. ZACHARIAE culminaría posteriormente su teoría de la anulación, con la acotación de la debilidad de la voluntad para afectar el orden jurídico. Estas teorías se encuadran en lo que MAURACH-ZIPF llaman el desistimiento en cuanto elemento negativo del tipo.

⁽³⁴⁶⁾ ZACHARIAE, *Die Lehre vom Versuch der Verbrechen*, 1839, p. 239, cit. por MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario*, p. 14.

⁽³⁴⁷⁾ HEINRICH LUDEN, *Handbuch des deutschen gemeinen und particularen Strafrechts*, p. 420, cit. por MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario*, p. 15.

⁽³⁴⁸⁾ R. HERZOG, *Rücktritt vom Versuch und tatige Reue* [*El desistimiento en la tentativa y el arrepentimiento activo*], 1889, cit. por MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario*, p. 16.

2. Los criterios político-criminales. Basados en la teoría del perdón, estos criterios fundamentan la impunidad del desistimiento en razones netamente de utilidad social, las que FEUERBACH, bajo un esquema de prevención general, formuló con las siguientes palabras: “El Estado, si no quiere favorecer el delito, al intentar a toda costa evitar la tentativa, debe renunciar, bajo ciertas condiciones, totalmente a la amenaza penal. Este es el caso cuando el delincuente pasa del camino de lo ilícito al de la justicia, cuando el hecho no se consuma... por miedo a la pena, por un sentimiento de compasión o por escrúpulos de conciencia y por otras causas internas. Si el Estado castigase a las personas que se arrepienten del hecho emprendido, obligaría en cierto modo a consumir el delito, pues el desgraciado que se deja arrastrar hasta la tentativa sabe que merece ya una pena y que si se arrepiente no ganará ni perderá nada importante” (349). Se trata pues de brindar un estímulo al que, por diversas circunstancias, se halle en actos de delinquir, para que cese en su empeño. FRANZ VON LISZT, conforme a este pensamiento, hizo célebre su frase del “puente de oro” para la retirada del agente que espontáneamente desiste (350). Este autor indica: “el modo de definir la espontaneidad es por su contrario: el impedimento efectivo para la consumación del delito. El desistimiento no puede tener su fundamento en circunstancias exteriores, independientes de la voluntad del autor, debe tenerlo en una resolución libremente tomada por el agente, ya proceda del miedo ante el descubrimiento o de arrepentimiento originado por repugnancia física o por honor moral, ya tenga su origen, tal vez, hasta en motivos más bajos, quizás en la decepción respecto al escaso valor de los objetos que pretendía robar (351).

(349) FEUERBACH, *Crítica al proyecto de Código Penal de Kleinschrod*: “Si el derecho penal quiere evitar la comisión de delitos, debe querer impedir también su consumación cuando se haya comenzado a ejecutarlos” (citado por MUÑOZ CONDE, *El desistimiento voluntario*, p. 19).

(350) FRANZ VON LISZT, *Tratado*, T. III, p. 20.

(351) Para VON LISZT la espontaneidad es lo fundamental en la voluntad de desistir (*Tratado*, T. III, pp. 22 y 23).

3. Las teorías premiales. Se ha criticado severamente la fundamentación político criminal del desistimiento, indicando que se trata de una racionalización alejada de la realidad misma, por cuanto el que delinque no lo hace barajando la posibilidad de desistir o consumir. Para suplir estas deficiencias se han sostenido las denominadas *Teorías Premiales*, esbozadas por FEUERBACH y desarrolladas por OETKER a partir de 1907, las mismas que fundamentan las razones de impunidad de los actos ejecutivos que concluyeron con el desistimiento del agente, en el premio o recompensa que el ordenamiento jurídico otorga a quien demuestra con su comportamiento posterior una actitud positiva para con el sistema social. Es compartida por HELLMUTH MAYER, SCHONKE-SCHRODER, BAUMANN, BOCKELMANN, SAUER y otros. La retribución penal positiva opera tanto para el desistimiento propiamente dicho como para el impedimento del resultado. El premio consiste en la impunidad de los actos ejecutivos desarrollados, cuando de ellos no resulten la comisión de algún delito o tentativa punible o del concurso de ambos. Los aspectos voluntariedad y eficacia son los presupuestos que subyacen al otorgamiento de la recompensa jurídica, hallándose tales aspectos sometidos a estimación judicial, que determine si el desistimiento se produjo realmente por voluntad o fue producto de circunstancias externas que harían improcedente su otorgamiento. Como escribe CLAUS ROXIN: "No hay porque tenderle un puente de plata a costa de la impunidad para que se vuelva atrás a quien ve fracasar su plan de realizar impúnemente el delito y lo abandona ya por esa razón. Quien se retira ante un riesgo demasiado grande actúa como lo haría cualquier delincuente empedernido, y realmente no hay ningún motivo para darle un premio por su huida ⁽³⁵²⁾. La asunción de la teoría de la recompensa implica según MAIWALD la exigencia de un motivo éticamente apreciable (requisito de la espontaneidad).

4. Teoría de la insuficiente culpabilidad. Las razones por las cuales el estado ha demostrado interés en otorgar la impunidad

(352) ROXIN, "Sobre el desistimiento de la tentativa inacabada", en su *Problemas básicos*, p. 252.

al no castigar penalmente tales comportamiento, ha generado numerosos debates al interior de las escuelas europeas de derecho penal, siendo un asunto que enraíza con la función misma del derecho penal. Las explicaciones dadas últimamente y que encuentran en la incipiente antijuridicidad de tales actos, o en la reducida e insuficiente culpabilidad (culpabilidad disminuida) la justificación del trato privilegiado del desistimiento, son las que explican con mayor coherencia la actitud del Estado de conceder una salida o legal a quien incurre en tales comportamientos y permiten explicar la teoría del estímulo y del premio retribuidor en un enfoque globalizador que atienda tanto a las razones político criminales, como a las jurídicas y premiales.

5. Teoría de los fines de la pena (enfoque teleológico).

Según los que sustentan esta teoría la impunidad del desistimiento es innecesaria tanto desde un punto de vista de prevención general como de prevención especial, por cuanto el sujeto al autocorregirse demuestra así la no necesidad de la pena para ser reeducado, como, asimismo, deja de constituir un ejemplo negativo para la comunidad.

6. Otros criterios. Planteamientos de autores como BOCKELMANN, han actualizado la teoría político criminal del “perdón”, sostienen que la meritoria actuación del sujeto que desiste debe compensar en alguna medida el hecho culpable, siendo por ello adecuado no imponerle pena, es decir perdonarle ⁽³⁵³⁾. Por su parte GÜNTHER JAKOBS desde la perspectiva del “motivo de compensación del delito”, y tras señalar su negativa a considerar al desistimiento como negación o eliminación de la tentativa, llega a concebirlo como una causal de impunidad compensadora en todos los niveles delictivos, que van desde la tipicidad a la culpabilidad. Según JAKOBS el desistimiento es la revocación del quebrantamiento manifiesto de la norma, y por lo mismo es dicha revocación con su consiguiente actuación conforme a la norma lo que posibilita su no punición. Los

(353) MAURACH-GÖSSEL-ZIPF, *Derecho penal*, T. II, p. 72.

criterios de JÜRGEN WOLTER (de enfocar el desistimiento como excluyente de la imputación penal), y de otros tratadistas como BOTTKE (como excluyente de la responsabilidad) dan cuenta del incesante debate y acuciosidad intelectual en la dogmática alemana. MAURACH-GÖSSEL-ZIPP, plantean que si en el desistimiento el autor elimina el efecto conmovedor del derecho acuñado al intentar su delito, ya no es reconocible el fin que pudiera alcanzarse con la pena de la tentativa ⁽³⁵⁴⁾. Sin embargo, si bien el desistimiento como causa de exclusión de pena es una expresión de derecho moderno y humanizado y un asunto de política criminal más que de dogmática jurídica, y mejor aún de los fines de la pena, su impunidad se torna contradictoria con la punición a que se hace objeto con especial énfasis de numerosos actos preparatorios.

15.7.11. Ubicación sistemática del desistimiento

Al respecto no existe unanimidad de criterios. Se considera que es un elemento negativo del tipo de tentativa (exclusión de la tipicidad: LATAGLIATA, SCHEURL). El desistimiento elimina la antijuridicidad de la conducta (BINDING-VON HIPPEL), por lo mismo no existe ya la tentativa. Se trata de exclusión o disminución de la culpabilidad (SAUER, SCHÖNKE, BAUMANN, RUDOLPHI, ROXIN). Pertenece a la teoría de la pena, ubicándose como causal de exclusión personal de la misma (ESSER, STRATENWERTH, SCHMIDHÄUSER, MUÑOZ CONDE, ZAFFARONI). Se trata de una causa compensadora del delito y de sus niveles (JAKOBS), para STRATENWERTH es una simple excusa absolutoria.

15.7.12. A) Casos de desistimiento citados por KERN ⁽³⁵⁵⁾

1. **A** quiere cortar unos árboles frutales nuevos de su vecino. Una noche se dirige a la finca (que no está cercada por

(354) *Ibidem*, T. II, p. 73.

(355) Los casos expuestos del 1 al 22 corresponden a aquellos, sistematizados en el libro de EDUARDO KERN, *Casos de Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Depalma, 1978, pp. 40-43. El autor haciendo uso de cierta

alambrada) donde están los árboles. Saca el cuchillo y mira cautelosamente una vez más a su alrededor. Dado que no se siente muy seguro, se marcha, reservándose volver a realizar el hecho.

2. Para robar en el edificio de un banco, debe cavarse un hueco en el sótano de la casa contigua, lo cual lleva 5 días de trabajo. Los dos ladrones cavan el hueco sólo de noche, en la mañana se marchan. A los tres días se descubre el hueco. Los autores lo presienten y no vuelven más. Resp.: No existe desistimiento voluntario.
3. Un ladrón ha entrado, mediante escalamiento, en el interior de una granja. Antes de llevarse algo, oye ladrar al perro y huye. Resp.: No existe desistimiento voluntario.
4. Una mujer que está embarazada quiere abortar. Para esto debe tomar una bebida doce veces. Después de la tercera vez, cesa, porque el remedio tiene tan mal gusto que prefiere dar a luz al niño antes de tomarlo.
5. Una mujer quiere matar a su hijo alimentándolo en forma insuficiente. Durante dos semanas le da muy poco de comer, pero después siente piedad por él y lo alimenta normalmente.
6. El ladrón con fractura no encuentra cosas que valga la pena llevar y abandona el proyecto. Resp.: No existe desistimiento voluntario.
7. Un ladrón de platería entra mediante fractura en la casa de **B**, pero al no encontrar las joyas se va. Resp.: No existe desistimiento voluntario.
8. Richard para al anochecer, en la carretera, a Frieda, obrera de 22 años, que regresaba a su casa en bicicleta, la toma

terminología jurídica, con la cual no se comparte opinión (tentativa acabada, desistimiento involuntario, arrepentimiento activo), otorga salidas marcadamente subjetivas a los problemas planteados. Se ha corregido algunas respuestas, de acuerdo a propio parecer.

por el pecho con una mano mientras con la otra la amenaza con el cuchillo y le grita: "La bolsa o la vida". Frieda le dice a Richard que sólo tiene 25 centavos, y abre su cartera y le hace ver el contenido. A consecuencia de ello, Richard deja a Frieda, no toma el dinero y se escapa. Resp.: Tentativa de robo calificado, no hay desistimiento voluntario.

9. Yerry, que trabaja en el bosque, ha agredido al anochecer en un camino de aquél, a una obrera de 25 años para violentarla. Contra toda suposición, ella lo conoce. Cuando Yerry lo nota, la suelta, dado que teme una persecución penal inmediata.
10. Zundel quiere pegar fuego a la casa de Frieder; ya ha prendido una mecha con la que quería incendiar el granero contiguo a la casa; pero después la ha apagado espontáneamente.
11. Armin, el acusado, ha intentado matar a su ex novia Linda golpeándola primero en la cabeza con una botella de licor y después mediante estrangulación, pero luego ha cambiado de opinión y ha renunciado a ello. ¿Hay desistimiento? Respuesta: en la circunstancia de que al autor sólo le haya interesado el resultado y no el medio, existe una unidad de acción natural, lo cual es importante para el desistimiento que abarca toda la unidad de acción. Por consiguiente, no se lo puede castigar a Armin por homicidio tentado, sino por lesión corporal peligrosa.
12. **A** quiere matar a **B**; lo acecha armado de un revólver, dispara, yerra el tiro, se arrepiente y no tira más. Resp: tentativa frustrada, no hay desistimiento.
13. Acre quiere envenenar a Dulce. Por descuido, vierte en el café, en vez de arsénico, azúcar, ¿Es posible el arrepentimiento activo? Respuesta: existe tentativa absolutamente inidónea; el resultado no podía producirse y, por lo tanto, tampoco evitarse.

14. a) Con dolo homicida dirigido contra su suegra **S**, Acre ha mezclado un veneno en el café. **S** toma el café envenenado. Cuando Acre ve que **S** se retuerce de dolor, busca el médico. Antes de que éste llegue, **S** vomitó el veneno y de esta manera se eliminó el peligro. Existe delito frustrado, o si se quiere tentativa acabada de homicidio.
15. b) ¿Que ocurre si el médico llamado por Acre llega demasiado tarde y muere? Asesinato consumado.
16. Alois quiere hurtar en una iglesia un cáliz de oro y una custodia. Con este fin, sube una escalera, rompe una ventana y se descuelga por una soga hacia el interior. Arrepentido, vuelve sin haberse llevado nada. Existe desistimiento voluntario de hurto y responsabilidad penal por violación de domicilio y daños.
17. (Cont. del caso 16). Alois le grita a Antón que espía fuera: "Vamos! Nos han descubierto!". Antón emprende fuga. Respuesta: el desistimiento de Antón no es voluntario, es responsable de tentativa de hurto.
18. El ladrón devolvió las cosas que había hurtado; la víctima no se había dado cuenta de la pérdida que había sufrido. Existe arrepentimiento activo –nota: disintiendo del autor, el delito se ha consumado– existe atenuación en la pena.
19. Percy ha falsificado un cheque para cobrarlo en un banco: pero ha tenido miedo de ser descubierto al presentarlo y por eso ha roto el cheque.
20. Adán, para fabricar monedas falsas, se ha procurado planchas y moldes; pero después ha cambiado de opinión y no ha intentado fabricar dinero falso, sino que ha destruido las planchas.
21. a) Un muchacho se divierte en pegar fuego al techo de paja de una choza. Tan pronto como lo ha hecho, apaga el fuego. Existe arrepentimiento activo y responsabilidad por daños.

22. b) Su amigo quiere competir con él. Pero, mientras acerca un fósforo a la paja, el viento lo apaga. Tentativa frustrada.

B) Casos de desistimiento citados por CLAUS ROXIN (356)

Premisas:

- * Si un sujeto ya no puede consumar el delito, la tentativa ha fracasado y queda excluido todo tipo de desistimiento, tanto voluntario como involuntario.
- * El abandono de la ejecución está vinculado a que siga siendo posible. Cuando no pudo actuar, tampoco pudo abandonar ninguna ejecución anterior.
- * La fórmula de FRANK designa la tentativa fracasada en la que no cabe desistimiento voluntario, ni involuntario.
- * El desistimiento será involuntario si, según tales circunstancias, el peligro de un pronto descubrimiento y castigo pesaba tanto sobre el procurado, que esté razonablemente no podía aceptar y tenía que renunciar por eso a ejecutar el hecho.

CASO I. El agente había renunciado a violar a la mujer porque ésta le había planteado la perspectiva –tras un breve descanso– de entregársela de manera voluntaria, posteriormente (sentencia del Tribunal Supremo Alemán)

Posiciones sobre el caso:

- a) **Tribunal Supremo Alemán:** Se trata de desistimiento voluntario, porque el autor no se veía forzado a renunciar a la violación antes de la pausa de descanso, sino que seguía teniendo libertad para decidir.

(356) Estos casos han sido extraídos del trabajo de CLAUS ROXIN, “El desistimiento en la tentativa inacabada”, en *Problemas básicos*, pp. 255 y ss.

- b) **Posición de CLAUS ROXIN:** En desacuerdo con el fallo, por regla general la razón del desistimiento consiste en un cambio desfavorable de las circunstancias externas. En el caso en mención, el desistimiento no empeoraba sino mejoraba la situación para el autor ante la propuesta de entrega voluntaria. Político-criminalmente es absolutamente incomprensible la razón por la que se debería recompensar con la impunidad el hecho de aprovecharse hábilmente de la situación... la víctima solamente se ha librado del empleo inmediato de la violencia... ninguno de los fines que se puede atribuir a la pena ha dejado de tener validez frente al autor al que la violencia brutal le ha proporcionado un ventajoso negocio.
- c) **Posición de BOCKELMANN:** Quien desiste de su tentativa de violación sólo porque espera poder conseguir su objetivo de modo menos peligroso y más cómodo, en el mejor de los casos habrá cambiado el papel de violador, por el de seductor, y no merece que se le trate con miramientos.
- d) **Posición de SHRÖEDER:** No se puede extraer la conclusión de que el desistimiento fue involuntario. “Tal forma de remontarse desde la configuración legal concreta del carácter meritorio del desistimiento al principio general en que se basa supone una analogía inadmisibles por ser un perjuicio al reo.
- e) **Posición de WELZEL:** Para WELZEL falta el desistimiento voluntario, pues “el abandono meramente momentáneo del hecho, no es un desistimiento”; a continuación agrega el autor: “Pero el hecho posterior consentido no es delito”.

CASO II. Caso de desistimiento voluntario de coacciones en concurso con tentativa de coacciones.

A se esfuerza por arrancarle a B de las manos un bastón para apalea a C; A está cometiendo tentativa de coacciones. Pero D voluntariamente le entrega su bastón a A (D guardaba rencor a C) entonces A deja en paz a B, para ir a apalea a C con el bastón de D.

- * Sentencia (Tribunal Sup. Alemán): hubo desistimiento voluntario psíquicamente para continuar con sus esfuerzos para arrancarle el bastón a **B** con perspectivas de éxito.

ROXIN: El hecho sigue siendo punible como tentativa de coacciones... no se ve porque habría de recompensarse con la excepción de la pena de las coacciones el hecho de acomodarse a la situación de modo flexible y conforme al delito.

- * Los desistimientos “criminalmente adecuados” no son voluntarios aunque esté motivados por una mejora de la situación.
- * El concepto voluntariedad no puede ser interpretado de modo que estime que sólo una coacción que excluya la voluntad o un cambio desfavorable de la situación darán lugar a la involuntariedad.

CASO III. Dos salteadores de caminos asaltan a un paseante para robarle, pero en ese momento viene por el camino el rico X, los salteadores dejan al paseante para ir a robarle a X. Aquí tal desistimiento es involuntario.

Lo que caracteriza a la involuntariedad es la acomodación que, vista desde la lógica del delincuente, tiene carácter forzoso, al cambio de la situación, siendo indiferente que el mismo haya sido para mejorar o empeorar.

C) Casos de desistimiento citados por MANFRED MAIWALD (357)

El destacado profesor de la Universidad de Göttingen incorpora en su estudio sobre el desistimiento algunos ejemplos decididos jurisprudencialmente por la Corte Suprema Federal Alemana (*Bundesgerichtshof*) que consideramos de interés mostrar al lector:

Caso I. De noche en una calle solitaria un sujeto agrede a una mujer con el fin de violentarla sexualmente. Estando la víctima

(357) MAIWALD, *L'evoluzione*, pp. 121 y 122.

tendida en el piso logra reconocer a su agresor pronunciando su nombre; al saberse reconocido el sujeto, avergonzado deja ir a su víctima. La Corte Federal resolvió calificando la conducta del individuo como renuncia voluntaria a la realización delictiva; fundamentando dicho fallo en la presencia del elemento “vergüenza” como factor probado de desistimiento, a lo largo del proceso; indicando, asimismo, que de haber existido el factor “temor” a ser denunciado por la mujer a la policía, habría sido un desistimiento involuntario y por lo tanto punible.

Caso II. En este segundo caso –que no pasaremos a describir por lo largo de sus presupuestos–, se valoró judicialmente el factor “temor a la pena”, como causal de abandono de la ejecución delictiva (*). Al respecto, la Corte Federal realizó una sutil diferenciación: a) si el agente abandona la tentativa a causa del temor real que arribe la policía y lo arreste, no se puede hablar de desistimiento voluntario; b) en cambio, el desistimiento será voluntario cuando el sujeto pueda sólo en abstracto temer el ser llamado a responder penalmente del hecho ilícito, sin que la situación concreta le induzca a considerar la intervención de la policía.

Caso III. Un padre en situación desesperada decide matar a sus hijos de una forma indolora, suministrándoles somníferos y colocándolos al interior de su viejo automóvil, y por medio de un tubo conectado al exterior vació gas letal en el vehículo; sorpresivamente los menores se despertaron comenzando a llorar y gritar, frustrándose así el proyecto del padre, quien se vio obligado a abandonar su plan criminal. La corte decidió que no existió desistimiento voluntario de homicidio calificado tentado, por cuanto el llanto y los gritos de los niños habían tornado psicológicamente imposible el plan del autor de matar de forma indolora a sus hijos.

Caso IV. Un sujeto dispara contra su víctima no dando en el blanco (tentativa acabada), pudiendo continuar disparando no lo

(*) No se describe el caso por ser innecesario, siendo lo importante la argumentación del tribunal.

hace, abandonando su proyecto delictivo. La doctrina alemana se ha mostrado dividida al respecto. La jurisprudencia del *Bundesgerichtshof* por su lado, y en base a consideraciones político criminales, se pronunció por la existencia de voluntariedad en el desistimiento; fundamentando su fallo en tres razones principales:

1. Considerando la situación concreta de la víctima expuesta a tal agresión.
2. Tomando en cuenta la necesidad de ofrecer un incentivo que sea capaz de inducir al delincuente en caso de malograrse el intento, a desistir de disparar subsiguientes tiros.
3. Lo segundo sería posible únicamente garantizándole la posibilidad de la renuncia, de modo que él pueda decir: "si en este momento no continúo obrando puedo evitar ser castigado".

16. REGULACION LEGAL DE LA TENTATIVA EN EL PERU

16.1. La tentativa en los códigos penales peruanos

La legislación nacional ha seguido una línea definida de no hacer distinción entre tentativa de crímenes y de delitos, como sí lo hacen la francesa y alemana. Para el legislador peruano, tanto de 1863, 1924 o 1991, la tentativa puede darse en la generalidad de los delitos; ello se colige al no haberse hecho excepción expresa alguna en los textos legales. El **Código Penal de 1863**, fuertemente influido por el español de 1848-1850, construye el tipo genérico de tentativa, estableciendo definiciones taxativas y claras diferencias entre el delito frustrado y el conato o tentativa propiamente, definiéndolas y diferenciándolas de los actos preparatorios. Se establece la impunidad del conato en caso de desistimiento voluntario, extendiendo este privilegio a la confabulación o concierto desistido (actos preparatorios), pero condicionándolos a la no existencia de daño en los actos practicados. El sistema de penas establecido ofrece un carácter rígido, no se balancean las circunstancias, ni se

otorga al juez la potestad de estimar flexiblemente la culpabilidad del agente (358).

El **Código Penal de 1924**, sin definir la tentativa y con distinta técnica legislativa, contempla en primer lugar el desistimiento espontáneo eximido de pena, y el impedimento activo del resultado (llamado también por otros, arrepentimiento activo o desistimiento en tentativa acabada), sometido a régimen punitivo privilegiado. El Código MAÚRTUA, tiene la virtud de haber legislado por primera vez en el país sobre el delito imposible, pero a la vez el defecto de haberlo sometido a sanción penal atenuada; error que será corregido en el Código de 1991. Este segundo cuerpo de leyes penales en la historia de la república peruana, se halla imbuido de las tesis positivistas

(358) **Código Penal 1863**

Art. 3.- Hay delito frustrado, cuando perpetrado el hecho criminal, no produce el mal que se propuso el culpable, por causas independientes de su voluntad.

Hay conato o tentativa, cuando se comienza y no se concluye la ejecución directa del hecho criminal.

Hay actos preparatorios, cuando antes de dar principio a la ejecución directa del delito, practica el culpable algunos hechos como medio para perpetrarlo.

Hay confabulación, cuando algunas personas se conciertan para cometer el delito celebrando con tal fin dos o más reuniones.

Art. 4.- Merecen pena, además del delito consumado, el frustrado y la tentativa.

La merecen también los actos preparatorios, cuando media confabulación.

Las faltas sólo la merecen, cuando han sido consumadas.

Art.5.- En los casos de confabulación o tentativa, quedará exento de pena el delincuente, si acredita que suspendió la ejecución del delito por su propia voluntad, antes de causar daño.

Art. 6.- La ignorancia de la ley penal no exime de responsabilidad al delincuente.

Art. 7.- El delito es punible, aunque varíe el mal que el delincuente quiso causar, o sea distinta la persona a quien se propuso ofender.

aún dominantes en la época de su redacción, ello explica el acento puesto en la pena y subrogados penales. Naturalmente, el Anteproyecto y Proyecto suizo de 1916 y 1918, respectivamente, de donde se tomó el modelo, no escaparon al influjo del peligrismo italiano.

Cabe destacar que el Código de 1863 fue el único en el país que legisló sobre actos preparatorios, siguiendo el ejemplo del Código Penal portugués. El Código de 1924 se destacó sobre todo por la manifiesta potestad que otorgó al juez para la fijación del mínimo y máximo de pena para los casos de tentativa. El Código de Justicia Militar es, a la fecha, el único cuerpo legal del Perú que mantiene la punición de los actos preparatorios a nivel de dispositivo genérico, y equipara en penalidad al delito consumado, el delito frustrado (art. 49 y 46 respectivamente) ⁽³⁵⁹⁾.

⁽³⁵⁹⁾ **Código Penal 1924**

Art. 95.- La tentativa no es punible cuando el agente hubiese desistido espontáneamente de la infracción. Pero no quedarán impunes los actos practicados que constituyan por sí mismos delito.

Art. 96.- El juez podrá atenuar la pena de la tentativa hasta límites inferiores al *minimum* legal, cuando antes de haber sido descubierto el agente hubiese obrado de mutuo propio para impedir la producción del resultado.

Art. 97.- En los casos en que la ley prescribe la pena de internamiento, se sustituirá esta pena, en la tentativa, por la de penitenciaria o la de relegación de diez a veinte años.

En los casos en que la ley prescribe otras penas para el delito consumado, el juez podrá a su juicio aplicarlas en la misma medida para reprimir la tentativa o podrá reducirlas de un tercio a la mitad, según las modalidades del hecho y las condiciones del culpable, cuando éste hubiera puesto de su parte todo lo necesario para la consumación, no realizada por circunstancias accidentales.

El juez hará esa misma reducción, cuando el agente hubiera comenzado simplemente la ejecución del delito.

Art. 98.- Las penas accesorias serán las mismas para la tentativa punible que para el hecho consumado.

Art. 99.- El juez podrá atenuar la pena hasta límites inferiores a su *minimum* legal, respecto de aquél que hubiera intentado cometer

Con la puesta en vigencia del **Código Penal de 1991**, se perfeccionan las diversas figuras del delito imperfecto o tentativa en sentido lato, gracias a la “certera y eficaz” transcripción que hizo la Comisión encargada de redactarlo, de los artículos pertinentes del Código brasilero y portugués de 1984 y 1982, respectivamente, además del alemán de 1975 (Parte general). Esto permitió corregir el tratamiento deficiente dado por el anterior código al delito imposible: se declaró su impunidad; se estableció, como consecuencia de lo anterior, que los casos de inidoneidad relativa se subsumen en la figura de la tentativa inacabada (art. 16); y se declaró la impunidad del impedimento activo eficaz (art. 17 del C.P. peruano; art. 24, inc. 1, del C.P. portugués y art. 24 del C.P. alemán), salvo en los casos que los actos practicados constituyan de por sí delito. Pero lo novedoso de este código es el tratamiento que por primera vez se otorga a la participación en los casos de tentativa, dejándose establecido la incomunicabilidad de las circunstancias personales, determinándose la no punición del partícipe o partícipes que voluntariamente impidan el resultado o se esfuercen por impedir la ejecución del delito. En suma, y a diferencia del Código MAÚRTUA que receptó el esquema suizo de tentativa, el actual Código penal transcribe casi literalmente, las fórmulas de tentativa inacabada, delito imposible, desistimiento, impedimento y participación en la tentativa, de los códigos portugués y alemán aludidos ⁽³⁶⁰⁾; no legislándose sobre delito frustrado, quedando sus presupuestos comprendidos en la fórmula lata de tentativa ⁽³⁶¹⁾.

un delito por un medio o contra un objeto de naturaleza tal que la realización de ese delito fuese absolutamente imposible.

(360) Véase *infra* 19 en este mismo título.

(361) **Código Penal 1991**

Art. 16.- En la tentativa el agente comienza un delito que decidió cometer sin consumarlo.

El juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena.

Art. 17.- No es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del delito por la ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto.

16.2. El esquema legal peruano de tentativa

Art. 16° (fórmula genérica). *“En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito que decidió cometer sin consumarlo”.*

Esta fórmula, de manera concisa y apretada, encierra los componentes típico-genéricos que constituyen legislativa y dogmáticamente la figura legal amplia de tentativa: acción, elemento subjetivo, comienzo de ejecución, no consumación. *La acción* que realiza el autor(es) (ser humano concreto) es la misma que hubiera permitido acceder a dicho agente al resultado consumidor, de no presentarse las especiales circunstancias que califican la tentativa. *El comienzo de ejecución* es ya la manifestación objetivo material concreta de la acción dolosa. No puede comprenderse dicho comienzo sino se la entiende como expresión material de la acción, y que condensa, en su dimensión dinámica objetiva, al dolo y demás elementos subjetivos. *Los componentes subjetivos:* el dolo, como voluntad consciente y conocimiento dirigido al logro del resultado típico, se presume igual al dolo del delito consumado. Sobre esto se ha dejado constancia de nuestra discrepancia con tal concepción lineal y genérica. Igualmente es criterio predominante que si el tipo no requiere para su consumación de dolo directo, es suficiente el dolo eventual; contrariamente, si las exigencias típicas requieren la existencia de dolo directo, será insuficiente el eventual para los casos de tentativa: por ejemplo, el delito base de estafa (modalidad de defraudación para otras legis-

Art. 18.- Si el agente desiste voluntariamente de proseguir los actos de ejecución del delito o impide que se produzca el resultado, será penado sólo cuando los actos practicados constituyan por sí otros delitos.

Art. 19.- Si varios agentes participan en el hecho, no es punible la tentativa de aquel 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.

laciones) tiene como sus componentes especiales determinados elementos subjetivos que hacen impensable se pueda estafar con dolo eventual; la inducción a error a la víctima, y el uso de mecanismos fraudulentos, suponen necesariamente dolo directo. Existen, en cambio, otros tipos penales en los que es suficiente el dolo eventual y, por lo tanto, lo será también en la tentativa; estos tipos son aquellos que por lo general no se hallan acompañados de reforzamientos subjetivos (expresados en frases como “a sabiendas”, “con el fin de”, “propósito”, “intención”, “para”, etc.).

En la redacción del art. 16 está presente la clara influencia del art. 22 del Código Penal portugués de 1982 y el lenguaje propio del Código Penal francés de 1810. Se ha optado así por criterios objetivos en la delimitación jurídica de la tentativa.

Art. 17° (irrelevancia del delito imposible). *“No es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del delito, por la ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto”.*

Sobre esto no es necesario reincidir, nos remitimos a lo dicho en el punto 15.6, del presente título (tentativa inidónea y/o delito imposible).

Art. 18° (desistimiento). *“ Si el agente desiste voluntariamente de proseguir los actos de ejecución del delito o impide que se produzca el resultado, será penado sólo cuando los actos practicados constituyan por sí otros delitos”.*

En este tipo legal, extraído parcialmente del art. 24 del Código Penal portugués, y similar al artículo 24 del C.P. alemán, el legislador peruano siguiendo las orientaciones dogmático-legislativas dominantes, ha incluido en una sola fórmula legal el desistimiento y el evitamiento del resultado; niveles distintos de imperfección del delito que son tratados con idéntico privilegio penal. La factibilidad de la evitación del resultado típico presupone que la lesión o peligro que sufre el bien jurídico admita ampliación o gradación físico temporal, en su afectación (lo que va a permitir dicho impedimento);

ello es inconcebible en los delitos de consumación instantánea, en los delitos de emprendimiento y en los de simple actividad. Sobre el contenido de este artículo, igualmente nos remitimos a lo dicho en el punto que trata sobre el desistimiento y la tentativa calificada.

Art. 19° (participación - impedimento y privilegio penal).

“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”.

Este artículo, transcripción íntegra del art. 25 del Código penal portugués vigente, legisla específicamente sobre los aspectos jurídicos relacionados con los partícipes del delito tentado, estableciendo un sistema de tratamiento punitivo distinto para éstos en relación al que se da para con los autores. Tomando en cuenta tanto el art. 18 como el 19 se dan los siguientes presupuestos de hecho: a) desistimiento voluntario de autor y partícipe; b) impedimento del resultado por el autor y partícipe; y c) esfuerzos serios por impedir la ejecución del delito por el partícipe. En base a dichos supuestos se han establecido las reglas del privilegio no punitivo del siguiente modo:

I) Tratamiento de la autoría

El autor(es):

- 1) Desiste voluntariamente: Privilegio punitivo

Presupuestos: a) Falta de consumación (tentativa inacabada); b) posibilidad de continuar con éxito la ejecución; c) voluntariedad (libre elección, no necesariamente espontánea).

- 2) Evita o impide el resultado: privilegio punitivo.

Presupuestos: a) delito consumado subjetiva y normativamente; b) gradación en la consumación: posibilidad físico material de evitar la lesión del bien jurídico, con la contra-acción del agente. Esto supone que existen

ciertos tipos penales compuestos de varios actos consumativos, que ofrecen en su estructura óptica, espaciamento o gradación, lo que permite la posibilidad de evitación; c) el impedir el resultado tiene que ser efectivo, por acción propia o con ayuda de terceros.

- 3) El autor hace esfuerzos por evitar el resultado típico: la ley no le concede el privilegio punitivo. Su acción u omisión final que se ha consumado ante la ineficacia de tales esfuerzos, es punible. Dichos esfuerzos sólo serán considerados por el juez para los efectos de atenuación de la pena.

II) Tratamiento punitivo del partícipe (s)

- 1) Desiste voluntariamente de la ejecución: irrelevancia penal.
- 2) Evita voluntariamente el resultado: privilegio penal de no punición.
- 3) Se esfuerza seriamente por impedir la ejecución del delito: privilegio penal de no punición. Esta tercera posibilidad constatada y verificada judicialmente es la que distingue el evitamiento del partícipe, del evitamiento del autor. A este último se le exige no tan sólo esforzarse, debe necesariamente evitar el resultado. Se trata de consideraciones político criminales que encuentran eco en el análisis dogmático de la mayor o menor culpabilidad.

El esfuerzo serio que realice el partícipe(s) aunque no evite el resultado, libera de pena. No interesa que el delito se haya consumado y que los otros partícipes hayan continuado hasta el logro del objetivo ilícito; a la ley le interesa reconocer las acciones de evitamiento voluntario y serio del partícipe. La calidad de éste, no es trasmisible a los otros, ni la calidad punible de éstos altera o cambia la situación de aquél (Incomunicabilidad de circunstancias).

Se debe prestar atención a que cuando el interés normativo se dirige a la evitación del resultado en los casos de delito consumado formalmente, y a impedir la ejecución del delito, se trata de supuestos en función a los cuales los partícipes tienen que ajustar sus actos,

de forma tal que si éstos sólo eliminan su personal y específico aporte, serán insuficientes para que el partícipe se acoja al privilegio punitivo. Se trata, pues, de un beneficio que se otorga sujeto a un eficaz y esforzado efecto no lesivo al bien jurídico. Lo cual supone que los aportes de los partícipes, tienen que ser evaluados objetivamente según el resultado esperado por la norma.

Ha de observarse que los artículos en referencia se refieren a distintos conceptos jurídicos y óntico jurídicos: consumación del delito, actos de ejecución, impedimento de producción del resultado, esfuerzo serio, ejecución del delito, proseguir la ejecución o consumación. Se debe poner sumo cuidado en la comprensión, uso y aplicación de tales términos concepto y frases concepto.

16.3. Penalidad de la tentativa

En la legislación nacional ha existido unanimidad histórica para la no punición del desistimiento (Códigos de 1863, 1924 y 1991), como para el trato punitivo atenuado de las otras formas de tentativa. Habiéndose superado con ello criterios represivos maximalistas que igualaron la penalidad de tentativa a la del delito consumado, como aquellos otros que pusieron el acento en la peligrosidad del agente (lo que puede observarse en el proyecto de Código Cornejo 1928). Habiendo quedado establecido que la legislación penal nacional ha optado –conforme a la tendencia mayoritaria– por la punición atenuada obligatoria de los casos de tentativa. Sin embargo, no se fija pena expresa, ni tasada judicialmente, como si lo hacen otras legislaciones penales, que establecen, por ejemplo, los dos tercios de la pena a aplicar señalada en el tipo específico (C.P. mexicano); la mitad de la pena señalada para el delito consumado (C.P. Puerto Rico); pena inferior en uno o dos grados (C.P. español); no menos de la mitad del mínimo, ni mayor de las tres cuartas partes del máximo señalado para el delito consumado (C.P. Colombia); disminuida en uno o dos tercios (C.P. brasilero).

En lo concerniente a los cuántums de pena correspondientes a las modalidades de tentativa admitidas en el Código Penal peruano,

el legislador ha sustituido el sistema de la rebaja facultativa hasta límites inferiores al mínimo legal, que establecía el Código de 1924, por el de “la disminución obligatoria y prudencial de la pena”. Queda claro que es imperativo para el juez castigar estos casos, con penas menores a las establecidas para los casos de delito consumado. Lo que se somete a interpretación y 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, consecuentemente su disminución prudencial implicará la de su extremo mínimo. La interpretación de la frase “disminución prudencial”, considerada entre los márgenes del mínimo y máximo de los límites del delito consumado y aplicable para los casos de tentativa, entraría en contradicción con el sistema de tratamiento diferenciado-atenuado de las formas imperfectas de delito (modalidades de tentativa), que asume nuestro código penal y las legislaciones penales modernas en armonía con las orientaciones dogmático-político criminales contemporáneas.

17. DERECHO COMPARADO

17.1. En el derecho penal europeo

Fue el Código italiano de 1930, el primer código de importancia que habló de “actos idóneos dirigidos de manera inequívoca” (art. 56), estableciéndose con ello criterios objetivos en la definición de tentativa⁽³⁶²⁾. En América Latina, este modelo fue receptado por los códigos penales de Colombia, Ecuador, Venezuela y Panamá. En sentido distinto, el Código penal alemán de 1870 combinó el principio de ejecución francés con la manifestación de la voluntad criminal

(362) Véase *infra* 19 en este mismo título.

o delictiva (art. 43 - criterios objetivos y subjetivos), con prevalencia de este último. Ya el Código italiano de 1889 se había referido en su art. 71 al comienzo del delito por “medios adecuados” y establecido a semejanza del francés de 1810, la no consumación por causas ajenas a la voluntad del agente. Esta última referencia será suprimida en los modernos Códigos portugués de 1982 y alemán de 1975; pero se mantiene en el brasileño de 1984 (Parte general), en el argentino de 1922 y mexicano de 1931. El referido Código alemán de 1975, en su artículo 22 otorga, primacía al elemento subjetivo –“el que actuando de conformidad con su representación del hecho”–, penalizando el delito imposible (inc. 4 del art. 23). Resultan interesantes las precisiones que sobre la naturaleza de los actos ejecutivos establece el Código portugués en su art. 22 ⁽³⁶³⁾ y que determinan que la tentativa sólo será punible cuando al delito consumado corresponda pena superior a los dos años de prisión. El tratamiento dado al delito imposible (art. 23, inc. 3, en el mismo código es más sereno y menos dramático que el establecido por el Código penal peruano que lo recepta ⁽³⁶⁴⁾; así, señala el Código portugués: “La tentativa no es punible cuando fuere manifiesta la inaptitud del medio empleado por el agente o la inexistencia del objeto esencial para la consumación del delito”. La legislación penal española de 1973, en la línea de orientación de los anteriores códigos de 1940, 1928, 1870 y 1850, mantiene los mismos criterios sobre tentativa y actos preparatorios; siendo en general su influencia muy limitada en la actualidad en América Latina (Nicaragua 1974, Honduras 1906, Chile 1874). El nuevo Código penal español (1996), fiel a su tradición, conserva (mejorándolos) los mismos planteamientos objetivos clásicos en su esquema de tentativa como el dar principio a la ejecución del delito directamente, los hechos exteriores, la no producción del resultado por causas independientes de la voluntad del agente (ver esquemas legales de tentativa); haciendo la atinencia que los actos practicados pueden ser en su totalidad o en parte, diferenciándose en este punto del anterior Código de 1973, que exigía la realización de todos los actos.

(363) Véase *infra* 19 en este mismo título.

(364) Véase *infra* 19 en este mismo título.

17.2. El panorama legislativo en América Latina

En América de habla hispana se destaca el código colombiano de 1980, el que a diferencia del anterior código de 1936 ha suprimido de su esquema legal de tentativa toda mención al delito imposible y al frustrado o tentativa acabada, por considerar, en opinión de REYES ECHANDÍA y otros tratadistas colombianos, que el primero sólo fundamenta su punición en un criterio de peligrosidad del autor que resulta incompatible con un derecho penal democrático; de esto se deduce que un trato diferenciador del delito frustrado en relación a la tentativa inacabada sólo ha contribuido a generar complejos problemas de diferenciación en el plano práctico jurídico, ya que la única diferencia que existe es que en la tentativa acabada el agente ha estado más cerca que en la inacabada ⁽³⁶⁵⁾. Se ha optado por la unificación de ambas figuras en la fórmula única del art. 22, donde estaría igualmente contemplada la tentativa inidónea; igual postura se ha asumido frente al tema del desistimiento, al considerarse absolutamente innecesaria su mención expresa a nivel legal positivo, el que igualmente estaría inmersa en el tipo genérico del art. 22 ⁽³⁶⁶⁾. Los códigos argentino, mexicano y chileno siguen en general criterios tradicionales peligrosistas en el tratamiento jurídico y punitivo de las diversas variedades del delito tentado. El Código argentino castiga el delito imposible según el grado de peligrosidad del delincuente (art. 44, inc. 4); el mexicano fija dos criterios fundamentales para establecer la pena del que comete actos de ejecución u omite la conducta que debería evitar el delito: a) la temibilidad del autor; y b) el grado de ejecución del delito; *ídem* el uruguayo (gravedad del hecho y peligrosidad del agente); el Código penal de El Salvador (1973) establece condiciones personales de punibilidad. El antiguo Código penal chileno (1874) en su artículo 7, a semejanza del español de 1870 define el delito frustrado y la tentativa eximiendo de la pena al que desiste de la ejecución del delito. El actual código penal

(365) ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Tipicidad*, pp. 164 y 174.

(366) Véase también MIGUEL CÓRDOVA, *La tentativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993, pp. 69, 70.

cubano (1988), siguiendo el modelo penal soviético, penaliza los actos preparatorios. El Código Penal del Ecuador adopta criterios objetivos al estilo de CARRARA (idoneidad e inequívocidad), para definir la tentativa, poseyendo fórmulas actualizadas sobre desistimiento. Los códigos de Colombia, Ecuador, de Venezuela, Panamá y Bolivia (1973), siguen en general el modelo italiano de 1930 y en cierta forma el de de 1889, para determinar el elemento objetivo de la tentativa. Los códigos de Uruguay y Paraguay mantienen la antigua frase suprimida del código napoleónico “actos externos”; en el caso de Paraguay el comienzo de ejecución requiere de actos idóneos, exteriores y con relación directa e inequívoca; el de Chile habla de “hechos directos”. En lo que concierne a la no consumación, no existen diferencias esenciales. En cuanto al desistimiento, no es regulado por los códigos penales de Colombia, Costa Rica (1971), Haití (1835) y República Dominicana (1884), siendo considerado por la generalidad de los Códigos latinoamericanos como causal de exclusión de pena; excepción hecha del Código penal del Ecuador que castiga el impedimento voluntario del resultado con pena atenuada e incluso el desistimiento voluntario (Veáse esquemas legales).

La penalidad ofrece claras diferencias en los códigos de ascendencias francesa (Haití y República Dominicana), que no prevén atenuación en los casos de tentativa de crimen, mostrándose más flexibles en cuanto a la tentativa del delito. En el resto de legislaciones latinoamericanas, predomina un sistema de atenuación facultativa que permite rebajar la pena por debajo del mínimo legal; así, por ejemplo, el C.P. de Costa Rica (1970) otorga al juez la facultad de disminuir o no la pena; por su parte el Código penal de Puerto Rico (1974) establece penas fijas equivalentes a la mitad de lo establecido para el delito consumado susceptibles de incrementarse en los casos de tentativa calificada.

17.3. Tendencias actuales

La tendencia actual en las legislaciones latinoamericanas se orienta por el tratamiento conjunto de tentativa inacabada y delito

frustrado, en una sólo fórmula; la impunidad del delito imposible, la mejor elaboración de los supuestos de desistimiento y el tratamiento legal de la participación en la tentativa. Los modelos europeos receptados con mayor frecuencia son el portugués, alemán, italiano, belga y el español.

18. LA JURISPRUDENCIA PERUANA SOBRE TENTATIVA

No es precisamente la jurisprudencia nacional pródiga en dar luces sobre las diferentes formas de delito imperfecto, mucho menos acerca de los variadísimos matices y combinaciones que éstas pueden adoptar bajo el título genérico de tentativa ⁽³⁶⁷⁾. A diferencia de la jurisprudencia de países vecinos, para no ir muy lejos Chile, Colombia y Argentina, que proveen de ejecutorias supremas oportunas y bien fundamentadas, contribuyendo de esta forma a fortalecer el pensamiento dogmático y estructurar una línea determinada y coherente de pensamiento y praxis judicial, en el Perú existe una declarada y atávica insuficiencia jurisprudencial, tanto en publicaciones como en calidad de las fundamentaciones de la resoluciones.

18.1. El estado actual de la jurisprudencia peruana

La jurisprudencia publicada (ejecutorias supremas precedidas por sus respectivo dictámenes fiscales, que constituyen la funda-

(367) No llegan a representar una por año las ejecutorias supremas sobre tentativa, publicadas por el máximo tribunal de justicia en el Perú a lo largo de más de 100 años de ejercicio judicial. Los *Anales Judiciales*, cuya publicación se inició en 1906, abarcando el período de 1871 hasta la actualidad adolecen de innúmeras deficiencias, atribuibles unas a la ya característica mezquindad de la Corte Suprema para publicar periódicamente y en número suficiente compendios jurisprudenciales, y recayendo otras en la dubitable capacidad de la unidad operativa encargada de seleccionar las ejecutorias en calidad y sumillado; lo que es más grave aún si consideramos que tales factores son atribuibles a la inercia de la Corte Suprema para superar esta situación.

mentación motivada de las mismas) ⁽³⁶⁸⁾ se ha circunscrito en el tema que nos interesa, a casos de tentativa en delitos contra la vida, el cuerpo y la salud (homicidio y lesiones), a delitos contra la libertad sexual (violación) y delitos contra el patrimonio (robo y estafa). Más allá de esto, existe una total ausencia de jurisprudencias publicadas que cubran otros ilícitos. Por lo general, el desistimiento y el delito frustrado han sido tratados de forma tangencial en cuando a su fundamentación jurídico-dogmática; situación parecida se presenta con el delito imposible y la tentativa inidónea, inexistiendo elementos teóricos-jurídicos referenciales que distingan éstas de aquéllas; se carece de pautas sobre el delito putativo y la tentativa irreal. Es de lamentar la inexistencia a la fecha de material jurisprudencial publicado relacionado con la aplicación del nuevo Código penal.

18.2. Análisis jurisprudencial

La ejecutoria suprema del 24 de agosto de 1953 ⁽³⁶⁹⁾ resuelve un caso típico de **tentativa inacabada de violación sexual** de una menor de edad, la que conducida con engaños hacia unos parrales por un sujeto fue despojada de sus ropas y tendida en el suelo (actos ejecutivos iniciales); en estas circunstancias, aparece en escena la madre de la menor (cuando el individuo agresor se colocaba sobre la infante), quien con palo en mano evitó que el agente practique sobre la menor el acto ejecutivo propiamente típico de la penetración sexual. En casos como éste no puede hablarse de delito frustrado, por cuanto aquí el acto ejecutivo se confunde con la consumación: es la consumación misma (la penetración del miembro viril por mínima que sea). Es errónea la apreciación del fiscal cuando llama desistimiento al evitamiento de la consumación por causas que obran directamente contra la voluntad del agente (“el agente se

⁽³⁶⁸⁾ Esta situación fue corroborada por ejecutoria suprema del 10 de enero de 1989, publicada en los *Anales Judiciales* del mismo año en el T. LXXVII, Año 1989, p. 131, incluido en el presente trabajo, véase “Jurisprudencia nacional”, N° 37).

⁽³⁶⁹⁾ *Revista de Jurisprudencia Peruana*, N° 120, enero, Lima, 1954, p. 106.

desistió por la feliz intervención de la madre de la víctima”). Aquí no existe posibilidad de tal figura, dadas las circunstancias de comisión.

Otro caso de tentativa inacabada se halla en la ejecutoria del 15 de diciembre de 1949 ⁽³⁷⁰⁾ que sanciona a un chofer que quiso abusar sexualmente de una mujer, motivando que ésta se arrojase del vehículo fracturándose el brazo izquierdo. Este caso es uno de los que puede ser cabalmente y mejor analizados desde la perspectiva de la imputación objetiva: conductas que determinan y aumentan el riesgo de resultados más graves. El caso fue sustanciado como tentativa de violación.

Otra situación en la cual el tribunal correccional sancionó como tentativa de violación, y el fiscal supremo consideró como complicidad la actitud pasiva del acompañante –quien se limitó a observar el desarrollo de la violación (posibilidad real y exigencia de conducta alternativa conforme a derecho), no habiéndose comprobado que también hubiese violado a la menor–, se halla en la ejecutoria del 21 de abril de 1953. El sumillado de la jurisprudencia erróneamente establece la existencia de tentativa acabada ⁽³⁷¹⁾.

Un caso especial es el que se halla contemplado en la ejecutoria del 30 de setiembre de 1943 ⁽³⁷²⁾, la misma que puso a prueba la capacidad teórica y experiencia de los magistrados peruanos de entonces, así como la sustitución de enfoques subjetivos iniciales por criterios objetivos que finalmente se impondrían; el caso fue tipificado a nivel de tribunal y Corte Suprema como una estafa cometida en agravio de “Nicolás”, quien convencido por dos de sus ocasionales socios, “Domingo y Benjamín”, entregó una determinada cantidad de dinero para iniciar la falsificación de billetes, dejando éstos en la casa de Nicolás y en señal de la intencionalidad al respecto una prensa y otros utensilios que iban a ser utilizados en

⁽³⁷⁰⁾ *Revista de Jurisprudencia Peruana*, N° 74, marzo, Lima, 1950, p. 339.

⁽³⁷¹⁾ *Revista de Jurisprudencia Peruana*, N° 115, agosto, Lima, 1953, p. 994.

⁽³⁷²⁾ *Revista de Jurisprudencia Peruana*, N° 1, octubre, Lima, 1943, p. 34.

los trabajos de falsificación; falsificación que nunca llegó a concretarse al desaparecer del lugar los aludidos socios. El proceso se ventiló como **concurso del delito de estafa con tentativa de falsificación**. El fiscal supremo consideró que había culpabilidad en Nicolás por tentativa de falsificación de billetes, al demostrarse la intención delictiva de dicho acusado (enfoque subjetivo), y comisión del delito de estafa atribuibles a Domingo y Benjamín en agravio de Nicolás. La Corte Suprema en mayoría resolvió que la codiciosa conducta de Nicolás de obtener un beneficio ilícito, si bien moralmente reprobable, no era punible porque “ello no determina su condición de coautor de la infracción de falsificación, no configurando tampoco tentativa al no haber comienzo de ejecución. El voto singular del **Dr. ZAVALA LOAYZA**, consideró que no existía el delito de estafa (al no acreditarse la preexistencia del dinero entregado ni poder fijarse la cantidad del mismo en base a declaraciones testimoniales y por las circunstancias de inexplicable demora en la denuncia), tampoco tentativa de falsificación, al no existir actos directos que den inicio a la ejecución del delito (enfoque objetivo de la tentativa), calificando el comportamiento de Nicolás como realización de actos preparatorios con intención delictuosa, que no caen bajo sanción penal ⁽³⁷³⁾.

Un caso peculiar en el que se enfatiza el elemento subjetivo en la apreciación judicial se encuentra en el dictamen fiscal que antecede

(373) Comentando este caso, HURTADO POZO (*Manual de Derecho penal*, pp. 331, 332) consideró que en realidad se trataba de una “tentativa de participación en la comisión de un delito que realmente no se proyectó ejecutar”. De haber ocurrido la ejecución, señala el autor, “se trataría de participación en tentativa de delito de falsificación”. Es discutible la apreciación del ex-profesor sanmarquino por dos razones: *primero*, por cuanto los actos de falsificación en sentido estricto son actos preparatorios para el delito de falsificación de moneda (art. 369°, Código penal 1924), el cual requiere de otros elementos objetivos y subjetivos subsiguientes para configurarse como tal; es un contrasentido jurídico hablar de tentativa en los actos de preparar la falsificación; y *segundo*, hablar de tentativa de participación es un absurdo jurídico; para el derecho penal ontológicamente es admisible, pero no jurídicamente. Se trata de un incorrecto uso del signo lingüístico por parte de HURTADO POZO.

a la ejecutoria de fecha 5 de enero de 1957, por el se considera actos de tentativa de violación de menor, a las caricias, besos y “*pretensión de violar*” a dicha adolescente, descubiertos por la madre de la agraviada, pese a no existir pruebas en tal sentido, más que los besos, caricias y la desusada conducta de un chofer de colectivo de no cumplir con su ruta habitual, desviándose del camino y encerrándose en un garaje (374).

Otro caso singularísimo lo encontramos en la ejecutoria del 20 de abril de 1932, que indica que en los delitos contra el honor sexual (tentativa de estupro) no cabe responsabilidad penal por la mera tentativa (375).

Sobre la **delimitación entre tentativa de homicidio y lesiones**, la Corte Suprema fijó las siguientes directrices: “si el acusado disparó contra el agraviado para victimarlo, hiriéndolo gravemente, el hecho no constituye delito de lesiones, sino tentativa de homicidio, pues el agente puso de su parte todo lo necesario para su consumación, no realizada por circunstancias accidentales” (376) (criterio del plan del agente). En la ejecutoria del 2 de noviembre de 1957 y en el dictamen fiscal se dice que en un caso de tentativa de Homicidio, los móviles que impulsan al agente a cometer el delito, la hora en que se perpetra y el arma utilizada para llevar adelante su propósito, revelan claramente que la intención es causar la muerte y no simplemente lesiones (el agente se había aprovechado de la oscuridad y violando la seguridad de la puerta del domicilio de la víctima, le infirió en su dormitorio una violenta puñalada en el tórax) (377); sobre lo mismo: “la intención de victimar, frustrada por causas

(374) *Revista de Jurisprudencia Peruana*, N° 158, marzo, Lima, 1957, p. 337.

(375) *Anales Judiciales*, Año 1932, Tomo XXVIII, pp. 19 y 20.

(376) Ejecutoria del 8 de junio de 1943, en *Anales judiciales*, Año 1943, Tomo XXXIX, p. 32.

(377) *Revista de Jurisprudencia Peruana*, N° 176, setiembre, Lima, 1958, pp. 1006 y 1007.

ajenas a la voluntad del actor, debe ser plenamente acreditada para que el hecho incriminado pueda tipificarse como tentativa (378).

Sobre **tentativa de delito contra el patrimonio**, correctamente la Corte Suprema indica en su resolución del 25 de mayo de 1894 que el forado no concluido y abierto para cometer una sustracción no prueba un robo frustrado sino una tentativa; precisa el dictamen fiscal que “para que el delito se califique de frustrado es preciso que se hayan practicado todos los actos conducentes a la realización del delito, y que por circunstancias independientes de la voluntad del culpable no se produzca el mal que se propuso; mientras que para el conato o tentativa basta que comience, aunque no concluya, la ejecución directa del hecho criminal” (379). Otra ejecutoria de aquella época indica que “es tentativa inacabada y no delito frustrado el sorprender al agente en una habitación, a la cual había entrado violando la cerradura, cuando se aprestaba a llevar a cabo su propósito de robar” (380). Un caso ideal de delito frustrado se registra en la ejecutoria del 4 de noviembre de 1972: “incurre en tentativa de delito contra el patrimonio, el acusado que no ha tenido en ningún momento la posibilidad de disponer del monto de lo sustraído toda vez que fue perseguido de cerca por el agraviado hasta que fue capturado” (381). Existe una tentativa de **inidoneidad relativa** de envenenamiento en concurso con delito frustrado de envenenamiento, en el caso sustanciado en la resolución del 19 de junio de 1939 que se resuelve genéricamente como tentativa a secas sin hacer las distinciones del caso (382): la mujer XX por encargo de X, y al

(378) *Anales Judiciales*, Año 1982, Tomo LXXII, p. 181.

(379) *Anales Judiciales*, Año 1898, Tomo VI, p. 39.

(380) Ejecutoria Suprema del 14 de diciembre de 1907, en *Anales Judiciales*, Año 1907, p. 467.

(381) *Boletín Judicial*, Año I, p. 292, citado por JOSÉ ESPINO PÉREZ, *Código Penal. Concordancias*, 6a. ed., Lima, 1982. Véase *infra* Jurisprudencia nacional (ejecutoria del 6 de julio de 1978).

(382) *Revista de los Tribunales*, Tomo IX, Lima, 1939, pp. 206-209.

visitar a su conviviente Z obsequia a Z2 una botella conteniendo aguardiente, la cual es consumida por los reos, en mayor cantidad por Z2, los otros apenas si la prueban; momentos después sintieron todos los síntomas del veneno (estricnina mezclada en el aguardiente), quedando gravemente comprometida la vida de Z2, siendo tratados por personal médico oportunamente. El caso es muy ilustrativo al margen de la responsabilidad penal de X, que se valió de la buena fe de XX (instrumento) para demostrar la existencia de una tentativa frustrada (delito frustrado), con el consiguiente agotamiento de los actos ejecutivos que debieron producir la consumación del delito propuesto (homicidio por envenenamiento), en concurso con una tentativa inidónea relativa por insuficiencia de la dosis ingerida (inidoneidad del medio empleado), que solo causó leves estragos en Z1 y Z.

Igualmente sucede con el caso de A, que conociendo las relaciones comerciales y otras circunstancias de trato personal existentes entre B y C, dirige al primero un telegrama tomando el nombre del segundo, indicándole que entregase al apoderado D seicientos soles, situación que efectivamente se produce, no pudiendo recoger el dinero este último por un error en su nombre. Correctamente la motivación de la resolución suprema indica que no se trata tan sólo de tentativa lo que existe aquí, sino delito frustrado, por cuanto el acusado A agotó todo lo que de su parte era necesario para la consumación del delito, que no se produjo por un hecho no previsto (383).

Casos de desistimiento. No son lo suficientemente ilustrativos y claros los pocos casos sobre desistimiento que nos ofrece la Corte Suprema: "La tentativa no es punible si el actor desiste espontáneamente ante la resistencia de la menor agraviada, la que sostiene que debido a su posición y resistencia logró que el acusado desistiera de su propósito" (384). En la ejecutoria del 29 de octubre de

(383) Resolución Suprema del 2 de junio de 1949, en *Anales Judiciales*, Tomo XLV, Año 1949, p. 227.

(384) Ejecutoria del 11 de junio de 1971, en *Boletín del Colegio de Abogados de Lima*, Año II, N° 18, p. 179.

1970 se registra un caso en el que el sujeto abandona el domicilio de la agraviada, ante la llegada de los familiares de la víctima (385). Analizando estos dos casos, y para el criterio de la Corte Suprema, el primero constituye una situación típica de desistimiento voluntario, mientras que el segundo caso es considerado por la misma corte como un desistimiento obligado por las circunstancias. Al respecto, cabe indicar: ¿acaso es diferente la actitud del que cesa en su empeño delictivo ante la defensa eficaz realizada por la víctima de aquel que huye ante la llegada de los familiares?; es notoria, pues, en este punto, la confusión del máximo tribunal de justicia peruana ante dos casos ocurridos en el lapso de dos años judiciales continuos. En cambio resolvió acertadamente en la ejecutoria del 6 de abril de 1937, como un caso de inexistencia de espontaneidad en el desistimiento de la conducta de aquel sujeto que huye antes las exclamaciones y gritos de la acompañante de la menor, quien cuando éste se aprestaba a consumar el delito de violación, le indicó, inteligentemente, que se acercaban 2 señores. En este caso el Tribunal Correccional de Trujillo había sentenciado pronunciándose por la absolución del encausado por haber desistido voluntariamente. La Corte Suprema consideró: "Nada autoriza para afirmar que el reo estaba convencido o se convenció que era falsa la afirmación de la menor; y si tal hubiera sido su convencimiento, no hubiera abandonado a la menor; como no la abandonó mientras le tiraban los carbones, pues sabía que no le podían ocasionar daño. Es un hecho, pues, que creyó en la afirmación, y que el miedo a esos hombres le hizo desistir de su propósito y, en consecuencia, no ha habido la espontaneidad que exige la ley o sea el arrepentimiento a consecuencia de un *sentimiento de bondad* hacia la que puede ser víctima. Si el acusado no insistió, cuando ya se convenció de que los hombres no venían, fue porque las menores, en su huida, se habían distanciando considerablemente de él (386). La ejecutoria de fecha 27

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

(386) Ejecutoria Suprema del 6 de abril de 1937, en *Revista de los Tribunales*, Tomo VII, 1937, p. 150.

de mayo de 1986, establece que un mismo hecho no puede ser calificado por dos dispositivos legales diferentes, sino que uno de ellos queda subsumido en el otro ⁽³⁸⁷⁾; se trata de disparos efectuados por un individuo sobre su hijo en circunstancias de discusiones familiares, una de las balas le impactó en el brazo izquierdo, no pudiéndose tipificar el hecho como tentativa de homicidio y de lesiones conjuntamente; determinando la Corte acertadamente que la tentativa de homicidio subsume el delito de lesiones.

19. DERECHO COMPARADO-LEGISLACION: ESQUEMAS LEGALES DE TENTATIVA

19.1. Códigos históricos

1. Código penal francés 1810 (Código Napoleónico)

Art. 2.- Toda tentativa de crimen manifestada por un principio de ejecución, si no hubiese sido suspendida o si no hubiera producido efecto más que por circunstancias independientes de la voluntad de su autor, será considerada como el mismo crimen.

Art. 3.- Las tentativas de delitos no serán consideradas como delitos sino en los casos determinados por una disposición especial de la ley.

1. "Código penal francés", en *Instituciones y Códigos franceses*, tomo V, Madrid, E. Maroto y hermano, impresores, 1889, Idem, Code penal, Paris, Dalloz 1947.

(387) *Jurisprudencia Penal*, Trujillo, Editora Normas Legales, 1987, p. 40.

2. Código penal alemán de 1870

TITULO II DE LA TENTATIVA

Art. 43.- Todo el que por actos que constituyan un principio de ejecución, haya manifestado la intención de cometer un crimen o un delito, si éstos no se consumasen, será castigado como autor de tentativa. Sin embargo, la tentativa de un delito sólo será castigada en los casos expresamente determinados por la ley.

Art. 44.- La tentativa será castigada con una pena menor que el crimen o delito consumado. Si el crimen consumado se castiga con la pena de muerte o con la de reclusión perpetua, se castigará la tentativa con la pena de tres años de reclusión como mínimum, pudiendo someterse al condenado a la vigilancia de la policía.

Si el crimen consumado se castiga con la pena de detención perpetua, se impondrá por la tentativa por lo menos tres años de la misma pena.

En los demás casos podrá reducirse ésta a la cuarta parte del mínimum de la pena corporal y de la multa aplicables al crimen o delito consumado. Si con arreglo a esta disposición se reduce el tiempo de reclusión a menos de un año, se convertirá esta pena en prisión con arreglo a lo prescrito en el art. 21.

Art. 45.- Cuando la pena del crimen o delito consumados lleve o pueda llevar consigo la interdicción de los derechos civiles o la vigilancia de la policía, se aplicarán también estas penas a la tentativa.

Art. 46.- No será punible la tentativa:

1. Si el agente ha abandonado la ejecución de su proyecto sin que le hayan obligado a ellos circunstancias independientes de su voluntad;
2. Si en un período en que todavía no se haya descubierto, hubiese prevenido o evitado éste las consecuencias de su acción criminal.

2. "Código penal alemán", parte general, Buenos Aires, Depalma editores 1945.

3. Código penal italiano 1889 (Código Zanardelli)

TITULO V

DE LA TENTATIVA

Art. 61.- Todo el que con el fin de cometer un delito comience por medios adecuados su ejecución, pero por circunstancias independientes de su voluntad no lleve a cabo todo lo necesario para consumarlo, incurrirá en la pena de reclusión por doce años a lo menos cuando la pena establecida para el delito sea la de trabajos forzados y, en los demás casos la establecida para el delito disminuida de la mitad a las dos terceras partes.

Si, voluntariamente desistiere de los actos de ejecución del delito, incurrirá solo en la pena establecida para el acto que haya ejecutado, cuando éste constituya por sí mismo una infracción.

Art. 62.- El que, con el fin de cometer un delito, lleve a cabo todo lo necesario para consumarlo, si no lo realizare por circunstancias independientes de su voluntad, incurrirá en la pena de reclusión por veinte años a lo menos, cuando la pena establecida para el delito sea la de trabajos forzados y, en los demás casos, en la establecida para el mismo delito disminuida de una sexta a una tercera parte.

3. "Código penal italiano", Madrid, Gongora y Alvarez, impresos, 1891.

4. Código penal español (1973)

Art. 3.- Son punibles el delito consumado, el frustrado, la tentativa, la conspiración, proposición y provocación para delinquir.

Hay delito frustrado cuando el culpable practica todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito y, sin embargo, no lo producen por causas independientes de la voluntad del agente.

Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito, por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento.

Art. 4.- La conspiración existe cuando dos o más personas se concertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.

La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo.

La provocación existe cuando se incita de palabra, por escrito o impreso, u otro medio de posible eficacia, a la perpetración de cualquier delito. Si a la provocación hubiere seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción.

Art. 5.- Las faltas sólo se castigarán cuando han sido consumadas. Se exceptúan las faltas frustradas contra las personas o la propiedad.

Art. 49.- A los autores de un delito o falta se les impondrá la pena que para el delito o falta que hubieren cometido se hallare señalada por la Ley.

Siempre que la Ley señalase generalmente la pena de una infracción, se entenderá que la impone a la consumada

Art. 51.- A los autores de un delito o falta se les impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la Ley para el delito consumado.

Art. 52.- A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados, según arbitrio del Tribunal, a la señalada por la ley para el delito consumado.

La misma regla se observará en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito.

Igual pena se impondrá a los reos de conspiración, proposición o provocación para delinquir.

Art. 53.- A los cómplices de un delito consumado, frustrado o intentado, se les impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la Ley al autor del mismo delito.

Art. 54.- A los encubridores de un delito consumado, frustrado o intentado se les impondrá la pena inferior en dos grados a la señalada por la Ley al autor del mismo delito.

Los encubridores comprendidos en el número 3 del art. 17, en quienes concurra la circunstancia primera del mismo número, sufrirán además la pena de inhabilitación especial.

Art. 55.- Las disposiciones generales contenidas en los artículos 51 al 54, inclusive, no tendrán lugar en los casos en que el delito frustrado, la tentativa, la complicidad, el encubrimiento, la conspiración, la proposición o la provocación para delinquir se hallen especialmente penados por la Ley.

4. "Código penal español", Madrid, ed. Civitas, 1993.

19.2. Códigos penales vigentes

5. Código penal italiano 1930 (Código Rocco)

Art. 49.- (Reato supposto erroneamente e reato impossibile)

No será castigado quien comete un hecho no constitutivo de delito, en la errónea suposición que ello constituía delito.

La punición está asimismo exceptuada cuando, por la inidoneidad de la acción o por la inexistencia del objeto del delito, es imposible el evento dañoso o peligroso.

En los casos previstos en las disposiciones precedentes, si concurren en el hecho los elementos constitutivos de un delito diverso, se aplica la pena establecida para el delito efectivamente cometido.

Art. 56.- (Delito tentado) El que realizare actos idóneos dirigidos de manera inequívoca a cometer un delito, responderá de delito tentado, si la acción no se realiza o el resultado no se verifica. El culpable de delito tentado será castigado: con reclusión no inferior a 12 años, si la pena establecida es el ergástulo; y en los demás casos con la pena establecida para ese delito, disminuida de una a dos terceras partes.

Si el culpable desistiere voluntariamente de la acción, será sometido únicamente a la pena establecida para los actos realizados, cuando éstos constituyan por sí mismos una infracción diversa.

Si voluntariamente impidiere el resultado, será sometido a la pena establecida para el delito tentado, disminuida de una tercera parte a la mitad.

5. "Codice penale italiano", Napoli, edizioni Simone, 1995.

6. Código penal mexicano (1931)

CAPITULO II LA TENTATIVA

Art. 12.- Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa, los jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito.

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.

6. "Código penal para el Distrito Federal" México, Ed. México, 1993.

7. Código penal argentino (1922)

TITULO VI TENTATIVA

Art. 42.- El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad sufrirá las penas determinadas en el art. 44.

Art. 43.- El autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito.

7. "Código penal de la Nación Argentina", Buenos Aires, ed. Zavalía, 1995.

8. Código penal portugués (1982)

CAPITULO II FORMAS DEL DELITO

Art. 22.- *(Tentativa)*

1. Hay tentativa cuando el agente realiza actos de ejecución de un delito que decidió cometer, sin que éste llegue a consumarse.
2. Son actos de ejecución:
 - a) los que cumplen con un elemento constitutivo de un tipo de delito;
 - b) los que son idóneos para producir el resultado típico;
 - c) los que, según la experiencia común y salvo circunstancias imprevisibles, son de tal naturaleza que se puede esperar que les sigan actos de las especies indicadas en los párrafos anteriores.

Art. 23.- *(Punibilidad de tentativa)*

1. Salvo disposición en contrario, la tentativa sólo es punible si al delito consumado respectivo le corresponde pena superior a 2 años de prisión.
2. La tentativa no es punible cuando fuere manifiesta la inaptitud del medio empleado por el agente o la inexistencia del objeto esencial para la consumación del delito.

Art. 24.- *(Desistimiento)*

1. La tentativa deja de ser punible cuando el agente voluntariamente desistiere de proseguir la ejecución del delito, o impidiera la consumación, o, no obstante la consumación, impidiera la verificación del resultado comprendido en el tipo de delito.
2. Cuando la consumación o verificación del resultado son impedidas por hecho independiente de la conducta de quien desiste, la tentativa no es punible si éste se esforzara seriamente por evitar una u otra.

Art. 25.- *(Desistimiento en caso de participación)*

Si varios agentes participan en el hecho, no es punible la tentativa de aquel que voluntariamente impidiera la consumación o la

verificación del resultado, ni la de aquel que se esforzara seriamente por impedir una u otra, aunque los otros partícipes prosigan en la ejecución del delito o lo consumen.

8. "Código penal português", en *Debate penal*, año 9, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1996.

9. Código penal brasileiro (1984, Parte general)

Art. 14.-

Crime consumado

I. consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal;

Tentativa

II.- tentado, quando, iniciada a execução, nao se consuma por circunstancias alheias á vontade do agente.

Penal de tentativa

Parágrafo único. Salvo disposição em contrário, punese a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois tercicos.

Art. 15.- O agente que, voluntariamente, desiste de proseguir na execução ou impide que o resultado se produzca, só responde pelos atos já praticados.

Arrependimento posterior

Art. 16.- Nos crimes cometidos sem violencia ou grave ameça á pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denuncia ou da queixa, po ato voluntário do agente; a pena será eduzida de um a dois tercicos.

Crime impossível

Art. 17.- Nao se pune a tentativa quando, por ineficacia absoluta do meio ou por absoluta impropiedade do objeto, é impossível consumarse o crime.

9. "Código penal", São Paulo, Rideal, 1991.

10. Código penal de Puerto Rico (1974)

**CAPITULO VI
DE LA TENTATIVA**

Art. 26.- *Definición de tentativa*

Existe tentativa cuando la persona realiza acciones o incurre en omisiones inequívocamente dirigidas a la ejecución de un delito, el cual no se consuma por circunstancias ajenas a su voluntad.

Art. 27.- *Pena de tentativa*

Toda tentativa de delito aparejará una pena fija igual a la mitad de la pena señalada para el delito consumado, no pudiendo exceder de diez años la pena máxima de la tentativa.

En la determinación de esta pena fija el tribunal deberá considerar las circunstancias atenuantes o agravantes, la pena fija será aumentada hasta un máximo igual a la mitad de la pena fija señalada para el delito consumado con circunstancias agravantes. De mediar circunstancias atenuantes, la pena fija será reducida hasta un mínimo igual a la mitad de la pena fija señalada para el delito consumado con circunstancias atenuantes.

Art. 28.- *Desistimiento*

Si la persona desiste voluntariamente de la consumación del delito o evita sus resultados no estará sujeta a pena excepto por las acciones ejecutadas que constituyan delito por sí mismas.

10. "Código penal de Puerto Rico y leyes especiales usuales", Colombia, editorial Forum 1994.

11. Código penal alemán - Parte General (1975)

TITULO SEGUNDO

TENTATIVA

Art. 22.- (Noción)

Incorre en tentativa de hecho punible el que actuando de conformidad con su representación del hecho, se aplica inmediatamente a la realización del tipo.

Art. 23.- (Punibilidad de la tentativa)

1. La tentativa de un crimen es siempre punible.

La de un delito, únicamente cuando así lo establezca expresamente la ley.

2. La tentativa puede castigarse con pena menor que la correspondiente al hecho consumado (at. 49, inc. 1).

3. Si el autor ignorase, por grosera incomprensión, que en virtud de la naturaleza del objeto sobre el cual había de recaer el hecho o de los medios utilizados para su consecución, la tentativa no podía conducir en absoluto a la consumación, podrá el juez prescindir de la pena o atenuarla según su libre apreciación (at. 49, inc. 2).

Art. 24.- (Desistimiento)

1. No se castigará por tentativa a quien voluntariamente cesare en la ulterior ejecución del hecho o impidiere voluntariamente su consumación. Si el hecho no se consumase sin intervención del desistente su autor quedará impune, siempre que se empeñase, espontánea y seriamente, en impedir la consumación.

2. Siendo varios los que participaren en el hecho, no se castigará por tentativa a quien voluntariamente impidiere la consumación. Sin embargo, es suficiente para la impunidad el espontáneo y serio empeño de impedir la consumación del hecho, cuando ella no llega a realizarse o cuando se efectúa con independencia de su precedente cooperación en el hecho.

11. "Código penal alemán: parte general", Buenos Aires, Depalma, 1976.

12. Código penal francés de 1993

Art. 121-5. La tentative est constituée des lors que, manifestée par un commencement d'exécution, elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur.

12. "Código penal français", 1993.

13. Código penal español de 1995

Art. 16.

1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y, sin embargo, éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.
2. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta.
3. Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquel o aquellos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta.

13. "Código penal español", Madrid, Ministerio de Justicia e Interior, 1995.

14. Código penal de Colombia (1980)

CAPITULO II

Art. 22.- Tentativa

El que iniciare la ejecución del hecho punible, mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo, ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para el delito consumado.

14. "Código penal colombiano", Bogota, ed. Leyes, 1994.

15. Código penal del Ecuador

Art. 16.- Quien práctica actos idóneos conducentes de un modo inequívoco a la realización de un delito, responde por tentativa si la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica.

Si el autor desiste voluntariamente de la acción está sujeto a la pena por los actos ejecutados, siempre que estos constituyan una infracción diversa, excepto cuando la ley, en casos especiales, califica como delito la mera tentativa.

Si voluntariamente impide el acontecimiento, está sujeto a la pena establecida para la tentativa, disminuida de un tercio a la mitad.

Las contravenciones sólo son punibles cuando han sido consumadas.

Art. 17.- La conspiración y la proposición para cometer un delito sólo serán reprimidas en los casos que la ley determina.

Se entiende que hay conspiración cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito; y existe proposición, cuando el que ha resultado cometerlo propone su comisión a otra u otras personas.

Si la conspiración o la proposición, aun en el caso de estar reprimida por la ley, deja de producir efectos por haber sus autores desistido voluntariamente de la ejecución, antes de iniciarse procedimiento judicial contra ellos, no se les aplicará pena alguna.

15. "Código penal del Ecuador" Quito, Corporación de estudios y publicaciones, 1994.

16. Código penal cubano

Capítulo IV

El delito consumado, la tentativa y los actos preparatorios

Art. 12.- 1. Son sancionables tanto el delito consumado como la tentativa. Los actos preparatorios se sancionan únicamente cuando se trate de delitos contra la seguridad del Estado, así como respecto a los delitos previstos en la Parte Especial de este Código para los cuales se establezca específicamente.

2. Se considera tentativa si el agente ha comenzado la ejecución de un delito sin llegar a consumarlo.

3. Los actos preparatorios comprenden la organización de un plan, la adquisición o adaptación de medios o instrumentos, la reunión, la asociación o el desarrollo de cualquier otra actividad encaminada inequívocamente a la perpetración del delito.

4. La tentativa y los actos preparatorios se consideran como tales siempre que no constituyan, de por sí, otro delito más grave.

5. La tentativa y, en su caso, los actos preparatorios, se reprimen con las mismas sanciones establecidas para los delitos a cuya ejecución propenden, pero el tribunal podrá rebajarlas hasta en dos tercios de sus límites mínimos.

Art. 13.- 1. No es sancionable la tentativa cuando el agente espontáneamente desiste del acto o evita el resultado delictivos.

2. Tampoco son sancionables los actos preparatorios cuando el agente espontáneamente desiste de ellos, especialmente, destruyendo los medios dispuestos, anulando la posibilidad de hacer uso de ellos en el futuro o poniendo el hecho en conocimiento de las autoridades.

3. Lo dispuesto en los apartados anteriores no exonera de responsabilidad al agente con respecto a cualquier otro delito cometido con su acto.

Capítulo V

El delito imposible

Art. 14.- Si por los actos realizados, por el medio empleado por

el agente para intentar la perpetración del delito o por el objeto respecto al cual ha intentado la ejecución, el delito manifiestamente no podía haberse cometido, el tribunal puede atenuar libremente la sanción sin ajustarse a su límite mínimo y aun eximirle de ella, en caso de evidente ausencia de peligrósidad.

16. "Código penal cubano"; en doctrina penal, año 14, Buenos Aires, Depalma, 1991.

19.3. Anteproyectos y proyectos de Código penal

17. Anteproyecto peruano de 1877

Art. 2.- Son punibles no solo el delito consumado, sino también el delito frustrado y la tentativa.

Delito frustrado es el que por causas independientes de la voluntad del culpable no llega a consumarse, a pesar de haber empleado todos los medios necesarios para ejecutarlo.

La tentativa es la intención de cometer un delito manifestada por actos exteriores, que conduzcan a su ejecución, y que no se realicen por virtud de una causa o accidente extraño a la voluntad del agente.

Art. 3.- La conspiración y la proposición para cometer un delito son igualmente punibles desde que se manifiesten con propósito deliberador.

La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de algún delito o resuelven perpetrarlo.

Se califica de proposición la propuesta o insinuación intencional y explícita, hecha a una o varias personas para la ejecución de un acto punible.

Exime de toda responsabilidad penal el desistimiento espontáneo de la conspiración o proposición para cometer un delito, dando aviso a las autoridades del plan y de las circunstancias del delito proyectado antes de que principie su ejecución.

17. Anteproyecto peruano de Código penal 1877, Lima, Imprenta y librería de San Pedro, 1918.

18. Anteproyecto peruano de 1902

Art. 3.- Hay delito frustrado cuando el culpable practica todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito y, sin embargo, no lo producen por causas independientes de la voluntad del agente.

Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos anteriores y no practica todos los actos que deberían producir el delito, por causa o accidente que no sean su propio y voluntario desistimiento.

Hay confabulación cuando dos o más personas se concertan para la ejecución del delito y resuelven ejecutarlo.

Hay proposición cuando el que ha resuelto cometer un delito propone su ejecución a otra u otras personas.

Art. 4.- Son punibles el delito consumado, el frustrado y la tentativa.

La confabulación y la proposición sólo son punibles en los casos en que la ley las pena expresamente.

Las faltas solo son punibles cuando han sido consumadas.

18. Anteproyecto de Código penal de 1900-1902, Lima, Imprenta y Librería de San Pedro, 1918.

19. Proyecto Maúrtua de 1916

Art. 67.- Están sujetos a represión el delito consumado y la tentativa.

Hay tentativa:

1. Cuando el agente ha puesto de su parte todo lo necesario para la completa ejecución del delito, sin que esta se verifique por causas independientes de su voluntad.
2. Cuando el hecho punible no ha sido ejecutado enteramente pero se ha comenzado por actos exteriores directamente destinados a su completa ejecución.

Art. 68.- La tentativa no es punible cuando el agente se hubiere desistido voluntariamente de la infracción o cuando, antes de descubrirse, hubiese obrado de motu proprio para impedir la producción del resultado.

La ley presume voluntario el desistimiento.

Art. 69.- La tentativa será reprimida conforma a las reglas siguientes:

1. En los casos en que la ley prescribe la pena de trabajos forzados perpetuos, se sustituirá esta pena por la de penitenciaria o de relegación de diez a veinte años.
2. En los casos en que la ley prescribe las penas de penitenciaria o de prisión, se reducirá el tiempo de estas penas según los antecedentes del culpable, de un tercio a la mitad del máximo que correspondería al agente del delito consumado.

Art. 70.- Las penas accesorias serán las mismas para la tentativa punible que para el hecho consumado.

Art. 71.- El juez podrá atenuar la pena hasta límites inferiores a su mínimo legal, respecto de aquel que hubiere intentado cometer un delito por un medio o contra un objeto de naturaleza tal que la realización de este fuese absolutamente imposible.

19. Proyecto de Código penal, presentado por la comisión presidida por Víctor Maúrtua, 1916, en *Revista de Forum*, año, 1916, pp. 219 y ss.

20. Anteproyecto de Código penal de 1927 (Cornejo)

Art. 134.- La infracción se prepara procurándose, o adoptando los medios o instrumentos necesarios, o creando las condiciones favorables a la realización de un propósito criminal.

Art. 135.- La simple preparación de una infracción, no es punible, salvo que los actos practicados constituyan por sí mismos una infracción.

Los que fueren sorprendidos en preparación flagrante de una infracción, podrán, sino fuesen punibles, quedar sujetos a medidas de seguridad.

Art. 136.- Hay tentativa criminal, si el propósito de cometer una infracción determinada se revela por la ejecución de actos que inequívocamente conducen a su realización, y esta no se consuma por circunstancias accidentales.

Art. 137.- Al autor de tentativa se le impondrá la pena señalada a la infracción consumada, por debajo de la mitad del máximo, o entre el mínimo y su tercio.

Ar. 138.- El tribunal que pronuncie, o revise la condena, puede imponer pena mayor, si considera peligroso al reo.

Art. 139.- La tentativa deja de ser punible:

1. Si el agente se desistió espontáneamente de la ejecución en el curso de ella y antes de producir daño alguno.
2. Si el agente evita, por acto especial y absolutamente espontáneo los efectos del acto realizado, antes de que este se descubra.

La disposición de este artículo no favorece a los reincidentes, los que en caso de arrepentimiento oportuno o tardío, podrán ser sometidos a la medida de seguridad que corresponda a la calidad de la infracción tentada y a sus condiciones personales.

Art. 140.- Hay infracción frustrada, si el agente ejecuta todo lo que era necesario para producir el hecho punible y este no se produce por circunstancias accidentales.

Art. 141.- La infracción frustrada es punible como la consumada, si la pena que a ésta corresponde, es de presidio o penitenciaria no menor de cinco años; pero el tribunal que pronuncie o revise

la condena podrá atenuar la pena sin sujetarse a los límites legales, si califica la no peligrosidad del inculpado.

En los delitos que tengan señalada penitenciaría con máximo menor de cinco años, u otra pena menos grave, se aplicará la pena por debajo de la mitad del máximo, o sin exceder al mínimo en un tercio.

Art. 142.- Al que intentare cometer una infracción en circunstancias, o por medios que hicieran imposible el hecho punible, se le impondrá una pena prudencial, según las modalidades del hecho y las condiciones del pasible y podrá eximirse de toda pena, si las circunstancias que han imposibilitado el resultado pudieron ser consideradas por el agente como probables en el momento de la infracción.

20. Anteproyecto de Código penal, Lima, imprenta Minerva 1927.

21. Anteproyecto de Código penal suizo de 1916

Art. 22.- La pena será atenuada con respecto a quien intente cometer un delito y haya comenzado su ejecución; ella corresponderá respecto a aquel que haya persistido hasta su término, pero sin resultado su actividad culpable.

Art. 23.- El juez podrá atenuar libremente la pena con respecto a aquél que intente cometer un delito por un medio o contra un objeto de naturaleza tal que la realización de dicho delito sea absolutamente imposible.

El juez podrá liberar de toda pena a aquel que haya obrado por defecto de inteligencia.

Art. 24.- Quién, de su propia decisión, haya desistido de una tentativa, no será castigado.

El juez atenuará libremente la pena con respecto a quién de su propia decisión haya obrado para impedir el resultado.

21. Avant-Projet de code pénal suisse, octobre 1916.

20. JURISPRUDENCIA NACIONAL (387)

1. Delito frustrado

El forado no concluido, abierto para cometer una sustracción, no prueba un robo frustrado, sino una tentativa (Ej. Sup. del 25 de mayo de 1894, en *Anales Judiciales*, Año 1874-1878, Tomo VI, p. 38).

2. Desistimiento voluntario

Procede la absolución del acusado si se acredita que éste suspendió la ejecución del delito, por su propia voluntad, antes de causar daño (Ej. Sup. del 31 de octubre de 1917, en *Revista del Foro*, 1917, p. 310).

3. Punición-desistimiento involuntario

Es punible la tentativa cuando el agente no desiste espontáneamente de su acción (*Revista de los Tribunales*, Año 1937, Tomo VII, p. 151).

4. Reparación civil-tentativa

En la represión de una tentativa no procede la condena al pago de reparación civil (Ej. Sup. del 21 de setiembre de 1939, en *Revista de los Tribunales*, Año 1940, Tomo X, p. 3-6).

5. Tentativa y dote

En los casos de tentativa de delito contra el honor sexual no hay dote (Ej. Sup. del 10 de junio de 1949, en *Revista de los Tribunales*, Año 1940, Tomo X, p. 194).

(387) Los sumillados jurisprudenciales que se anexan a continuación, son resultado de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia del Perú en base, fundamentalmente al Código penal de 1924. Este material Jurisprudencial sumillado, ha sido directamente extraído de las fuentes que se anotan. Del trabajo del Dr. ESPINO PÉREZ (Código Penal, concordancias. Sexta Edición 1982) igualmente se han transcrito un buen número de jurisprudencias; debiéndose hacer mención que algunas de las sumillas colocadas por el indicado autor, no siempre han coincidido con las que observan las de las respectivas resoluciones.

6. Apreciación judicial de la tentativa

Para apreciar la tentativa se debe tener en cuenta no sólo el elemento objetivo sino también el subjetivo, ya que en todo delito la intención del actor es la que predomina (Ej. Sup. del 30 de setiembre de 1939, en *Revista de los Tribunales*, Año 1940, Tomo X, p. 3).

7. Tentativa de homicidio

Si el acusado dispara contra el agraviado para victimarlo, hiriéndolo gravemente, el hecho no constituye delito de lesiones sino tentativa de homicidio, pues el agente puso de su parte todo lo necesario para su consumación, no realizada por circunstancias accidentales (Ej. Sup. del 8 de junio de 1943, en *Anales Judiciales*, Año 1943, p. 32. *Revista de los Tribunales*, Año 1943, p. 267).

8. Tentativa de violación sexual-apreciación

Siendo la intención un elemento subjetivo, sólo puede conocerse de dos maneras: por relación directa del interesado o por las pruebas indirectas que conduzcan a conocer cuál fue esa intención.- Incurre en tentativa de delito de violación, el acusado que al encontrar sola en un camino a una menor de 10 años de edad, la lleva contra su voluntad al monte, manifestándole que lo hacía para que no los viera la gente, persigue a la menor cuando ésta se le escapa y demuestra vergüenza al ser descubierto (Ej. Sup. del 27 de diciembre de 1943, en *Revista de los Tribunales*, Año 1944, p. 245).

9. Delito contra la fe pública-inexistencia de comienzo de ejecución

La entrega de determinada cantidad de dinero, en cheques circulares hecha por el encausado a unos estafadores para que éstos practicasen una supuesta falsificación, bajo el móvil de una fácil y apreciable ganancia, aunque moralmente reprobable, no es punible porque ella no determina su condición de coautor en la infracción, ni configura la tentativa de falsificación que, para que exista jurídicamente, requiere el comienzo de la ejecución directa del delito (Ej. Sup. del 30 de setiembre de 1943, en *Anales Judiciales*, Año 1943, p. 182. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, octubre de 1943, p. 31).

10. Tentativa-aplicación judicial de la pena

En la tentativa hay que imponer al agente una pena que guarde relación con la que le habría correspondido si el delito se hubiera consumado.- En el caso de autos, tratándose de un reincidente que intentó matar a su conviviente, a quien en anterior ocasión había causado lesiones, se le condenó, en aplicación de la segunda parte del art. 97 del C.P., a la pena de 10 años de penitenciería (Ej. Sup. del 11 de enero de 1946, en *Revista de los Tribunales*, Año 1947, p. 25).

11. Tentativa de violación sexual

Constituye tentativa de violación y no delito contra el pudor el contacto sexual que ha producido el contagio venéreo en una menor de 9 años de edad, con quien no se ha consumado el coito.- No es el caso de agravar la pena conforme el art. 203, sino al inc. 2do. del art. 51 del C.P. (Ej. Sup. del 19 de mayo de 1948, en *Anales Judiciales*, Año 1948, p. 279. *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Año 1948, p. 367).

12. Tentativa de estafa

Incurrir en tentativa de delito de estafa, quien, conector de las relaciones comerciales entre dos personas, dirige a una de ellas con el nombre de la otra un telegrama para que entregara determinada suma de dinero al apoderado del acusado. Efectuada la cobranza y girado el dinero al acusado, éste no pudo recogerlo por circunstancias ajenas a su voluntad, por lo que no llegó a consumarse el delito (Ej. Sup. del 2 de junio de 1949, en *Anales Judiciales*, Año 1949, p. 227).

13. Al haber delito preterintencional no hay tentativa

No puede haber delito de homicidio ni tentativa del mismo, cuando falta la intención debida de matar, admitiéndose que el reo causó un resultado que no quiso causar, pero pudo preveer; la figura es la de un homicidio preter-intencional (Resolución Sup. del 9 de julio de 1954, en *Revista de Jurisprudencia Penal*, N° 93, octubre de 1951). Concurso Tentativa de homicidio y homicidio preter-intencional.

14. Igualdad de pena para delito frustrado y delito consumado

No habiéndose consumado el delito de violación por la resistencia opuesta por la menor agraviada, el Tribunal puede aplicar la pena en la misma medida que para el delito consumado (Ej. Sup. del 21 de abril de 1953, en *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Año 1953, p. 993).

15. Penalidad de la tentativa acabada

En casos en que la ley prescriba la pena de prisión para el delito consumado, el tribunal para reprimir la tentativa acabada podrá, a su juicio, reducirla, según las modalidades del hecho y las condiciones del culpable (Ej. Sup. del 21 de abril de 1953, en *Revista de Jurisprudencia Peruana*, N° 115, agosto de 1953, p. 994).

16. Reducción de pena en caso de tentativa

En caso de tentativa la pena debe reducirse de acuerdo con las condiciones del agente.- Se condenó por tentativa de delito de violación a 8 años de penitenciaría al acusado, sin antecedentes penales, que fue sorprendido por la madre de una menor de un año y meses de edad en circunstancias que pretendía violarla, comprobando el examen médico que no hubo desfloración de dicha menor, pero sí lesiones en su aparato genital (Ej. Sup. del 19 de julio de 1955, en *Revista Jurídica del Perú*, Año 1955, p. 253).

17. Tentativa de homicidio sin intención de matar, existiendo fractura, constituye delito de lesiones

Es caso de tentativa de delito de homicidio, el acto perpetrado por el acusado que en estado de relativa ebriedad y en un raptó de cólera, con una varilla de hierro, propinó un golpe a su hermano en el brazo, causándole la fractura del cúbito. No existiendo elementos probatorios suficientes de que el reo tuviera la intención de matar, el hecho constituye delito de lesiones (Ej. Sup. del 17 de agosto de 1957, en *Revista del Foro*, Año 1957, p. 465; ÍDEM *Revista Jurídica del Perú*, Año 1957, p. 110).

18. Tentativa inacabada

Condena a la pena de 6 años de penitenciaría, al reincidente, autor del delito de tentativa de violación que con sus coacusados asaltó a dos mujeres para violarlas, pero que no pudo consumar el delito por circunstancias ajenas a su voluntad (Ej. Sup. del 9 de setiembre de 1955, en *Revista de Jurisprudencia Peruana*, p. 216).

19. Tentativa de violación sexual de menor de edad

Si el acusado pretendió tener contacto sexual con una menor de 15 años de edad, hecho que no se produjo por haber sido descubierto por la madre de aquélla en los actos preparatorios al coito, procede formular acusación por tentativa de delito de violación (Ej. Sup. del 5 de enero de 1957, en *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Año 1957, p. 336).

20. Estimación judicial del delito de lesiones

No configura tentativa de homicidio las lesiones de carácter leve causadas por dos disparos hechos con arma de fuego, por un hijo a su padre en circunstancias que éste maltrataba a su esposa, de la que se había separado para convivir con su propia cuñada. La circunstancia de haber practicado el delito por reacción incontrolable en el mismo momento en que su madre era maltratada injustamente, excluye la intención homicida, y faltando el *ánimus necandi* el agente es sólo autor de lesiones (Ej. Sup. del 19 de julio de 1957, en *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Año 1957, p. 145).

21. Análisis y evaluación de circunstancias en tentativa acabada de homicidio

Aunque el agraviado no hubiera sufrido lesión de importancia, las circunstancias en que se perpetró el hecho, en horas de madrugada, habiendo ingresado el acusado en forma sigilosa a la casa donde se encontraba durmiendo el agraviado, los móviles del delito, y del arma empleada, un puñal, tipifican el hecho como tentativa de homicidio (Ej. Sup. del 2 de noviembre de 1957, en *Revista del Jurisprudencia Peruana*, Año 1958, p. 1006).

22. Tentativa de violación sexual

No cabe absolver al acusado por delito contra el honor sexual, si está acreditada la desfloración de la menor agraviada, y aquél conviene en que era su enamorada, que trató de cohabitar con ella cuando se encontraba dormida, la que se despertó y dio voces de alarma. Si no se consumó el acto, existe tentativa de violación (Ej. Sup. del 25 de abril de 1958, en *Revista Jurídica del Perú*, Año 1958, p. 44).

23. Actos preparatorios en delito de violación sexual-evaluación judicial

No incurre en tentativa de violación quien al encontrar en el campo a una menor acompañada de su hermana, la derribó o trató de derribarla al suelo según expresa la presunta agraviada con el fin de violarla. Mientras la hermana iba en busca de auxilio el encausado no realizó ningún otro acto que pudiera significar principio de ejecución material del delito, único caso en que puede configurarse la tentativa. Los actos imputados constituyen actos preparatorios no punibles (Ej. Sup. del 1 de julio de 1963, en *Semanario Judicial*, Año 1, p. 47).

24. Reducción de pena en tentativa de violación sexual

Si el acusado es responsable únicamente de tentativa de violación aunque haya actuado con violencia, cabe reducirle la pena impuesta por el Tribunal Correccional a 3 años de penitenciaría (Ej. Sup. del 16 de julio de 1969, en *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Año 1969, p. 1271).

25. El desistimiento involuntario es punible

La tentativa no es punible sólo cuando el agente se hubiera desistido espontáneamente de la infracción, no así cuando el desistimiento se produce de autos, el encausado sabiendo que una menor estaba sola en su casa, penetró en la morada, por una ventana, con el propósito de practicar el acto sexual con ella y al darse cuenta que los padres volvían en el preciso momento en que le quitaba el calzón, se dio a la fuga (Ej. Sup. del 29 de octubre de 1970, en *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Año 1971, p. 264).

26. El desistimiento espontáneo no es punible

La tentativa no es punible si el actor desiste espontáneamente ante la resistencia de la menor agraviada, la que sostiene que debido a su oposición y resistencia logró que el acusado desistiera de su propósito.- Por otra parte, los certificados médicos acreditan que la menor tiene himen complaciente, sin indicar huellas de ninguna clase ni revelan relaciones sexuales (Ej. Sup. del 11 de junio de 1971, en *Boletín del Colegio de Abogados*, Año II, N° 18, p. 179).

27. Rebaja de pena en los casos de tentativa

Conforme al art. 97 del C.P. para los casos de tentativa sólo puede rebajarse la pena de un tercio a la mitad (Ej. Sup. del 12 de diciembre de 1972, en *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Año 1972, p. 1539).

28. Tentativa del delito de hurto

Para la consumación del hurto, lo decisivo es el criterio de disponibilidad y no el de simple desapoderamiento. Incurrir en tentativa de delito contra el patrimonio, el acusado que no ha tenido en ningún momento la posibilidad de disponer del monto de lo sustraído toda vez que fue perseguido de cerca por el agraviado hasta que fue capturado (Ej. Sup. del 4 de octubre de 1972, en *Boletín Judicial de la Corte Suprema del Perú*, Año I, p. 292).

29. Tentativa acabada en homicidio

Si el acusado ha puesto de su parte todo lo necesario para la consumación del delito de homicidio, el cual no se produjo por circunstancias accidentales, es de aplicación lo dispuesto por el art. 97 del C.P.- Debiendo la pena guardar relación con la naturaleza, forma y circunstancias en que se cometió el hecho delictuoso, se impuso al acusado la pena de 10 años de penitenciaría (Ej. Sup. del 6 de julio de 1976, en *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Año 1976, p. 1303; ÍDEM *Anales Judiciales*, Año 1976, p. 470).

30. Actos constitutivos de tentativa de homicidio

Los actos constitutivos de la tentativa del delito de homicidio no pueden ser considerados como falta sino como delito (Ej. Sup.

del 10 de agosto de 1978, en *Revista de Jurisprudencia Peruana*, Año 1978, p. 785).

31. Participación en grado de tentativa

Habiéndose frustrado un hecho delictuoso, la participación de la encausada quedó en grado de tentativa, reduciéndose la pena de un tercio a la mitad en aplicación del art. 87 del D. L. 22095, y arts. 95 y 97 del C.P.- En el caso juzgado, la acusada fue contratada, mediante la entrega de una suma de dinero que debía recibir en el lugar del destino, para transportar droga oculta bajo su vestimenta, siendo sorprendida por las autoridades que incautaron la droga (Ej. Sup. del 3 de junio de 1981, en *El Peruano*, Ejecutoria Suprema N° 6, p. 85).

32. Condiciones para el no rebajamiento de la pena

No debe ejercitarse la facultad legal de rebajar la pena en el caso del encausado, si ha habido inexplicable insinceridad en los dichos del encausado que tiene además la condición jurídica de doble reincidente. La sentencia debe expresar el delito por el cual se impone la condena (Ej. Sup. del 16 de febrero de 1981, en *Anales Judiciales*, Años 1979-1981, Tomo LXXI, p. 568).

33. Tentativa en delito de tráfico ilícito de drogas

El grado de tentativa del tráfico de drogas se considera en la aplicación de la pena en la misma medida que en caso de delito consumado, cuando existan circunstancias agravantes (Ej. Sup. del 10 de setiembre de 1981, en *Anales Judiciales*, Años 1979-1981, p. 583).

34. Delito contra la vida, el cuerpo y la salud

La intención de victimar, frustrada por causas ajenas a la voluntad del autor, debe ser plenamente acreditada para que el hecho incriminado pueda tipificarse como tentativa (Ej. Sup. del 7 de diciembre de 1981, en *Anales Judiciales*, Años 1982-1984, Tomo LXXII, p. 181).

35. Delito contra la vida, el cuerpo y la salud

Debe aumentarse la pena considerando que los hechos configuran tentativa de homicidio calificado y no tentativa de homicidio

simple (Ej. Sup. de febrero de 1988, en *Anales Judiciales*, Año 1988, Tomo LXXVI, p. 149).

36. Delitos contra el patrimonio

La violencia propia del delito de asalto y robo, no configura tentativa de homicidio como infracción independiente, debiendo resolverse la situación aplicando las reglas del concurso ideal del delito (Ej. Sup. del 23 de febrero de 1988, en *Anales Judiciales*, Año 1988, Tomo LXXVI, p. 156).

37. Delito contra la vida, el cuerpo y la salud

Tentativa de Homicidio; los fallos dictados de acuerdo al dictamen fiscal pueden considerarse como su motivación, en aplicación del art. 60 del Decreto Ley 14605; estando los representantes del Ministerio Público obligados a fundamentar sus fallos (Ej. Sup. del 10 de enero de 1989, en *Anales Judiciales*, Año 1989, Tomo LXXVII, p. 131).

38. Delito contra el honor

Es nula la sentencia, si en el juicio oral no se ha compulsado adecuadamente la prueba con el fin de establecer la inocencia o la culpabilidad del acusado -1989 (Ej. Sup. del 27 de febrero de 1989, en *Anales Judiciales*, Tomo LXXVII, p. 265).

39. Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud

Tentativa de homicidio; la retractación del agraviado sobre la identidad del autor y la falta de pericia balística en el delito de homicidio con el uso de arma de fuego, constituye la duda razonable a que se refiere el inciso séptimo de la Constitución por la que se declara haber nulidad en la sentencia recurrida que condena al acusado por tentativa a 2 años de penitenciaría (Ej. Sup. de junio de 1990, en *Anales Judiciales*, Año 1990, Tomo LXXVIII, p. 110).

40. Sustitución de pena

El art. 197 del Código Penal, faculta sustituir las penas en los casos de tentativa, *Anales Judiciales*, Año 1990, Tomo LXXVII, p. 132.

41. Desistimiento

Al no existir prueba que desvirtúe la versión del encausado y al haberse desistido de ayudar a los encausados en la comisión del delito, hay que concluir que ha participado sin tener conciencia ni voluntad de la infracción que se le atribuye. No es punible el desistimiento espontáneo (*Normas Legales*, Tomo 209, octubre de 1993, p. J-12).

TÍTULO CUARTO

LA CONSUMACION DEL DELITO

1. GENERALIDADES

La consumación del delito es el presupuesto jurídico formal más importante del mismo a nivel típico, constituyendo a su vez la fase última y final del “*iter criminis*”. Es, al decir de ANTOLISEI, el cierre del ciclo del delito (1). Se trata, entonces, de un presupuesto esencial (el supuesto de hecho típico) que con frecuencia ha sido identificado con el delito mismo, lo cual no hace sino reflejar el grado de confusión existente en el manejo del lenguaje jurídico penal. En este punto es necesario remarcar que la consumación se define a nivel de tipo penal; que la perfección del grado (es decir de los actos de ejecución) se produce igualmente a ese nivel. De donde se colige, que para hablar de la perfección global del delito, se tendrá que cumplir con los otros presupuestos que le son inherentes al mismo, esto es: antijuricidad y culpabilidad, según el paradigma teórico alemán; o del aspecto subjetivo del delito, según el paradigma italiano o francés. Se entiende, entonces, que aún nos movemos en el terreno de la tipicidad.

Y se dice que es un concepto esencialmente jurídico formal, por cuanto en muchos de los supuestos típicos no se exige materialidad consumatoria, es decir, resultados objetivos expresados en hechos verificables, conformándose la exigencia típica de la consumación con una estimación de índole formal (2). Estas notas peculiares del

(1) FRANCISCO ANTOLISEI, *Manual de Derecho penal. Parte general*, 8a. ed., Bogotá, Temis, 1988, p. 336.

(2) Tales son los casos de los delitos de peligro, de simple actividad, emprendimiento y de omisión.

concepto amplio de consumación, permiten diferenciarla con suficiente nitidez de los niveles de simple resultado que se producen en los diversos casos de tentativa, los cuales, obviamente, no producen grado de consumación típica ni pueden ser conceptualmente concebidos en tal sentido. Al producirse la consumación se produce la consiguiente imposibilidad de tentativa (3).

2. DEFINICIONES

Para FRANCISCO ANTOLISEI, se trata de la plena conformidad del hecho realizado por el hombre con la hipótesis abstracta definida por el legislador (4), precisando que ella no se refiere a la presencia de todos los presupuestos exigidos para la punibilidad del hecho, sino el concurso de todos los elementos indispensables para la existencia del delito. JESCHECK señala que la consumación no depende de si el autor ha conseguido su meta, sino que se produce en el momento en que se realiza todos los elementos del tipo (5); y ello en función a la redacción legal del tipo penal de que se trate, la consumación puede producirse en un momento anterior o posterior (6). Para FRANZ VON LISZT la consumación supone que se hayan dado todos los caracteres del hecho particular constitutivo del delito y que, especialmente, se haya producido el resultado exigido por la ley en la definición de este delito (7). MERKEL lo entiende como un concepto de técnica jurídica (8). WELZEL concluye que el delito está

(3) En este punto MANTOVANI, manteniendo un punto de vista crítico y haciendo un uso restringido del concepto "perfección" indica que no es la consumación el momento límite a la configuración de la tentativa, sino la perfección. Al respecto véase *infra* "consumación y resultado", p. 413.

(4) ANTOLISEI, *Manual*, cit., p. 336.

(5) H. H. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal. Parte general*, Barcelona, Bosch, 1981, Vol. II, p. 705; *idem* (4a. ed.), Granada, 1993, p. 468.

(6) JESCHECK, *Tratado*, cit., Vol. II, p. 705.

(7) FRANZ VON LISZT, *Tratado de Derecho penal*, Madrid, Reus, 1937, T. II, p. 2.

(8) ADOLF MERKEL, *Enciclopedia Jurídica*, Madrid, Reus, 1924, p. 426.

consumado con el cumplimiento completo del tipo ⁽⁹⁾. Los penalistas italianos GIOVANNI FIANDACA y ENZO MUSCO nos ofrecen una clara definición de la naturaleza de la consumación, cuando indican que “el concepto de consumación expresa técnicamente la completa realización de todos los elementos constitutivos de una variedad delictiva; en otros términos, se está en presencia de un delito consumado todas las veces en que el hecho completo corresponde enteramente al modelo legal delineado en la norma penal en cuestión ⁽¹⁰⁾. En realidad todos estos conceptos de una u otra manera corresponden a la fórmula legal establecida en el Código Toscano de 1853, en su art. 42: “El delito es consumado cuando todos los elementos que componen su esencia se encuentran reunidos en el hecho delictuoso de que se trate” ⁽¹¹⁾.

3. PROBLEMAS DE INTERPRETACION EN LA CONSUMACION DEL DELITO

Los problemas con que se enfrenta el análisis dogmático y la praxis judicial en cuanto a la consumación delictiva, equivale en un primer orden de cosas a lograr determinar con certeza el momento preciso de su realización y a establecer su contenido y alcances jurídico-materiales, en un segundo orden. En este trabajo daremos algunas pautas que ayuden al abordamiento de este tema de gran importancia, sobre todo para la parte especial del derecho penal.

La consumación del delito ofrece dos dimensiones de estudio: *Primero*, como concepto genérico (conurrencia y realización de todos los elementos exigidos por el tipo); y *Segundo*, como concepto aplicado a las diversas variedades de tipos establecido en la ley

(9) HANS WELZEL, *Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1956.

(10) GIOVANNI FIANDACA y ENZO MUSCO, *Diritto Penale. Parte generale*, 2a. ed., Bologna, Zanichelli, 1993, p. 332.

(11) Incluido como apéndice en el T. X del *Programa de Derecho Criminal* de FRANCESCO CARRARA.

penal. Como concepto genérico, la ausencia de uno de sus componentes, por ejemplo, la no existencia del sujeto pasivo del delito, o del objeto del mismo, la inexistencia del bien tutelado, o la ausencia de voluntad, hacen atípica la concreta acción del agente (el tipo es inexistente). El concepto legal exige que se den todos los presupuestos tanto de hecho como normativos de la figura legal. No podemos hablar de consumación incompleta o insuficiente, por la ausencia o no plenitud de uno de sus elementos. Tales situaciones no corresponden a la consumación y pueden conformar tentativa, error de tipo o, simplemente, inexistencia de delito.

El estudio aplicado de la categoría jurídica “consumación” es el que ha generado con frecuencia delicados problemas de interpretación en función al cuándo y al cómo (Problemas de fijación y cognoscibilidad) se produce esta.

En primer lugar debemos partir de una premisa básica: la consumación es un asunto de tipicidad, donde se concreta la relación dialéctica entre disvalor de acto y de resultado –no existe disvalor de consumación–, asumiendo la acción u omisión del agente calidad imputable a título delictivo a partir de ello. En segundo lugar se trata de una categoría jurídica de naturaleza relativa, por cuanto la violación de la norma penal puede hallarse justificada por razones legalmente determinadas, y por adquirir el resultado connotaciones especiales que exceden el marco de una regla conceptual fija, como afirma CARRARA: esta relatividad también se pone de manifiesto cuando “un resultado que con respecto a un título de delito constituye consumación, no es sino tentativa con respecto a otro título de delito” (12). Pero, en lo fundamental, el carácter relativo de la consumación,

(12) “La lesión somática es la consumación del delito de lesiones, pero puede ser tentativa de homicidio; el derribo de una puerta es la consumación de daño en cosa ajena, pero puede ser tentativa de hurto; el abandono de un niño es la consumación del delito de exposición a peligro de menores, pero puede ser tentativa de homicidio; la privación de la libertad a una mujer es la consumación del rapto (secuestro), pero puede ser una fase de tentativa de violencia carnal” (CARRARA, *Programa*, cit., T. I, p. 240.

radica en la forma como la ley determine legalmente la infracción en cada tipo específico. Esto quiere decir que los tipos penales no coinciden necesariamente en sus momentos consumativos y que es la manera como estén redactados lo que va a determinar la concreta manifestación de la consumación, ya sea que ésta se halle contemplada a nivel de resultado material, simple actividad-inactividad o de consumación anticipada.

3.1. Consumación y resultado ⁽¹³⁾

Se trata de dos conceptos en íntima relación, en la cual el primero por consideraciones típicas incluye al segundo; mientras que el primero posee naturaleza esencialmente formal, el segundo es básicamente óntico-jurídico, por cuanto se define en virtud a un hecho determinado previsto y teleológicamente querido o admitido como consecuencia de la acción u omisión típica del agente. El resultado no es sólo como creía la conceptualización causalista, la modificación del mundo externo ⁽¹⁴⁾, es también la posibilidad de esa modificación; cuestión esta última que se pone de manifiesto con los delitos denominados de peligro. Más correctamente el resultado consumidor es la materialización del efecto lesivo de la acción final, la cabal realización del “injusto penal”, que puede darse con modificación del mundo exterior que es al mismo tiempo violación de la norma penal ⁽¹⁵⁾.

El concepto *resultado*, puede ser entendido en dos niveles: a) como componente del hecho típico consumado (desvalor del

(13) Véase supra “La no consumación del delito”. Revítese igualmente el interesante trabajo de PATRICIA LAURENZO COPELLO, *El resultado en derecho penal*, Valencia, Tirant lo blanch, 1992.

(14) LISZT, *Tratado*, T. II, p. 292: “*el efecto causado por el movimiento corporal*”.

(15) En este sentido son insuficientes las conceptualizaciones causalistas que ven en la consumación exclusivamente un asunto de modificación del mundo exterior por acción del comportamiento humano. Véase al respecto JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. III, p. 298 ss.; aquí el autor habla de resultado físico, fisiológico, psíquico y de riesgo. Véase también el T. VII, p. 962 y ss.

resultado: lesión del bien jurídico), propio de los delitos de lesión o resultado; b) como grado específico de ejecución: como ejecución misma, que prescinde de la ocurrencia de la lesión como resultado; o en el ámbito del nivel de resultado admisible en la preparación funcional (actos preparatorios punibles); conglobadas ambas circunstancias como una puesta en peligro del bien jurídico.

Tal concepto es además importante para delimitar el desvalor en los delitos culposos, en los cuales el resultado es una derivación necesaria para el juicio de antijuridicidad penal. Y esto último sin perjuicio de dejar señalado que el desvalor de acción resulta lo principal para los efectos de imputar responsabilidad penal: vale decir la violación de la observancia debida y exigible del cuidado en el desarrollo de la acción final del autor. No está aún enteramente aceptado en los círculos doctrinarios que exista culpa en los tipos de simple actividad y formales que prescinden del criterio "resultado", a diferencia de los delitos de lesión donde resultan *ad hoc* los tipos culposos.

El resultado del delito consumado es obviamente distinto al resultado de la tentativa. Asimismo, al resultado, como manifestación concreta del ilícito penal, le son inherentes efectos materiales que se irradian en el tiempo y espacio circunstanciado.

EDMUNDO MEZGER tiene un concepto omnicompreensivo sobre la categoría "resultado", entendiéndola como conducta exterior y como resultado propiamente (totalidad de efectos); de esta manera MEZGER confunde *acción* con *resultado*, integrándolos en un sólo concepto jurídico ontológico, lo cual lleva a conclusiones erróneas en la teoría del delito⁽¹⁶⁾ y a entender la tentativa como unidad jurídica a la que le es extraña el resultado. El normativismo penal contemporáneo sustentado por JAKOBS, y repetida por sus discípulos (en América Latina: REYES ECHANDÍA, SANCINETTI y otros) parte del criterio que el "resultado" carece de importancia para fundamentar y globalizar el ilícito penal, el mismo que queda perfeccio-

(16) MEZGER, *Tratado*, T. I, p. 175 y ss.

nado con el disvalor de acto. Se quiere de esta forma expresar que no interesa (o es deleznable su importancia) el grado de lesión o puesta en pelibro del bien jurídico, por cuanto la realmente relevante es si el agente vulneró la vigencia de la norma penal con su comportamiento (siendo intrascendente si con ello se afectó al bien jurídico); y la tentativa es ya vulneración, es ataque a la norma penal, es expresión de rebelión contra el sistema normativo, que para la concepción normativista es el objeto central y único del derecho penal.

FERRANDO MANTOVANI profesor de la universidad de Firenze, precisando conceptos y haciendo una distinción entre *perfección* y *consumación*, nos dice que la “perfección” del delito no es igual que la consumación del mismo, afirmando que “se tiene la perfección del delito luego que se han verificado todos los requisitos requeridos por el tipo penal (conducta, evento, ofensa, nexo de causalidad, elemento subjetivo). Se tiene consumación, cuando el delito perfecto ha alcanzado la máxima gravedad concreta”. Puntualiza MANTOVANI que perfección y consumación pueden coincidir (ejemplo la lesión personal realizada con un solo golpe de arma), como no coincidir (en el caso del delito de lesiones personales inferidas con varios golpes, que se perfeccionan ya con el primero, pero se consuman sólo con el último). Mientras la perfección indica el momento en el cual el delito ha venido a existir, la consumación indica el momento en el cual ha venido a cesar ⁽¹⁷⁾.

Por su parte ANTONIO PAGLIARO, destacado tratadista italiano, a su vez distingue entre *realización del tipo penal* previsto en la parte especial y *consumación del delito*: “La primera se verifica cuando se ha cumplido el mínimo de requisitos necesarios indicados en el tipo penal. La consumación en cambio indica el momento en el cual la realización misma alcanza la máxima gravedad. Por ejemplo, un delito de lesiones personales realizadas mediante cuchilladas, se realiza ya con la primera cuchillada que causa la herida, pero se consume sólo con la última; el secuestro de una persona se realiza

(17) FERRANDO MANTOVANI, *Diritto penale*, p. 405.

(según la terminología del art. 8 C.P.P. Italiano), con la privación de la libertad personal, pero sólo se consume al momento de la liberación o muerte de la víctima (18). PAGLIARO indica a continuación que la gravedad del delito debe estar incluido en el concepto de consumación y no ser confinado a la dosimetría de la pena (19). La consumación, pues, de acuerdo a la moderna doctrina italiana, es el máximo grado concreto de realización del hecho delictivo. Los delitos calificados por el resultado y los agravados constituyen casos ilustrativos que esclarecen estos conceptos.

Pero además y no obstante las acotaciones hechas, es necesario precisar y ubicar semánticamente el manejo operativo de términos como realización, ejecución y comisión delictiva en relación con la consumación (20). *Realización* es un término afín al de consumación, sin embargo, su capacidad denotativa es más amplia pues abarca todo el proceso ejecutivo, incluido el preparatorio e interno mental, ya que se trata de un concepto genérico. La consumación está más circunscrita al presupuesto teleológico terminal del delito y/o a las estimaciones normativas. *Ejecución* hace mención al proceso externo material del delito, que se inicia con los actos ejecutivos, los mismos que ofrecen un determinado desarrollo gradual que concluye con el inicio de la consumación; no es correcto referirse a la ejecución comprendiendo en ella a los actos de preparación, los cuales considerados en sí mismos pueden asumir ejecución, pero contemplados en función del delito carecen de tal sustantividad. Por su parte el término *comisión* ofrece dos significados relevantes: a) como una de las formas en la que se puede manifestar la actividad delictiva, en contraposición a la modalidad omisiva; y b) entendida como la realización misma del delito, a nivel típico (consumación). Es este el sentido que expresa el artículo 9 del Código Penal peruano.

(18) ANTONIO PAGLIARO, *Principii di Diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 488.

(19) *Ibidem*, p. 409.

(20) Para confrontar conceptos revísese JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, T. VII, p. 962 y ss.

3.2. La consumación anticipada

En esta modalidad normativa *sui generis* de consumación no se da, no existe el elemento fáctico consumatorio, es decir, la consumación anticipada prescinde del resultado como condición para atribuir sanción y esta prescindencia obedece a razones político-criminales que privilegian la protección a determinados bienes jurídicos, quebrando de este modo la construcción dogmática de la teoría del delito. El consiguiente adelanto de la represión punitiva se produce indistintamente en la fase de tentativa o de preparación. Así, por ejemplo, el art. 298 del C.P portugués que al reprimir los actos de terrorismo, establece en su inciso segundo que la complicidad y la tentativa en dichos actos están equiparadas respectivamente a la autoría y consumación.

4. LOS MOMENTOS CONSUMATIVOS

Cuando hablamos de momentos consumativos nos estamos refiriendo a la unidad jurídica temporal en la que se produce o manifiesta el supuesto de hecho típico.

El factor “tiempo” tiene pues una gran importancia para delimitar el momento consumativo del delito, el cual no es igual para todos los tipos penales, razón por la cual se habla de momentos consumativos. Estos son básicamente tres: a) la consumación propiamente dicha, ya sea formal o material; b) la terminación; y c) el agotamiento.

El factor “lugar” ofrece interés, para la teoría de la consumación, en lo concerniente a los delitos de varios actos o plurisubsistentes.

Pero antes de entrar en estos temas, cabe partir de una premisa básica: la consumación típica ofrece su propia estructura jurídica congnotiva, en la cual se halla la síntesis final de los aspectos subjetivos y objetivos del delito, los mismos que muchas veces adquieren características especiales que se van a graficar a través de los momentos consumativos, y van a rebasar los parámetros de la consumación

propiamente dicha. Esta es la razón por la cual se accede a la aún incipiente teoría de los momentos de la consumación, muy descuidada o subvalorada en el pensamiento penal alemán. Por lo mismo, previamente hay que preguntarse qué es lo que se consuma con los actos típicos del agente: la acción, el resultado, los elementos del tipo o la violación de la norma. No es de lógica jurídica concluir que son los elementos del tipo los que se consuman, pues ello llevaría a revertir el proceso: supuesto de hecho y disposición legal, y a entender erróneamente la tipicidad; asimismo, resulta insuficiente señalar que sea el resultado típico a secas el objeto de la teoría de la consumación; pero sí es correcto sostener que es la acción expresada en un resultado, la que llega a tal momento, resultado o efecto típico, que implica por lo tanto lesión al bien jurídico y cuestionamiento a la vigencia de la norma penal.

4.1. Importancia

Sobre la importancia de los momentos consumativos, FIANDACA-MUSCO acotan que la determinación del momento consumativo es de gran importancia sobre todo para: a) la individualización de la norma a aplicar en el caso de sucesión de leyes penales en el tiempo; b) en lo que respecta al inicio de los términos de prescripción; c) en lo concerniente a los fines de la amnistía y del indulto; d) para los fines de competencia territorial; y finalmente e) para la aplicación de la ley respecto a la ley extranjera ⁽²¹⁾.

4.2. La consumación en estricto

El delito se consuma con la reunión en el supuesto de hecho punible de todos los elementos exigidos por el tipo penal. Si éste hace referencia a especiales elementos subjetivos o normativos, o privilegia determinadas circunstancias, el tipo penal no se hallará consumado mientras éstos no hayan concurrido.

La consumación obedece a la definición legal intrínseca a los tipos penales, los mismos que se definen jurídicamente consumados, ya

(21) GIOVANNI FIANDACA y ENZO MUSCO, *Diritto Penale*, p. 330.

sean tipos de lesión, actividad, peligro, omisión o emprendimiento. Basta que el comportamiento del agente haya reunido los elementos establecidos en la figura legal para hablar de consumación en sentido estricto formal, siendo indiferente si el agente logró o no su objetivo deseado o si el efecto de la acción se perfeccionó en su totalidad. Así, el delito de violación sexual se consume con la penetración del miembro viril en la vagina de la mujer, no importando que dicha penetración haya sido total o incipiente, e igualmente se haya o no satisfecho la libido del agresor. El robo se consume con el apoderamiento violento y eficaz del bien mueble ⁽²²⁾, no siendo relevante si ello redundó en provecho propio del delincuente (el bien pudo haberse destruido, extraviado o mal aprovechado). La consumación se realiza con el hecho de manejar un vehículo en estado de ebriedad, no importando si este comportamiento produce o no resultado dañoso. Naturalmente, como indicamos líneas atrás, es el tipo el que determina la concreción específica de la consumación y el que incluso señalará las especiales condiciones de punibilidad. En los delitos culposos la consumación se producirá al verificarse la omisión del deber de cuidado y al producirse el resultado lesivo.

4.3. La terminación

Comúnmente conocida como la consumación material del delito o el nivel donde se concretan los aspectos objetivos del mismo; precisión que no siempre corresponde a una definición correcta, por cuanto la terminación del delito puede darse igualmente a nivel formal, esto es, la violación de la norma se mantiene simultáneamente con los actos de consumación material (casos de usurpación y de secuestro), donde la subsistencia de la violación de la norma penal y del derecho en general se da simultáneo a la subsistencia o cesación de los actos materiales consumatorios. Ahora bien, definir la terminación como momento de la consumación supone predeterminar que ésta admita una espaciación temporal para su realización

(22) El apoderamiento eficaz tiene su sinonimia en la situación de disposición que tiene el agente sobre el bien robado o hurtado.

de plenitud típica; no pudiéndose hablar de ella en los casos de delitos conformados por un solo acto o de ejecución instantánea. Se termina el delito cuando la consumación del mismo a nivel típico concluye con sus implicancias formales y materiales.

Vale precisar que el concepto “terminación” permite entender la estructura de los delitos permanentes y continuados, que de otra forma llevaría a absurdos jurídicos y a deficiencias en la interpretación judicial. El concepto señalado es igualmente importante para establecer la participación que pueda ocurrir en el transcurso de la consumación, el concurso de delitos que pueda presentarse y la prescripción, como también para entender el momento consumativo en los delitos a distancia ⁽²³⁾. JESCHECK, al referirse a la consumación, clasifica en tres grupos de delitos los casos que admiten terminación: 1) delitos con estructura iterativa (delitos permanentes, delitos de dos actos, tipos con pluralidad de actos); 2) delitos en los que el resultado final o total del hecho se consigue por acciones que no corresponden ya en sentido formal a la descripción del tipo (con el ocultamiento del botón del hurto, el aseguramiento del contrabando una vez que ha pasado la frontera o la destrucción completa del edificio incendiado); y 3) delitos en los que se da una unidad de acción, y los casos de delito continuado ⁽²⁴⁾. MAURACH-GÖSSEL-ZIPF se refieren a este momento, como la etapa de la conclusión, en cuanto conducta posterior a la consumación ⁽²⁵⁾. Por su lado JAKOBS muestra su discrepancia a tratar la terminación como una fase del delito ⁽²⁶⁾.

(23) En los cuales se halla claramente separados los grados y momentos ejecutivo-consumativos. Véase HANS-HEINRICH JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, 4ta ed. Trad. de José Luis Manzanares Samaniego, Granada, Editorial Comares, 1993, p. 468.

(24) JESCHECK, *loc. cit.*, de la trad. y ed. de 1981: T. II, pp. 704-705. El autor incluye en la terminación los casos de agotamiento del delito.

(25) De los citados autores, *Derecho Penal*, T. II, pp. 11 y 12.

(26) JAKOBS, *Derecho penal*, p. 859.

4.4. El agotamiento

A diferencia de la terminación, con el agotamiento entramos a la fase *postrera* en la teoría del proceso del delito, en la que se producen efectos y resultados cuya previsión no constituyen elementos del tipo (se manifiestan todos los elementos lesivos de la infracción, deseados o no previstos por el agente). Se trata de una ontologización de los correlatos del delito, que carece ya por lo general de relevancia jurídica en el plano de la tipicidad para los fines de agravar la responsabilidad, idem para comprender la participación o enfocar la prescripción del delito en relación al sujeto activo. Pero si nos permite, *contrario sensu*, obtener cuadros de referencia útiles para entender con mayor precisión determinadas figuras delictivas, tales como ciertas defraudaciones, donde se suelen poner de manifiesto especiales formas de dolo ulterior sobreviniente; y por lo mismo, para dosificar en ellas los niveles de antijuridicidad del comportamiento típico, además de servir para los efectos de estimación valorativa del daño y subsiguiente reparación. Agotar el delito, estrictamente, significa conseguir el propósito buscado por el agente.

En esta fase suelen producirse otros ilícitos penales, expresa y legalmente establecidos, en conexión con el precedente, como la receptación (en el caso del robo o hurto, configurándose ilícitos distintos), variedades defraudatorias o situaciones de encubrimiento. El agotamiento tiene, pues, como presupuesto a la consumación, no puede existir sin ella.

El tema del agotamiento fue tratado por CARRARA en su *Programa*, entendiéndolo como una variación del delito perfecto: “el delito perfecto se puede distinguir a su vez en delito simplemente perfecto y delito perfecto agotado. Para que sea agotado es menester, además que el delito haya producido todos los efectos dañosos que eran los efectos de la violación y a los cuales tendía el agente, de modo que éste no pueda ya impedir tales efectos” (27). Es entonces

(27) CARRARA, *Programa*, T. I, pp. 58-59. El autor nos brinda 3 ejemplos con los que ilustra el agotamiento del delito: 1) El falso testimonio, con sólo

cuando el delito para CARRARA está consumado, perfecto y agotado. El agotamiento supone entenderlo tanto en relación a los efectos finales para el infractor, como para la víctima.

La teoría del agotamiento, se ha dicho, carece por lo general de relevancia jurídica, y esto se explica sobre todo por los graves efectos punitivos y sobrecriminalizadores que ello traería consigo, piénsese por ejemplo en los resultados ocurridos sin relación de causalidad directa con la acción delictuosa, por ejemplo, el que injuria a otro y éste muere de la impresión por un ataque cardíaco ⁽²⁸⁾.

5. LA CONSUMACION EN LOS DIVERSOS TIPOS PENALES

El amplio sector de la doctrina alemana, predominantemente subjetiva, ha integrado en un solo concepto la terminación y el agotamiento, o en todo caso no ha realizado la suficiente especificación de significados y alcances denotativos. Esto nos lleva a conclusiones no siempre satisfactorias en el estudio de la consumación. En América Latina y España, los seguidores del subjetivismo alemán (MUÑOZ CONDE, GÓMEZ BENÍTEZ, BACIGALUPO, BUSTOS RAMÍREZ, ZAFFARONI

deponer falsamente ante la justicia, queda consumado el delito; pero aunque quede perfecto sólo quedará agotado cuando concluya el proceso y se pronuncie una sentencia que sea conforme a los fines del pérjuro. 2) El incendio es perfecto tan pronto como el enemigo prende fuego a mi casa, pero no está agotado hasta que la casa no esté totalmente consumida. 3) En la falsificación de moneda, el delito se perfecciona con el acuñamiento, pero sólo queda agotado cuando la moneda es puesta en circulación.

(28) La doctrina, ya sea alemana o italiana, no tiene unanimidad en aceptar el agotamiento en la teoría del delito. RANIERI, muestra su oposición al concepto; ANTOLISEI está de acuerdo, aunque señala que no se puede hablar de agotamiento total, pues los efectos podrían generar una cadena interminable de hechos posteriores; SCHÖNKE-SCHRÖEDER lo aceptan; WELZEL considera suficiente el concepto de consumación, indicando que la consumación material es importante para los casos de participación; JESCHECK no habla de agotamiento sino de consumación material; STRATENWERTH, acepta el agotamiento pero entendiendo como consumación material; FIANDACAMUSCO restan importancia al tema.

y otros), han asumido por lo general una posición acrítica. En el presente trabajo hemos abordado los conceptos terminación y agotamiento como dos momentos diferenciados; el primero nos es de gran utilidad para entender el delito permanente, mientras el segundo nos pone de manifiesto los límites del derecho penal.

5.1. La consumación en el delito instantáneo

Casos Típicos : Homicidio, lesiones, violación sexual, Injuria verbal, aborto, exposición y abandono de personas y menores a peligro, daño en bien ajeno, etc. (la mayoría de tipos penales).

Un delito es instantáneo cuando la verificación de los requisitos mínimos para el cumplimiento de la figura penal comportan ya la consumación del delito ⁽²⁹⁾. El delito instantáneo es aquel cuya consumación se identifica con la terminación del mismo, es decir, no es posible una progresión consumadora (ampliación en el tiempo del acto consumidor). El delito se agota automáticamente con la consumación; es ya imposible que continúe la violación de la norma. Al decir de WESSELS: “El disvalor típico se agota con la producción de la situación ilegítima, de modo que el hecho está consumado y terminado al producirse el resultado típico” ⁽³⁰⁾.

El carácter instantáneo del tipo penal y, por lo mismo, del delito, se define más que por la instantaneidad del proceso ejecutivo, por la de la fase consumativa. Lo que determina la instantaneidad es la imposibilidad de que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico dure en el tiempo o sea susceptible de reiteración en la misma fase consumatoria. Así, el homicidio es un tipo penal cuyo resultado de muerte sólo halla consumación de modo instantáneo; no se puede mantener la acción de matar en el tiempo, ya que se trata de un resultado que sólo se produce una vez, es decir no es posible lesionar el mismo bien jurídico recaído en el mismo sujeto pasivo de modo permanente o sostenido.

(29) PAGLIARO, *Principii*, p. 493.

(30) JOHANNES WESSELS, *Derecho penal*, p. 10.

Las implicancias de este delito radican en el hecho de que ya no es posible ni la agravación del mismo, ni la existencia subseguida de participación y concurso, que desde ese momento se tornan irrelevantes, pues el delito se ha perfeccionado en plenitud típica. Asimismo, en el delito instantáneo la violación de la norma penal y el efecto lesivo se identifican en una sola unidad jurídica.

En el homicidio, el delito se consuma cuando como producto de la acción ilícita muere el sujeto pasivo o víctima del delito; en el delito de lesiones, al producirse la herida que vulnera el cuerpo o la salud del agredido; en el delito de aborto con la expulsión-destrucción del feto del cuerpo de la embarazada.

En todos estos casos ya no cabe hablar de la posibilidad de la terminación del delito. La doctrina italiana ⁽³¹⁾ nos habla de subespecies de delito instantáneo; así tenemos **los delitos instantáneos con efectos permanentes** (los efectos permanentes y traumáticos que produce la violación sexual en una menor de edad; los efectos infamantes, ofensivos e imborrables para la dignidad y sensibilidad social que produce una sentencia prevaricadora), donde la permanencia estaría dada por los efectos que origina la consumación (por ejemplo, en el caso de la desfiguración del rostro, la duración de los efectos se prolongan en el tiempo, a veces indefinidamente). Sin embargo, tal clasificación adolece de rigurosidad dogmática, en cuanto a que la gran mayoría de delitos originan efectos que exceden en el tiempo las previsiones típicas. Aquí no se habla de continuación o prolongación de consumación como estado jurídico, sino tan sólo de los efectos sensibles de la misma; que como hemos visto no gozan de relevancia penal ya que llevaría *ad infinitum* la imputación penal. Casos singulares de esta sub-especie se hallan, por ejemplo, en la falsificación de documentos públicos que producen efectos jurídicos en el tiempo. Hay aquí un momento fáctico de falsificación que se consuma ya instantáneamente por la elaboración del instrumento, pero subsiste, pese a ello, una

(31) Véase ANTOLISEI, *Manual*, p. 187.

prolongación del efecto jurídico del mismo, es decir, de los derechos o declaraciones que de él se deriven (casos de falsificación y uso de partidas de nacimiento, de libretas electorales, etc.).

5.2. La consumación en el delito permanente

Premisas básicas:

- Una acción típica que genere estado consumatorio antijurídico.
- Una acción que mantenga ese estado.
- Control por parte del agente de tal estado.

Casos típicos :

- Secuestro, usurpación, asociación para delinquir, conspiración política, privación de la libertad personal, conducción de vehículos en estado de embriaguez, hurto de uso, tenencia ilegítima de armas, incumplimiento de obligación alimentaria, sustracción de menor, sometimiento a esclavitud, uso ilícito de marca industrial, etc.

A diferencia de los delitos instantáneos, los permanentes se caracterizan por tener un momento de consumación que se prolonga en el tiempo con la consiguiente persistencia del comportamiento típico y la infracción a la norma penal; o, como anota WESSELS⁽³²⁾, en los delitos permanentes el mantenimiento de la situación ilícita depende de la voluntad del autor, de modo que realiza el tipo no sólo el haber provocado la situación, sino también dejar que ésta continúe. En esta clase de delitos el estado consumatorio prolongado admite la ejecución de actos consumatorios que, como dice JESCHECK, renuevan constantemente el ilícito penal⁽³³⁾. Dos presupuestos se exigen al accionar típico del agente para que se genere permanencia: 1) que el tipo no sea susceptible de terminación en un

(32) WESSELS, *Derecho penal*, p. 10.

(33) JESCHECK, *Tratado*, T. I, p. 357; 4ta edic.: p. 237.

solo acto, lo que implica necesariamente que admita y requiera progresión temporal, dadas las peculiaridades del bien jurídico agredido; y 2) que el sujeto activo controle la permanencia, esto implica que esté en capacidad de hacer cesar o terminar la consumación (o de prolongarla).

El delito permanente genera un estado antijurídico ⁽³⁴⁾ en el que pueden presentarse diversas circunstancias de agravación del ilícito penal, situaciones de participación en actos consumatorios subsiguientes y presencia de concurso con otros delitos acontecidos durante dicho estado, atribuibles al mismo agente o a otros, o a los partícipes, lo que va a generar una sola unidad jurídica de acción consumadora. La permanencia no es un estado antijurídico absoluto, es decir que se perpetúe indefinidamente, pues finiquita cuando la acción ilícita sostenida que la mantiene cesa o termina por voluntad del agente, por la labor disuasiva externa, o en todo caso por la imposibilidad de perpetuarla ante la muerte del sujeto pasivo o del daño irreversible sobre el bien. Como indica CARRARA la permanencia nace de condiciones especiales y constantes del hecho, y de la naturaleza del derecho agredido ⁽³⁵⁾.

Naturalmente que la naturaleza de determinados bienes jurídicos es más susceptible que la de otros a radicar permanencia típica (por ejemplo, agresiones contra la libertad, contra ciertos derechos como la posesión, tenencia, uso, etc). Resulta impensable en los tipos de homicidio, aborto, etc. Es determinante la formulación lógico-técnico científica del tipo penal para la configuración de estos tipos.

El tipo penal permanente presenta algunos problemas de interpretación, los que se evidencian en **los delitos instantáneos que aparentemente generan permanencia** por ejemplo, en el delito

(34) Estado antijurídico, que significa que tanto el substrato óntico (supuesto fáctico o de hecho) como la violación de la norma se mantienen a lo largo de dicho estado. Aquí reside la diferencia substancial con el delito instantáneo de efectos permanentes.

(35) CARRARA, *Programa*, T. IX, p. 244.

de lesiones sobre el cuerpo de la víctima, en el cual se sigue ejecutando múltiples actos lesivos de idéntica naturaleza, causando lesiones en el tronco, rostro, brazos, o reiteradamente en la misma zona). Es decir, lo instantáneo de la lesión encuentra una cierta permanencia, la que no concluye en el primer acto consumidor. La misma situación podemos apreciar en el delito de violación sexual, que se compone de numerosos actos consumativos: la penetración, los movimientos de arrastre y retracción, la fase orgásmica y la retirada del miembro viril; verbigracia: en la exposición o abandono de menor a peligro, si bien el delito se consume con el primer acto inicial, el tiempo que dure dicho peligro ha sido visto como permanencia; *ídem* con la injuria verbal que se prolonga en el tiempo, con la sucesión de una serie de frases ofensivas, que alcanzan una determinada duración. Todos estos casos han sido denominados delitos instantáneos de “permanencia eventual o eventualmente permanentes”. Sobre estas figuras expresa PAGLIARO: “ma questa figura, in realtà non esprime alcunché di particolare, in quanto il prolungarsi nel tempo è, in essa semplice espressioni del principio generale che una condotta criminosa (ciascun momento della quale adempia la fattispecie del delito) può, in concreto non esaurirsi in un solo istante” (36). Agrega a continuación este tratadista que de aceptarse la figura de la permanencia eventual como expresión autónoma terminaría por abarcar la gran mayoría de delitos (hurto, robo, apropiación ilícita, peculado, etc.) dilatándose tanto el concepto que perdería su función útil (37). Son correctas las apreciaciones de PAGLIARO, sin embargo, hay que precisar que en los cuatro casos tomados como ejemplo, en cada uno de ellos se trata de una unidad temporal, en la que se suceden una serie de actos consumatorios que aumentan el injusto penal, pero no así se produce un estado antijurídico sostenido que presupone un primer acto consumatorio que es el que se prolonga en el tiempo con implicancias de no terminación del delito y sostenida violación de la norma, no siéndole necesario la reiteración

(36) ANTONIO PAGLIARO, *Principii*, p. 493.

(37) PAGLIARO, *Principii*, p. 493.

de actos consumatorios. Esta diferencia será sustancial para no confundirlo con la “eventualidad de la permanencia en el delito instantáneo” y del delito continuado y/o sucesivo.

Es igualmente acertada la apreciación de que una buena cantidad de tipos penales presentan tales características, pero como se ha indicado la permanencia no sólo se circunscribe a la duración o intensidad de la agresión, sino a un concepto de estado antijurídico sostenido. WELZEL, indica por su parte, que “un delito permanente iniciado culposamente puede continuar dolosamente”, circunstancia en la cual “el delito doloso consume al delito culposo”⁽³⁸⁾

Para ejemplificar mejor lo concerniente al delito permanente se estudia más adelante tres casos del mismo: El secuestro de personas, la usurpación y el hurto de uso.

Finalmente, “el elemento decisivo para que un delito sea permanente es la incriminación no sólo de la acción que instaura el estado antijurídico, sino también de la acción que lo mantiene”⁽³⁹⁾. Obviamente no se quiere decir que la consumación cese, lo que cesa es la permanencia por acto o actos del sujeto activo o por intervención de terceros u otras circunstancias, lo que permitirá afirmar que el delito ha terminado a nivel de realización típica. Si se quiere indagar más a fondo puede plantearse el análisis de si los efectos han sido agotados, pero esto último, como decíamos excede el ámbito penal y sólo tiene importancia para formas conexas posteriores de delito como la receptación o el encubrimiento.

5.3. La consumación en el delito continuado

Premisas básicas:

- Un idéntico elemento subjetivo concreto (unidad de fin, proyecto).

(38) Véase WELZEL, *Derecho penal alemán*, p. 310.

(39) PAGLIARO, *Principii*, p. 495.

- Pluralidad de actos ejecutivos (unidad de acción) que se suceden intermitentemente en el tiempo y que inciden en un mismo bien jurídico. La doctrina italiana contemporánea ha planteado la diversidad de bienes jurídicos.
- Identidad del sujeto activo (el mismo autor o cómplice)
- Identidad de la ley violada (un mismo tipo penal)
- Unidad de imputación.

La consumación en estos delitos se da a nivel de unidad jurídica de acción, es decir, cuando el tipo penal presupone la reiteración de acciones o de actos parciales (concurso material), conectados en propósito, afectación al mismo bien jurídico y en situación secuenciada en el tiempo; cada uno de los cuales representa por sí mismo un delito consumado. Lo que permite entonces considerar, por razones dogmáticas y político-criminales, consumado el delito, ya sea en la totalidad de dichas acciones (unidad jurídica de acción) o indistintamente en cualquier acción individualizada. Para CARRARA, el delito continuado representa la repetición de varias acciones, cada una de las cuales representa una perfecta violación de la ley⁽⁴⁰⁾. En síntesis, en el delito continuado se da una identidad de determinación, identidad de acción y de violación del mismo tipo penal a través del tiempo, en ejecución consumadora iterante o interrumpida⁽⁴¹⁾. El delito continuado puede presentarse en la generalidad de los tipos penales que admitan las identidades aludidas líneas arriba. Y como bien indica ROMANO, se producen con mucha frecuencia en los delitos tributarios.

(40) CARRARA, *Programa*, T. I, p. 345.

(41) FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p. 495. Aquí los autores analizan la reforma del Art. 81 del Código penal italiano, que ha sustituido la identidad de norma violada por la heterogeneidad de la misma; es decir, la ley admite que existe delito continuado en la agresión de distintos bienes jurídicos. Esto ha suscitado discusiones de índole legislativa y dogmática, pues con ello se tiende a identificar el delito continuado con el delito múltiple. Véase también, detalladamente, ROMANO, *Commentario*, T. I, p. 717.

MARIO ROMANO, destacado penalista italiano, poniendo de manifiesto el radical cambio de enfoque en el tratamiento del delito continuado suscitado en dicho país tras la reforma en 1974 del *Codice penale*, señala que se tiene un delito continuado cuando un sujeto comete en distintos momentos y, por lo tanto, con más acciones u omisiones, una pluralidad de delitos (más veces el mismo delito o más delitos diversos) en ejecución de un mismo proyecto criminoso (42). Esta posición asumida actualmente por la doctrina italiana, no es aceptada en nuestro medio, donde se mantiene aún los cánones ortodoxos carrarianos del delito continuado, de unidad de bien jurídico agredido y unidad de norma penal infringida.

La irrupción de la teoría del delito continuado, históricamente obedeció a razones de racionalización y humanización de la pena, considerando los casos en los que tradicionalmente se agravaba de manera drástica la responsabilidad penal, ante la reiteración de los actos cometidos en las circunstancias que hacen el delito continuado; esto implicaba la adición aritmética de las penas por la cantidad de idénticos delitos cometidos. La teoría del delito continuado, que descansa en la construcción dogmática de la unidad jurídica de acción, fue pues una elaboración teórica de alto nivel de los postglosadores (43). El código toscano lo trató en el inc. C del art. 92 .

5.3.1. Diferencias entre el delito continuado y el delito permanente

El delito continuado difiere notablemente del delito permanente, por cuanto en el primero no se genera un estado antijurídico sostenido sino una serie de unidades jurídicas separadas, que por razones político-criminales forman una sola unidad para los efectos de la pena. FRANCISCO CARRARA, al respecto, indicaba: “la continuación es

(42) MARIO ROMANO, *Commentario sistematico del Codice penale*, T. I, p. 347.

(43) Véase al respecto JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *El delito continuado*, Bogotá, Temis, 1984, p. 16 y ss.

producida por algún accidente exterior que no puede adivinarse cuando se comete el primer delito, pues aún no se sabe si éste será o no repetido por el culpable. El delito permanente tiene como criterio esencial la sucesión no interrumpida de actos, pues el estado antijurídico perservera en virtud del derecho agredido, mientras no lo elimine un acto contrario (como la libertad del secuestrado, la restitución de lo robado, el regreso del fugado a la cárcel, el despido de la concubina), o, mientras no deje de existir el sujeto pasivo del delito (al consumirse lo robado, al morir el preso, el fugado o la concubina). En cambio el delito continuado tiene precisamente como criterio esencial la interrupción material de la acción, por lo cual la continuidad es puramente ideológica (44).

Los tipos penales continuados admiten en su estructura óntico-jurídica determinadas modalidades, lo que ha permitido hablar de delito continuado homogéneo, delito continuado heterógeneo simple, delito heterógeneo múltiple y delito masa. Clasificaciones que a menudo suelen combinarse, produciendo intrincados casos de concurso de acciones y tipos penales. A continuación se grafica estas clasificaciones con el siguiente esquema:

A- unidad de fin - unidad de bien jurídico agredido - unidad de norma infringida - mismo sujeto pasivo (DELITO CONTINUADO HOMOGÉNEO). Por ejemplo el hurto sistemático, la violación sexual repetida, la omisión reiterada de pago de impuestos, etc.

B- unidad de fin - unidad de bien jurídico - varios sujetos pasivos - unidad de norma infringida - (DELITO CONTINUADO HETEROGÉNEO SIMPLE). Por ejemplo la violación sexual a varias personas de forma reiterada, el funcionario que desde su posición exige sistemáticamente a los usuarios entrega de coimas o donaciones

C- unidad de fin - diversidad de bienes J. agredidos - diversidad de normas penales infringidas (DELITO CONTINUADO HETEROGÉNEO MÚLTIPLE - doctrina italiana contemporánea). Por ejemplo violación, lesiones, robo en forma

(44) CARRARA, *Programa*, T. IX, p. 224. Refería el sabio de Pisa: "Pero si el agente ofende siempre con repetidas violaciones una misma Ley Penal, entonces parece que el fin de las diversas violaciones se unifica, por lo menos desde un punto de vista genérico; y la unificación del fin parece que debe conducir tan bien a unificar el delito" (*Idem*, T. I, p. 344).

sistemática sobre un mismo sujeto pasivo o varios, en unidad jurídica de acción.

D- unidad de proyecto criminoso - mismo bien jurídico agredido - pluralidad de sujetos pasivos - unidad de norma infringida (DELITO MASA). Por ejemplo grandes estafas a depositantes o inversionistas, ventas masivas de terrenos inexistentes o ajenos, etc.

El delito continuado ofrece, asimismo, diferencias apreciables con el delito múltiple (pluralidad de acciones heterogéneas y resoluciones), donde se produce mediante distintos actos la violación de diversos tipos penales, lo que genera un concurso real de delitos, con excepción de los casos de delito complejo, donde exista relación de medio a fin.

Es una característica peculiar del delito continuado que puede admitir la figura de la permanencia como estado jurídico; por ejemplo, en el caso de sucesivos secuestros realizados por el mismo agente sobre la misma persona en diversos lapsos de tiempo separados pero concurrentes. E igualmente el delito continuado asume por lo general instantaneidad en su consumación; así, diversos hurtos individualmente considerados (con la triple identidad señalada), generan delitos de hurto continuado.

Para terminar este punto, resta indicar que no siempre el delito continuado ha gozado de aceptación unánime, por las situaciones de confusión que suele producir en cuanto a la unidad o pluralidad de acciones y, por lo mismo, al concurso ideal de tipos penales (sobre todo en los bienes jurídicos de carácter "personalísimo").

5.4. La consumación en el delito plurisubsistente

Exhiben estos tipos dos o más actos que se requieren para la perfección del ilícito penal, debiendo darse todos para operar la consumación, caso contrario el delito quedará a nivel de tentativa. Se diferencia este tipo del delito complejo por cuanto en éste se trata de tipos penales distintos, conformando por disposición legal un solo delito y/o de comportamientos ejecutivos diversos comprendidos en un mismo tipo penal que abarcan múltiples modalidades

comisivas u omisivas. Mientras que en los tipos plurisubsistentes la serie de actos hace alusión a una división fáctica de actos (con o sin división organizativa de trabajo) que realizan un sólo tipo singular. Por ejemplo, la apropiación ilícita separa un primer acto lícito de entrega, un segundo acto de aceptación en cantidad y calidad determinada, y un tercer acto de negativa (omisión) a la entrega, devolución o uso indebido; todos estos actos individuales deben realizarse para darnos un delito plurisubsistente. La plurisubsistencia de actos o acciones, de ser el caso, resulta una exigencia típica conforme a la redacción legal, cuando no derive de la estructura óptica de los actos ejecutivos del delito; analícese, por ejemplo, en el caso de la estafa, la serie de actos que la constituyen; *ídem* en la usurpación, los libramientos indebidos, robo agravado, en los delitos a distancia, etc.

5.5. Consumación en el delito complejo

Premisas

- Heterogeneidad de acciones que afectan varios bienes jurídicos, o al mismo bien jurídico.
- Violación de diversas normas penales, integradas en un tipo complejo.
- Unidad Jurídica a nivel típico.

La consumación, en este tipo de delitos que articulan en una sola unidad jurídica típica, diversas violaciones de tipos penales, o comportamientos distintos dentro de la esfera de un mismo tipo penal amplio (véase, por ejemplo el robo agravado y el tipo penal de defraudación tributaria), se produce al consumarse en su integridad los presupuestos que justifican el tipo complejo. Por ejemplo, en el tipo calificado que incluye robo y muerte (dos figuras penales articuladas en un solo tipo complejo), la consumación se produce al verificarse ambos momentos consumativos; en el secuestro con violación sexual (tipo complejo para otras legislaciones, no para la peruana), se han afectado allí varios bienes jurídicos, entre ellos la libertad individual, la integridad personal y la libertad sexual; necesariamente la consumación tiene que operarse en los tres ámbitos.

Los delitos complejos como se entenderá requieren la disposición expresa de la ley en tal sentido, y en virtud a ello se considerarán sus componentes como elementos agravantes de un mismo delito. De no existir la norma, se darían situaciones de concurso de delitos y de leyes con sus regímenes que le son propios.

Ciertos tipos complejos, por lo general reúnen en una sola redacción formal una variada y a veces disímil descripción de comportamientos dolosos (acciones y omisiones), diferenciados por el conector disyuntivo “o”. Ejemplos ilustrativos de esto lo tenemos en varios de los tipos de tráfico ilícito de drogas, en el tipo penal contenido en el art. 225 (contra la propiedad industrial), en el delito de terrorismo (figura básica, art. 2 del D. L. 25475). Otro grupo de tipos complejos se construyen con una variada gama de comportamientos nominativamente diferenciados mediante incisos o párrafos, cada uno de los cuales constituye una modalidad delictiva específica de un tipo penal básico amplio; por ejemplo, véase los tipos de genocidio, defraudación tributaria, usurpación, etc. Un tercer grupo, articula en una sola figura legal agresiones distintas a distintos bienes jurídicos, dados los presupuestos de unidad jurídica de acción; caso ilustrativo es el tipo de robo calificado, donde el concurso ideal de delitos y de leyes, ha sido legalmente integrado.

6. CASOS DE DELITO PERMANENTE

1. La Consumación en el delito de usurpación

Bien jurídico protegido	:	El patrimonio
Objeto de la acción	:	La posesión o tenencia de inmuebles por terceros.
Sujeto activo	:	Cualquiera que no posea o detente el bien.
Sujeto pasivo	:	El poseedor, tenedor, usufructuario, usuario, superficiario, locatario y otros.

El Código Penal peruano establece en el art. 202 tres modalidades típicas de realización del delito de usurpación (delito complejo),

que admite permanencia en sus momentos consumativos: a) la destrucción o alteración de linderos; b) el despojo de la posesión o tenencia total o parcial; y c) la turbación de la posesión. La modalidad concreta de comisión es la destrucción-alteración, el despojo y la turbación, implícitos en sus respectivos verbos rectores. El medio de realización es la violencia para los tres casos, agregándose la amenaza, engaño o abuso de confianza en la segunda hipótesis. Las variedades del tipo necesariamente requieren voluntad dirigida al resultado y el conocimiento de las características constituyentes de los subtipos; no es suficiente el dolo eventual, se requiere dolo directo.

El momento consumativo se produce cuando se logra el resultado material inherente en los verbos rectores: al destruirse o alterarse los límites del inmueble, al lograrse el despojo y el consiguiente apoderamiento del inmueble, y al efectivarse la turbación de la posesión. Se genera con ello un estado consumativo que se prolonga en el tiempo. Esto se explica por cuanto el apoderamiento mediante despojo (invasión, expulsión) en la hipótesis segunda y la destrucción o alteración de los linderos de la propiedad inmueble no terminan con la consumación, sino que el resultado antijurídico se prolonga hasta que se produzca el cese por acto propio o por fuerzas exteriores. En este lapso de tiempo que el comportamiento ilícito consumado hace permanencia, pueden concurrir otros delitos, tales como el hurto, robo, daños, lesiones, etc.; asimismo, la participación de otros sujetos. En el tercer caso, la turbación de la posesión puede ser momentánea o de relativa permanencia, pero el concepto mismo "turbación" no abona la forma de la permanencia. La figura admite la tentativa inacabada y la frustración.

Sobre la naturaleza instantánea o permanente del delito de usurpación no existe uniformidad de criterios ni en doctrina ni en las decisiones jurisprudenciales, no obstante que contemporáneamente se afirma la tesis de la permanencia.

En el Perú, mediante ejecutoria del 25 de setiembre de 1922, el Tribunal Supremo se pronunció por la instantaneidad en la consumación del delito de usurpación. Son tres los argumentos ofrecidos

al respecto por nuestros magistrados: 1) El sentido etimológico del verbo típico despojar, implica instantaneidad; 2) la ulterior posesión ilícita no constituye permanencia de la acción ilícita, sino efecto del despojo; y 3) Así se han pronunciado tratadistas como CUELLO CALÓN, MAGGIORE y SOLER.

2. La consumación en el delito de secuestro

Art. 152: *“El que sin derecho priva a otro de su libertad personal, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez años ni mayor de quince”.*

El secuestro como variedad específica de delito contra la libertad, es tratado en el Código Penal como tipo complejo, con numerosas circunstancias agravantes. Premisa básica para la configuración de la tipicidad en este delito es que no exista derecho alguno que legitime la acción. El bien jurídico protegido es la libertad y seguridad personal. El objeto sobre el que recae la acción es una persona física (persona, entendida en cuanto ser humano con derecho a la libertad y al ejercicio libre actual, potencial o futuro de la misma, en un ambiente optado y seguro). Sujeto activo puede ser cualquier persona, incluido un funcionario en exceso de atribuciones o al margen de sus funciones. Las expresiones concretas de este delito son las detenciones, retenciones, encierros y narcotizaciones. La modalidad de consumación supone la privación de la libertad de desplazamiento a voluntad (movimientos libres, locomoción, libertad ambulatoria) y el sometimiento a la voluntad del sujeto activo. El momento consumatorio se inicia con la privación efectiva de dicha libertad que, como en el caso anterior no termina sino que se prolonga en el tiempo mientras dure la implicada privación de libertad del secuestrado o detenido. Poco interesa si esta continuidad en el tiempo permanece por un largo período o es relativamente breve, pues se ha generado permanencia antijurídica. Mientras dure ésta puede presentarse concurso con otros delitos: lesiones, coacciones simples, violación sexual, muerte. Cabe la tentativa y la frustración.

3. La consumación en el delito de hurto de uso

Art. 187: *“El que sustrae un bien mueble ajeno con el fin de hacer un uso momentáneo y lo devuelve será reprimido con pena privativa de libertad no menor de un año”.*

Es en este tipo en el que la redacción del mismo se ha adaptado perfectamente al caso de un delito permanente. La finalidad establecida de “hacer un uso momentáneo” es la característica distintiva y a la vez indicadora del grado consumatorio. Así, sustracción y uso son dos momentos que hacen la consumación del delito de hurto de uso, constituyendo la devolución del bien mueble el extremo límite de la misma, lo que marca a su vez la terminación del delito. El estado antijurídico de permanencia se mantiene desde la sustracción-inicio de uso, hasta la devolución del bien. En este lapso de tiempo en el que la violación de la norma penal y del derecho persisten, pueden sucederse: la destrucción o inutilización del bien (daños), lesiones con el uso del bien (piénsese por ejemplo en el hurto de un automóvil, de instrumento electromecánicos, de un revólver, etc.) y otros delitos.

7. CONSUMACION Y PRESCRIPCION EN EL DERECHO COMPARADO

Nuestro sistema penal ha establecido una regla general en su artículo 9:

“El momento de la comisión de un delito es aquel en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar, independientemente del momento en que el resultado se produzca”.

A continuación, el art. 82 especifica:

“Los plazos de prescripción de la acción penal comienzan:

1. En la tentativa, desde el día en que cesó la actividad delictuosa;
2. en el delito instantáneo, a partir del día en que se consumó;
3. en el delito continuado, desde el día en que terminó la actividad delictuosa; y

4. en el delito permanente, a partir del día en que cesó permanencia.

Estas fórmulas, que reproducen en parte las estipuladas en el Código italiano de 1930 (art. 158), del brasileño de 1984 (art. 111) y las incluidas en el Anteproyecto suizo de 1916 (Art. 71), ofrecen elementos concluyentes para determinar legalmente los distintos tipos de delitos estudiados. Destaca especialmente la prescripción en los delitos permanentes. En este caso, la solución es coherente con la función garantista del derecho penal corrigiéndose de este modo una situación anómala que generalmente acontecía en la praxis judicial basada en el artículo 120 del Código penal de 1924, que no era lo suficientemente explícito; así, muchas veces la pena establecida para el castigo de tales supuestos era excedida por el tiempo de permanencia del delito específico (por ejemplo en el caso de la usurpación) lo que generaba un frecuente impase procesal: el delito no era justiciable al haber prescrito la acción penal. La ley peruana al respecto es clara desde 1991 la prescripción empieza a partir del día en que cesa la permanencia. En el caso de la tentativa es también correcta la solución propuesta, al determinarse que el plazo de prescripción corre a partir del momento en que cesa la actividad delictuosa; fórmula extraída del art. 158 del Código Penal italiano. El cese de dicha actividad debe coincidir necesariamente con la del momento en que se produjo el impedimento, el desistimiento voluntario o la actividad frustradora del delito tentado. De esta manera se logra superar criterios reduccionistas y subjetivos que veían el inicio de la prescripción en el comienzo de la ejecución o en la realización del plan de acción del agente.

Nuestra legislación nacional en cuanto a la prescripción de la acción penal ha asumido la concepción teórico-legislativa dominante que toma en cuenta el máximo de la pena conminada para fijar los plazos ordinarios de prescripción. El hecho de que la construcción conceptual de dicha teoría se halle formulada en función al delito consumado, permite que su extensión a las formas imperfectas de delito (tentativa y actos preparatorios punibles), evidencie fuertes incongruencias teórico metodológicas, al momento de ser aplicada

en estos casos; sobre todo por las evidentes contradicciones con las directrices y principios que orientan nuestro sistema penal, y con los basamentos científicos de la dogmática penal contemporánea; además obviamente de los parallogismos intrasistémicos, que produce la asunción de dicha teoría, al interior de la normativa penal.

Por lo mismo -no por dominante, la pena conminada como factor de referencia de la prescripción- resulta correcta y adecuada. En concordancia con estas ideas, es lamentable la omisión -y renuencia del legislador peruano a otorgar un tratamiento específico- que observa el código peruano en lo que concierne a los plazos de prescripción para los casos de tentativa, cuya naturaleza concreta de injusto disminuido en relación al delito consumado, amerita disminuir sustancialmente los terminos ordinarios de prescripción en función a los mínimos legales de pena fijados en los respectivos tipos penales de la parte especial. Demás está señalar que la adopción -no exenta de contradicciones sistémicas- de los plazos extraordinarios de prescripción (tomados del Anteproyecto suizo de 1916), deberían igualmente de considerar el plus en función al mínimo de pena del tipo penal pertinente, por ser tal penalidad la establecida para los diversos casos de manifestación del delito imperfecto.

Por lo general las causas de extinción de la acción penal y de la pena en el caso de la tentativa, son las mismas que en el delito consumado; es decir, en el caso de la acción, con la muerte del imputado, la prescripción y amnistía, por autoridad de cosa juzgada y en los casos en que proceda la acción privada, por desistimiento, transacción o matrimonio subsiguiente (delitos contra la vida y el honor sexual) (45). En este punto el legislador peruano ha repetido las reglas contenidas en art. 118 del anterior Código penal (46).

(45) Al respecto véase la sustanciosa obra de LUIS E. ROY FREIRE, *Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, Lima, ed. Grijley, 1997.

(46) Véase Código Penal peruano de 1924.

TÍTULO QUINTO

**DESARROLLO HISTORICO DOCTRINARIO
SOBRE EL ITER CRIMINIS**

1. LA ESCUELA CLASICA

El término “clásico” fue usado por ENRICO FERRI en sus *Principii di Diritto Criminali*, para referirse despectivamente a todos aquellos tratadistas que concebían el delito como un ente jurídico y veían en el libre albedrío el fundamento de la imputación penal. Fueron clásicos BECCARIA, ROMAGNOSI, GAETANO FILANGIERI (1752-1788), ROSSI, CARMIGNANI, FEUERBACH, entre otros, además de CARRARA, ENRIQUE PESSINA, el último gran clásico del siglo XIX. El término “clásico” ha ganado aceptación histórico doctrinaria, pese a las críticas que se le formula ⁽¹⁾,

(1) En realidad nunca existió con todas las implicancias que ello supone una escuela clásica del Derecho Penal. Fue una frase feliz que reunió en una sola denominación a diversos tratadistas que producían casi siempre aislados y separados geográficamente a través del tiempo; sin que entre ellos existiese uniformidad de criterios, planteamientos sistemáticos, ni muchos menos relaciones activas a nivel intelectual. Su cohesión sólo puede ser enfocada tomando como paradigma comparativo los postulados positivistas de FERRI y GARÓFALO. La Escuela Clásica, es un producto del ascenso de la burguesía europea en el ámbito doctrinario jurídico, surgida en la época del Iluminismo del siglo XVIII. Aglutinó a diversas corrientes, que van desde el derecho natural, el racionalismo filosófico, el practicismo jurídico italiano y el iluminismo alemán. Todas ellas, pese a sus diferencias, mantienen puntos centrales de contacto en: a) el método deductivo para la exposición y solución de los problemas dogmáticos jurídicos; b) el partir de un iusnaturalismo y racionalismo manifiesto, en el sustento de los planteamientos teóricos; c) en el concepto del delito como ente jurídico; d) la libre autodeterminación (albedrío) como base de la imputación; y e) en la concepción retributiva de la pena. Véase para profundizar LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, Buenos Aires, Losada, 1976, T. III, pp. 33 y ss. Igualmente FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal. Parte general*, Bogotá, Temis, 1994, pp. 158 y ss.

razón por la cual, se hace necesario mantener la vigencia simbólica de dicho término. En este resumen sólo tomaremos el pensamiento de CARRARA por ser el que mejor desarrolló las ideas penales liberales de su época, a la vez que hacemos una reseña del pensamiento de CARMIGNANI (2).

(2) GIOVANNI CARMIGNANI desarrolla en sus *Elementos de Derecho Criminal* (1808), libro primero, sección tercera, capítulo II, una interesante teoría de la tentativa, síntesis de los avances teóricos y legislativos previos y coetáneos a su época. Inicia el maestro su estudio indicando que muchas veces suele confundirse una serie de actos con los propios de la tentativa, y ello sucede: 1) por defecto; 2) por exceso y 3) por la índole propia de la acción. Al primero pertenecen el simple pensamiento de delinquir aunque haya sido manifestado en confidencia o por vías de amenaza los actos meramente preparatorios, aquellos actos insuficientes o inidóneos, e igualmente cuando se consideran delictivos para el delito y los actos provenientes de dolo de ímpetu o de culpa. Son propios del segundo orden, los delitos que se reputan perfectos (considerados objetivamente tentativas, pero subjetivamente son una perfecta y consumada violación de algún derecho). Y corresponden al tercer grupo, aquellos actos que por su índole natural, moral, jurídica y política de la acción, no es concebible en ellos el atentado; por ejemplo, en las injurias verbales, en la blasfemia, en la herejía, y en otros delitos que al proferirse requieren una proposición completa (índole natural), en los delitos contra la religión y contra las buenas costumbres (índole moral), en la calumnia o falso testimonio (índole jurídica), y en la conjura, conspiración, facción, porte de armas prohibidas y asociaciones (índole política). Desarrolla luego su **teoría sobre la cantidad de tentativa** (la proximidad o la distancia de cada uno de los mentados actos de los dos extremos, tentativa remota-tentativa próxima) y la calidad de los mismos derivada de la naturaleza de las causas que impidieron la consumación del delito (lo que CARRARA llamará mas tarde la "cantidad moral y la cantidad física" de delito), que pueden ser voluntarias (el arrepentimiento o desistimiento voluntario) y casuales, que a su vez pueden ser morales (vigilancia policial o de particulares), físicas (obstáculos ofrecidos por el sujeto pasivo a la consumación del delito) y legales. Concluye CARMIGNANI señalando que la tentativa debe serle imputada al autor por el peligro en que pone a la seguridad de los ciudadanos y perjudica el ejemplo público, y cuanto más peligroso es el acto que consitituye el elemento material de la tentativa, ésta llega a serle tanto más imputable. Como se aprecia, en la teoría de CARMIGNANI está resumida casi toda la temática objetiva de discusión sobre actos preparatorios y tentativa.

La teoría de delito de FRANCISCO CARRARA **nutrida de la síntesis creadora de los postglosadores, del iluminismo y del derecho natural** (3) se desarrolla en base a dos ejes fundamentales que la sustentan: a) la fuerza física y moral; y b) la noción de calidad, cantidad y grado en el delito. El concurso y combinación de las primeras determina el ámbito de lo punible que lo separa de los hechos irrelevantes; la imputabilidad penal descansa en dicha verificación. La fuerza moral del delito es el elemento subjetivo del mismo, a saber la voluntad inteligente, fuerza interna y activa cuyo resultado es la intimidación y el mal ejemplo (daño moral del delito) (4). La fuerza física está dada por los actos de ejecución, fuerza de naturaleza externa ejecutada con designio perverso, cuyo resultado es la ofensa del derecho agraviado (daño material del delito) (5). La noción de

(3) FRANCESCO CARRARA define el delito como la infracción de la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos y que resulta de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y socialmente dañoso (*Programa de Derecho criminal*, Bogotá, Temis, 1988, T. I, § 21, p. 44). Escinde al delito como “hecho” que se origina en las pasiones humanas y como “ente jurídico”, cuyo origen se asienta en la naturaleza de la sociedad civil (*Programa*, T. I, §§ 32 y 33). CARRARA acota que concibe al delito no como acción sino como una infracción de la Ley; siendo el conflicto entre esta última y aquella la que lo define (*Programa*, T. I, § 34). El objeto del delito es el derecho violado, no la cosa o los hombre sobre los cuales se ejerce la acción criminosa. El delito se persigue no como hecho material, sino como ente jurídico (*idem*, § 36). Sólo el hombre puede ser sujeto activo del delito, porque para que haya delito es esencial que el hecho provenga de una voluntad inteligente, que no existe sino en el hombre (*Programa*, T. I, § 41).

(4) Cuatro son los requisitos de la *fuerza moral de delito*: 1) Conocimiento de la Ley; 2) previsión de los efectos; 3) libertad de elegir; y 4) voluntad de obrar. Nótese las manifiestas semejanzas de las “modernas” teorías del dolo con lo indicado en el siglo XIX por CARRARA. Este autor *define el dolo como la intención más o menos perfecta de ejecutar un acto que se sabe es contrario a la Ley* (*Programa*, T. I, 69).

(5) Son actos externos de ejecución, aquellos cuyo elemento es el acto corporal que nace del movimiento que la voluntad imprime a los miembros y órganos corporales del hombre (*Programa*, T. I, § 95), siendo esta fuerza pasiva, pues es la voluntad la que la dirige.

“calidad” es la nota distintiva de cada delito, que permite diferenciarlo de otros. La cantidad de delito está dada por los niveles de injusto, en un menos a más, por la menor o mayor gravedad criminal. El grado de delito se halla representado por las fases que puedan recorrer las fuerzas del mismo. Entre estos dos ejes básicos CARRARA establece relaciones dialécticas que van a originar las diversas formas delictivas y los diferentes niveles de imputación concreta.

Ahora bien el **delito perfecto** es aquel que resulta de una ideal combinación de fuerzas y grados que alcanzan su objeto jurídico (violación del derecho tutelado penalmente, esencia del delito respectivo). Este se divide en *propriamente perfecto* y *perfecto agotado*, requiriéndose en este último caso que el delito haya producido todos los efectos dañosos que eran consecuencia de la violación y a los cuales tendía el agente. El **delito imperfecto** es una cuestión de degradación en la fuerza física (fases no completas) y se produce cuando la violación del derecho no se ha producido, sino que solamente se lo ha agredido y ha puesto en peligro. El delito imperfecto puede asumir las formas de **delito frustrado**, cuando el agente ha ejecutado todos los actos que eran necesarios para producir la violación del derecho, pero ésta no llega a producirse por un hecho fortuito independiente de su voluntad, que ha impedido el resultado; o **delito intentado**, cuando el agente no realiza todos los actos idóneos para realizar dicha violación a la ley, o los ejecuta de un modo insignificante (acción imperfecta).

Desarrollando su teoría de la consumación, CARRARA establece tres figuras distintas: 1) el delito consumado pero no aún perfecto (delito frustrado); 2) el delito consumado y perfecto pero aún no agotado, éste se presenta en los casos que se produzcan ulteriores modificaciones en los efectos que lo atenúen o lo agraven; y 3) el delito consumado perfecto y agotado. Los delitos imperfectos según CARRARA no pueden por su naturaleza presentar el elemento del daño inmediato, sino uno mediato, inferior y hasta nulo; pese a ello, las circunstancias de ser imputable obedece a que las funciones del daño inmediato que le faltan, las desempeña el **peligro corrido** (no así el peligro de simple previsión) por la sociedad o por el ciudadano

atacado. El eximio profesor de la Universidad de Pisa concluye su teoría de la tentativa indicando: “son esenciales a la tentativa, para que pueda imputarse como delito, la intención y el peligro. Cuando uno de estos elementos falta, la autoridad no puede, sin degenerar en tiranía, conminar imputabilidad política. El juez no puede sin abuso de autoridad, imputar legalmente un hecho si falta uno u otro de estos elementos; ni puede, sin cometer imperdonable aberración, suplir la falta de un elemento con otro. Los dos elementos se deben establecer cada uno por sí mismo, e iría en contra de los preceptos lógicos y jurídicos quien creyera que el peligro grave del hecho reemplaza la intención del agente; que la intención malvada sustituye el peligro que no existía en el hecho”. En cuanto a la penalidad se muestra el autor opuesto a otorgar igual trato punitivo al delito frustrado y a la tentativa propiamente dicha, considerando además que la tentativa debe reprimirse sólo en casos graves.

2. LA ESCUELA NEOCLASICA ALEMANA

La escuela clásica alemana estuvo representada principalmente por el racionalismo jurídico de BINDING, y a partir y antes de él por diversos tratadistas que coincidieron en puntos centrales acerca del delito (MERKEL, VON HIPPEL, VON LISZT, VON BELING, FEUERBACH, ZACHARIAE, BIRNBAUM, etc.). Todos son coincidentes en afirmar un aspecto objetivo del delito, en el cual se halla la acción típica y la antijuridicidad y un aspecto subjetivo del mismo representado por la culpabilidad. Se maneja aquí un concepto causal de acción ⁽⁶⁾, restringiéndose el radio de significancia del mismo, que abarca tres elementos básicos: la manifestación de voluntad, el resultado y la relación de causalidad. Esto último constituye lo esencial en la teoría de la acción manejada por los cultores del clacisismo alemán. La intención o dolo como concepto genérico pertenece al ámbito subjetivo, del que se halla desprovisto la tipicidad. Se maneja un

(6) La “acción” se entiende como un proceso natural de inervación muscular o movimiento físico, orientado a un resultado. Véase *supra* “Acción y Escuelas Penales”, pp. 85 y ss.

criterio objetivo de antijuricidad y no se da un tratamiento dogmático jurídico a los elementos subjetivos y normativos del tipo penal. La culpabilidad es entendida como nexo de naturaleza psicológica. Cabe destacar que la teoría del delito, con sus enunciados hoy conocidos, acción, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, fue creación teórica de esta escuela.

El esquema neoclásico, estuvo representado por RADBRUCH, FRANK, NAGLER (1911), HEGLER (1914), GOLDSCHMIDT, FREUDENTHAL y MEZGER, entre otros, quienes superando las limitaciones evidentes de la escuela clásica, quitaron importancia al concepto de acción, relegándolo a un segundo plano al interior del concepto jurídico "tipo penal", pero sin desconocer su naturaleza causal natural, donde lo dominante es la voluntad. La noción de culpabilidad como vínculo psicológico que relaciona el resultado a su autor, es remediada por los planteamientos de REINHARD FRANK (7), quien la entendió como reprochabilidad, ante la motivación negativa que asume con su conducta al agente infractor; hallándose ésta (la culpabilidad) sujeta a estimación judicial. Se elaboran los conceptos sobre los elementos subjetivos y normativos del tipo, que alteran la noción de tipicidad, complementándola, al incluir en ella aspectos sujetos a valoración. Pero la escuela neoclásica siguió conservando la separación taxativa entre lo objetivo (tipicidad y antijuricidad) y subjetivo (culpabilidad), pese a admitir en la tipicidad elementos valorativos; asimismo, entendió la culpabilidad como reproche imputable en sus dos formas básicas de dolo y culpa.

El problema de más relieve que con respecto a la tentativa ofrecen las escuelas clásicas y neoclásica alemana se halla expresado en la incompatibilidad que se presenta en el abordamiento jurídico dogmático de la misma. Cómo entender la ubicación sistemática de las diversas formas de tentativa a nivel de tipo, si se considera el

(7) Consúltese REINHARD FRANK, *La estructura del concepto de culpabilidad*, Santiago de Chile, Universidad de Chile-Publicaciones del Seminario de Derecho penal, 1966. IDEM en Revista Peruana de Ciencias Penales N° 4, pp. 779 y ss.

dolo una cuestión propia de la culpabilidad; o en otros términos, cómo entenderla si uno de sus elementos (los actos de ejecución) se halla a nivel de tipo y el otro (el dolo o elemento subjetivo) a nivel de culpabilidad, no existiendo consumado el delito (inexistencia del resultado). Resulta evidente que es esta una insalvable incongruencia de las teorías causal y neoclásica de la tentativa, las que optan por abordar la tentativa al margen del tipo y la ubican a continuación de la culpabilidad, como una forma especial de aparición del delito (8).

3. LA ESCUELA FINALISTA

La obra de WELZEL, como síntesis de un proceso iniciado en FRANK, WEBER, GRAF ZU DOHNA y otros, se concretó en conferirle a la acción un nuevo significado dogmático (9), en cuanto matriz fundamental de la teoría del delito, a ubicar el dolo y la culpa a nivel del tipo, y a entender la culpabilidad como un mero juicio de reproche personal al autor por su comportamiento; “en la reprochabilidad está la esencia de la culpabilidad. El juicio de reproche sólo procede contra una acción que hemos corroborado es típica y antijurídica” (10).

El contenido de la culpabilidad quedó reducido en el esquema finalista a tres aspectos: la imputabilidad, el conocimiento de la antijuridicidad del hecho y la exigibilidad (posibilidad de actuar conforme a derecho) al agente de una conducta ajustada a derecho, además de otros elementos subjetivos propios de la culpabilidad.

(8) Consúltese EDMUND MEZGER, *Tratado de Derecho penal*, Madrid, Editorial Revista de Derecho privado, 1976, T. II; SAUER, *Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1956.

(9) No han tenido, del pensamiento de WELZEL, igual fortuna, la teoría de las “estructuras lógico-objetivas”, como fundamentación filosófica y límite de la actividad legislativa; lo mismo ha sucedido con el carácter omnicompenso del concepto acción en su dimensión óptica. Obviamente no por ser incorrectas, sino por las dificultades metodológicas que ella genera (según sus detractores) en la sistemática de la teoría del delito.

(10) HANS WELZEL, *El nuevo Sistema del Derecho penal*, Barcelona, Ariel, 1964, p. 81.

Con la teoría finalista del delito, adquiere la tentativa una ubicación sistemática y coherente; se trata ya entonces de una situación correspondiente al tipo penal, entendida la tentativa como una de las formas de extensión de tipicidad. Se concibe que en la tentativa el tipo subjetivo (dolo y demás componentes) se halla completo, siendo el dolo el mismo que en el delito consumado; mientras que el tipo objetivo no se encuentra plenamente realizado. No obstante, en la fortaleza de la escuela finalista se halla su debilidad, y ésta se expresa en la comprensión que tiene del dolo como complejo subjetivo idéntico en la consumación y en la tentativa. Conforme a WELZEL todo delito doloso es una concreción de voluntad que puede quedar detenida en las etapas iniciales o puede llegar hasta la completa ejecución de la decisión de la acción ⁽¹¹⁾. El tratamiento que otorga este renombrado tratadista a las diversas formas del delito tentado se halla condicionado y limitado a la normativa del Código penal alemán (de predominio subjetivo). Así, el ex-profesor de la Universidad de Bonn considera que “con la punición de la tentativa se castiga la actuación de voluntad dirigida a la realización total del delito y ciertamente... cuando la actuación de voluntad tiene una significancia peligrosa ⁽¹²⁾. El peligro de la tentativa tiene para WELZEL una connotación subjetiva; así, nos dice: “La teoría objetiva es la resultante del dogma causal en la teoría de la tentativa. Así como para el delito consumado es una lesión causal del derecho, el tentado es una puesta en peligro causal. Esta teoría sitúa el desvalor jurídico penal en forma muy acentuada en el aspecto objetivo exterior de la lesión jurídica. Por el contrario, la teoría subjetiva

(11) HANS WELZEL, *Derecho Penal*, Buenos Aires, Depalma, 1956, p. 189.

(12) HANS WELZEL, *Derecho penal alemán. Parte general*, 11a. ed., Santiago Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 265. Para este insigne tratadista, las teorías objetivas del peligro o son antiguas o están abandonadas, y son el resultado de criterios causalistas en la concepción del delito (pp. 265-266). Estos criterios no obedecen necesariamente a postulados rigurosamente correctos; ni la antigüedad, ni el subjetivismo de WELZEL, de considerarlos obsoletos, son argumentos para deshechar una teoría objetiva de la tentativa, de la forma como lo hace dicho autor.

considera el ordenamiento jurídico en un sentido amplio como poder espiritual que configura la vida del pueblo. La realidad y validez de este poder espiritual, sin embargo, se lesiona ya con una voluntad que emprende acciones que considera acciones de ejecución idóneas de un delito. Ella no se mueve aquí ya en el terreno de las meras acciones preparatorias, sino se pone en actividad inmediata a la realización de delito. Para el ordenamiento jurídico como poder configurador del orden, ya tal acción es insoportable... mientras mas idónea es la tentativa, más intensa es, también, por principio la energía delictiva (13).

WELZEL es partidario de la punición de la tentativa inidónea, es decir, de aquella en la que se prescinde del elemento peligrosidad de los actos, e igualmente en los casos que para FRANK se trata de ausencia de tipo porque lo determinante es la voluntad de cometer un delito, expresado por actos exteriores. En cuanto al abandono voluntario en el desistimiento, participa del criterio que se trata de una excepción personal de la pena para la tentativa, y cuyo fundamento se halla exclusivamente en la "insignificancia de su culpabilidad" (14), considerando que la teoría que se refleja en el puente de oro para la retirada de LISZT es ajena a la vida. En cuanto al abandono voluntario en el desistimiento, asume la fórmula de FRANK "no quiero a pesar de que puedo"; opinando que tiene que tratarse de un abandono definitivo del plan del hecho, no bastando la simple renuncia al modo concreto de ejecución. Dice el autor que "en una tentativa inidónea o frustrada ciertamente no puede ser evitado el resultado, sin embargo, al autor que no sabe de la inidoneidad o frustración y se esfuerza seriamente en la evitación del resultado, se le ha de admitir la excepción de pena. Referente a la punición de la tentativa sostiene que debe pensarse en todos los crímenes y sólo cuando esté expresamente señalado en los delitos, de modo atenuado, a excepción de los delitos de emprendimiento, en los cuales opina que no puede darse la tentativa de tentativa. Igualmente WELZEL

(13) WELZEL, *Derecho penal alemán*, p. 267.

(14) Idem WELZEL, p. 271 y ss.

participa de la idea de punir la tentativa en los delitos calificados por el resultado, cuando el resultado más grave se produce, ya con la acción tentada y el tipo enlaza la cualificación mediante el resultado más grave a la acción típica y no sólo el resultado ⁽¹⁵⁾. En general, los problemas de la tentativa se resuelven de acuerdo a la representación del autor en base a su plan de acción individual. Los seguidores de WELZEL, entre los cuales citamos a MAURACH, ARMIN KAUFMANN, STRATENWERTH, ZIELINSKY, HANS HIRSCH, ZONG UK TJONG, THONG WOM KIM (estos últimos, penalistas asiáticos) y otros, siguen en líneas generales tales lineamientos doctrinarios al respecto, con ligeros matices.

4. REPERCUSIONES DEL FINALISMO EN EL PENSAMIENTO PENAL ESPAÑOL

El penalismo español ha demostrado poseer una notoria susceptibilidad y habitualidad para la asimilación de las teorías dogmáticas de sus vecinos europeos; francesas primero, con los trabajos de PACHECO y GROIZARD, luego con los planteamientos de la escuela positiva italiana (BERNALDO DE QUIROZ, JAIME MASAVEU, SALILLAS, incluso JIMÉNEZ DE ASÚA en su temprana juventud y con reservas DORADO MONTERO y QUINTILIANO SALDAÑA), para posteriormente y gracias a las traducciones de las obras de BELING (1913), VON LISZT (1917) y MEZGER (1935) adherirse a los postulados teóricos del clasicismo y neoclasicismo alemán (JIMÉNEZ DE ASÚA, CUELLO CALÓN, ANTON ONECA, RODRIGUEZ DEVESA, SERRANO GOMEZ, RODRÍGUEZ MOURULLO, COBO DEL ROSAL, VIVES ANTÓN, entre otros). Con la irrupción del finalismo en Alemania, a partir de 1931, sobre todo después de la segunda guerra mundial, una serie de penalistas españoles fueron adoptando progresivamente los postulados finalistas, (proceso que se inicia con la obra crítica de RODRÍGUEZ MUÑOZ, *La doctrina de la acción finalista*, 1953), y fundamentalmente a partir de la década del sesenta y los años setenta (CÓRDOBA RODA, CEREZO MIR, SUÁREZ MONTES, MARIA LANDECHO, MIR PUIG, MUÑOZ CONDE, GÓMEZ

(15) WELZEL, *Derecho penal alemán*, p. 270.

BENÍTEZ). Esta asimilación se dará casi simultáneamente con la de los planteamientos funcional-racionalistas de CLAUS ROXIN y GÜNTHER JAKOBS y otros tratadistas alemanes (variante político criminal-normativista preventiva), destacando con especial brillo en España los planteamientos de ENRIQUE GIMBERNAT, revestidos de un funcionalismo psicoanalítico (16).

Para este autor el tipo penal consiste en la descripción de la conducta prohibida, cuyo fin es el de motivar mediante la amenaza con una pena para que dicha conducta no se cometa; entendiendo la antijuridicidad en función a lo que el legislador ha determinado que quiere prohibir, fundamenta la culpabilidad no tanto a nivel de reproche sino en razones de prevención general y especial en relación a la necesidad de la pena y a la motivación efectiva de la norma. GIMBERNAT justifica la pena como instrumento de política social reforzador del carácter inhibitor de la prohibición y estabilizador de los controles contra los comportamientos socialmente nocivos; una pena establecida en función a la jerarquía de los bienes jurídicos afectados, y al dolo empleado en dicha agresión, pero prescindiendo de las penas absolutamente innecesarias que causan padecimientos inútiles que en nada sirven al fin supremo del derecho penal: regular la convivencia social encausando los comportamientos por sendas conformes a un estado de derecho (17). La pena es, pues, para este tratadista español, un mecanismo de prevención general que permitirá la convivencia social, y que sólo deberá ser aplicada en cuanto sea necesaria. Es en su concepto de acción causal que

(16) Los trabajos teóricos de ENRIQUE GIMBERNAT O. tienden a considerar la función de motivación que cumple el tipo penal “donde tienen cabida todos aquellos elementos que integran la descripción de la conducta cuya omisión se quiere motivar. La problemática de qué es lo que pertenece al tipo, es la problemática de cuál es la conducta que el legislador quiere evitar”, («El sistema de Derecho penal en la actualidad»), en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 172 y ss. GIMBERNAT fundamenta la ubicación del dolo a nivel típico, ya que “es el elemento esencial de la descripción de la conducta prohibida” (*ibídem*, p. 173).

(17) GIMBERNAT, “¿Tiene futuro la dogmática penal?”, en *Estudios*, p. 149.

GIMBERNAT exhibe la fuerte influencia de las teorías psicoanalíticas; para el autor la acción es “la relación del yo consciente y físicamente libre con el mundo exterior manejando procesos causales (esto es, incidiendo en o alterando los procesos causales o dejando que éstos sigan su curso o que no se inicien). Al modificar en parte el llamado concepto “causal” de la acción, ello significa que lo decisivo para que exista un comportamiento, no es que la actividad, como tal sea, “querida” sino que se realice encontrándose el Yo en estado consciente y manteniendo al mismo tiempo su capacidad de motilidad (18). Son entonces los comportamientos dolosos o imprudentes lo único que la amenaza con una pena puede inhibir, mas no causaciones de resultado. GIMBERNAT, ofrece al análisis jurídico una serie de puntos de vistas interesantes y sugerentes; expresión de ello es su severa crítica a la concepción normativa de la culpabilidad del finalismo, que hace del libre albedrío su base de argumentación. Con los trabajos de MIR PUIG, GÓMEZ BENÍTEZ, ENRIQUE BACIGALUPO y MUÑOZ CONDE, entramos a un momento de síntesis de la escuela finalista y funcionalista en el pensamiento jurídico penal español (Post finalismo).

GÓMEZ BENÍTEZ es el primer profesor español en tratar decididamente el tema de la tentativa en el ámbito del tipo penal (19). Su pensamiento se puede resumir en lo siguiente: la punición de la tentativa y de la frustración del delito cumple fines preventivo generales y se fundamenta en la generación de un peligro *ex-ante* para el bien jurídico. “Peligro entendido en doble sentido: como posibilidad *ex-ante* de que se produjese el resultado típico y como posibilidad de perjuicio de los intereses preventivo generales de la

(18) GIMBERNAT, “Sobre los conceptos de omisión y comportamiento”, en *Estudios*, pp. 189-190. Véase una crítica a los fundamentos freudianos y behavioristas de los planteamientos de GIMBERNAT, en LUIS FERNANDO NINO, “El futuro de la dogmática jurídico penal: Ni religión, ni cientificismo”, en *Libro Homenaje a Raúl Peña Cabrera*, Lima, Ediciones Jurídicas, 1991.

(19) Véase JOSÉ GÓMEZ BENITES, *Teoría jurídica del delito*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1987. En esta obra, el estudio de la tentativa figura a continuación de la tipicidad objetiva y subjetiva del delito, como tipo imperfecto.

norma, es decir, como perjuicio de la función motivadora a la no comisión de delitos que cumple la norma penal prohibitiva; pero anota el autor que debe complementarse esta teoría con elementos subjetivos que tengan en cuenta el plan delictivo del agente, al momento de resolver las múltiples cuestiones jurídico penales que afectan a la tentativa y la frustración” (20). GÓMEZ BENÍTEZ critica en su obra las inconsistencias de la normativa penal y jurisprudencia española al respecto, al acogerse a criterios objetivos, pero a la vez y contradictoriamente punir con criterios subjetivos el delito imposible, al cual se considera “una realidad legal con sustantividad propia” cuya penalidad es la de la tentativa (21). El juicio de peligrosidad es para el tribunal supremo español, indica GÓMEZ, poseedor de una naturaleza *ex-ante*, es decir, atendiendo al momento de su realización por el autor y antes de conocer el efectivo desenlace final del hecho. Si el juicio de peligrosidad se emitiese *ex-post* también la tentativa y frustración idóneas resultarían inidóneas (22). La concepción tradicional que ve la diferencia entre tentativa y frustración en función a la menor o mayor proximidad objetiva concreta respecto a la consumación, es puesta en tela de juicio por el citado autor, quien observa que tales criterios causalistas conducen a soluciones criminalmente insatisfactorias: “sólo la toma en consideración del plan del autor a la hora de decidir si éste ha realizado todo o sólo parte de los actos de ejecución que deberían producir como resultado el

(20) GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría jurídica del delito*, Madrid, Civitas, 1984, pp. 246, 258 y 259.

(21) GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría*, p. 250.

(22) GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría*, p. 251. El Tribunal Supremo y la doctrina española dominante entienden, por tanto, que existen hechos que son punibles por poner en peligro *ex-ante* el bien jurídico (tentativa y frustración idónea) y hechos que son punibles y que no implican, sin embargo, peligro *ex-ante*, para el bien jurídico. El delito imperfecto está legislado por el código penal español en el art. 3, a nivel de tipo genérico, enunciado conceptualmente; y en el art. 51, 52 y ss. a título de penalidad. Esto se ha llamado *el sistema doble y superpuesto de la tentativa* en la legislación española. Véase supra, Título III, “Esquemas Legales de Tentativa”.

delito, puede deparar un criterio racional para decidir sobre la concreta necesidad de la pena. La diferencia entre tentativa y frustración es, pues, objetiva-subjetiva o mixta, en la medida en que se decide atendiendo al juicio *ex-post* de un hipotético observador objetivo que tuviese en cuenta el plan del autor” (23).

En cuanto al **comienzo de ejecución**, GÓMEZ BENÍTEZ se adhiere al criterio que ve en los actos ejecutivos una zona intermedia entre la preparación y la realización estricta del tipo, donde el autor realiza actos íntimamente vinculados a la acción típica, a la que preceden inmediatamente y que ya resultan punibles; esto permitirá entender con más claridad la tentativa punible y definir al autor como aquel que no solamente realiza todo o parte de la acción típica, sino también el que ha realizado material o valorativamente dichos actos íntima e inmediatamente vinculados con la acción típica. Frente a la teoría que ve en el desistimiento la exclusión de la tipicidad de la tentativa o frustración, contrapone el criterio, asumido por MUÑOZ CONDE, de la desaparición de la necesidad preventiva de la pena (criterios estrictamente utilitarios). A la espontaneidad exigida al desistimiento (criterios psicológicos), opone estimaciones valorativas estrictamente utilitarias; siguiendo a ROXIN señala que “para afirmar la voluntariedad no es suficiente constatar que el sujeto actuó por impulso de su libre voluntad... lo realmente interesante, a efectos penales, es si el sujeto desistió aun pudiendo seguir adelante con el plan delictivo, es decir, aun siendo útil para él la prosecución del delito; si bien es cierto en determinados casos pueden coincidir voluntariedad psicológica y voluntariedad normativo-valorativa, no lo es de menos que en la mayoría de los supuestos de hecho las consecuencias de la aplicación de uno u otro son divergentes” (24).

(23) GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría*, pp. 263, 264.

(24) GÓMEZ BENÍTEZ, *Teoría*, pp. 267-268. Con razón se ha dicho, por ejemplo, que el ladrón que deja de tomar el dinero ya a su alcance, porque ve llegar a la policía, o al sujeto que deja de disparar a la víctima por la misma razón, deberán considerarse según la teoría psicológica como sujetos que han desistido voluntariamente; pues si no robaron o mataron fue porque aun

5. LA ESCUELA ITALIANA: ANTOLISEI Y LA MODERNA DOGMÁTICA ITALIANA

Con los trabajos teóricos de ANTOLISEI (25), la corriente técnico jurídica iniciada por ROCCO en 1905 se perfiló con mayor sistematicidad, siendo superados los enfoques estrictamente lógico formalistas con el realce dado al hecho social que subyace a la norma penal y con el énfasis al pragmatismo del que debería hallarse revestida la dogmática penal, para brindar explicaciones teórico-rationales de acceso fácil a los jueces y abogados, sobre los con frecuencia intrincados problemas penales. Esto derivará en una mayor eficiencia en la administración de justicia. ANTOLISEI vincula el derecho penal con el desarrollo y evolución de la sociedad. La pena, como eficaz mecanismo del estado “para influir sobre la vida social y modificarla, no sólo es una manifestación de poder al servicio de la conservación social (MERKEL), sino también, un instrumento para el progreso del pueblo... la verdadera función del ordenamiento jurídico penal en la época actual no se reduce a asegurar las condiciones fundamentales de la vida en común, sino que atiende también a promover el desarrollo, el mejoramiento de la sociedad” (26).

En su teoría jurídica, ANTOLISEI sigue la tradición carrariana de la bipartición del delito: aspecto objetivo y aspecto subjetivo;

pudiendo, no quisieron en sentido psicológico, ya que, por el momento nada les impedía haber consumado el delito. Aplicando, por el contrario, la teoría valorativa, la conclusión habría de ser la negación de la voluntariedad del desistimiento, dado que el desistimiento de dichos sujetos se produjo porque no era “útil” para el delincuente seguir adelante (p. 268).

(25) ANTOLISEI, *Scritti di diritto penale* (1955); *Manuale de Diritto penale* (1950).

(26) Cfr. FRANCISCO ANTOLISEI, *Manual de Derecho penal*, Bogotá, Temis, 1988, p. 3. Según este autor: “Realismo a nuestro modo de ver significa dos cosas solamente: reconocer que no puede concebirse el derecho como pura forma y que para el exacto conocimiento de él, es absolutamente necesario considerar no sólo los fines de cada una de las normas, sino el hecho o relación social que la regula (p. 24).

entiende la tentativa como una forma de manifestación del delito, estudiándola al lado del delito circunstanciado y del concurso de delitos. Compartiendo el enfoque de que el delito tentado es objetivamente incompleto y completo subjetivamente, toma la consumación como premisa y punto de partida para su estudio. Considera ANTOLISEI errónea la afirmación que lo que realmente falte en la tentativa sea el resultado, por cuanto en los delitos de mera conducta tampoco lo hay; indicando que de lo que realmente adolece es de una de las fases, la parte final de la ejecución (27). El delito intentado es la combinación de dos normas, una principal (la norma incriminadora especial) y otra secundaria (la norma extensiva genérica), las cuales dan origen a un nuevo título de delito que es y debe considerarse autónomo. La razón por la cual se castiga la tentativa no es tanto el peligro corrido, por cuanto es la misma razón por la que se castiga el delito consumado (intención delictiva que se traduce en hechos exteriores que no pueden ser tolerados por el estado por su carácter antisocial) (28). Frente al delito imposible, la posición de ANTOLISEI se halla en concordancia a los arts. 29 y 259 del Código penal italiano, los cuales lo consideran una forma de tentativa sujeta a medida de seguridad.

El pensamiento penal italiano moderno tiene reflejado lo mejor de su expresión dogmática en tratadistas de la talla de FRANCO BRICOLA, ANTONIO PAGLIARO, FERRANDO MANTOVANI, GIOVANNI FIANDACA, ENZO MUSCO, ELIO MORSELLI, FIORE, CONTENTO, MARINUCCI, PADOVANI, DOLCINI, FORNASARI y otros.

BRICOLA, en el marco de un teleologismo valorativo, al igual que PAGLIARO, ha cuestionado la legitimidad de la dogmática como conjunto sistemático de conceptos analizados y estructurados en función a la sanción penal alejada de la realidad social; entendiendo que una auténtica legitimidad de la dogmática y del derecho penal

(27) ANTOLISEI, *Manual*, pp. 338.

(28) ANTOLISEI, *Manual*, pp. 341.

conduce a su necesaria fundamentación constitucional (29). En la sistemática teórica de BRICOLA el bien jurídico, como objetivo central de protección jurídico penal, debe hallarse sustentado en valores constitucionales, cuando no esté ya elevado a dicho nivel. Los puntos de vista de este destacado penalista que aportan criterios para racionalizar el sistema penal, buscan hacer del bien jurídico la pauta fundamental de interpretación en la teoría jurídica del delito, y a la vez una restricción a la labor de los legisladores.

FIANDACA-MUSCO, expresan con sus trabajos una evidente influencia de la dogmática alemana. Estos destacados penalistas, aceptan y fundamentan la división tripartita del delito, conceptualizando que los conceptos e instituciones dogmáticas cumplen una función específica dentro del sistema jurídico concreto (visión político criminal) (30). La tipicidad es no sólo la subsunción fáctica en la descripción legal del hecho punible, sino también la específica forma de agresión al bien jurídico protegido. El bien jurídico tiene una importancia central en la teoría del delito, siendo la pauta teleológica fundamental para captar el criterio legislativo de criminalización y un factor de hermenéutica en una perspectiva teleológica. En lo que respecta al delito tentado, siguiendo la tradición italiana asumida también por ANTOLISEI, colocan a la consumación del delito como premisa básica de la tentativa. FIANDACA-MUSCO señalan que el fundamento político criminal de la punibilidad de la tentativa se halla constituido en la exigencia de prevenir la exposición a peligro del bien jurídicamente protegido. “Desde el punto de vista de la incidencia sobre los intereses penalmente tutelados, consumación y tentativa reflejan, pues, respectivamente, la lesión efectiva y la lesión potencial del bien” (31). Sobre el inicio de la actividad punible, la

(29) Véase FRANCO BRICOLA, *Teoria generale del reato*, en *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, UTET, 1973, Vol. XIX, pp. 16 y ss.

(30) GIOVANNI FIANDACA y ENZO MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 2a. ed., Bologna, Zanichelli, 1993, p. 139.

(31) FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, pp. 141-142: “Come abbiamo appena visto, tra le principali funzioni della categoria del fatto tipico vi è quella

precisión de los límites de la tentativa debe en principio estar hecha en proposición al fundamentación sustancial mismo que justifica la relevancia penal, esto es, el comienzo de punición será alcanzado solamente en coincidencia con la puesta en peligro del bien jurídico protegido (32). Sobre el dolo, adoptan los precitados tratadistas italianos la teoría germana de la identidad para la tentativa y el delito consumado. Acerca del desistimiento (*desistenza recesso attivo*), la razón de mayor fuerza del fundamento no punitivo, radica en la función de la pena y ello entendido en el doble plano de la prevención general y la prevención especial (aquí FIANDACA-MUSCO recogen los argumentos de CLAUS ROXIN); la voluntariedad prescinde del juicio de merecimiento del motivo que induzca al agente a cancelar su propósito. El delito imposible está sujeto a valoración judicial que puede aplicar al agente libertad vigilada, dado su peligrosidad social (33).

ELIO MORSELLI en su obra *Il ruollo dell' atteggiamento interiore nella struttura del reato* (Padova, 1989), bajo criterios de psicología profunda, advierte de los peligros a los que se puede llegar en el análisis dogmático cuando se subjetiviza y exclusiviza el castigo, ya sea tanto en función a la voluntad, como al resultado por sí solos considerados, en abierta infracción del principio de legalidad. MORSELLI dedica parte de su obra a exponer la importancia del dolo, el cual se constituye en el elemento de referencia sustancial para permitir diferenciar lo intencional de lo socialmente adecuado en el obrar del agente. MORSELLI al distinguir lo doloso, culposo o preterintencional del delito, haciendo uso de una frase del atrabiliario sociólogo ruso-norteamericano PITIRIM SOROKIM, indica que sin el

di descrivere specifiche modelità di aggressione ai beni penalmente protetti. Ciò vuol dire che la tipicità del fatto si riconnette intimamente alla lesione del bene giuridico. Sicché, il riferimento al bene tutelato svolge, a sua volta, una essenziale funzione ai fini della stessa determinazione del concetto di tipicità”.

(32) FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p. 336.

(33) FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, p. 354.

componente intencional, no hay ninguna diferencia entre raptó, adulterio, matrimonio o simplemente convivencia de hecho, porque los actos físicos pueden ser idénticos en todas estas figuras. En los casos de tentativa, señala este autor, nada, absolutamente nada, diferencia desde el punto de vista exterior y el cuerpo de la víctima, la tentativa de homicidio del delito de lesiones personales; lo único que permite transformarlos en un hecho más grave (es decir, en tentativa de homicidio) es exclusivamente la intención que dirigió y dominó la acción criminosa del sujeto (34). Si a la acción le falta esta intencionalidad, si de cualquier manera ésta no es configurable nos encontraremos en un callejón sin salida, porque ya no será posible hacer ninguna distinción entre una lesión personal y una tentativa de homicidio (35). MORSELLI indica que el único criterio para configurar el acto ejecutor punible... es el señalado por la llamada Teoría material individual objetiva trazada por WELZEL, ya que ella permite determinar los límites de la tipicidad que resultan señalados por el dolo del agente, antes que por la letra de la figura abstracta (36). Frente al dolo eventual, se muestra MORSELLI particularmente crítico con la concepción generalizada dominante; considerando que es uno de los puntos flacos de la teoría finalista: "si el dolo es necesariamente finalidad o sea intencionalidad del resultado, entonces se debería concluir que, en estricto rigor, no son propiamente dolo todas las formas de dolo no intencional, a partir del dolo eventual, el cual constituye –como recientemente lo ha escrito JESCHECK– el punto neurálgico, el arco total de todo el sistema penal, toda tentativa de solución al respecto se convierte en una especie de papel de tornasol o de «prueba decisiva» sobre la validez de toda la teoría general del delito (37). MORSELLI conceptúa de artificiosos los razonamientos de WELZEL para fundamentar el dolo eventual como

(34) ELIO MORSELLI, *La función del comportamiento interior en la estructura del delito*, Bogotá, Temis, 1992, p. 14.

(35) MORSELLI, *La función*, p. 14.

(36) MORSELLI, *La función*, p. 15.

(37) MORSELLI, *La función*, p. 28.

imputable al agente a título criminoso⁽³⁸⁾. En su teoría del dolo, el catedrático actual de derecho penal en la Universidad de Roma establece un dolo a nivel típico y un dolo (*Gesinnung*) a nivel culpabilidad. Este último está dado por el ánimo, emotividad o comportamiento interior, en una suerte de restitución al concepto de culpabilidad de la base psicológica que tradicionalmente le pertenecía y que le había sido sustraída por WELZEL⁽³⁹⁾.

6. EL FUNCIONALISMO JURIDICO DE GÜNTHER JAKOBS Y CLAU ROXIN

El funcionalismo jurídico, escuela penal nacida en Alemania en la década del sesenta, acude para fundamentar sus postulados a elementos extra-dogmáticos, en un intento de acercar la dogmática a la realidad político-social. ROXIN y numerosos seguidores abordarán el derecho, especialmente el penal, en función a los dictados de la política criminal y los fines preventistas de la pena. JAKOBS y discípulos extremarán las consideraciones normativistas revistiendo a la teoría del delito con determinados razonamientos y criterios sociológicos, entendiéndolo inmerso en un contexto social que le otorga sentido y funcionalidad. La evolución y desarrollo de los planteamientos de JAKOBS, observa una doble y especial configuración: de un lado, preocupado por dotar de sustento científico a sus construcciones conceptuales, acude a categorías y comprendidos sociológicos (Funcionalismo Jurídico). Mientras por otro y en un afán neopositivizante exclusiviza enfáticamente la naturaleza normativa del derecho penal (normativismo penal), desechando de

(38) Dice MORSELLI, "Una cosa es considerar algo como un medio necesario para conseguir un intento y otro muy diferente es, en cambio, aceptar el riesgo de una consecuencia que no es deseada y que permanece, no obstante, extraña al hecho proyectado. Además, en cuanto al ordenamiento, el sujeto es inculpa a título de dolo eventual precisa y únicamente a causa de su comportamiento ante tales circunstancias, y no por su relación instrumental con respecto al resultado intencional (*ibidem*, p. 29).

(39) MORSELLI, *ibidem*, p. 68.

su sistema conceptual todo lo que no obedezca a consideraciones normativas.

Con ROXIN, la política criminal alemana, iniciada con VON LISZT y que había quedado rezagada con la escuela neoclásica y con el finalismo adquiere un remozado vigor al establecer su autonomía frente a la dogmática penal revistiéndose de una personalidad propia, que se plantea como orientadora de la dogmática, con la cual le unen indudables nexos y similitud de finalidades. Los aportes de ROXIN, presentados fundamentalmente a partir de los primeros años de la década del setenta, estuvieron centrados en armonizar los conceptos y principios de la dogmática con los criterios y decisiones de la política criminal derivados de los fines de la pena. Al igual que ANTOLISEI, el profesor de Munich centra su ataque al estado en que se encuentra la dogmática penal, desligada de la realidad social, al haberse encasillado en el estudio de los valores; debiéndose corregir esta situación, orientándola hacia la vida social concreta, guiada por valoraciones político criminales, y eliminando la rotunda separación entre derecho penal y política criminal (40). Para ROXIN, ni los criterios positivistas, pasando por la metodología neo-kantiana, ni el finalismo de WELZEL y discípulos, han podido lograr una sistematización coherente del derecho penal; coherencia que debería tener tres ejes básicos: "claridad y ordenamiento conceptual, referencia a la realidad y orientación en finalidades político criminales" (41).

Los planteamientos de ROXIN, en diferentes aspectos del derecho penal, han contribuido de modo ostensible a la adopción de una actitud crítica frente a muchos conceptos considerados terminados,

(40) Esta es la orientación que CLAUD ROXIN imprime a su obra *Política criminal y Sistema del Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1972. Con la que inicia su fecunda labor de reforzamiento teórico de la política criminal. Esta labor será complementada con los trabajos de WÜRTEMBERGER, *Kriminalpolitik in sozializierten Rechtsstaat* (1970); ZIPF, *Kriminalpolitik* (1973); HASSEMER, NOLL, DRIENDL y otros.

(41) ROXIN, *Política criminal*, pp. 34 y 9 ss.

permitiendo con ello una mayor fundamentación de los presupuestos teóricos del derecho penal. Partiendo de bases filosóficas hegelianas, ha revitalizado la teoría de la imputación objetiva, en el ámbito de la tipicidad, buscando superar de este modo las incongruencias y limitaciones que con cierta frecuencia ofrece la relación de causalidad natural (42). En el terreno de la culpabilidad el autor prefiere usar el concepto “responsabilidad penal del agente”, siendo aquélla un presupuesto de ésta; dependiendo a su vez la culpabilidad (dato empírico normativo) de la capacidad de conducción del autor y armonizando ésto con los fines preventivos de la pena (43). Dice ROXIN: “la frase muy citada de KOHLRAUSCH que la culpabilidad como poder individual es una ficción necesaria, requiere de una corrección. En modo alguno un derecho penal de culpabilidad es necesario estatalmente. Pues los fines preventivos del Estado pueden ser perseguidos mucho más ampliamente sin freno alguno a través de un derecho puro de medidas. Más bien, la culpabilidad es una aceptación de libertad ciudadana en contra de los excesos punitivos estatales. El principio de culpabilidad no recarga al ciudadano (ya que las necesidades preventivas podrían imponerse de modo completamente independiente de la vinculación a la culpabilidad) sino que lo protege (44).

En lo que respecta al desistimiento, en un bien elaborado análisis, ROXIN (45) se plantea tres cuestiones básicas: a) los presupuestos

(42) El tema fue planteado, simultáneamente por ENRIQUE GIMBERNAT en 1966, en su obra *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, Reus, 1966. El primer trabajo en que ROXIN reactualiza esta teoría se halla en *Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht* (1970) [“Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal”, en *Problemas básicos de Derecho penal*, Madrid, Reus, 1976].

(43) CLAUD ROXIN, “Culpabilidad y responsabilidad, como categorías sistemáticas jurídico-penales”, en *Problemas básicos*, pp. 200 y ss.

(44) ROXIN, *Política criminal*, p. 140.

(45) Roxin, “Sobre el desistimiento de la tentativa inacabada”, en *Problemas básicos*, p. 248.

materiales de la voluntad del desistimiento; b) los motivos del legislador para conceder el privilegio de la impunidad para la tentativa desistida; y c) su ubicación sistemática. Sobre el primer punto llega a la conclusión de que se tiene que abandonar los criterios sicologistas, porque resultan impracticables, y adoptar criterios valorativos para entender con mayor propiedad la voluntariedad del desistimiento ⁽⁴⁶⁾, siendo el punto de vista decisivo para esta valoración que el desistimiento sea la expresión de una voluntad –cualquiera fuese su origen– de retorno a la legalidad o que sea solamente una conducta útil según las normas de la profesión criminal ⁽⁴⁷⁾. ROXIN critica los puntos de vista de BOCKELMANN, quien pese a sostener criterios de valoración normativa, intenta diferenciar la voluntariedad según la calidad moral de los motivos del desistimiento, considerando decisiva la calidad ética de los impulsos que mueven al desistimiento ⁽⁴⁸⁾.

GÜNTHER JAKOBS en una postura más radical que la de ROXIN y obsesionado por los límites controlistas del juego normativo, es decir, por los mecanismos de eficacia (imposición, internalización y acatamiento) de las normas jurídicas, esboza una teoría del delito muy marcada por la funcionalidad que sus conceptos y categorías poseen en relación al mantenimiento de la estructura social. Son peculiares las definiciones comprensivas que da JAKOBS de la acción como causación de la lesión a la vigencia de la norma, de los roles que asumen los individuos y de la norma como instrumento máximo de la organización social. La responsabilidad jurídico penal siempre se fundamenta en el quebrantamiento de un rol (especiales y comunes) ⁽⁴⁹⁾. Al producirse el quebrantamiento de un rol común (respetar los derechos de los otros) se trata de la infracción de aquellas

(46) ROXIN, "Sobre el desistimiento", p. 249.

(47) ROXIN, "Sobre el desistimiento", p. 252.

(48) ROXIN, "Sobre el desistimiento", p. 254.

(49) GÜNTHER JAKOBS, *La imputación objetiva en derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994, pp. 61-62.

normas que imponen a todos, respeto frente a sus congéneres: no mates, no lesiones, no robos, etc. El “no” respectivo resalta el lado negativo del rol (50).

En cuanto al desistimiento (forma de comportamiento exterior al hecho y que lo modifica), JAKOBS indica que en esta situación sólo brevemente ha existido el quebrantamiento de la norma, constituyendo el contrapunto del comienzo de la ejecución (en la tentativa), es decir, la finalización imputable de la tentativa. Razón por la cual hace posible la indulgencia, la renuncia a la pena, ante el afán del legislador de no cortar la retirada mediante la conminación penal (51). El desistimiento se da, en palabras de JAKOBS, “cuando el autor anula la proximidad al tipo y revoca lo manifiesto del quebrantamiento de la norma por propio impulso. “El desistimiento es un comportamiento posterior al hecho, bien entendido que sólo se puede llevar a cabo cuando ya concurre un comportamiento punible (la tentativa)... lo especial en el desistimiento no es que tenga lugar tras el comienzo de la tentativa; sino que aún puede modificar el comportamiento de tentativa. El desistimiento es modificación del hecho” (52). En cuanto a la “voluntariedad” en el desistimiento, señala que no puede ser determinado psicológicamente, pero tampoco mediante una referencia a la norma general o jurídico general, sino sólo por referencia a lo que se ha de sopesar a través del desistimiento, es decir, al hecho concreto. “Voluntario es por lo tanto la motivación a desistir que es incompatible con la motivación de realizar el hecho concreto” (53). Agrega este destacado tratadista que “si no es posible mencionar ningún motivo exterior significativo en

(50) JAKOBS, *La imputación*, p. 63.

(51) GÜNTHER JAKOBS, *Derecho penal. Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación*, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 899. Marcelo Sancinetti en su trabajo *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, expone y desarrolla sistemáticamente los puntos de vista de Jakobs sobre el tema, ed. Temis, Bogotá, 1995.

(52) JAKOBS, *Derecho penal*, p. 898.

(53) JAKOBS, *Derecho penal*, pp. 917-918.

absoluto para el cambio del plan de acción, el desistimiento constituye una realización del autor, es decir, es voluntario” (54).

7. EL DEBATE EN AMERICA LATINA

El penalismo latinoamericano se ha caracterizado por constituirse en un recepcionista pasivo de las diferentes creaciones y recreaciones teóricas acontecidas en Europa durante los siglos XIX y XX. Esto ha dejado su huella indeleble en los códigos penales y en los trabajos de numerosos profesores latinoamericanos, condicional o incondicionalmente alineados en función a tal o cual esquema teórico (55).

(54) JAKOBS, *Derecho penal*, p. 921.

Quien guste de revisar algunos trabajos de síntesis sobre el pensamiento jurídico penal contemporáneo, aquí algunos:

- WILHELM GALLAS, *La teoría del delito en su momento actual*, Barcelona 1954.
- JUAREZ E. TAVARES, *Teorías del delito*, Buenos Aires, Hammurabi, 1983.
- HANS J. HIRSCH, *El desarrollo de la dogmática penal después de WELZEL*, Córdoba, 1987.
- BERND SCHUNEMANN, *El sistema moderno del derecho penal: Cuestiones fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1991.
- JOSE M. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, J. M. Bosh Editor, 1992.
- ETTORE DEZZA, *Saggi di storia del diritto penale moderno*, Milano, LED, 1992.
- MANFRED MAIWALD, *L'evoluzione del diritto penale tedesco in un confronto con il sistema italiano*, Torino, Giappicheli, 1993.
- EMILIANO BORJA JIMÉNEZ, “Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría del delito en Alemania, Italia y España”, en *Nuevo Foro Penal*, N° 59, marzo 1993, Medellín, 1993.

(55) El positivismo italiano, bien puede observarse en los profesores JORGE COLL, PABLO RAMOS, EUSEBIO GÓMEZ (Argentina); RAIMUNDO DEL RÍO, LABATUT GLENA (Chile); JORGE ELIECER GAITÁN, CARLOS LOZANO, RAFAEL ESCALLÓN, SAMUEL BARRIENTOS (Colombia); ATANASIO FUENTES, JAVIER PRADO, GUSTAVO CORNEJO, PLÁCIDO JIMÉNEZ (Perú), VIVEIROS DE CASTRO, JOAO VIEIRA

Del krausismo germano al correccionalismo expresado en DORADO MONTERO; del clasicismo italiano de CARRARA al positivismo naturalista de FERRI-GARÓFALO; del clasicismo liberal alemán de FEUERBACH-BINDING al neoclasicismo de MEZGER; de la teoría finalista de WELZEL a las recreaciones de ROXIN y JAKOBS. Estas expresiones de doctrina penal europea fueron difundiendo progresivamente en los diversos países de América hispana y lusitana (principalmente Argentina, Chile, México, Colombia y Brasil), gracias a la inmensa e inicial labor desplegada por LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA (discípulo de VON LISZT y BELING) hasta 1970, fecha de su fallecimiento, quien con sus conferencias libros y traducciones familiarizó la dogmática alemana neoclásica a las segmentadas y localistas expresiones de penalismo latinoamericano⁽⁵⁶⁾, aún bajo el influjo del peligrosismo italiano de FERRI. La recepción de las teorías europeas modernas se ha realizado también gracias a la pléyade de jóvenes y entusiastas profesores de derecho penal que acudieron a las universidades alemanas, a beber de las fuentes directas de un WELZEL, ARMIN KAUFMANN, ROXIN o JAKOBS, a partir de la segunda mitad de este siglo. Esto naturalmente produjo un aumento del nivel teórico de la dogmá-

DE ARAUJO, CANDIDO MOTA, (Brasil). El Neoclasicismo alemán, se expresa en autores como: RICARDO NÚÑEZ, CARLOS CREUS, SEBASTIÁN SOLER, FONTÁN BALESTRA (Argentina); NOVOA MONREAL, ALFREDO ETCHEBERRY, COUSIÑO, MC IVER, POLITOFF (Chile); ALFONSO REYES ECHANDÍA, CARLOS PÉREZ (influido éste aún por el positivismo italiano), FEDERICO ESTRADA VÉLEZ (Colombia); LUIS BRAMONT ARIAS, HURTADO POZO, LUIS ROY FREYRE, los dos últimos autores asumiendo determinadas posiciones del finalismo (Perú); GALDINO SIQUEIRA, COSTA E. SILVA, NELSON HUNGRIA, NORONHA MAGALHAES (Brasil). El finalismo de WELZEL, en América Latina está representado en los trabajos de CURY URZÚA, E. RAÚL ZAFFARONI, AGUDELO BETANCUR, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA y MAYRINK DA COSTA. El post finalismo alemán en las obras de: BUSTOS RAMIREZ, BACIGALUPO, YESID ALVARADO; en el Perú: HURTADO POZO, PRADO SALDARRIAGA, PEÑA CABRERA, FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS y otros.

(56) Las construcciones de los teóricos alemanes recién se conocieron en América Latina, a partir de 1933, con el trabajo del profesor chileno PEDRO ORTIZ (*Nociones generales de Derecho penal*), quien fue uno de los primeros que recepcionó los planteamientos de VON LISZT.

tica penal en América Latina y un acercamiento directo a las fuentes alemanas.

En realidad no se ha presentado –a diferencia de los países europeos– un debate sistemático que explicara el paso y la sustitución de un paradigma penal por otro, para con ello fundamentar la superación dialéctica de lo viejo por lo nuevo. La situación ha consistido por lo general en la penetración de nuevas ideas que paulatina o repentinamente ganaron fuerza en las concepciones de los profesores latinoamericanos sin un debate previo que explique y justifique las sustituciones y/o convivencias paradigmáticas (57). Atentaba contra ello seguramente las dificultades del idioma alemán con la consiguiente sujeción a los textos traducidos, y sobre todo la tardía manifiesta con que llegaban las nuevas ideas; a lo que se agrega el ancestral espíritu feudal de nuestros profesores, que hacen de los conocimientos recientes un factor de poder y secreto celosamente resguardado (58). Resulta sintomático, en tal sentido, que no en pocos países de América recién se llegue a conocer que el finalismo haya desplazado a las teorías causal-naturalistas y que éste se halle hoy severamente criticado en sus concepciones básicas, ante la irrupción de nuevos puntos de vista doctrinarios, situación que llega incluso a replantear posiciones causalistas en la teoría del delito; lo que se muestra en todo su patetismo con un recorrido por las agencias de administración de justicia de los diversos países de nuestra América, en los cuáles se sigue manejando instrumental teórico metodológico obsoleto y cosificado en la aplicación a los casos justiciables.

(57) Para profundizar en este tema, véase la polémica entre NOVOA MONREAL y ZAFFARONI, en EDUARDO NOVOA MONREAL, *Causalismo y finalismo en Derecho penal*, Bogotá, Temis, 1982. Un trabajo inicial sobre la recepción de las teorías penales en el Perú, es la de JOSÉ HURTADO POZO, *La ley importada*, Lima, CedyS, 1979.

(58) Prácticas muy arraigadas en nuestros incipientes medios doctrinarios, que se convierten en obstáculos para el avance, difusión y debate de las ideas penales; lo que naturalmente impide la creación de un derecho penal como expresión liberadora y creativa.

No obstante las consideraciones precedentes, podemos ubicar a nivel de élite, algunos ejes de discusión, sobre todo a partir de la década del setenta, que conciernen a la teoría causal o finalista del delito, antijuridicidad y el contenido de la culpabilidad. Esto se expresa fundamental, aunque no exclusivamente, en la polémica epistolar entre ZAFFARONI y NOVOA MONREAL, entre éste y CURY URZUA, y en el Perú una polémica nunca continuada entre ROY FREIRE y HURTADO POZO. Pero sobre todo el interés se ha centrado en la adecuación de las diversas teorías a las características de la realidad latinoamericana. En este sentido la aparición del *Tratado de Derecho penal* de EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, en 1982, significó la superación de décadas de predominio del neoclasicismo alemán ⁽⁵⁹⁾; al que se sumaría el manual de ENRIQUE CURY URZÚA en el mismo año. Excedería los alcances de este trabajo pretender esbozar al respecto una apreciación sobre éste singular momento del desarrollo de la dogmática penal latino-americana. Pero lo que sí particularmente interesa es la actitud asumida y el debate abierto en lo que concierne a la tentativa, sus alcances y trato legislativo, con la promulgación del nuevo código colombiano.

El Código penal de Colombia de 1980 ⁽⁶⁰⁾, siguiendo las recomendaciones de REYES ECHANDÍA formuladas en su anteproyecto de 1974, ha suprimido toda mención expresa, en la formula típica de

(59) ZAFFARONI previamente había publicado su *Teoría del delito*, en 1973 (Buenos Aires, Ediar) y su *Manual de Derecho penal*, en 1980 (Buenos Aires, Ediar). Igualmente, ENRIQUE BACIGALUPO escribió en 1974 sus *Lineamientos de la teoría del delito*. Siendo estos autores, conjuntamente a CURY URZÚA, los más destacados expositores del finalismo en América Latina. Posteriormente BACIGALUPO acogería concepciones funcionalistas.

(60) Véase *supra* Título III, "Derecho Comparado, esquemas legales de Tentativa". En el Perú esta orientación tuvo en ANGEL GUSTAVO CORNEJO su defensor pionero, no sin poner de manifiesto los peligros de la misma; pues ya dicho autor en 1936 sostenía que "la distinción entre delitos frustrados y tentativa es sutil y difícil de llevarse a la práctica", e indicando por su parte que "la abolición de ambos conceptos, en cambio, facilita la eficacia de la represión" (*Parte general del Derecho penal*, Lima, 1936, p. 272).

tentativa, de las diversas modalidades que ésta puede asumir, finiquitando de este modo con un esquema hasta entonces pocas veces revisable en la dogmática y legislación latinoamericana. Las razones expuestas por REYES ECHANDÍA para modificar sustancialmente la anterior fórmula contemplada en el código de 1936, expresadas en las insalvables dificultades para la diferenciación práctico-jurídico entre las diferentes variedades de tentativa y en la absoluta innecesariedad de legislar sobre el desistimiento y delito imposible, se han orientado en la manifiesta tendencia a otorgar al juez amplio poder discrecional para la evaluación de la graduación ejecutiva y los actos de desistimiento. ¿Son suficientes tales argumentos para convalidar la posición asumida por el Código penal colombiano? ¿O es que es más condescendiente con el principio de legalidad y un derecho penal humanizado y racional el fijar expresamente las diversas formas de tentativa, así como el desistimiento a nivel legislativo? ¿No es acaso que se está obviando una situación de hecho presente en la realidad y abordable jurídicamente al crear una supuesta fórmula solucionadora, como la planteada en el art. 22 de la ley penal colombiana? ¿O es que a lo mejor los usos del pragmatismo, permiten intuir o colegir que el criterio y capacidad del juez los tendrá en cuenta con mayor eficacia para la dación de la justicia real al momento de emitir su juicio? El pensamiento penal colombiano contemporáneo, expresado entre otros en FERNANDO VELÁSQUEZ, sostiene lo siguiente: “No obstante las pretensiones del legislador encaminadas a regular en una sola fórmula los problemas atinentes a la tentativa, buscando con ella evitar las frecuentes distinciones doctrinarias en este sentido, es necesario hacer consideración de las diversas especies de tentativa no sólo por que la ley la supone sino por que ellas quiérase o no, se presentan en la realidad y por tanto debe precisarse su alcance teórico ⁽⁶¹⁾.”

La influencia del normativismo penal (tendencia de JAKOBS) en América Latina, puesta de manifiesto sobre todo por MARCELO A.

(61) FERNANDO VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, *Derecho Penal. Parte general*, Bogotá, Temis, 1994, p. 526.

SANCINETTI, profesor de la Universidad de Buenos Aires, consecuente con el pensamiento alemán en su centro de irradiación, ha expuesto sobre la tentativa y el desistimiento las siguientes tesis: 1) El quebrantamiento de la norma penal, es decir su cuestionamiento por el agente, fundamenta la punición del delito consumado y de la tentativa; 2) Es de primera y exclusiva importancia en la fundamentación del ilícito penal el desvalor de acción, con prescindencia del resultado ("el mito del resultado"); 3) La tentativa es una expresión perfecta de desconocimiento de la vigencia de la norma penal; 4) El desistimiento sólo es posible en una tentativa inacabada, donde existe posibilidad de revocación ("reversión segura") del quebrantamiento de la norma; 5) El desistimiento es la revocación del disvalor de la conducta; debiendo ser visto como una excusa absolutoria cuyo funcionamiento está vinculado a la precariedad del ilícito de la tentativa no acabada (62).

8. PERU: AVANCE DOGMATICO

Llegado a este punto, sólo se expondrán los planteamientos de BRAMONT ARIAS y HURTADO POZO, por tratarse de los autores más representativos del proceso de recepción de las ideas germanas sobre la teoría del delito, es decir de las teorías causalistas neoclásicas y del finalismo incipiente. El estilo crítico que se sigue en la exposición de las ideas de dichos penalistas, quizás peque de injusto al juzgar la solitaria labor teórica de los citados maestros sanmarquinos, a la luz de elaboraciones actuales de mayor profundidad y alcance; no obstante ello debe ser tomado en el mejor de los sentidos, es decir, en función al intento de activar un proceso de debate y confrontación de ideas y paradigmas teórico-legislativos, del cual nos hallamos urgidos en el Perú y América Latina, para construir alternativas dogmáticas coherentes e innovadoras cercanas a nuestras realidades.

En el Perú se inicia el estudio científicista del derecho penal con la obra de GUSTAVO CORNEJO, sistematizada y publicada en 1936:

(62) Véase MARCELO A. SANCINETTI, op. cit., pp. 21 y ss., 72 y ss.

Parte General del Derecho Penal (2 volúmenes). En ella el sensible y atento espíritu doctrinario de CORNEJO registra de forma excepcional el cruce de las dos mayores corrientes del pensamiento penal de fines del siglo XIX y principios del XX: el positivismo italiano de FERRI-GARÓFALO, y el clasicismo causalista alemán de LISZT-BELING. Nuestro penalista, participando aún de las concepciones antropológico-sociológicas del delito, se acerca ya al sutil y elaborado pensamiento penal alemán, a través de los trabajos de JIMÉNEZ DE ASÚA. El esfuerzo teórico de este notable jurista peruano, sin temor a equivocarnos, el de mayor seriedad y consistencia hecho en el país, por la riqueza de sus planteamientos y el carácter de excepción del que se halla revestido por la consideración antes anotada, será objeto de análisis y estimación en un posterior ensayo *ad-hoc*, al igual que el de otros destacados penalistas nacionales razón por la cual deliberadamente será excluido, para centrarnos en este punto en dos de las principales figuras que contemporáneamente (a la par que ROY FREYRE y PEÑA CABRERA) han definido la evolución de las ideas penales en el Perú.

LUIS A. BRAMONT ARIAS, profesor sanmarquino de numerosas generaciones, publicó en 1950 su *Derecho Penal. Parte general*. En esta obra de síntesis el autor expone sus ideas sobre la teoría del delito bajo una marcada influencia de EDMUNDO MEZGER, LISZT y BELING (a través del pensamiento de LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA), la escuela técnico-jurídica italiana, y del penalismo latinoamericano (representado por entonces en los trabajos de SOLER, BALESTRA, NÚÑEZ, NOVOA MONREAL, HUNGRIA y MAGALHAES NORONHA).

La teoría del delito de BRAMONT ARIAS se halla, por lo anotado anteriormente, condicionada por la teoría neoclásica, dominante en su época en América Latina.

Entrando ya al terreno de los comportamientos relevantes, BRAMONT tiene del concepto "acción" la idea de movimiento, admitiendo como sinónimos de la misma, términos como "acaecimiento", "mutación" y "acontecimiento". Es de observar que en el lenguaje empleado se evidencia poca claridad en el uso y la comprensión del

significante de los conceptos “acto”, “conducta” y “acción”. El autor emplea el término “acto” como concepto básico concibiéndolo como: lo que “mediante acción u omisión produce un cambio en el mundo exterior” (63). Desde una perspectiva netamente neocausalista y utilizando como sinónimos acto y acción, considera BRAMONT que: “Los elementos del acto son tres: a) manifestación de voluntad, b) resultado y c) relación de causalidad entre aquél y éste. Voluntad es querer la acción u omisión...no interesa cuál sea el contenido o alcance de esa voluntad desde el punto de vista normativo. Si la voluntad es eficaz para hacer responsable al agente, si es antijurídica, si el agente tiene conciencia de esa antijuridicidad, son problemas de la culpabilidad: la voluntariedad del resultado corresponde a la culpabilidad” (64). En la tercera edición de su manual, BRAMONT conocedor ya de los planteamientos de WELZEL se resiste a aceptar las ideas del mismo, en una firme posición causalista de la teoría del delito, así afirma: “la relevancia jurídica del acto se produce cuando va acompañado de los atributos de tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y penalidad. No pertenecen al acto los elementos que conducen al juicio sobre el valor jurídico o social de cualquiera de los componentes del delito. Incluir elementos de esa naturaleza dentro del acto, como lo hace la concepción finalista, y no solamamente juicios de desvalor sobre el hecho, sino sobre el agente, es destruir la necesaria delimitación que debe existir entre los elementos conceptuales del delito, sin que resulte clara la ventaja de tal posición metodología o crítica” (65). BRAMONT asume en sus obras la defensa de la naturaleza objetiva del tipo y de la tipicidad en su quintuple función relevante: como función garantizadora, fundamentadora y

(63) LUIS BRAMONT ARIAS, *Derecho Penal. Parte general*, 3a. ed., Lima, EDDILI, 1978, p. 307. Concepto naturalista de acción que en el Perú se arrastra desde los trabajos de FRANCISCO GARCÍA CALDERÓN (1860), para quien los términos “operación, acto y hecho” son sinónimos de acción. Véase *Diccionario de la Legislación Peruana*, París, Librería De Laroque, 1879, tomo I, 2a. ed., p. 725.

(64) BRAMONT ARIAS, *Derecho penal*, p. 310.

(65) BRAMONT ARIAS, *Derecho penal*, p. 326 y ss.

sistematizadora, como estructura del delito y por su valor procesal; realizando un interesante y minucioso estudio de los elementos normativos y subjetivos del tipo penal ⁽⁶⁶⁾; pero restringe el contenido del tipo penal en la estructura del delito ⁽⁶⁷⁾ a los elementos descriptivos y subjetivo normativos. En cuanto a las otras categorías del delito, sobre todo respecto a la antijuridicidad BRAMONT tiene planteamientos singulares, que obviamente no serán objeto de análisis en el presente texto ⁽⁶⁸⁾. Tipicidad y antijuridicidad, para este penalista, poseen caracteres eminentemente objetivos y justifican al juicio de reprobación del orden jurídico directamente sobre el acto ⁽⁶⁹⁾.

Con la obra de HURTADO POZO se llega a un nivel de sincretismo entre las teorías neoclásicas y el conocimiento receptivo incipiente de una teoría social de la acción y de un finalismo morigerado disidente, combinado con criterios político-criminales. HURTADO, muy influenciado por JESCHECK y MEZGER, con uso abundantes de citas de autores alemanes, llega a esbozar planteamientos propios de un

(66) BRAMONT ARIAS, *Derecho penal*, p. 369.

(67) Véase también LUIS BRAMONT ARIAS, "Notas sobre la dogmática del delito", en *Revista de Jurisprudencia Peruana* N^os. 85-86 y 91, Lima, 1951.

(68) El autor en un primer momento definió a la antijuridicidad como la oposición a las normas de cultura reconocida por el estado; acusando en este punto una indudable influencia de ERNEST MAYER y MEZGER. Al respecto, cabe indicar que extender el contenido de la antijuridicidad a una oposición con las normas de cultura, evidencia una exagerada generalización de la misma, lo cual es incorrecto; pues no permite precisar el significado real de lo que se debe de entender por antijuridicidad. En este sentido véase LUIS BRAMONT ARIAS, *Código penal anotado*, Lima, 1966, p. 16. E igualmente confróntese con la obra conjunta de LUIS BRAMONT ARIAS y LUIS BRAMONT ARIAS TORRES, *Código penal anotado*, Lima, Editorial San Marcos, 1995, p. 43, donde variando su enfoque conceptual sobre la antijuridicidad, restringirá el significante de ésta a una acción típica que no está justificada.

(69) BRAMONT ARIAS-BRAMONT ARIAS TORRES, *Código penal anotado*, p. 269. Aquí BRAMONT enuncia una tesis sostenida por ROXIN en 1975, en sus *Problemas básicos*, en cuanto a que el juicio de reprobación va no sobre el autor, sino sobre el acto.

eclecticismo dogmático manifiesto, que intenta superar el causalismo neoclásico en el Perú, pero incurre en errores metodológicos y reticencias teóricas. Tomando la tesis de ARTHUR KAUFMANN (70) sobre el concepto de acción, el ex profesor sanmarquino indica que: “la tesis finalista tampoco constituye una explicación satisfactoria de lo que es acción. Es cierto de que es capacidad propia del hombre la de proponerse fines y de orientarse hacia ellos. Pero, no siempre el hombre actúa de esa manera. Por lo que es exacto afirmar con KAUFMANN de que la acción final no es sino un tipo, un modelo de conducta humana, una forma excepcional de acción”; esta tesis de KAUFMANN, asumida por HURTADO, merece un detenimiento. Lo que KAUFMANN hace es referirse a otros tipos de comportamiento que no necesariamente gozan de los atributos de mínima racionalidad y sentido teleológico de la acción; por lo mismo el autor considera que el concepto social de acción es lo que mejor explica la realidad de este elemento del delito y ofrece una base conveniente para la elaboración de la teoría del delito (71). Acierta HURTADO cuando considera que la acción final es sólo una modalidad de comportamiento humano, pero pretende demasiado cuando descalifica la tesis de la acción final, al no poder comprender ésta todos los comportamientos relevantes; e igualmente, su adhesión a la teoría social de la acción, no contribuye en nada apreciable, por más que el autor así no lo considere, a explicar y a dotar al derecho penal de una teoría lo suficientemente comprensiva de “acción”. Como ya hemos referido en capítulos anteriores, lo social de la acción es sólo una adjetivación inherente a la naturaleza de la misma.

Pero es en la teoría de la culpabilidad donde se pone en evidencia la fragilidad de las ideas de HURTADO, para quien la imputabilidad merece tratamiento separado de la culpabilidad. HURTADO, sin poder desprenderse de las teorías sicologistas-normativas de MEZGER y JESCHECK, y haciendo suyas las frases de este último, indica que la culpabilidad es de carácter jurídico y se halla en relación con

(70) JOSÉ HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal*, Lima, 1978, p. 209.

(71) Véase HURTADO POZO, *Manual de Derecho penal*, p. 210.

normas legales en su tratamiento y punición (72); entendiendo a ésta como un estado psicológico sobre el que reposa un juicio de reproche dirigido al autor. Esto le permitirá entender que el dolo y la culpa son dos formas de culpabilidad (73). En realidad, HURTADO no ha podido liberarse de los condicionamientos teóricos neoclásicos, lo que le impide entender y asumir a cabalidad el contenido fundamental de la acción, esto es su orientación con sentido, por cuanto el humano es un ser que no actúa a ciegas, ni bajo el solo impulso de una voluntad indeterminada. Resulta, asimismo, de escasa consistencia científica el enfoque que hace del dolo como conciencia y voluntad (74). Es característico del autor, a diferencia de BRAMONT, el no establecer posición en temas controvertibles y de importancia para la dogmática penal. La segunda edición de su manual, en 1987, no implicó cambios apreciables en sus ideas; será recién con su trabajo *Método de resolución de casos penales* (75), donde el autor superando sus reticencias y eclecticismos adopta un tibio esquema finalista en la teoría del delito, combinándolo con criterios políticos criminales roxinianos. Es en este trabajo donde adopta el esquema del tipo compuesto, incluyendo el dolo en el mismo, aunque entendiéndolo tan sólo como voluntad y conciencia, soslayando lo fundamental de la teoría de la acción finalista, esto es, la finalidad como el contenido de la voluntad; incluye dentro de él los móviles como elemento subjetivo del tipo (76). Estas actitudes de cierta indefinición adoptadas por HURTADO, expresan un perfil constante en los trabajos de dicho autor y que le han permitido posteriormente engarzar sus planteamientos con criterios funcionalistas, sin tener que abdicar de posiciones teóricas no asumidas plenamente.

(72) HURTADO, *Manual de Derecho penal*, p. 278.

(73) *Loc. cit.*

(74) Sobre el dolo como elemento subjetivo básico, pero no exclusivo del tipo, es notorio el deficiente nivel de comprensión gnoseológica que sobre él se tiene. En el Perú no se ha pasado de repetir las nociones genéricas de un MEZGER o de un WELZEL.

(75) Publicado en *Nuevo Foro Penal*, N° 56, abril-mayo, Bogotá, 1992.

(76) HURTADO POZO, "Método de Resolución", p. 177.

En el campo concreto de la *tentativa*, con BRAMONT ARIAS se transmiten las ideas de JIMÉNEZ DE ASÚA, quien a su vez las toma de LISZT y BELING; así, indica que “el límite para la punibilidad de las ideas es la resolución manifiesta de cometer un delito, en la cual la ley castiga no propiamente la idea resolutoria, sino su expresión, lo que ya constituye un acto externo aunque no materializado” (77). Es difícil captar lo que entiende el autor por idea resolutoria y contraponerla al término “expresión”, como conceptos distintos, de modo tal que ambos no sean acto externo. La tentativa es definida en función a la interposición del obstáculo o impedimento ajeno, y no en función a la no consumación: existe tentativa cuando se da principio a la ejecución de un delito, pero éste se interrumpe por causas ajenas a la voluntad del agente (78). Señala BRAMONT, siguiendo a NOVOA MONREAL, que son cinco los elementos de la tentativa: 1) un propósito delictivo exteriorizado en actividad material; 2) una actividad material apta para la realización del tipo proyectado por el sujeto activo; 3) una actividad material que sea fragmentable; 4) la interposición de un obstáculo o impedimento ajeno a la voluntad del agente; y 5) la no consumación del tipo a que tendía el propósito del agente (79). Es en la teoría de la tentativa donde las tesis causalistas acusan una gravísima dificultad. BRAMONT considera que el propósito de delinquir de la tentativa no es lo mismo que el dolo, que se trata simplemente de un elemento subjetivo del tipo; y tomando las ideas del aludido profesor chileno llega a decir: “si la tentativa es una descripción de conducta complementaria de los diversos tipos de la parte especial debe ser apreciada al igual que la tipicidad –de la que es integrante por extensión– fuera de toda

(77) BRAMONT ARIAS, *Código penal anotado*, p. 199.

(78) BRAMONT, p. 200. Véase *supra*, “Conceptos sobre tentativa”. Cójese el concepto que da el autor, con los de LABATUT GLENA y NOVOA MONREAL.

(79) BRAMONT, *Código penal anotado*, p. 200. Véase también de EDUARDO NOVOA MONREAL, *El proceso de generación del delito. Tentativa y delito imposible*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1963, pp. 20 y ss.

valoración jurídica” (80); para indicar a continuación y en sustento a esta concepción que “puede existir tentativa de hecho típico no antijurídico, así como puede darse tentativa de hecho típico y antijurídico no culpable... El propósito de realizar un hecho típico no puede ser confundido con el dolo, se trata simplemente un elemento subjetivo del tipo” (81). Las contradicciones son evidentes. El dolo pertenece a la culpabilidad como elemento del delito, pero en la tentativa, donde no hay consumación del mismo, el dolo queda a nivel del tipo. Pero en un intento de no echar por tierra la concepción causalista del delito con tales criterios, el autor llega a decir que el dolo de la tentativa no puede ser dolo, sino un simple propósito de realizar un hecho típico. Los argumentos de BRAMONT obviamente observan grandes dificultades. En los ejemplos que da para sostener que la tentativa debe ser apreciada al margen de toda valoración jurídica, justamente, los mismos son presupuestos que se dan en la tentativa como en el delito consumado. Diecinueve años más tarde, y en el trabajo comentado conjuntamente con LUIS A. BRAMONT ARIAS TORRES, estos planteamientos teóricos contradictorios observarán sustanciales modificaciones en la concepción de BRAMONT, quien, acercándose ya a las tendencias moderadas del finalismo, sostendrá la necesidad del dolo en la tentativa (82).

En cambio, HURTADO renuente a dar una clara definición de tentativa, se muestra indeciso y soslaya el análisis del dolo en las

(80) BRAMONT, *Código penal anotado*, p. 201. Obsérvese idéntico vocabulario en EDUARDO NOVOA MONREAL, *Curso de Derecho penal chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1966, T. 2, p. 134; ÍDEM, *El proceso de generación*, p. 22.

(81) BRAMONT, *El código penal anotado*, p. 201. BRAMONT señala que: “La tentativa constituye la ejecución de un delito que se detiene en un punto de su desarrollo antes de alcanzar el grado de consumación, o, sea, antes de que se haya completado la acción como típica. La tentativa no constituye un delito independiente (no hay un delito de tentativa) sino una extensión del tipo, una ampliación de la imputación delictiva perfecta que el delito representa” (*ibídem*, p. 47).

(82) *Código Penal anotado*, Lima, 1995, p. 47.

formas de tentativa, adoptando casi idéntica conducta que BRAMONT al hablar del elemento subjetivo (la intención); evitando referirse con palabras expresas al dolo, transcribiendo el estereotipo acostumbrado que es suficiente de que el agente actúe con dolo eventual⁽⁸³⁾. En el último trabajo citado de HURTADO, a diferencia de su actitud anterior, define la tentativa como “el comienzo de la ejecución de la infracción”⁽⁸⁴⁾; es notorio el criterio reduccionista de tentativa que tiene el autor. Sobre el comienzo de ejecución, BRAMONT reproduce los puntos de vista de BELING y JIMÉNEZ DE ASÚA; en cambio HURTADO, sin mayor análisis, muestra su adhesión al punto de vista mixto que combina criterios formales y subjetivos (teoría objetivo individual)⁽⁸⁵⁾; asimismo, HURTADO no ofrece un criterio definido y coherente del comienzo de ejecución, sólo llega a decir: “comienza a ejecutar un delito quien ha realizado algo que, según su plan criminal, representa el paso decisivo hacia el resultado buscado y a partir del cual generalmente no se vuelve atrás”⁽⁸⁶⁾. La frase “paso decisivo”, que emplea el autor, tiene afinidad con la denominada “situación crítica” de BOCKELMAN.

Existe un denominador común en el pensamiento penal peruano en considerar la no consumación como un elemento o requisito de la tentativa o como límite superior de la misma (Así, BRAMONT, HURTADO, PEÑA CABRERA, VILLAVICENCIO) lo cual es una apreciación de insuficiente rigurosidad dogmática. La no consumación no sólo es eso, es mucho más; se trata de uno de los presupuestos, por no decir el principal de la tentativa, sin la cual dejarían de tener existencia jurídica las diversas formas de delito tentado. Son correctas las críticas que hace HURTADO a la concepción limitada que tiene BRAMONT de la tentativa, la cual según éste sólo se produciría de mediar un obstáculo externo y ajeno a la voluntad del agente que impediría la consumación.

(83) HURTADO POZO, *Manual*, p. 306.

(84) HURTADO POZO, “Método de Resolución”, p. 178.

(85) Véase *supra*, “Criterio Mixto objetivo individual”. Título III.

(86) HURTADO POZO, *Manual*, p. 179.

En cuanto al desistimiento, BRAMONT sostiene: “la expresión espontáneamente excluye los actos controvertidos en que el desistimiento se produce no involuntariamente por causas exteriores, como la fuga de la víctima o el agotamiento de las balas, sino voluntariamente por causas exteriores, como el grito de la víctima o la presencia de la autoridad. El desistimiento espontáneo es eficaz únicamente en la tentativa, no en el delito frustrado o tentativa completa, y menos aún en el consumado, porque desistirse supone dejar de hacer algo y en los últimos casos todo está hecho. En ellos tiene cabida el arrepentimiento activo (87). HURTADO, tomando las ideas de ROXIN manifiesta: “se trata comúnmente de un desestimiento espontáneo cuando el agente lo hace sin que se haya producido un cambio esencial en la situación” (88). El desistimiento “es espontáneo aunque fuera provocado por el súbito temor de ser severamente penado, de ser sorprendido *in fraganti*, a las consecuencias de su acto o por simple desplacer. La resistencia de la víctima o de un tercero, impiden que el desistimiento del agente cumpla con este requisito legal” (89). El fundamento de la impunidad del desistimiento es de prevención general y especial al no revelar voluntad suficientemente peligrosa, según HURTADO; y por motivaciones político criminales de utilidad social (“puente de oro”, según BRAMONT). Posteriores trabajos como *Lecciones de Derecho Penal*

(87) BRAMONT, *Código Penal anotado*, p. 204. En suma la obra de LUIS A. BRAMONT ofrece virtudes y limitaciones, justificadas estas últimas por cierto, ya que no le son exclusivas, pues tanto SOLER, NOVOA, BALESTRA o NÚÑEZ, fueron también productos de su entorno doctrinario, caracterizado por la recepción acrítica de las tesis germanas, que iniciaban su difusión en América Latina, y por el uso de instrumental metodológico precario e insuficiente para el análisis dogmático jurídico en armonía con los resultados de la praxis judicial. El mérito del primer dogmático penal peruano, recae en el hecho de haber puesto su interés y valía intelectual en el estudio y difusión de las ideas penales en el Perú. Su aporte y significancia para la dogmática penal peruana, puede ser resumido en tres ámbitos principales: a) como maestro universitario; b) como jurista; y c) como magistrado.

(88) HURTADO POZO, *Manual*, p. 320.

(89) HURTADO POZO, *Manual*, p. 320.

de FELIPE VILLAVICENCIO, Código penal anotado de BRAMONT ARIAS-BRAMONT ARIAS TORRES o el *Tratado de Derecho Penal. Estudio programático de la Parte general* de RAÚL PEÑA CABRERA, nos brindarán apretados resúmenes sobre el tema con manejo actualizado de bibliografía, sobre todo española y alemana, los mismos que son de utilidad, dado el carácter didáctico del que se hallan revestidos. Existen en el país numerosas tesis de grado sobre el *iter criminis* de escaso valor científico y pocos trabajos específicos sobre tentativa, realizados de manera fragmentaria en revistas especializadas y a nivel de opúsculos, entre los que cabe citar los trabajos de AMADO EZAINE CHÁVEZ CÉSAR y PAREDES VARGAS; el primero es autor del trabajo denominado *Iter criminis*, un resumen suscito de los planteamientos sobre tentativa de JORGE FRÍAS CABALLERO y LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA.

El objetivo de esta abreviada exposición crítica de las apreciaciones de dos de nuestros más destacados estudiosos de parte general del derecho penal peruano ha sido el poner de manifiesto la ausencia de originalidad en el análisis jurídico dogmático y la recepción acrítica de opiniones e hipótesis dogmáticas fundamentalmente alemanas. Contrariando esta tendencia tratemos pues de pensar y construir un derecho penal con bases científicas y humanistas, con criterio enriquecedor y dignificante para la ciencia penal peruana y occidental.

TÍTULO SEXTO

LA CONSUMACION DEL DELITO EN LA PARTE ESPECIAL DEL CODIGO PENAL PERUANO (SINOPSIS GENERICA)

BIBLIOGRAFIA NACIONAL (Obras generales) MANUEL LORENZO DE VIDAURE, *Proyecto de un Código Penal*, 1828; JOSÉ SILVA SANTISTEBAN, *Curso de Derecho Penal*, 1863; JOSÉ VITERBO ARIAS, *Exposición Comentada y Comparada del Código Penal de 1863*, Tomo II y III, 1898 - 1902; CARLOS AURELIO LEÓN, *Código de la Jurisprudencia de los Tribunales del Perú*, 1930; GUSTAVO CORNEJO, *Derecho Penal Especial*, 2 Tomos, 1937 y 1938; MANUEL G. ABASTOS HURTADO, *Derecho Penal*, Curso Universitario sff (edición mimeografiada); ALFREDO CORSO MASÍAS, *El delito, el proceso y la pena*, Tomos III, IV y V, Arequipa 1957; SANTIAGO BENITES SÁNCHEZ, *Derecho Penal Peruano*, Tomo II, 1959; LUIS E. ROY FREYRE, *Derecho Penal Peruano*, 1974, 3 tomos; ÍDEM, *Derecho Penal: Parte Especial*, 1986; MIGUEL CASTAÑEDA SÁNCHEZ, *Derecho Penal Peruano*, II tomos, Cuzco, 1990; FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS, *Código penal*, 1991; FRANCISCO CHIRINOS SOTO, *Comentarios al nuevo Código penal del Perú*, 3 tomos, 1993; RAÚL PEÑA CABRERA, *Tratado de derecho penal: Parte especial*, 1994; LUIS A. BRAMONT-ARIAS TORRES, *Manual de derecho penal: Parte especial*, 1994; LUIS A. BRAMONT ARIAS y BRAMONT-ARIAS TORRES, *Código Penal*, 1995; VÍCTOR PRADO SALDARRIAGA, *Todo sobre el código penal*, Lima, Idemsa, 1996.

1. EN LOS DELITOS CONTRA LA VIDA EL CUERPO Y LA SALUD (arts. 106 al 129)

Veinticuatro artículos del título primero del Código Penal tutelan jurídicamente tres bienes esenciales al ser humano: la vida, la integridad corporal y la salud. Los diversos tipos penales de homicidio contenidos en los numerales 106 al 112, se consuman al producirse la muerte de un ser humano, en una relación de causalidad (elemento fundamental del tipo objetivo) que vincula el resultado

muerte de un ser vivo, a una acción de matar. Si no se da este vínculo causal, el resultado muerte puede obedecer a diferentes factores (caso fortuito, accidentes, fuerza de la naturaleza, suicidio, etc) que alteran el nexa causal como presupuesto natural para construir la imputación del resultado a su autor.

¿Qué entender por un ser humano vivo? ¿Se da éste a nivel intrauterino, o sólo adquiere tal calidad en el momento del parto? ¿Se privilegia el enfoque en “la vida humana” o en el ser humano vivo? De la solución a estos interrogantes, dependerá el extender el concepto “muerte” o restringirlo. La muerte es un concepto clínico médico, que en nuestra legislación nacional implica la ausencia total de actividad cerebral comprobada científicamente (esto es clínica y electroencefalográficamente), según la Ley 24703, que modifica la Ley 23415 (Ley de Transplantes). Este concepto de muerte adoptado por un sector de la doctrina nacional (HURTADO POZO, PEÑA CABRERA, VILLAVICENCIO), sin embargo, no está exenta de severos cuestionamientos y contradicciones puestos de relieve por parte de aquel sector doctrinario que abona la tesis de la muerte como un proceso integral, es decir, tanto biológico como de los centros nerviosos superiores (*). Ahora bien, la muerte puede ser instantánea o sobreviniente como derivación natural del proceso letal; en función a ello no interesan las horas ni los días. Lo cual nos puede llevar a confundirla con las lesiones de curso no letal que por diversas causales no imputables directamente al agente producen la muerte. Se puede matar por comisión u omisión, con dolo o por culpa, por piedad o por emoción violenta.

Las diversas modalidades de aborto referidas a la lesión voluntaria y violenta que se causa a la denominada “vida dependiente” (embrión, feto) en el claustro materno, con la destrucción de su viabilidad orgánico funcional (no puede existir aborto de un embrión o feto muerto). En nuestra legislación son reprimidas

(*) Al respecto véase las fundamentadas razones que expone LUIS E. ROY FREYRE, *Derecho Penal. Parte Especial*, Lima, EDDILL, 1986, T. I, pp. 76 y ss.

dichas modalidades haciendo prescindencia de plazos (establecidos en otras legislaciones) y considerando causal de justificación sólo el peligro clínico de muerte de la gestante. La destrucción aludida ocurre por lo general en la matriz de la mujer o fuera de ella. Esto último plantea situaciones límite, por ejemplo, cuando el feto ya formado y viable no muere como producto de las maniobras abortivas y es destruido fuera del claustro materno. Es esto último aborto o asesinato, o en todo caso tentativa de aborto seguido de asesinato. ¿El aborto es la interrupción del embarazo o la destrucción del producto de la concepción? No se puede confundir el medio con el objeto. Si el aborto es ya destrucción y ello supone por criterio lógico interrupción del embarazo, la salida de un feto viable al exterior, con su consiguiente destrucción vital, no puede configurar otra cosa más que asesinato.

El aborto, como el homicidio en sus diversas formas, admite fases de tentativa perfectamente verificables, y al igual que el homicidio, requiere de nexo causal para ser imputado objetivamente a su autor o autores, con las restricciones que se pueden establecer para con el aborto preterintencional (Art. 118). En las diversas modalidades de aborto, la interrupción dolosa del embarazo se consuma con la muerte del feto o embrión, no siendo relevante el material, formas, medios o persona que lo realice; lo cual (calidad personal) sólo será apreciada para los efectos de la punición a criterio del juez. Cabe la tentativa inacabada y el delito imposible. Nuestra legislación penal no contempla la figura del delito imprudente de aborto. Penalidad baja e intermedia.

En los tipos penales de lesiones (Art. 121 - 124) graves o atenuadas (expresiones evidentes de tipos penales de resultado), como en los rubros típicos anteriores, la consumación acontece al producirse el daño en la integridad física o la salud (somática o mental) de un ser humano. El concepto daño no está usado en su acepción patrimonial, y puede asumir múltiples formas: heridas, contusiones graves, hematomas severas, fracturas, mutilaciones, invalideces físicas, desfiguraciones, trastornos síquicos, etc. El daño tiene que afectar la salud (o contribuir a empeorarla) o la conformación física

del individuo; tiene que haber menoscabo real, no subjetivo (es decir, solamente basado en la creencia del supuesto afectado) en la estructura orgánica o funcional. La ley fija para los efectos de su ubicación típica como delito un mínimo de 10 días de asistencia médica o descanso. Lo que se determine por debajo de dicho término, obviamente constituirá faltas. La referencia a los días de atención facultativa o descanso se constituye así en un requisito normativo para la consumación del delito (con las excepciones de las mutilaciones de miembros u órganos principales del cuerpo, y demás formas de daño que fija el inciso segundo del Art. 121). Las lesiones dolosas y las culposas graves son, pese al consentimiento que preste la víctima a la producción de las mismas, punibles. Y ello guarda sentido lógico, por cuanto la relación individuo-sociedad, es una relación de carácter sistémico, es decir, tanto la sociedad acoge a sus elementos como estos tienen roles y funciones que deben observar para evitar lo que los sociólogos llaman las “entropías” (procesos de dispersión y anulación del sistema).

En el capítulo IV, en el rubro “**Exposición a personas o abandono de personas en peligro**”, el Código contempla figuras penales de peligro y de omisión. El art. 125 es el caso de un tipo de peligro concreto: Para consumarse el tipo penal, necesariamente tiene que darse la circunstancia de peligro de muerte o de grave e inminente daño a la salud (ya sea en la modalidad exposición a peligro o abandono). Y tales circunstancias, obviamente serán objeto de evaluación *ex-ante*, es decir, previo al desenlace que como causal de agravación plantea el numeral citado en su segundo párrafo. Salvo la acotación que se hace en las hipótesis de dicho párrafo, el tipo sólo exige la constatación de dicho peligro o daño, no es relevante para perfeccionarlo que se produzca el resultado de lesión grave o muerte; pero si éste se da, el delito de peligro se transforma en uno de lesión o resultado. La figura de la **omisión de socorro** que plantea el numeral 126 (omisión propia) presupone para su consumación que exista una persona a quien el agente ha herido o incapacitado (lesiones físicas) y en esa circunstancia, y sólo en ese presupuesto, omita o rehúse darle el auxilio o socorro que aleje la probabilidad de la muerte o el deterioro de su salud. El prestar

socorro tiene una interpretación específica y se restringe a agotar los medios humanos, técnicos, circunstanciales, etc., que hagan variar la situación de hecho. En el caso del art. 127, se trata de otro caso de omisión propia con un injusto disminuido dada la calidad del agente que rehúsa el socorro o auxilio (a diferencia del tipo anterior, aquí se trata de cualquier persona que encuentra al necesitado de auxilio inmediato), o en todo caso se abstenga de informar de ello a la autoridad competente (policía, fiscalía, juzgado, etc). El concepto normativo “autoridad competente” habrá que interpretarlo extensivamente, en cuanto autoridad sobre el hecho lesivo, no exclusivamente de poder, para incluir en él a los médicos, bomberos, etc.

Tanto en las figuras diversas de homicidio doloso y culposo, aborto y lesiones dolosas-culposas o preterintencionales, los respectivos tipos penales se consuman con la agresión material al bien tutelado, de acuerdo a las exigencias típicas establecidas en los verbos y núcleos rectores respectivos. No existe en nuestra legislación penal el delito de suicidio, esto es, se trata de una acción humana despenalizada, lo que no sucede con la instigación y participación en el mismo; esto quiere decir que no hay autor de delito de suicidio, sino instigador y cómplice en él. La instigación se consuma cuando el suicida se quita la vida, bajo la directa y demostrada inducción ejercida por el instigador. La complicidad se realiza cuando la ayuda (actos de cooperación necesaria) prestada facilita la labor del suicidio, no cuando lo determina, pues en esta hipótesis existirá autoría y la figura será homicidio. El tipo genérico de genocidio (art. 129) combina en su estructuración la tutela a diversos bienes jurídicos: la vida humana, la integridad física y mental, la libertad de grupos humanos. La consumación del delito se realiza en cada uno de los supuestos, ya sea con la matanza, las lesiones graves, el sometimiento destructivo, los atentados efectivos contra la libertad de procreación y la transferencia forzada de niños. Alta penalización.

2. EN LOS DELITOS CONTRA EL HONOR (Art. 130-138)

La injuria, delito doloso instantáneo, se consuma cuando la ofensa o ultraje (verbos rectores) a una persona, realizada mediante

palabras, gestos, o vías de hecho, llegan a su conocimiento directa o indirectamente afectando su dignidad. No interesa que la ofensa tenga una base cierta o equívoca. Puede hablarse incluso de una lesión psicológica o moral del bien jurídico. Las injurias escritas se consumen cuando lleguen a conocimiento de la parte agraviada, siempre y cuando no produzcan o se hagan bajo circunstancias de público conocimiento, lo que ya constituiría difamación. Que las injurias jamás hayan llegado a conocimiento del afectado, o lo sean con frases incomprensibles, ininteligibles o en idioma distinto al que domina o habla el afectado, hacen atípica la figura legal, salvo que en el último caso el afectado llegue a esclarecer los problemas de cognoscibilidad que ello plantea. Mínima penalización.

La calumnia, para su consumación requiere que exista como elemento del tipo una falsa imputación de delito al sujeto pasivo (cualquier persona). Y esto significa denuncia contra el mismo ante la autoridad competente. Se requiere igualmente dolo directo y evidente deseo de lesionar la dignidad de la víctima, al poseer conocimiento de la falsedad de la imputación. Mínima penalización.

En el caso de la difamación, la lesión al bien jurídico "honor", y/o dignidad humana se consuma aquí con la difusión que se hace de la ofensa o de la calumnia ante varias personas reunidas o separadas, no interesando el medio que se utilice (prensa, radio, televisión, cine, directamente ante otras personas, usando otras personas, etc). La calidad injuriosa de la imputación difamante, es un asunto que se halla sometido al criterio valorativo del juzgador; pues no siempre las susceptibilidades del afectado ameritan la comisión del ilícito penal. El análisis de las circunstancias que rodearon los hechos y las calidades propias del sujeto pasivo son aspectos muy importantes a tomar en cuenta. La prueba de la intención dolosa resulta así vital, por cuanto el aspecto material de la difamación, es decir, las atribuciones de hechos, calidades o conductas perjudiciales, por sí solas pueden conducir a excesos punibles y constituir una peligrosa expresión de responsabilidad objetiva, si es que no van acompañadas del dolo específico de dañar el honor o la reputación.

La prueba de la veracidad de las imputaciones y sus limitaciones están contempladas en los artículos 134 y 135. Mínima penalización, ligeramente agravada.

3. EN LOS DELITOS CONTRA LA FAMILIA.-

- Matrimonios ilegales (arts. 139 - 142)
- Delitos contra el estado civil (arts. 143 - 146)
- Atentado contra la patria potestad (arts. 147 - 148)
- Omisión de asistencia familiar (arts. 149 - 150)

Los matrimonios ilegales en sus dos manifestaciones, tanto en el caso de la bigamia (casado que contrae matrimonio), como en el del no casado que a sabiendas lo hace con persona casada, se consuman instantáneamente con la realización formal del matrimonio (aceptación y firma del acta respectiva). Los tipos penales de los arts. 141 y 142, que establecen la responsabilidad de los funcionarios públicos que obren dolosamente o en violación a los reglamentos, igualmente se consuman al efectivizar éstos el acto formal matrimonial.

De los comportamientos que contemplan los arts. 143-146 y que se dirigen a la lesión del estado civil de otra persona, el tipo penal que establece la supresión o alteración de dicho estado civil, se consuma con el resultado producido e indicado en los verbos rectores: suprimir o alterar, asimismo el tipo exige el perjuicio ajeno; se trata pues de un evidente tipo de resultado. Para la consumación (formal) del fingimiento de embarazo o parto (art. 144), se requiere que se pretenda otorgar derechos al supuesto hijo; la participación del profesional se consuma con la cooperación funcional para la realización de tal delito simulado (extender certificaciones sobre la supuesta gravidez); pena igual para autor y partícipe. Penalización Intermedia.

Los atentados contra la patria potestad (arts. 147-148) son tipos de actividad que se consuman con la descripción establecida en ambas figuras penales: sustraer a un menor o rehusar entregarlo a

quien ejerce la patria potestad, y en el hecho de inducir a un menor a su fuga de la casa de los padres, tutores o de sus custodios (art. 148). El art. 147 establece en un solo tipo penal dos sub-variedades que se consuman distintamente: el sustraer al menor se perfecciona inmediatamente con la acción concreta expresada en el verbo sustraer; mientras que el rehusar entregarlo genera permanencia (delito permanente) que solo cesará con la entrega o el retorno del menor. Mínima penalización.

El Capítulo V de los delitos contra la familia establece dos casos de omisión familiar (arts. 149 y 150): **el incumplimiento del alimentista** con su obligación alimentaria y el abandono de la mujer a la que ha embarazado y se halla en "situación crítica". Qué hay que entender por situación crítica es un asunto sujeto a criterio judicial y sabiduría jurisprudencial; predominan en ello los factores económicos, de salud e indefensión en la que se halle la mujer embarazada (en estado de necesidad) y objeto de abandono intencional. En el primer caso, el delito se consuma cuando existiendo una resolución judicial que le obligue a la prestación de alimentos, el sujeto activo (alimentista) se rehúsa a cumplirlo, generándose un estado de permanencia del carácter antijurídico del hecho. El sujeto pasivo afectado puede ser el cónyuge, descendientes, ascendientes, el hermano(a) o los hijos adoptivos (de conformidad con el art. 474 del Código civil vigente). En la misma figura, pero agravada (inc. 2° del art. 149), la consumación se produce además con la simulación de otra obligación similar, con la renuncia o abandono del trabajo. En el segundo caso, el delito se consuma con el simple hecho del abandono físico doloso de la mujer a quien ha embarazado el agente y que se halla en estado de desamparo y/o de necesidad. Situación que deberá ser acreditada en su triple exigencia típica (embarazo, situación crítica, abandono). Mínima y Baja penalización.

4. EN LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD

- Coacciones (art. 151)
- Secuestro (art. 152)

- Violación de la intimidad (art. 154)
- Violación de domicilio (arts. 159 - 160)
- Violación de la libertad sexual (art. 170 - 178)

El delito de coacciones, tipo abierto y genérico que protege la libertad de hacer o no hacer (actividades físicas) permitida o no prohibida por la ley, es en realidad la elevación a figura penal de un antiguo apotegma jurídico que protege a la persona de la intimidación o los actos de violencia que se ejerza contra ella para coactar su voluntad y que no se subsuman en los otros tipos especiales contemplados en el Código. La consumación se produce cuando el sujeto pasivo hace lo que no quiere o deja de hacer lo que deseaba hacer. La ley peruana asume aquí un criterio objetivo para fijar la consumación. La tentativa es ontológicamente posible. Mínima penalización.

Sobre el secuestro, nos remitimos a lo dicho supra “Título Cuarto, punto 6.2: “casos de delito permanente”. En cuanto a la violación de la intimidad, se trata de un tipo de simple actividad, que se consume con la ejecución de la conducta típica ya sea observando, escuchando, revelando, registrando, o proporcionando información sobre aspectos de la vida íntima personal o familiar. Punición condicionada a querrela. Tentativa ontológicamente admisible en algunos supuestos (art. 157). Mínima Penalización.

El delito de violación de domicilio, al igual que el caso anterior, es un tipo de actividad que se consume con el hecho de penetrar (acto ejecutivo) sin derecho en morada o casa de negocios ajena, en sus dependencias, o en el recinto habitado por otro. La consumación del delito de violación de domicilio también se presenta cuando el que se halla dentro se rehúsa a abandonarlo ante la intimación que le haga la persona que tenga derecho a ello. El tipo admite tentativa. Mínima penalización.

Sobre el delito de violación sexual, se ha indicado en reiteradas ocasiones a lo largo del texto el momento consumativo de dicho delito. Se trata de una consumación instantánea con el primer acto propiamente típico: la penetración del pene en la vagina de la mujer,

por incipiente o incompleto que sea el acto (tanto por parte del hombre o de la mujer); o en el caso del acto análogo, por la cavidad anal. Este es uno de los casos legalmente permitidos de interpretación analógica del supuesto de hecho, al cual se amplía la tipicidad y penalidad. Obviamente tienen que concurrir los diversos elementos descriptivos de los tipos de violación que se especifican en cada caso (violencia, grave amenaza, dependencia, inconsciencia, autoridad, engaño, etc.). En los actos contra el pudor (tocamientos, frogamientos, masturbación, *cunninlingus*, *fellatio*, etc.), la consumación se confunde con la ejecución y es instantánea. No cabe tentativa.

5. LA CONSUMACION EN LOS DELITOS CONTRA EL PATRIMONIO

- Hurto (arts. 185-186-187)
- Robo (arts. 188-189)
- Apropiación ilícita (arts. 190-191-192-193)
- Receptación (arts. 194-195)
- Estafa (arts. 196-197)
- Extorsión (arts. 200-201)
- Usurpación (arts. 202-203-204)
- Daños (arts. 205-206-207)

Ha sido objeto de innumerables decisiones el momento consumativo del hurto y de su modalidad básica agravada, es decir, el robo, tanto en la doctrina como a nivel jurisprudencial. El verbo rector esencial para ambas figuras es el apoderamiento eficaz, entendido en sentido integral como la puesta del bien mueble bajo la esfera de disposición propia del agente activo (traspaso de la custodia); y ello supone naturalmente momentos previos de ejecución: apoderamiento físico y un apartamiento del bien de la esfera de dominio de su legítimo dueño o detentor. Los elementos normativos y subjetivos (ajenidad total o parcial, ilegítimamente, obtener provecho, violencia, intimidación, etc.) señalados en los respectivos tipos tienen que ir anexos a la consumación; de no ser así se generarían figuras atípicas. Admite tentativa. Penalización intermedia y alta en las figuras calificadas agravadas.

La apropiación ilícita en su modalidad básica es un delito contra el patrimonio que consta de dos actos ejecutivos lícitos básicos, que a la vez son presupuestos ónticos del mismo: la entrega por parte del sujeto pasivo de un bien mueble, suma de dinero o un valor y el recibimiento de los mismos por parte del sujeto activo del delito, en virtud a un nexo jurídico. El tercer acto, es decir la negativa a devolver o entregar lo recibido –previo requerimiento–, existiendo obligación jurídica de hacerlo, es lo que genera la apropiación ilícita. Se trata de un delito que se consuma con la omisión a hacer lo que se está obligado a hacer. No es admisible la tentativa. Baja y Mínima penalización.

El art. 194 establece diversas modalidades del delito de **receptación** (adquirir, recibir en donación o prenda, guardar, esconder, vender o ayudar a negociar un bien de procedencia delictuosa). Todas ellas tienen en común los presupuestos que sustentan la ilicitud del hecho. La consumación del delito se realiza en el acto ejecutivo expresado en cada verbo rector. Se trata pues de un delito instantáneo que no admite tentativa, salvo en la hipótesis de vender o ayudar a negociar en las cuales pueda fragmentarse el acto ejecutivo. Baja penalización.

En el caso de las **defraudaciones** establecidas en el art. 196 y 197, la consumación se produce cuando se obtiene por parte del sujeto activo, el acto de disposición patrimonial, bajo las circunstancias señaladas en el tipo (engaño, astucia, ardid, u otros) que hayan inducido en error al sujeto pasivo. Las modalidades establecidas en el art. 197, para su consumación, participan igualmente de tales presupuestos señalados para la estafa (siendo esto objeto de estimación judicial, según sea el caso). La tentativa es claramente admisible en todos los actos ejecutivos que no concluyan en la disposición patrimonial. Caben las formas de tentativa. Baja penalización.

El delito de **extorsión** es un típico delito complejo, que reúne en una sola redacción típica la agresión a dos bienes jurídicos esenciales al ser humano: la libertad y el patrimonio, con prevalencia del segundo. El delito se consuma en todas sus modalidades comisivas, cuando se

otorga o concede la ventaja económica (entrega física) mediando la violencia, amenaza o con rehen, en detrimento del sujeto pasivo del delito. Cabe la tentativa en todas su formas. Penalización Intermedia y Alta.

Con la **usurpación** nos remitimos a lo ya dicho en líneas anteriores. En el delito de **daños**, tipo de resultado material, la consumación del delito es de carácter instantáneo con la destrucción o inutilización del bien. Esta destrucción o inutilización puede asumir numerosas modalidades de acuerdo a la naturaleza del bien mueble o inmueble. Admite tentativa. Mínima penalización.

6. DEFRAUDACION TRIBUTARIA

La ley penal tributaria (Decreto Legislativo 813) que derogó los arts 268 y 269 del Código penal, reúne en 5 artículos diversos comportamientos ilícitos que implican una serie de acciones y omisiones que llegan a lesionar el bien jurídico “recaudación fiscal” o “fondos fiscales”, mediante el uso de *medios fraudulentos* (artificios, engaños, astucia, ardid u otros). La conducta típica básica consiste en dejar de pagar en todo o en parte *los tributos* que exigen las leyes. Se trata de comportamientos revestidos necesariamente de dolo directo, dado el engaño o fraude (exigidos por el tipo) del que hace uso y medio el agente (s). El tipo penal habla de “tributo”, concepto normativo de carácter amplio, definido en el Código Tributario (Título Preliminar, norma II) y cuyo alcance incluye los impuestos, contribuciones, tasas y otros. El tipo penal no ha querido circunscribir su tutela tan sólo a los impuestos, razón por la cual deja abierto un amplio margen de comportamientos típicos. El tipo base de carácter abierto y las modalidades específicas de defraudación tributaria, son tipos de resultado, es decir, se reputan consumados al producirse los supuestos de hecho ilícitos descritos en la norma.

En el caso del tipo base contemplado en el Art. 1 de la ley penal tributaria los hechos imputados delictivos deben reunir los siguientes elementos: 1) observarse el Principio de Legalidad (los tributos deben haberse establecidos previamente por ley); 2) existencia de los sujetos

de la relación penal: (Activo, el obligado con el fisco; Pasivo, el Estado); 3) comportamiento ejecutivo u omitido: (Pagar parte o dejar de pagar los tributos); 4) dolo directo.- Uso consciente y provocado de medios fraudulentos; 5) objeto del ilícito penal: (Procurarse provecho propio o para un tercero) 6) formas de Comisión: las que establece la Ley.

En los supuestos de evasión del impuesto, la ley penal ha fijado una condición de procesabilidad circunscrita a los valores de referencia económica, estableciéndose en el artículo tercero en cinco unidades impositivas tributarias el monto de lo evadido para constituir delito (cantidad líquida como impuesto a pagar). En este punto se advierte el exceso criminalizador del Estado, si se la compara con los montos mínimos exigidos en otras legislaciones penales, por ejemplo, la española, que es de donde se han extraído varios de los supuestos típicos, establece un monto de 15'000,000 de pesetas (aproximadamente 100,000 dólares americanos).

Las diversas modalidades defraudatorias del Código penal han sido reagrupadas en la ley especial en base a 5 artículos, erradicándose los numerales 1, 4 y 7 que se contemplaban en el art. 269 del Código penal. Lo que destaca en esta nueva formulación típica es la elevación a figura penal autónoma del denominado **“delito contable”** (artículo 5) construido con el aporte de las infracciones (faltas) contempladas en el Código tributario (art 175) y los incisos 3 y 5 del artículo 269 del Código penal. Delito contable orientado básicamente a castigar el ocultamiento doloso de la real situación de la empresa, expresado en la serie de supuestos que se contemplan en dicho artículo de la ley especial. Es igualmente éste, un caso de sobrecriminalización político criminal, al convertir faltas en delitos.

Por lo general los tipos penales tributarios se hallan distribuidos luego de la dación de Ley 26461 del 08-06-95 (Ley de Delitos Aduaneros), tanto a nivel de la citada ley especial, como a nivel de la ley penal tributaria (Decreto Legislativo 813 del 19-4-96), los mismos que contienen un nutrido acopio de comportamientos dolosos intencionales, que debido a la importancia que en la sociedad contemporánea adquiere el deber y la obligación de sus integrantes

para con ella, han sido elevados a tipos penales; lo cual tampoco implica dejar de criticar el excesivo celo garantista del legislador peruano al otorgar relevancia penal a una serie de ilícitos de mínimo injusto (ilícitos administrativos).

7. LA CONSUMACION EN LOS DELITOS CONTRA LA SALUD PUBLICA

- Arts. 286: Envenenamiento, contaminación o adulteración de aguas o sustancias alimenticias a sabiendas (nota, aquí el tipo exige dolo directo: "a sabiendas").
- Art. 287: Adulterar sustancias o bienes destinados al uso público.
- Art. 288: Poner en venta o circulación, importación, tomar en depósito productos cuyo consumo se sabe compromete la salud de las personas.
- Art. 289: Propagar a sabiendas enfermedad peligrosa o contagiosa para la salud de las personas.

En estos tipos penales abiertos de peligro, la ley penal al proteger la salud del consumidor público (colectividad) ha establecido con los verbos rectores envenenar, contaminar, adulterar (art. 286, 287) y poner en venta circulación o importación, las especiales formas de consumación del ilícito penal. Todos expresan una actividad dolosa que se consuma con el acto ejecutivo mismo (delitos instantáneos). Es admisible grados de tentativa (inacabada, delito frustrado, tentativa inidónea).

La propagación de la enfermedad peligrosa o contagiosa, exige para su consumación la propagación de la enfermedad en la salud del sujeto pasivo, es decir, extender la enfermedad en el cuerpo y salud del afectado. Los casos de las enfermedades venéreas, por reiteradas jurisprudencias de la Corte Suprema, y por ser generalmente casos aislados e individualizados, no están incluidos en este rubro. Penalización Intermedia y Alta.

El art. 290 regula el ejercicio ilegal de la medicina. La comisión en este delito de peligro “abstracto” se realiza con las actividades descritas en el tipo: anunciar, emitir diagnósticos, prescribir, administrar o aplicar medios curativos; expedir dictámenes o informes que sustenten el diagnóstico, la prescripción o la administración. Es característico de éste y todos los delitos “abstractos”, la irrelevancia de la producción del resultado dañino o la eficacia del diagnóstico o resultado. La ley se pone en una suposición de derecho sobre la posibilidad de la lesión, sin requerir de verificación *ex-ante* como en el delito de peligro concreto. Mínima penalización.

8. LA CONSUMACION EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PUBLICA

Art. 374	:	Desacato
Art. 376	:	Abuso de autoridad
Art. 392	:	Concusión
Art. 397	:	Peculado
Art. 393	:	Corrupción de funcionarios
Art. 393	:	Prevaricato

El contenido del **desacato** está dado por la amenaza y/o ofensa a la dignidad o decoro del funcionario en ejercicio. Por ello mismo, estos delitos instantáneos se consuman cuando tales acciones ilícitas se localizan directamente sobre el sujeto pasivo. La tentativa es admisible en los desacatos escritos, no en los verbales. Baja penalización. En el **abuso de autoridad**, delito propio del funcionario público, la ley peruana casuísticamente legisla seis conductas típicas en los arts. 376 al 381, que abarcan acciones y omisiones propias a los deberes del funcionario, que buscan proteger a la administración pública de los excesos u omisiones en el ejercicio del cargo. Para fijar el momento consumativo de estas figuras, es necesario remarcar que se trata de tipos de simple actividad comisiva u omisiva, que no exigen un resultado determinado. Conforme a ello la consumación se producirá al verificarse la acción u omisión típica señalada en los verbos o núcleos rectores y en la cabal comprensión que se haga de los elementos

normativos. La tentativa es inadmisibles, sólo es probable en el caso de la figura del art. 380: abandono de cargo con daño del servicio (delito de peligro concreto) Mínima y Baja penalización.

Para el delito de **concusión**, cuatro son las modalidades de comisión por parte del funcionario público que comportando abuso del cargo establecen diversas formas de exigencia indebida y arbitraria:

- Art. 382 : Obligar o inducir a una persona a dar o prometer bien o beneficio patrimonial.
- Art. 383 : Exigir o hacer pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o excesivos.
- Art. 384 : Concertación con los interesados para defraudar al estado.
- Art. 385 : Patrocinar intereses de particulares ante la administración pública.

Las acciones típicas en las que incurre el funcionario abarcan tanto el ámbito de las relaciones interindividuales como las sociales y estatales, todas ellas caracterizadas por la ilegitimidad de su contenido. La consumación igualmente es peculiar a cada verbo rector. En el art. 382 se realiza al producirse la obligación o inducción no requiriéndose resultado. En el art. 383 la consumación asume momentos distintos; se efectiviza con la simple exigencia o con la concreción del resultado económico ilegítimo, según sea el caso imputable. En la figura del art. 384, la consumación sólo se realiza si existe el concierto defraudatorio contra el Estado. Con el caso del artículo 385, la consumación se produce con la simple actividad del patrocinio. Las figuras admiten tentativa en la diversidad de sus formas (excepto en la exigencia). Mínima y Baja penalización. **El peculado** es el hurto cometido por funcionario público contra el patrimonio del estado en una evidente agresión contra los bienes públicos. La consumación se produce al apropiarse o utilizar para sí o para otro los caudales o efectos públicos confiados al funcionario. Se trata de un delito que admite tentativa. Baja y Mediana penaliza-

ción. Con el delito de **corrupción de funcionarios** (art. 393-395), ya sea en su expresión activa o pasiva (solicitar o aceptar donativos, promesa o cualquier ventaja), la consumación es instantánea en la solicitud o en la aceptación. Baja penalización. Y para el caso de los jueces, arbitros, fiscales, peritos u otros análogos, Alta penalización. La figura no admite tentativa. El delito de **prevaricato** establece cuatro tipos de acciones ilícitas. En lo establecido en el art. 418 se consume con el dictado a sabiendas de resolución o emisión de dictamen contrario al texto expreso de la ley (soslayar o pasar por encima de exigencias legales), sin que ello requiera ejecutividad, e igualmente sin importar su confirmación o revocación. En el art. 419 la consumación se opera al ordenar maliciosamente o sin motivo legal la detención o al no otorgar la libertad del detenido o preso. Se trata de decisiones formales en ejercicio de sus facultades por parte del juez. En ambas formas es inadmisibile la tentativa. Baja penalización. En las acciones típicas establecidas en los arts. 420 y 421, la consumación se produce con el hecho de conocer el juez el caso, pese a haber patrocinado anteriormente como abogado; y en la figura del 421, en la actitud desleal del abogado al representar en el mismo proceso a la parte contraria. Las acciones pueden realizarse en las diversas areas del proceso judicial no sólo en lo penal. Admite Tentativa. Mínima penalización.

9. LA CONSUMACION EN LOS DELITOS CONTRA LA FE PUBLICA

Las diversas figuras penales contempladas en el título XIX del Código penal y globalizadas en tres capítulos genéricos, lesionan la “fe pública”, es decir la confianza intrínseca puesta en la serie de objetos que pueden ser materia de tutela penal, cuya violación signifique un peligro para la interacción social: 1) falsificación de documentos en general (documentos públicos, documentos privados, certificados médicos); 2) falsificación de sellos, timbres y marcas oficiales; 3) disposiciones comunes (falsedad genérica, fabricar, introducir o conservar a sabiendas instrumentos destinados a la falsificación). La consumación en la mayoría de estos casos se halla condicionada a la verificación de una serie de elementos

finalísticos condicionantes: que del uso de los mismos (documentos públicos o privados) puedan –niveles de probabilidad, no necesariamente actuales– generar perjuicio (arts. 427, 428, 438), que exista falsa certificación (art. 431), hacer uso malicioso de la certificación (art. 431), con el objeto de emplearlos (art. 434, actos preparatorios), destinados a la falsificación (art. 439), a sabiendas de su procedencia ilícita (art. 435, elemento subjetivo). Todos ellos objeto de apreciación judicial para determinar la consumación de los tipos penales. Penalización baja e intermediana.

La consumación en las faltas es una condición intrínseca a las mismas, pues éstas por determinación legal, sólo adquieren relevancia penal cuando se hayan realizado plenamente, es decir cuando se hallen consumadas. No admiten por determinación jurídica, variedades de ejecución tentada; sí en cambio, la participación y concurso de acciones.

BIBLIOGRAFÍA

- ADOMEIT, KLAUS, *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Civitas, 1984.
- AGUDELO BETANCUR, NÓDIER, *Curso de derecho penal*, Bogotá, Editorial Bolívar, 1993.
- ALEXIS, ROBERT, *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994.
- ALSTON, WILLIAM, *Filosofía del Lenguaje*, Madrid, Alianza Editorial, 1985.
- ANTOLISEI, FRANCESCO, *L'azione e l'evento nel diritto penale*, Milano, 1928.
- Manual de derecho penal*, Bogotá, Temis, 1988.
- ARAÚJO, ORESTES, *La tentativa*, Montevideo, Publicaciones de la Facultad de derecho de la Universidad de la República, 1958.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Madrid, Orbis, 1984.
- Metafísica*, Barcelona, Sarpe, 1985.
- ARTETA DE LA HOZ, ARIEL, *El delito imperfecto*, Bogotá, Pontificia Universidad Haveriana, 1964.
- ATIENZA, MANUEL y RUIZ MANERO, JUAN, *Marxismo y Filosofía en el Derecho*, México, Fontamara, 1993.
- AYER, A. J., *El positivismo lógico*, 3a. reimpr., México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- BACIGALUPO, ENRIQUE, *El delito impropio de omisión*, Bogotá, Temis, 1982.
- Manual de Derecho penal: Parte general*, Bogotá, Temis, 1984.
- “La dogmática penal y la criminología”, en *Estudios de Derecho penal y política criminal*, México, Cárdenas Editor, 1989.

- Estudios de derecho penal y política criminal*, México, Cárdenas editor, 1989.
- BACON, FRANCIS, *Novun organum*, Madrid, Sarpe, 1984.
- BASADRE, JORGE, *Historia del Derecho Peruano*, Lima, Studium, 1988.
- BATTAGLINI, GIULIO, *Diritto penale, parte generale*, Padova, Cedam, 1949.
- BAUMANN, GÜRJEN, *Derecho penal: Conceptos fundamentales y sistema*, Buenos Aires, Depalma, 1981.
- BECCARIA, CESARE, *De los delitos y de las penas*, Madrid, Alianza Editorial, 1968.
- BELING ERNEST VON, *Esquema de Derecho penal*, Buenos Aires, Depalma, 1944.
La doctrina del delito tipo, Buenos Aires, Depalma, 1993.
- BERTALANFFY, LUDWIG VON, *Teoría General de los Sistemas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.
- BETTIOL, GIUSEPPE, *Diritto penal, Parte generale*, Palermo, G. Priulla editores, 1955.
Instituciones de Derecho penal, Barcelona, Bosh, 1977.
- BINDER, ALBERTO M., *Introducción al Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993.
Justicia penal y estado de derecho, Buenos Aires, Ad hoc, 1993.
- BINDING, CARLOS, *Compendio di diritto penale, generale*, Roma, Athenaeum, 1977.
- BLANCO, DESIDERIO, *Claves Semióticas*, Lima, Universidad de Lima, 1989.
- BOBBIO, NORBERTO, *Teoría general del Derecho*, Madrid, Debate, 1993.
- BOCHENSKY, I.M., *Los métodos actuales del pensamiento*, Madrid, Rialp, 1962.
- BORJA JIMÉNEZ, EMILIANO, "Algunos planteamientos dogmáticos en la teoría del delito", en *Nuevo Foro Penal*, N° 59, marzo, Bogotá, 1993.
"Funcionalismo y Acción", en *Estudios Penales y Criminológicos*, XVII, Santiago de Compostela, 1994.
- BOUZAT, PIERRE y PINATEL, JEAN, *Traité de Droit Pénal et de criminologie*, tomo I, Paris, Dalloz, 1963.

- BRAMONT ARIAS, LUIS, *La ley penal*, Lima, 1950.
Código penal anotado, Lima, 1966.
Derecho penal, Parte general, Lima, 1978.
- BRAMONT ARIAS, LUIS y BRAMONT-ARIAS TORRES, LUIS, *Código penal anotado*, Lima, Editorial San Marcos, 1995.
- BRICOLA, FRANCO, "Teoria generale del reato" en *Novissimo Digesto italiano*, Torino, UTET, vol. XIX, 1973.
- BÜLLESBACH, ALFRED, "La ciencia jurídica ante las ciencias sociales", en ARTHUR KAUFMANN y WINFRIED HASSEMER (Eds.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Editorial Debate, 1992.
"Enfoques de Teorías de Sistema", en ARTHUR KAUFMANN y WINFRIED HASSEMER (Eds.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Editorial Debate, 1992.
- BUNGE, MARIO, *Causalidad: El principio de causalidad en la ciencia moderna*, Buenos Aires, Eudeba, 1961.
La ciencia, su método y su filosofía, Buenos Aires, Siglo XXI, 1966.
La investigación científica: Su estrategia y su filosofía, Barcelona, Ariel, 1972.
- BUSCH, RICHARD, *Modernas transformaciones en la teoría del delito*, Bogotá, Temis, 1992.
- BUSIGNY, FELIX, *La antigüedad*, Buenos Aires, Losada, 1968.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN, *Introducción al Derecho penal*, Bogotá, Temis, 1986.
Manual de Derecho penal, Parte general, Barcelona, Ariel, 1989.
- CABALLERO R., JUAN, *El delito imposible*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1983.
- CALDERON SUSIN, EDUARDO, *Arrepentimiento espontáneo*, Madrid, Edersa, 1990.
- CALLE, JUAN JOSÉ, *Código Penal del Perú (Ley N° 4868). Anotado y concordado*, Lima, Librería e Imprenta Gil, 1924.
- CALSAMIGLIA, ALBERT, *Introducción a la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1986.

- Racionalidad y eficiencia del Derecho*, Mexico, Fontamara, 1993.
- CARMIGNANI, GIOVANNI, *Elementos de Derecho Criminal*, Bogotá, Temis, 1979.
- CARNELUTTI, FRANCESCO, *Cómo se hace un proceso*, Bogotá, Temis, 1989.
Las miserias del proceso penal, Bogotá, Temis, 1993.
- CARRARA, FRANCESCO, *Reminiscenze di cattedra e foro*, Firenze, Casa Editrice Fratelli Cammelli, 1905.
Proyecto Preliminar de Código Penal para Italia, Madrid, 1925.
Opúsculos de Derecho Criminal, Buenos Aires, Arayu, 1955.
Programa de Derecho Criminal, Bogotá, Temis, 1988.
Cuestiones sobre la tentativa, Bogotá, Temis, 1992.
- CAVALLO, VINCENZO, *La responsabilita objetiva nel diritto penale*, Napoli, Casa Editrice Dott, 1937.
- CEREZO MIR, JOSÉ, *Lo Objetivo y lo Subjetivo en la tentativa*, Universidad de Valladolid, 1964.
Problemas fundamentales del Derecho Penal, Madrid, Tecnos, 1982.
Curso de Derecho Penal español, Madrid, Tecnos, 1990.
- CERRONI, UMBERTO, *Marx y el derecho moderno*, México, Grijalbo, 1975.
- COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN. T. S., *Derecho Penal: Parte general*, Valencia, Tirant lo blanch, 1990.
- CONTENTO, GAETANO, *Corso di diritto penale*, Roma, Laterza, 1996.
- CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU, *El delito imprudente*, Barcelona, PPU, 1989.
- CORDOVA ANGULO, MIGUEL, *La tentativa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993.
- CORDOVA RODA JUAN y RODRÍGUEZ MOURULLO GONZALO, *Comentarios al Código Penal*, Barcelona, Ariel, 1976.
- CORNEJO, ANGEL GUSTAVO, *Comentarios al nuevo Código penal*, Lima, 1926.
Derecho penal. Parte general, Lima, Librería de Domingo Miranda, 1936.

Actos preparatorios tentativa y consumación del delito

- COSSIO, CARLOS, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de Libertad*, Buenos Aires, Losada, 1944.
- CREUS, CARLOS, *Ideas Penales Contemporáneas*, Buenos Aires, Astrea, 1980.
Derecho penal: Parte general, Astrea, Buenos Aires, 1994.
- CUELLO CALÓN, EUGENIO, *Derecho penal*, México, Editora Nacional, 1975.
- CURY URZÚA, ENRIQUE, "La teoría del principio de ejecución en la tentativa", en *Revista de Ciencias Penales*, T. XIV, N° 2, Santiago de Chile, 1963.
La tentativa y delito frustrado, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1977.
Derecho penal: Parte general, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1988.
- DELPINO, LUIGI, *Diritto penale: Parte generale*, Napoli, Edizione Simone, 1995.
- DE PLAZA, A. HERNANDO, *Lógica Jurídica*, Bogotá, Temis, 1990.
- DILTHEY, WILHELM, *Introducción a las Ciencias del Espíritu*, Madrid, Alianza Editorial, 1980.
- DREIR, RALF, *Derecho y justicia*, Bogotá, Temis, 1994.
- DUARTE FAVEIRO, VÍCTOR, *Código penal portugués*, Coimbra, Editora Limitada, 1994.
- DWORKIN, RONALD, *Taking Rights Seriously*, Harvard University, 1977.
El imperio de la justicia, Barcelona, Gedisa, 1992.
- ELBERT, GULLCO, *Ejercicios de Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Depalma, 1992.
- ESCRIVA GREGORI, JOSÉ, *La puesta en peligro de los bienes jurídicos en Derecho penal*. Barcelona, Bosch, 1986.
- ESPINO PÉREZ, JOSÉ, *Código penal: Concordancias*, Lima, Editorial Sevillano, 1992.
- ETCHEBERRY, ALFREDO, *Derecho penal*, Santiago de Chile, Carlos E. Gibbs, editor, 1965.
- EZAINÉ CHÁVEZ, AMADO, *El Iter Criminis*, Lima, Ediciones Jurídicas lambayecanas, 1990.

- FARRE TREPAT, ELENA, "Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución", en *Anuario de Derecho penal y ciencia penal*, Tomo XXXIX, fascículo 1, enero-abril, Madrid, Ministerio de Justicia, 1986.
- "Comienzo de la tentativa y estupro incestuoso", en *Anuario de Derecho penal y ciencia penal*, Tomo XXXIX, fascículo 2, agosto, Madrid, Ministerio de Justicia, 1986.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN, "¿Cómo es posible una dogmática axiológica?", en *Libro Homenaje a Francisco Carrara*, Bogotá, Temis, 1988.
- Concepto y límites del derecho penal*, Bogotá, Temis, 1992.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, CARLOS, *El derecho como libertad*, Lima, Studium, 1987.
- FERRAJOLI, LUIGI, *Derecho y Razón: Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.
- FERRATER MORA, JOSÉ, *Indagaciones sobre el Lenguaje*, Madrid, Alianza Editorial, 1980.
- FRANCISCO FERREIRA DELGADO, *Teoría general del delito*, Bogotá, Temis, 1988.
- FERRER SAMA, ANTONIO, *Comentarios al Código penal*, Murcia, Sucesores de Nogues, 1946.
- FERRI, ENRICO, *Principii di diritto criminale*, Torino, UTET, 1928.
- FEYERABEND, PAUL K., *Contra el método: Esquema de una teoría anarquista del conocimiento*, Buenos Aires, Orbis, 1984.
- "Cómo defender a la sociedad contra la ciencia", en IAN HACKING, *Revoluciones científicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985.
- FEUERBACH, PAUL JOHANN ANSELM, RITTER VON, *Tratado de Derecho penal*, Buenos Aires, Editorial Hamurabi, 1989.
- FIANDACA, GIOVANI y MUSCO, ENZO, *Diritto penale: Parte generale*, Zanichelli Bologna, 1993.
- FILANGIERI, GAETANO, *Ciencia de la Legislación*, Burdeos, Imprenta de don Pedro Beaume, 1823.

- FONTÁN BALESTRA, CARLOS, *Tratado de derecho penal*, tomo II, Buenos Aires, Abeledo, Perrot, 1970.
- FORNASARI, GABRIELE, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, Cedam, 1993.
- FRAGOSO, CLAUDIO, *Lições de direito penal-a nova parte geral.*, Forense Rio de Janeiro, 1993.
- FREGE, GOTTLÖB, *Escritos lógicos semánticos*, Madrid, Tecnos, 1974.
- FRIAS CABALLERO, JORGE, *El proceso ejecutivo del delito*, Buenos Aires, Abeledo editor, 1944.
- FUENTES, ATANASIO J., "Derecho Penal", en su *Curso de Enciclopedia del Derecho*, Lima, Imprenta del Estado, 1876.
- FUENTES, MANUEL y M. A. DE LA LAMA, *Diccionario de Jurisprudencia y Legislación Peruana*, Lima, Imprenta del Estado, 1887.
- FUKUYAMA, FRANCIS, *El fin de la historia y el último hombre*, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1992.
- GADAMER, HANS GEORG, *El problema de la consciencia histórica*, Madrid, Tecnos, 1993.
- GARCÍA CALDERÓN, FRANCISCO, *Diccionario de la Legislación peruana*, París, Librería de Laroque, 2a. ed., 1879.
- GARCÍA GOYENA, FLORENCIO, *Código criminal español*, Madrid, Librería de los señores viuda de Calleja e hijos, Madrid, 1843.
- GARÓFALO, RAFAEL, *La criminología*, Madrid, La España Moderna, s. f. *La criminología*, Madrid, Daniel Jorro Editor, 1912.
- GARRAUD, RENE, *Traité Théorique et pratique du droit pénal français*, troisième édition, Paris, Recueil Sirey, 1913. *Précis de droit criminel*, Paris, Recueil Sirey, 1926.
- GARRIDO MONTT, MARIO, *Etapas de ejecución del delito, autoría y participación*, Editorial Jurídica de Chile, 1984.
- GEHLEN, ARNOLD, *Der Mensch, Seine Natur und seine Stellung in der Welt*, Wiesbaden, Athenaion, 1976.
- GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE, *Delitos cualificados por el resultado*, Madrid, Reus, 1966.

Introducción a la parte general del derecho penal, Madrid, Universidad Complutense-Facultad de Derecho, 1979.

“El sistema del derecho penal en la actualidad”, en su *Estudios de derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1991.

“¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?”, en su *Estudios de derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1991.

GIMENO SENDRA, VICENTE, *Constitución y proceso*, Madrid, Tecnos, 1988.

GIRALDO, JAIME ANGEL, *Metodología y técnica de la investigación jurídica*, Bogotá, Temis, 1980.

GÓMEZ BENÍTEZ, JOSÉ, *Teoría Jurídica del Derecho penal: Parte general*, Madrid, Civitas, 1984.

GOLDMAN, ALVIN I., *A Theory of Human Action*, New Jersey, Englewood Cliffs, 1970.

GOLDSCHMIDT, WERNER, *La ciencia de la justicia*, Buenos Aires, Depalma, 1986.

GRAF ZU DOHNA, ALEXANDER, *La estructura de la teoría del delito*, Buenos Aires, Editorial Abeledo Perrot, 1958.

GRAMAJO, EDGARDO, *La acción en la teoría del delito*, Buenos Aires, Astrea, 1975.

GROIZARD ALEJANDRO y GÓMEZ DE LA SERNA, *El Código Penal de 1870*, Madrid, Establecimiento Tipográfico de los hijos de J.A. García, 1902.

HABERMAS, JÜRGEN, *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Taurus, 1987.

Pensamiento metafísico, Madrid, Taurus, 1990.

“Teoría Sistémica de la Sociedad o Teoría Crítica de la Sociedad”, en *La lógica de las ciencias sociales*, Madrid, Tecnos, 1990.

Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und demokratischen Rechtsstaats, Frankfurt del Meno, Suhrkamp, 1992.

Ciencia y técnica como ideología, Madrid, Tecnos, 1994.

HACKING, IAN, *Revoluciones científicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985.

H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1961.

H. L. A. HART, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968.

Actos preparatorios tentativa y consumación del delito

- HARTMANN, NIKOLAI, *Ontología*, México, Fondo de Cultura Económica, 1986.
- HASSEMER, WINFRIED, *Fundamentos del Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1984.
- HAUS J. J., *Principes Généraux du Droit Pénal Belge*, 1874.
- HAVEMANN, ROBERT, "Causalidad y necesidad: Posibilidad y realidad", en *Dialéctica sin dogma*, Barcelona, Ariel, 1971.
- HEGEL, FEDERICO, *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Claridad, 1968.
- HEMPEL, CARL G., *La explicación científica: estudios sobre la filosofía de la ciencia*, Barcelona, Paidós, 1988.
- HEREDIA, RICARDO, *Lecciones del Derecho penal filosófico* [dictadas en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos], Lima, Imprenta Calle del Padre Gerónimo, 1884.
- HIPPEL VON, ROBERTO, *Manuale di Diritto Penale*, Napoli, Casa Editrice Dott, 1947.
- HIRSCH, HANS JOACHIM, *La polémica en torno de la acción y de la teoría del injusto en la ciencia penal alemana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1993.
- HOERSTER, NORBERT, *En defensa del positivismo jurídico*, Barcelona, Gedisa, 1992.
- HÜBNER, KURT, *Crítica de la razón científica*, Barcelona, Alfa, 1981.
- HUERTA TOCILDO, SUSANA, *Problemas fundamentales de los delitos de omisión*, Ministerio de justicia, Madrid, 1987.
- HUME, DAVID, *Tratado de la naturaleza humana*, Buenos Aires, Orbis, 1984.
Del conocimiento, Madrid, Sarpe, 1984.
- HURTADO POZO, JOSÉ, *Manual de Derecho penal: Parte general*, Lima, EDDILI, 1978.
La Ley importada: Recepción del Derecho penal en el Perú, CEDYS, Lima, 1979.
- HUSSERL, EDMUND, *Investigaciones lógicas*, Madrid, Biblioteca de la Revista de Occidente, 1976.

- IHERING, RUDOLF VON, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, Madrid, 1891.
La lucha por el derecho, Valparaíso, Edeval, 1977.
La lucha por el derecho, Buenos Aires, Heliasta, 1983.
- IWASAKI CAUTI, FERNANDO, *Nación peruana: Entelequia o utopía*, Lima, CRESE, 1989.
- JAÉN VALLEJO, MANUEL, *El concepto de acción en la dogmática penal*, Madrid, Colex, 1994.
- JAKOBS, GÜNTHER, *La imputación objetiva en derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994.
"El concepto jurídico penal de acción", en *Revista Peruana de Ciencias Penales* N° 3, Enero-Junio, Lima, 1994.
Derecho penal. Parte general: Fundamentos y teoría de la imputación, Madrid, Marcial Pons, 1995.
- JAKOBSON, ROMAN, *Ensayos de Lingüística General*, Barcelona, Planeta, 1985.
- JESCHECK, HANS H., *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Barcelona, Bosch, 1981.
Tratado de Derecho penal. Parte general, Granada, Comares editorial, 1993.
- JIMÉNEZ, PLÁCIDO, *Anteproyecto de Código penal*, Lima, Imprenta Minerva, 1927.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, "Iter criminis y tentativa", en *El Criminalista*, Buenos Aires, TEA, 1951.
Tratado de Derecho Penal, Buenos Aires, Losada, 1976.
La ley y el delito, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1979.
- JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO, *La tipicidad*, México, Porrúa, 1955.
Derecho penal mejicano, México, Porrúa, 1977.
- JOHNSON, E. L., *El sistema jurídico soviético*, Barcelona, Península, 1974.
- KANT, INMANUEL, *Filosofía de la Historia*, Buenos Aires, 1965.
- KASQUIN, JOSÉ, *Manual de latín jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1993.

- KAUFMANN, ARMIN, *Teoría de las Normas*, Buenos Aires, Depalma, 1973.
Teoría de las Normas: Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna, Depalma, 1977.
- KAUFMANN ARTHUR y HASSEMER WINFRIED (Eds.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Editorial Debate, 1992.
- KAULBACH, FRIEDRICH, *Einführung in die Philosophie des Handelns*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1982.
- KELSEN HANS, *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, UNAM, 1969.
Teoría pura del derecho, Buenos Aires, Eudeba, 1982.
¿Qué es Justicia?, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993.
- KERN, EDUARDO, *Casos prácticos de derecho penal*, Buenos Aires, Depalma, 1978.
- KIRCHMANN, JULIUS HERMANN VON, *La ciencia del derecho*, Buenos Aires, Biblioteca del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, 1949.
La jurisprudencia no es ciencia, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1961.
- KLUG, ULRICH, *Lógica jurídica*, Bogotá, Temis, 1990.
- KNAPP, VIKTOR, *La ciencia jurídica*, Madrid, Tecnos-UNESCO, 1982.
- KUHN, THOMAS S., *La estructura de las revoluciones científicas*, México, Fondo de Cultura. Económica, 1971.
- KUNKEL, WOLFGANG, *Historia del derecho romano*, Barcelona, Ariel, 1975.
- LABATUT GLENA, GUSTAVO, *Derecho penal*, Editorial Jurídica de Chile, 1958.
- LAKATOS, IMRE, *Metodología de los programas de investigación científica*, Madrid, Alianza Editorial, 1983.
- LAKATOS, IMRE y MUSGRAVE, ALAN, *La crítica y el desarrollo del conocimiento*, México, Grijalbo, 1975.
- LARENZ, KARL, *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, Ariel, 1979.
- LATORRE, ANGEL, *Introducción al Derecho*, Barcelona, Ariel, 1968.

- LAUDAN, LARRY, "Un enfoque de solución de problemas al progreso científico", en IAN HACKING, *Revoluciones científicas*, México, Fondo de Cultura Económica, 1985.
- LAURENZO COPELLO, PATRICIA, *El resultado en derecho penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1992.
- LEECH, GEOFFREY, *Semántica*, Barcelona, Alianza Editorial, 1981.
Legislación soviética moderna, México, UTEHA, 1947.
- LEIBNIZ, GOTTFRIED, W., *Discurso de Metafísica*, Orbis, Barcelona, 1985.
- LEIBNIZ, WILHELM, *Discurso de metafísica*, Barcelona, Orbis, 1983.
- LEVENE, RICARDO, *Las ciencias penales en la República Federal de Alemania*, Buenos Aires, Editorial Universidad Buenos Aires, 1982.
- LISZT VON, FRANZ, *Tratado de Derecho Penal*, traducción de la 18a. edición alemana, Madrid, Reus, 1937.
- LORENZ, KONRAD, *El comportamiento animal y humano*, Barcelona, Plaza Janes, 1976.
Consideraciones sobre la conducta animal y humana, Barcelona, Plaza Janes, 1976.
Fundamentos de Etología: Estudio comparado de conducta, Barcelona, Paidós, 1978.
- LOSANO, MARIO, *Sistema e struttura nel diritto*, Torino, 1968.
La teoría pura del derecho: Evolución y puntos cruciales, Bogotá, Temis, 1992.
- LUHMANN, NIKLAS, *Ilustración sociológica y otros ensayos*, Buenos Aires, Sur, 1973.
Sistema jurídico y dogmática penal, trad. de la ed. alemana (1974), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
Sociedad y Sistema: La ambición de la teoría, Barcelona, Paidós, 1990.
- LUHMANN NIKLAS y HABERMAS, JÜRGEN, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie*, Frankfurt, 1971.
- MAIWALD, MANFRED, "Considerazioni sul problema della causalità nel diritto" en *L'evoluzione del diritto penale tedesco*, Torino, Giappichelli, 1993.

- MAGGIORE, GIUSEPPE, *Derecho penal*, Bogotá, Temis, 1989.
- MALAGARRIGA, CARLOS, *Código penal de la República Argentina*, Buenos Aires, 1896.
- MANTOVANI, FERRANDO, *Il concetto ontologico del reato*, Milano, 1954.
- MANZINI, VINCENZO, *Tratado de Derecho penal*, Tomo III, Buenos Aires, Ediar, 1949.
- MARQUEZ PINERO, RAFAEL, *Derecho penal. Parte general*, México, Trillas, 1991.
- MARTINDALE, DON, *La teoría sociológica: Naturaleza y escuelas*, Madrid, Aguilar, 1968.
- MARX, KARL, "Prefacio a la contribución a la crítica de la economía política" en MARX-ENGELS, *Obras Escogidas*, Moscú, Editorial Progreso, 1955.
- "Carta a P. V. Annenkov (28 de diciembre 1846)", en MARX-ENGELS, *Obras Escogidas*, Moscú, Editorial Progreso, 1955.
- El capital*, México, Fondo de Cultura Económica, 1966.
- "Crítica del Derecho de Estado de Hegel", en *Marx: Escritos de juventud*, México, Fondo de Cultura Económica, 1967.
- "En torno a la filosofía de Hegel", en *Marx: Escritos de juventud*, México, Fondo de Cultura Económica, 1967.
- La ideología alemana*, México, Grijalbo, 1974.
- Contribución a la crítica de la economía política*, Buenos Aires, Ediciones Estudio, 1975.
- MARX, KARL y ENGELS, FEDERICO, *Obras Escogidas*, Moscú, Editorial Progreso, 1955.
- El manifiesto comunista*, Barcelona, Sarpe, 1984.
- MASTERMAN, MARGARET, "La naturaleza de los paradigmas", en IMRE LAKATOS y ALAN MUSGRAVE, *La crítica y el desarrollo del conocimiento*, México, Grijalbo, 1975.
- MAURACH, REINHART, *Tratado de Derecho penal*, Barcelona, Ariel, 1962.
- MAURACH, REINHART y ZIPF, HEINZ, *Derecho penal: Parte general*, Tomo I, Buenos Aires, Astrea, 1994.

- MAURACH, REINHART, GÖSSEL, HEINZ y ZIFF, HEINZ, *Derecho penal: Parte general*, Tomo II, Buenos Aires, Astrea, 1995.
- MAYRINK DA COSTA ALVARO, *Direito penal: Parte geral*, volume I y II, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1995.
- MAZUELOS COELLO, JULIO, *Control social y dogmática penal*, Ed. San Marcos, Lima, 1995.
- MAZUREK, PER, "Teoría marxista y socialista del derecho", en ARTHUR KAUFMANN y WINFRIED HASSEMER (Eds.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Editorial Debate, 1992.
- MERKEL, ADOLFO, *Enciclopedia jurídica*, Madrid, Reus, 1924.
- MERRYMAN, HENRY, *La tradición jurídico romano-canónica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1989.
- MERTON, ROBERT, *Teoría y estructuras sociales*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.
- MEZGER, EDMUND, *Tratado de Derecho penal*, Tomo I y II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1976.
- Derecho penal. Parte general*, México, Cárdenas Editor, 1985.
- MIR PUIG, SANTIAGO, *Introducción a las Bases del Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1976.
- Derecho penal. Parte general*, Barcelona, PPU, 1991.
- MIRO QUESADA, FRANCISCO, *Ensayos de Filosofía del Derecho*, Lima, Universidad de Lima, 1988.
- MOLES, ABRAHAM y ROHMER, ELISABETH, *Teoría de los actos: Hacia una ecología de las acciones*, México, Trillas, 1983.
- MOLMENTI, MARIO A., *El desistimiento voluntario en la tentativa*, Temis, Bogotá, 1957.
- MORSELLI, ELIO, *La función del comportamiento interior en la estructura del delito*, Temis, Bogotá, 1972.
- MOMMSEN, TEODORO, *Derecho penal romano*, Bogotá, Temis, 1991.
- MONTES, JERÓNIMO, *Derecho penal español*, Madrid, 1917.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO, *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, Barcelona, Bosch, 1972.

- Introducción al Derecho penal*, Barcelona, Bosch, 1975.
- Teoría general del delito*, Bogotá, Temis, 1990.
- NAGEL, ERNEST, *La estructura de la ciencia*, Barcelona, Paidós, 1981.
- NINO, CARLOS SANTIAGO, *Introducción a la filosofía de la acción humana*, Buenos Aires, Eudeba, 1987.
- NOVOA MONREAL, EDUARDO, *El proceso de generación del delito, tentativa y delito imposible*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1963.
- Curso de derecho penal chileno*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1966.
- Finalismo y causalismo en derecho penal*, Bogotá, Temis, 1981.
- Fundamentos de los delitos de omisión*, Bogotá, Temis, 1984.
- NÚÑEZ BARBERO, RUPERTO, *El delito imposible*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1963.
- ONECA, ANTÓN, *Derecho penal*, Madrid, Reus, 1922.
- ORTOLAN, MARIO, *Explicación histórica de las instituciones del emperador Justiniano*, Madrid, Leocadio López editor, 1872.
- PACHECO, JOAQUÍN FRANCISCO, *El Código penal español*, Madrid, Imprenta de la viuda de Perinat y Cía., 1856.
- Estudios de Derecho penal*, Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Madrid en 1839 y 1840, Madrid, 1868.
- PAGLIARO, ANTONIO, *Principii di Diritto Penale. Parte generale*, Quarta Edizione Milano Dott A. Giuffrè editore, 1993.
- PAREDES VARGAS, CÉSAR, *La tentativa en el proyecto de código penal de 1986*, Lima, Debate Penal N° 1, 1987.
- PARETO, WILFREDO, *Tratado de Sociología general*, Firenze, 1923.
- PARSONS, TALCOTT, *Ensayos de Teoría Sociológica*, Barcelona, Paidós, 1967.
- Estructura de la acción social*, Madrid, Guadarrama, 1968.
- PASSARA, LUIS, *Derecho y sociedad en el Perú*, Lima, Ediciones El Virrey, 1980.
- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO, *Breve ensayo sobre la tentativa*, México, Porrúa, 1989.

- PELLEGRINI, BENEDETTO, *Del tentativo*, Torino Unione Tipográfica, 1914.
- PEÑA CABRERA, RAÚL, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Lima, Epasa, 1980.
- Tratado de Derecho penal. Estudio Programático*, Lima, Grijley, 1994.
- PÉREZ, LUIS CARLOS, *Tratado de Derecho penal*, Bogotá, Temis, 1990.
- PESSINA, ENRICO, *Elementos de derecho penal*, Madrid, Reus, 1919.
- PESSOA, NELSON, *La tentativa*, Buenos Aires, Hamurabi, 1987.
- PETROCELLI, BIAGIO, *Il delitto tentato*, Padova, Cedam, 1955.
- PIAGET, JEAN y MACKENZIE, LAZARSELD y otros, "La situación de las ciencias del hombre dentro del sistema de las ciencias", en *Tendencias de la investigación en las Ciencias Sociales*, Madrid, Alianza Universidad, 1975.
- PLATÓN, *La República*, Lima, Peisa, 1969.
- POPPER, KARL, *Conjeturas y refutaciones: El desarrollo del conocimiento científico*, Barcelona, Paidós, 1967.
- La lógica de la investigación científica*, Madrid, Tecnos, 1984.
- PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR, *Política criminal peruana*, Lima, Cultural Cuzco, 1985.
- Todo sobre el Código penal*, Lima, Idemsa, 1996.
- QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO, *Comentarios al Código penal*, Madrid, Editorial Revista de Derecho privado, 1946.
- RADBRUCH, GUSTAV, *Filosofía del Derecho*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933.
- RADNITZKY, ANDERSON, FEYERABEN y GRÜNBAUM, *Progreso y racionalidad de las ciencias*, Madrid, Alianza Editorial, 1982.
- RAMÍREZ VALDEZ, GRISEL, "Los límites de la ciencia", en *Yachay* (Revista de Filosofía de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos), Año I, N°1, Lima, 1995.
- RAMÍREZ Y BERRIOS, GUILLERMO, *La obra jurídica de Manuel Lorenzo de Vidaurre y Encalada y su influencia en la evolución del derecho peruano*, Tesis de Maestría, Lima, Universidad San Martín de Porres, 1994.

Actos preparatorios tentativa y consumación del delito

- RANIERI, SILVIO, *Manual de Derecho penal*, Bogotá, Temis, 1975.
- RASSAT, MICHÈLE-LAURE, *Droit pénal*, Presses Universitaires de France Paris, 1987.
- RAWLS, JOHN, *Justicia como equidad. Materiales para una teoría de la justicia*, Madrid, Tecnos, 1986.
- REALE, MIGUEL, *Teoria Tridimensional do Direito*, Sao Paulo, Saraiva, 1968.
Fundamentos del Derecho, Buenos Aires, Depalma, 1976.
- RECASÈNS SICHES, LUIS, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, 2 vols., México Porrúa, 1963.
Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho, México, Porrúa, 1980.
- REHBINDER, MANFRED, "Die Gesellschaftlichen Funktionen der Rechts" en *Soziologie: Rene Köning zum 65. Geburtstag*, 1973.
Sociología del derecho, Ediciones Pirámide, Madrid, 1981.
- REYES ALVARADO, YESSID, *La imputación objetiva*, Bogotá, Temis, 1994.
- REYES ECHANDÍA, ALFONSO, *Derecho penal*, Bogotá, Temis, 1975.
Tipicidad, Bogotá, Temis, 1989.
- RITZER, GEORGE, *La teoría sociológica contemporánea*, Madrid, Mc Graw Hill, 1995.
- ROBERT, JACQUES HENRI, *Droit pénal général*, Presses Universitaires de France, Paris, 1988.
- ROCCO, ARTURO, *Il problema e il metodo de la scienza del diritto penale*, en rivista di diritto e procedure penale, opera giuridica, Roma, 1933.
- RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARIA, *Derecho penal español. Parte general*, Madrid, 1977.
- RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARIA y GÓMEZ SERRANO, ALFONSO, *Derecho penal español. Parte general*, Madrid, Dykinson, 1994.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO, *Comentarios al código penal*, Barcelona, Ariel, 1976.
- ROMAGNOSI, GIANDOMENICO, *Génesis del Derecho penal*, Bogotá, Temis, 1956.

- ROMANO, MARIO, *Commentario sistematico al codice penale*, Milano, Giuffrè, 1995.
- RONCO, *L'azione penale*, Torino, 1984.
- ROSSI, PELLEGRINO, *Tratado de Derecho Penal*, Madrid, Imprenta de Don José María Repullés, 1939.
- ROXIN, CLAUS, *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1972.
- Problemas básicos de Derecho penal*, Madrid, Reus, 1976.
- Strafrecht: Allgemeiner Teil*, München, 1992.
- Política criminal y estructura del delito*, PPU, Barcelona, 1992.
- ROXIN, CLAUS; ARTZ, GÜNTHER y TIEDEMANN, KLAUS, *Introducción al Derecho penal y al Derecho procesal penal*, Barcelona, Ariel, 1989.
- ROY FREYRE, LUIS E., *Derecho penal. Parte especial*, Lima, EDDILI, Tomo I, 1986.
- Causas de extinción de la acción penal y de la pena*, Lima, Grijley, 1997.
- RUDOLPHI, HANS, "El fin del derecho penal del Estado y las formas de imputación jurídico penal", en *El sistema moderno del derecho penal: Cuestiones fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1991.
- RUSCONI, MAXIMILIANO, *Sistema del hecho punible y política criminal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1995.
- RUSSEL, BERTRAND, "Leyes causales psicológicas y físicas", en sus *Escritos básicos*, México, Planeta, 1985.
- SÁNCHEZ TEJERINA, ISAÍAS, *Derecho penal español*, Madrid, Reus, 1942.
- SANCINETTI, MARCELO A., *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, Bogotá, Temis, 1995.
- SAUER, GUILLERMO, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, Bosch, 1956.
- SAUSSURE, FERDINAND DE, *Curso de Lingüística General*, Barcelona, Planeta, 1985.
- SAVIGNY, FRIEDRICH KARL VON, *Sistema del derecho romano actual*, Madrid, F. Gongora y Cía. editores, 1878.

Metodología Jurídica, Buenos Aires, Depalma, 1979.

SCARANO, LUIGI, *Tentativa*, Bogotá, Temis, 1960.

SCHAFT, ADAN, *Introducción a la Semántica*, Barcelona, Ariel, 1973.

SCHILD, WOLFGANG, *Las teorías puras del derecho: Reflexiones sobre Hans Kelsen y Robert Walter*, Bogotá, Temis, 1983.

SCHNEIDER, JOCHEN y SCHROTH, ULRICH, "Perspectivas en la aplicación de las normas jurídicas: Determinación, argumentación y decisión", en ARTHUR KAUFMANN y WINFRIED HASSEMER (Eds.), *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Madrid, Editorial Debate, 1992.

SCHOECK, HELMUT, *Diccionario de Sociología*, Barcelona, Herder, 1977.

SCHÜNEMANN, BERND, "Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal", en SCHÜNEMANN *et. al.*, *El sistema moderno del derecho penal: Cuestiones fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1991.

El sistema moderno del derecho penal: Cuestiones fundamentales, Madrid, Tecnos, 1991.

SEIFFERT, HELMUT, *Introducción a la teoría de la ciencia*, Barcelona, Herder, 1977.

SEVERIANO RIVEIRO, JORGE, *Do crime - Da responsabilidade - Da co-autoria*, Rio de Janeiro, A Moitle, 1943.

SEOANE, GUILLERMO A., *Código Penal y de Enjuiciamientos en Materia Penal*, Lima, Librería Francesa Científica E. Rojay Editor, 1907.

SILVA SANCHEZ, JESÚS MARÍA, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Bosch, 1992.

"Sobre las posibilidades y límites de una dogmática supra nacional del derecho penal", en *Fundamentos de un sistema europeo de derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, Bosch, 1995.

SILVA SANTISTEBAN, JOSÉ, *Curso de Derecho penal*, Lima, Tipografía del autor, 1863.

SILVELA, LUIS, *El Derecho penal, estudiado en sus principios*, Madrid, Imprenta Fortanet, 1874.

SKOLIMOWSKI, H., *Racionalidad evolutiva*, Valencia, Universidad de Valencia, 1977.

- SOBREVILLA, DAVID, *Repensando la tradición nacional*, Lima, Hipatias, 1989.
- SOLER, SEBASTIAN, *Código Penal tipo para Latinoamérica*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1973.
- SPECHT, RAINER, "Preconcepciones y realidades", en AA.VV., *El factor ideológico en la ciencia y tecnología*, Lima, Mosca Azul, 1984.
- STRATENWERTH, GÜNTHER, *Derecho penal: Parte general*, Madrid, Edersa, 1982.
- STRATENWERTH, GÜNTHER y PUIG, MIR, *Política criminal y reforma en derecho penal*, Bogotá, Temis, 1982.
- STRUENSEE, EBERHARD, *Dolo, tentativa y delito putativo*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991.
- "Actuar y Omitir: delitos de comisión y omisión", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 3, Lima, 1994.
- TARSKI, ALFRED, *La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica*, Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión, 1972.
- TAVÁREZ JUAREZ, E., *Teoría del delito*, Buenos Aires, Hammurabi, 1983.
- TIMASHEFF, NICHOLAS S., *La teoría sociológica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1961.
- TISSOT, J., *Le Droit Pénal. Étudié dans ses principes*, Paris, Cotillon Libraire Editeur, 1860.
- TOMEIO, VINCENZO, *Il diritto come struttura del conflitto*, Milano, 1981.
- TOULMIN, STEPHEN, "La distinción entre ciencia normal ciencia revolucionaria, ¿resiste un examen?", en IMRE LAKATOS y ALAN MUSGRAVE, *La crítica y el desarrollo del conocimiento*, México, Grijalbo, 1975.
- VANNINI, OTTORINO, *Il problema giuridico del tentativo*, Milano, Giuffrè, 1950.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO, *Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Temis, 1994.
- UGARTE DEL PINO, VICENTE, *La labor jurídica del Mariscal Santa Cruz*, Tesis, Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1973.
- VIDAL, GEORGES, *Cours de droit criminelle et de science pénitentiare*, Paris, Librairie Rosseau, 1928.

Actos preparatorios tentativa y consumación del delito

- VIDAURRE, MANUEL LORENZO DE, *Proyecto de un Código Penal*, Boston, Hiram Tupper, 1828.
- VIHWEG, THEODOR, *Tópica y Filosofía del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1991.
- VILLA, GUILLERMO, *Fundamentos metodológicos de la nueva teoría del delito*, Bogotá, Temis, 1991.
- VILLAVICENCIO T., FELIPE, *Lecciones de derecho penal*, Lima, Cultural Cuzco, 1990.
- Código penal*, Lima, Cultural Cuzco, 1992.
- VITERBO ARIAS, JOSÉ, *Exposición comentada y comparada del Código penal de 1863*, Lima, Librería e Imprenta Gil, 1900.
- WAHL, JEAN, *Introducción a la filosofía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1957.
- WALTER, WILHELM, *La metodología jurídica en el siglo XIX*, Madrid, Edersa, 1980.
- WALZER, MICHAEL, *Las esferas de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.
- WATKINS, JOHN, "El enfoque popperiano del conocimiento científico", en G. RADNITZKY-G. ANDERSON-P. FEYERABEN-GRÜNBAUM, *Progreso y racionalidad de las ciencias*, Madrid, Alianza Editorial, 1982.
- WEBER, MAX, *Economía y Sociedad: Esbozo de sociología comprensiva*, México-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1992.
- WELZEL, HANS, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Roque Depalma Editor, 1956.
- La doctrina de la acción finalista*, Buenos Aires, Depalma, 1961.
- El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, Barcelona, Ariel, 1964.
- Derecho penal alemán. Parte general*, 11a. ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1970.
- WESSELS, JOHANNES, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Depalma, 1980.
- WITTGENSTEIN, LUDWIG, *Tractatus logico-philosophicus*, Madrid, Alianza Editorial, 1992.

- WOLTER, JÜRGEN, Imputación objetiva y personal, a título de injusto, en *En el sistema moderno del derecho penal*, Tecnos, 1991.
- YUSEFF SOTOMAYOR, GONZALO, *La prescripción penal*, Editorial Jurídica de Chile, 1987.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL, *Tratado de Derecho penal: Parte general*, México, Cárdenas Editor, 1988.
- Manual de derecho penal*, Lima, Ediciones Jurídicas, 1994.
- ZAVALA LOAYZA, CARLOS, *Sinópsis histórica de la Legislación penal en el Perú*, Lima, Librería e Imprenta Gil, 1941.
- ZDRAVOMISLOW, SCHNEIDER y RASHKOVSKAIA, KELINA, *Derecho penal soviético: Parte general*, Bogotá, Temis, 1970.
- ZIELENSKI, DIETHART, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990.

INDICE DE AUTORES

A

- Abastos, Manuel G., 485.
Accursius, 169 (n. 1).
Adomeit, Klaus, 32, 51 (n. 89).
Alciato, Andrea, 108, 170-171, 184.
Alexis, Robert, 10 (n. 4), 60 (n. 108).
Alfonso X (El Sabio), 174.
Alimena, Bernardino, 45, 170 (n. 1),
171 (n. 3 y 4).
Alston, William P., 24 (n. 43), 68 (n.
3).
Altavilla, Enrico, 130, 209.
Alwart, 304.
Amelung, Knut, 5, 6 (n. 5), 91.
Ancel, Marc, 118 (n. 109).
Anderson, G., 25 (n. 47).
Antolisei, Francesco, 45, 49, 97 (n.
65), 130, 190, 200, 203, 225, 279,
409, 410, 422 (n. 28), 424 (n. 31),
457-459, 463.
Antón Oneca, José, 452.
Araujo, Orestes, 325 (n. 311).
Aristóteles, 28, 72 (n. 13), 76 (n. 18),
81-82, 86, 299 (n. 281).
Artz, Günther, 134 (n. 156), 285 (n.
254).
Atienza, Manuel, 7 (n. 9), 33 (n. 64).

- Austin, John, 88 (n. 44).
Ayer, A. J., 18, 19 (n. 32).
Azon, 169 (n. 1).

B

- Bacigalupo, Enrique, 35 (n. 69), 95,
104, 111, 117, 213, 222, 224 (n.
147), 280, 282 (n. 250), 303, 326,
422, 454, 468 (n. 55), 470.
Bacon, Francis, 82.
Baldo de Ubaldis, 108, 170 (n. 1).
Bar, Horn von, 224.
Bar, Ludwig von, 205, 303, 304.
Baratta, Alessandro, 17.
Barrientos, Samuel, 467 (n. 55).
Bártolo (Bartolus de Sassoferrato),
170 (n. 1), 171 (n. 3).
Basadre, Jorge, 119 (n. 112).
Battaglini, Giulio, 198 (n. 62), 229.
Baumann, Jürgen, 45 (n. 80), 89, 179
(n. 14), 224, 302, 346, 348.
Beccaria, Cesare, 45, 118 (n. 110),
180-182, 184, 443.
Beling, Ernst von, 85 (n. 39), 87, 89,
103, 187, 213, 215, 217, 222, 224
(n. 147), 243, 251, 256 (n. 208),
259, 319, 447, 452, 468, 473, 478,
480.

Fidel Rojas Vargas

- Belvicio, 108.
Benites Sánchez, Santiago, 485.
Bentham, Jeremy, 118 (n. 110), 128.
Berlich, Matías, 170 (n. 1)
Berner, 335 (n. 329).
Bertalanffy, Ludwig von, 5 (n. 4).
Betancur, Agudelo, 468 (n. 55).
Bettioli, Giuseppe, 45, 188, 225, 229,
300.
Binder, Alberto, 52, 61.
Binding, Karl, 85 (n. 39), 208 (n. 94),
212, 225, 335 (n. 329), 348, 468.
Birkmeyer, Karl von, 81, 225.
Birnbaum, J. F., 447.
Blanco, Desiderio, 69 (n. 3).
Blei, Hermann, 97, 220.
Blondel, 178.
Bobbio, Norberto, 14, 59 (n. 106).
Bochensky, I. M., 29 (n. 56).
Bockelmann, Paul, 88, 218, 225, 337
(n. 332), 346, 347, 353, 465, 480.
Bohmero, 170 (n. 1)
Borja Jiménez, Emiliano, 91, 97, (n.
65), 467 (n. 54).
Bottke, 317, 337 (n. 332), 348.
Bouzat, Pierre, 114 (n. 107), 234.
Bramont Arias, Luis, 125, 194, 468 (n.
55), 472, 473-475, 477-482, 485.
Bramont-Arias Torres, Luis, 194 (n.
51), 475 (n. 68 y 69), 479, 482, 485.
Brandt, Gerd, 341 (n. 339).
Brauneck, Anne Eva, 179 (n. 14).
Bricola, Franco, 45, 231, 458-459.
Bühler, Karl, 86.
Büllesbach, Alfred, 4 (n. 2), 5 (n. 4),
51 (n. 91), 53.
Bunge, Mario, 18 (n. 32), 22, 29 (n.
55), 30, 43 (n. 79), 46 (n. 81), 69,
77 (n. 20), 83, 97 (n. 65).
Buri, Maximilian von, 81, 130, 202 (n.
70), 204, 205-206, 258, 302, 324.
Busch, Richard, 90.
Busigny, F., 172 (n. 5)
Bustos Ramírez, Juan, 86 (n. 40), 130
(n. 147), 131 (n. 148), 207 (n. 88),
215, 303, 422, 468 (n. 55).
- C**
- Caballero, Juan Ricardo, 161.
Cadoppi, 282 (n. 250).
Calasso, Francisco, 171 (n. 3)
Calatrava, 119.
Calderón Susín, Eduardo, 342 (n.
343).
Calle, Juan José, 123 (n. 123).
Calsamiglia, Alberto, 19, 20 (n. 35),
39 (n. 78), 52 (n. 95), 59 (n. 107).
Canat, Pierre, 118 (n. 109).
Carbonnier, Jean, 4 (n. 3).
Carlomagno, 173.
Carlos V, 176, 184.
Carmignani, Giovanni, 170, 184, 185,
199, 320, 443-444.
Carnap, Rudolph, 18.
Carnelutti, Francesco, 55, 227.
Carnevale, Manuel, 45.
Carpzow, Benedict, 170 (n. 1), 171
(n. 3).
Carrara, Francesco, 45, 102 (n. 78),,
103, 105 (n. 87), 125, 139, 144,
170, 184, 185, 199-200, 201, 202-
204, 206 (n. 86), 207 (n. 91), 208
(n. 94), 230, 243, 267, 270 (n. 224),
274, 286, 300, 319 (n. 300), 320,
322, 325 (n. 311), 368, 411 (n. 11),
412, 421-422, 426, 429, 430-431,
443-447, 468.

Actos preparatorios tentativa y consumación del delito

- Cassirer, Ernst, 12 (n. 18).
Castañeda Sánchez, Miguel, 485.
Cavallo, Vincenzo, 225, 229, 279 (n. 244), 290 (n. 268).
Cerezo Mir, José, 86 (n. 40), 273, 325 (n. 312), 452.
Cerroni, Umberto, 32 (n. 61).
Chirinos Soto, Francisco, 485.
Civoli, Cesare, 130.
Claro, Giulio, 171 n. 3
Cobo del Rosal, Manuel, 100, 101 (n. 74).
Cohen, S., 17.
Coing, Helmut, 5, 171 (n. 3).
Coll, Jorge, 467 (n. 55).
Contento, Gaetano, 193, 303, 458.
Conti, Luigi, 45.
Corcoy Bidasolo, Mirentxu, 245 (n. 193), 246.
Córdoba Roda, Juan, 86 (n. 40), 452.
Córdova Angulo, Miguel, 289, 367 (n. 366).
Cornejo, Angel Gustavo, 124-125, 249, 394, 467 (n. 55), 470, 472-473, 485.
Corso Masías, Alfredo, 485.
Correia, Eduardo, 117 (n. 109).
Cossio, Carlos, 10 (n. 14), 13 (n. 20).
Costa, Alvaro Mayrink da, 197, 468 (n. 55).
Costa e Silva, Antonio da, 468 (n. 55).
Cousiño Mac Iver, Luis, 468 (n. 55).
Covarrubias, Diego de, 170 (n. 1).
Cremani, 171 (n. 3).
Creus, Carlos, 89, 468 (n. 55).
Crispigni, 209.
Cuello Calón, Eugenio, 189, 436, 452.
Cury Urzúa, Enrique, 86 (n. 40), 95, 97 (n. 65), 129, 196-197, 250 (n. 198), 256 (n. 208), 269, 322 (n. 308), 468 (n. 55), 470.
- D**
- Dahm, Georg, 130-131, 171 (n. 3).
Damhouder, 171 (n. 3).
David, René, 5, 6 (n. 5).
Deciano, Tiberio, 108, 170 (n. 1), 171 (n. 3).
Del Val, Juan Antonio, 180 (n. 16).
Delpino, Luigi, 231.
Dezza, Ettore, 467 (n. 54).
Dilthey, Wilhelm, 12 (n. 18), 25, 27, 31, 33, 35 (n. 68).
Dohna, Alexander Graf zu, 86, 188, 251, 449.
Dolcini, Emilio, 231, 458.
Donini, Massimo, 299 (n. 281).
Dorado Montero, Pedro, 452, 468.
Dreher, Eduard, 337 (n. 332).
Dreir, Ralf, 60 (n. 108).
Driendl, 463 (n. 40).
Durkhein, Emil, 90 (n. 48).
Dworkin, Ronald, 39 (n. 73), 59 (n. 107).
- E**
- Engels, Friedrich, 32 (n. 61).
Engish, Karl, 10 (n. 14), 86 (n. 41), 90.
Erismann, Theodor, 86 (n. 41).
Escallón, Rafael, 467 (n. 55).
Escriva Grégori, José, 245 (n. 193).
Eser, Albin, 50, 97, 210, 224, 303, 339, 348.
Esser, Josef, 39 (n. 73).
Espino Pérez, Julio, 161, 374 (n. 381), 396 (n. 387).

Estrada Vélez, Federico, 468 (n. 55).
Etcheberry, Alfredo, 468 (n. 55).
Ezaine Chávez, Amado, 482.

F

Farinacci, Prospero, 170 (n. 1), 171 (n. 3), 182, 324.
Fernández Carrasquilla, Juan, 10 (n. 14), 34 (n. 67), 54 (n. 99), 430 (n. 43), 468 (n. 55).
Fernández Sessarego, Carlos, 13 (n. 20).
Ferrajoli, Luigi, 15, 17, 24, 55 (n. 101), 61-62.
Ferrater Mora, José, 68 (n. 3).
Ferreira Delgado, Francisco, 72.
Ferrer Sama, Antonio, 132-133.
Ferri, Enrico, 45, 85 (n. 39), 129-130, 187, 205, 207-209, 302, 443, 468, 473.
Feurbach, Paul Johann Anselm Ritter von, 127 (n. 134), 170, 178 (n. 12), 183-184, 207 (n. 91), 210-211, 270 (n. 224), 300, 345, 346, 443, 447, 468.
Feyerabend, Paul K., 20 (n. 36), 25 (n. 47), 26, 29 (n. 56).
Fiandaca, Giovanni, 45, 192, 226, 231, 275, 278 (n. 244), 336 (n. 331), 411, 418, 422 (n. 28), 429 (n. 41), 458, 459-460.
Fiedler, Herbert, 266 (n. 218).
Filangieri, Gaetano, 111, 118 (n. 110), 182, 443.
Filiberto, Manuel, 178 (n. 12).
Fiore, Carlo, 231, 303, 458.
Florian, Eugenio, 81, 130, 209.
Fontán Balestra, Carlos, 195, 468 (n. 55), 473, 481 (n. 87).

Fornasari, Gabrielle, 79, 458.
Foucault, Michael, 17.
Fragoso, Heleno Cláudio, 197, 212-213.
Frank, Reinhart, 198 (n. 62), 224, 243, 251, 314, 321, 337 (n. 332), 448, 449, 451.
Frege, Gottlob, 23, 68 (n. 3).
Freudenthal, Bethold, 448.
Frías Caballero, Jorge, 89, 227 (n. 160), 259 (n. 209), 482.
Frisch, Wolfgang, 297, 299 (n. 281).
Frosali, 337 (n. 331).
Fuentes, Manuel Atanasio, 122, 123 (n. 120), 467 (n. 55).
Fukuyama, Francis, 8 (n. 11).

G

Gadamer, Hans Georg, 31, 46 (n. 81).
Gaitán, Jorge Eliécer, 467 (n. 55).
Gallas, Wilhelm, 79, 92 (n. 51), 467 (n. 54).
Gandino, Alberto, 170 (n. 1), 171, 182, 184.
García Calderón, Francisco, 121, 474 (n. 63).
García del Corral, Idelfonso, 172 (n. 5).
García Goyena, Florencio, 129.
García Maynez, Eduardo, 10 (n. 14).
Garófalo, Rafael, 85 (n. 39), 124, 125, 129-130, 186-187, 205, 207-208, 302, 443 (n. 1), 468, 473.
Garraud, Rene, 113, 180 (n. 15), 233, 243.
Garrido Mont, Mario, 198 (n. 62).
Gehlen, Arnold, 6, 70, 95, 99.
Geyer, August, 198 (n. 62), 211.
Gimbernat, Enrique, 16, 39 (n. 74), 51

Actos preparatorios tentativa y consumación del delito

- (n. 92), 61, 90, 92, 93 (n. 54), 97, 144, 268, 299 (n. 281), 303, 453, 454, 464 (n. 42).
- Giraldo, Jaime Angel, 30 (n. 57).
- Glaser, Stephan, 81.
- Glena, Labatut, 467 (n. 55), 478 (n. 78).
- Goethe, Johann Wolfgang von, 111.
- Goldman, Alvin I., 97 (n. 65).
- Goldschmidt, Werner, 59 (n. 106), 448.
- Gómez, Eusebio, 467 (n. 55).
- Gómez Benítez, José Manuel, 319, 332, 422, 452, 454-456.
- Gómez Serrano, Alfonso, 93.
- Gonzales Prada, Manuel, 143.
- Gössel, Karl Heinz, 100, 191, 220, 254 (n. 206), 263 (n. 16), 287 (n. 260), 304 (n. 286), 330, 348, 420.
- Gramajo, Edgardo, 97 (n. 65).
- Grasso, 282 (n. 250).
- Gregorio IX, 175 (n. 9).
- Grocio, Hugo, 118 (n. 110), 127 (n. 134), 170 (n. 1), 300 (n. 282).
- Groizard y Gómez de la Serna, Alejandro, 132-133, 452.
- Grünbaum, 25 (n. 47).
- H**
- Habermas, Jürgen, 5 (n. 5), 9 (n. 13), 12 (n. 18), 69, 91 (n. 48), 95, 97 (n. 65), 99.
- Hacking, Ian, 19 (n. 33), 20 (n. 36), 43 (n. 78).
- Hall, Jerome, 86 (n. 41).
- Halschner, Hugo, 202 (n. 70), 204.
- Hampshire, Stuart, 97 (n. 65).
- Hart, Herbert L. A., 14, 39 (n. 73), 59 (n. 107), 97 (n. 65).
- Hartmann, Nikolai, 86.
- Hassemer, Winfried, 4 (n. 2), 5 (n. 4), 15 (n. 23), 17, 33 (n. 64), 48 (n. 83), 49, 51 (n. 91), 53 (n. 98), 60 (n. 109), 138, 463 (n. 40).
- Haus, J. J., 270 (n. 224).
- Havemann, Robert, 82 (n. 33).
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich, 32 (n. 61), 72 (n. 13), 95, 299 (n. 281).
- Hegler, Frank, 88, 448.
- Heineccio, Johann, 118 (n. 110).
- Heisemberg, 82.
- Hempel, Carl, 18, 22 (n. 39), 23 (n. 42).
- Heredia, Ricardo, 121, 122 (n. 119).
- Herrera, Bartolomé, 121.
- Herzberg, 337 (n. 332).
- Herzog, R., 344.
- Hippel, Robert von, 213-214, 300, 321, 348, 447.
- Hirsch, Hans J., 86 (n. 40), 90, 97 (n. 65), 263, 452, 467 (n. 54).
- Hobbes, Thomas, 81.
- Hoerster, Normert, 10 (n. 14), 15 (n. 22).
- Holtzendorf, Franz, 204.
- Hönig, Richard, 299 (n. 281).
- Hönigswald, Richard, 86.
- Hornsby, Jennifer, 88 (44).
- Houlsman, Louk, 17.
- Hruscka, 299 (n. 281).
- Hübner, Kurt, 22, 23 (n. 41).
- Huerta Tocildo, Susana, 282 (n. 250).
- Hume, David, 25, 82.
- Hungria, Nelson, 212, 468 (n. 55), 473.
- Hurtado Pozo, José, 125-126, 196, 372 (n. 373), 468 (n. 55), 469 (n. 57), 470, 472, 475-477, 479-481, 486.

Hüsserl, Edmund, 12 (n. 18), 19 (n. 34), 76.

Hüsserl, Gerhard, 41.

I

Ihering, Rudolph von, 16, 58.

Irineo, 169 (n. 1).

Impallomeni, Gian Battista, 194, 225.

Iwasaki Cauti, Fernando, 58 (n. 104).

J

Jaén Vallejo, Manuel, 73 (n. 15).

Jaensch, Erich, 86 (n. 41).

Jagusch, 270 (n. 224).

Jakobs, Günther, 5, 8, 10 (n. 14), 45 (n. 80), 71 (n. 9), 78, 79, 81, 90, 92, 93-95, 96 (n. 64), 97, 101, 192, 223-224, 238 (n. 187), 266 (n. 218), 268 (n. 221), 269 (n. 222), 280, 284, 287, 292-293, 295-299, 301-302, 304 (n. 286), 331, 335 (n. 329), 347, 348, 414, 420, 452, 462-467, 468, 471.

Janack, Ernest Walter, 179 (n. 14).

Jenófanos, 21.

Jescheck, Hans-Heinrich, 17, 52 (n. 97), 79, 90, 95, 96, 97, 117, 118 (n. 109), 135, 161, 217, 219-220, 224, 269 (n. 222), 276 (n. 242), 278, 279 (n. 245), 282 (n. 250), 283 (n. 252), 293 (n. 273), 303, 304, 324-325, 341, 410, 420, 422 (n. 28), 425, 475.

Jiménez, Plácido, 124, 467 (n. 55).

Jiménez de Asúa, Luis, 45 (n. 80), 87 (n. 42), 88, 89, 113, 114 (n. 107), 190, 256 (n. 208), 270 (n. 225), 413 (n. 15), 416 (n. 20), 443 (n. 1), 452,

468, 473, 478, 480, 480, 482.

Jiménez Huerta, Mariano, 103-104 (n. 83), 203.

Jimeno Sendra, Vicente, 60 (n. 110).

Johnson, E. L., 33 (n. 64).

K

Kahlo, 299 (n. 281).

Kargl, Walter, 317.

Kasquin, José, 108.

Kaufmann, Armin, 17, 41 (n. 77), 86 (n. 40), 90, 282 (n. 250), 301 (n. 282), 452, 468.

Kaufmann, Arthur, 4 (n. 2), 5 (n. 4), 12 (n. 18), 15 (n. 23), 33 (n. 64), 48 (n. 83), 49, 51 (n. 91), 53 (n. 98), 60 (n. 109), 179 (n. 14), 476.

Kaulbach, Friedrich, 69, 70 (n. 6), 97 (n. 65), 99.

Kelina, 101 (n. 76), 104.

Kern, Eduardo, 161, 348.

Kelsen, Hans, 10 (n. 14), 13 (n. 19 y 20), 14, 59 (n. 106).

Kirschmann, Julius Hermann von, 37, 50.

Klug, Ullrich, 86 (n. 41), 92 (n. 51), 179 (n. 14).

Knapp, Viktor, 17, 30 (n. 58), 33, 34.

Köhler, August, 208 (n. 94), 216, 217.

Kohlrausch, Eduard, 464.

Köstlin, 172 (n. 6), 202 (n. 70), 269.

Kraft, Julius, 38 (n. 72).

Kratzch, 304.

Kraub, 299 (n. 281).

Kries, 81.

Kuhn, Thomas S., 8 (n. 12), 20, 21 (n. 37), 26, 27.

Kunkel, Wolfgang, 171 (n. 3), 172 (n. 5).

L

- La Mar, José de, 143 (n. 165).
Labatut Glens, Gustavo, 194.
Lackner, 97, 218, 299 (n. 281), 321, 337 (n. 332).
Lakatos, Imre, 9 (n. 12), 21 (n. 37), 26 (n. 40).
Lama, Miguel A. de la, 123.
Lammasch, 335 (n. 329).
Lampe, Ernst Joachim, 179 (n. 14), 270 (n. 224).
Landecho, María, 452.
Lange, 90.
Lardizábal Uribe, Manuel de, 118 (n. 110), 127 (n. 134).
Larenz, Karl, 3 (n. 1), 13 (n. 19), 16 (n. 24), 38 (n. 72), 39 (n. 73), 299 (n. 281).
Lask, Emil, 85 (n. 39).
Latagliata, Rafael, 231, 337 (n. 331), 348.
Latorre, Angel, 11 (n. 16), 28 (n. 52).
Laudan, Larry, 19 (n. 33), 43 (n. 78).
Laurenzo Copello, Patricia, 413 (n. 13).
Leech, Geoffrey, 68 (n. 3).
Legaz Lacambra, Luis, 10 (n. 14).
Leibniz, Wilhelm, 81, 82.
Lenckner, Theodor, 179 (n. 14).
León, Carlos Aurelio, 485.
Linke, P. F., 86.
Liszt, Franz von, 17, 52, 73, 85 (n. 39), 87, 89, 108 (n. 93), 171 (n. 3), 174 (n. 7), 186, 210, 265, 300, 316, 321, 345, 410, 413 (n. 14), 447, 452, 463, 468, 473, 475 (n. 69), 478.
Lombroso, Cesare, 45, 205.
Lorenz, Konrad, 71 (n. 10).
Losano, Mario, 5, 14.

- Lozano, Carlos, 467 (n. 55).
Lucio Vero, 143 (n. 166).
Luden, Heinrich, 344.
Luhmann, Niklas, 4 (n. 4), 5 (n. 5), 6, 7, 8 (n. 10), 9 (n. 13), 10 (n. 14), 11, 38 (n. 72), 49, 50, 51 (n. 90), 57, 70, 97, 296.

M

- Magalhaes, Noronha, 468 (n. 55), 473.
Maggiore, Giuseppe, 109 (n. 95), 225-226, 325 (n. 329), 436.
Maihofer, Werner, 90, 95, 179 (n. 14).
Maiwald, Manfred, 82 (n. 34), 221 (n. 141), 330 (n. 320), 332 (n. 325), 340 (n. 337), 346, 354, 467 (n. 54).
Malariaga, Carlos, 110 (n. 99).
Malinowski, B., 296 (n. 276).
Mantovani, Ferrando, 79, 85, 97 (n. 65), 192, 226, 231, 278 (n. 244), 303, 304, 336 (n. 331), 410 (n. 3), 415, 458.
Manzini, Vincenzo, 225, 226, 230-231, 273 (n. 236), 328, 335, 336 (n. 331).
Marco Aurelio, 143 (n. 166).
Marinucci, Giorgio, 231, 458.
Marsilius, Tiberio de, 171 (n. 3).
Martindale, Don, 9 (n. 13).
Marx, Karl, 32 (n. 61), 33.
Masaveu, Jaime, 208 (n. 94), 452.
Massari, Eduardo, 45, 81, 109, 130, 227.
Masterman, Margaret, 9 (n. 12).
Maurach, Reinhart, 79, 83, 84 (n. 36), 86 (n. 40), 95, 90, 97, 100, 111, 134 (n. 155), 189, 191, 224, 251, 254 (n. 205 y 206), 263, 279-280, 287, 288, 270, 303, 304 (n. 286), 317, 330,

Fidel Rojas Vargas

- 332, 333 (n. 337), 344, 348, 420, 452.
- Maúrtua, Víctor M., 357, 359, 393.
- Mayer, Hellmuth, 346.
- Mayer, Max Ernest, 218, 321.
- Mazureck, Per, 33 (n. 64).
- Menocchio, 170 (n. 1), 171 (n. 3), 182, 324.
- Merkel, Adolf Paul, 213-214, 215, 217, 410, 447, 457.
- Merryman, Henry, 54 (n. 100), 62 (n. 115).
- Merton, Robert, 6, 107 (n. 88), 296 (n. 272).
- Mezger, Edmund, 45 (n. 80), 81, 85 (n. 39), 88, 89, 161, 176, 188, 206 (n. 85 y 86), 216, 224, 265, 280, 287, 303, 314, 321, 414, 448, 449 (n. 8), 452, 468, 473, 475, 476, 477 (n. 74).
- Mill, John Stuart, 81.
- Mir Puig, Santiago, 16, 110 (n. 96), 134 (n. 154), 215, 217, 319, 343 (n. 345), 452, 454.
- Miro Quesada, Francisco, 59 (n. 106).
- Mittermaier, K. J. A., 207 (n. 91), 300.
- Moles, Abraham, 97 (n. 65), 99.
- Mommsen, Theodoro, 108, 172 (n. 6).
- Monaco, 337 (n. 331).
- Montes, Jerónimo, 128.
- Morsell Elio, 231, 270 (n. 244), 458, 460-462.
- Mota, Candido, 468 (n. 55).
- Muñoz Conde, Francisco, 17, 49, 52 (n. 93), 216, 221 (n. 141), 222-223, 303, 322 (n. 307), 337 (n. 332), 338 (n. 333), 344 (n. 347 y 348), 345 (n. 349), 348, 422, 452, 454, 456.
- Musco, Enzo, 192, 226, 231, 275, 278 (n. 244), 336 (n. 331), 411, 418, 422 (n. 28), 429 (n. 41), 458, 459-460.
- Musgrave, Alan, 9 (n. 12), 21 (n. 37), 26 (n. 49).

N

- Nagel, Ernest, 22 (n. 39), 28, 29 (n. 54), 43 (n. 79).
- Nagler, 198 (n. 62), 270, 448.
- Napoleón I Bonaparte, 17.
- Naucke, Wolfgang, 17.
- Neumann, Ulfrid, 48 (n. 83).
- Niese, W., 86 (n. 40), 90.
- Nino, Carlos Santiago, 88 (n. 44), 97 (n. 65).
- Niño, Luis Fernando, 454 (n. 18).
- Noll, Peter, 179 (n. 14), 463 (n. 40).
- Novoa Monreal, Eduardo, 85 (n. 39), 195, 282 (n. 250), 468 (n. 55), 469 (n. 57), 470, 473, 478, 479 (n. 80), 481 (n. 87).
- Nowakowski, Friedrich, 92 (n. 51).
- Núñez Barbero, Ruperto, 209, 251 (n. 202), 272, 274 (n. 236), 325 (n. 311), 468 (n. 55), 473, 481 (n. 87).
- Núñez Ureta, 124.

O

- Oeheler, Dietrich, 299 (n. 281).
- Oetker, 346.
- Ortiz, Pedro, 468 (n. 56).
- Ortolán, M., 172 (n. 5), 232
- Otter, Klaus, 95.
- Oudard, 178.

P

- Pacheco, Joaquín Francisco, 110, 135-136, 452.

- Pacheco, Shurmann, 279 (n. 244).
Padovani, 458.
Pagliaro, Antonio, 45, 231, 303, 337 (n. 331), 415-416, 423 (n. 29), 427, 428 (n. 39), 458.
Paredes Vargas, César, 482.
Pareto, Wilfredo, 99.
Parsons, Talcott, 5, 6, 90-91 (n. 48), 97 (n. 65), 98, 99 (n. 68), 296 (n. 272).
Pásara, Luis, 60 (n. 110).
Pasukanis, Bronislavovic, 7 (n. 9), 17, 33.
Patterniti, 278 (n. 244).
Paulo, 127.
Peña Cabrera, Raúl, 125, 195-196, 468 (n. 55), 473, 480, 482, 485, 486.
Pepo, 169 (n. 1).
Pérez, Luis Carlos, 143 (n. 165), 468 (n. 55).
Pessina, Enrico, 45, 171 (n. 3), 180 (n. 15), 184, 186, 314, 335, 338 (n. 333), 443.
Pessoa, Nelson, 86 (n. 40), 102 (n. 79), 221 (n. 140), 242.
Peter, Wilhelm, 86 (n. 41).
Petrocelli, Biaggio, 226, 227, 229-230, 243, 256 (n. 208), 259, 275, 300.
Pfänder, Alexander, 86.
Piaget, Jean, 12 (n. 18), 22, 31 (n. 60).
Pierangeli, J. H., 241.
Pinatel, Jean, 114 (n. 107), 234.
Platón, 57, 58 (n. 103).
Politoff, Sergio, 468 (n. 55).
Popper, Karl, 18 (n. 32), 20, 21 (n. 37 y 38), 26, 42 (n. 78), 43 (n. 79).
Prado, Javier, 467 (n. 55).
Prado Saldarriaga, Víctor, 468 (n. 55), 485.
Preisendanz, 97.
Pufendorf, Samuel von, 299 (n. 281).
Puglia, Ferdinando, 209.
Puppe, Ingeborg, 270 (n. 224), 337 (n. 332).
- Q**
- Quiroz, Bernaldo, 452.
- R**
- Radbruch, Gustav, 11 (n. 16), 12 (n. 18), 45 (n. 80), 85 (n. 39), 87, 88, 89, 208 (n. 94), 448.
Radnitzky, G., 25 (n. 47), 26 (n. 48).
Ramírez, Grisel, 27.
Ramírez y Berrios, Guillermo, 119 (n. 112).
Ramos, Pablo, 467 (n. 55).
Ranieri, Silvio, 103, 130, 189, 227-228, 422 (n. 28), 468, 481.
Rashkovskaia, 101 (n. 76), 104.
Rassat, Michele-Laure, 234-235.
Rawls, John, 59 (n. 106).
Reale, Miguel, 10 (n. 14), 13 (n. 20).
Recaséns Siches, Luis, 10 (n. 14).
Redslob, 205.
Rehbinder, Manfred, 3-4.
Reyes Alvarado, Yessid, 92 (n. 52), 268 (n. 221), 468 (n. 55).
Reyes Echandía, Alfonso, 271, 367, 414, 468 (n. 55), 470-471.
Rickert, Heinrich, 12 (n. 18), 85 (n. 39).
Río, Raimundo del, 467 (n. 55).
Ritzer, George, 9 (n. 13).
Robert, Jacques-Henri, 234.
Rocco, Arturo, 12 (n. 19), 45, 53, 109, 198 (n. 62), 225, 382, 457.

Fidel Rojas Vargas

- Rodríguez Devesa, José María, 93, 452.
Rodríguez Mourullo, Gonzalo, 143 (n. 166), 343 (n. 345), 452.
Rodríguez Muñoz, José Arturo, 452.
Rohland, von, 211, 243 (n. 193).
Rohmer, Elisabeth, 97 (n. 65), 99.
Romagnosi, Giandomenico, 113, 183, 184-185, 313, 314-315, 320, 443.
Romano, Mario, 97 (n. 65), 193, 231, 336 (n. 331), 339, 429, 430.
Ronco, 97 (n. 65).
Rossi, Pellegrino, 104, 113, 135, 184, 185, 207 (n. 91), 230, 232, 233, 234, 270 (n. 224), 300, 443.
Roxin, Claus, 5, 6, (n. 5), 8, 45 (n. 80), 71 (n. 9), 81, 90, 91, 92 (n. 54), 93, 97, 134 (n. 156), 179 (n. 14), 191, 206 (n. 87), 218, 265, 268 (n. 221), 285, 295-296, 298-299, 303, 317, 342, 346, 348, 352, 353, 354, 452, 460, 462-465.
Roy Freyre, Luis E., xix-xx, 125, 439 (n. 45), 468 (n. 55), 470, 473, 485, 486.
Rudolphi, Hans Joachim, 79, 81, 90, 217, 220-221 (n. 140), 299 (n. 281), 348.
Ruiz Moreno, Juan, 7 (n. 9), 33 (n. 64).
Rusconi, Maximiliano, 50 (n. 88).
Russell, Bertrand, 82.
- S**
- Saldaña, Quintiliano, 174 (n. 7), 452.
Salillas, 452.
Sánchez Tejerina, Isaías, 128.
Sancinetti, Marcelo, 335 (n. 329), 414, 466 (n. 51), 471-472.
Santa María, 231.
Sauer, Wilhelm, 90, 188, 210-212, 243, 259, 300, 309 (n. 289), 346, 348, 449 (n. 8).
Saussure, Ferdinand de, 69 (n. 3).
Savigny, Friedrich Carl von, 16 (n. 24), 171 (n. 3).
Scarano, Luigi, 130, 174 (n. 7), 176 (n. 10), 198 (n. 62), 201-202, 203, 225, 271, 272, 300 (n. 282).
Schaffstein, Friedrich, 130, 299 (n. 281).
Schaft, Adan, 69 (n. 3).
Scheurl, 348.
Schild, Wolfgang, 14 (n. 21).
Schiller, J. C. F., 70.
Schlick, 18.
Schmidhäuser, Eberhard, 45 (n. 80), 218, 302, 337 (n. 332), 348.
Schmidt, Eberhard, 90, 91.
Schmidt, Rudolph, 179 (n. 14).
Schneider, 101 (n. 76), 104.
Schneider, Jochen, 60 (n. 109).
Schoeck, Helmut, 5 (n. 4).
Schönke, Adolf, 45 (n. 80), 89, 210, 280, 300, 339, 346, 348, 422 (n. 28).
Schröder, Horst, 45 (n. 80), 89, 210, 280, 300, 339, 346, 353, 422 (n. 28).
Schroth, Ulrich, 60 (n. 109).
Schultz, Hans, 179 (n. 14).
Schünemann, Bernd, 11, 17, 89, 90, 287 (n. 262), 332, 467 (n. 54).
Schwarze, 130, 204.
Seiffert, Helmut, 36.
Serrano Gómez, Alfonso, 452.
Sila, 108.
Silva Sánchez, Jesús-María, 17, 35

Actos preparatorios tentativa y consumación del delito

(n. 69), 41 (n. 76), 52 (n. 96), 282
(n. 250), 290 (n. 268), 467 (n. 54).
Silva Santisteban, Luis, 121, 122 (n.
119), 485.
Silvela, Luis, 128.
Siqueira, Galdino, 468 (n. 55).
Skolimowski, H., 29 (n. 56), 33.
Sobrevilla, David, 59 (n. 106).
Sócrates, 57.
Soler, Sebastián, 72 (n. 11), 193, 436,
468 (n. 55), 473, 481 (n. 87).
Sommer, 335 (n. 329).
Sorokin, Pitirin, 460.
Spasari, 282 (n. 250).
Specht, Reiner, 26 (n. 49).
Spota, Albert G., 58 (n. 105).
Stoppato, 81.
Stratenwerth, Günther, 86 (n. 40),
100, 179 (n. 14), 190, 217, 219-220,
221 (n. 140), 224 (n. 147), 225 (n.
155), 226, 269 (n. 222), 280, 303,
321, 348, 422 (n. 28), 452.
Stree, Walter, 79, 179 (n. 14).
Streng, 270 (n. 224).
Struensee, Eberhard, 80, 81 (n. 27),
266 (n. 218), 333.
Suárez Montes, 452.
Sutherland, 17.

T

Tácito, 174 (n. 7).
Target, 178.
Tarski, Alfred, 20 (n. 36), 24.
Tavares, Juárez E. X., 85 (n. 39), 467
(n. 54).
Thon, August, 211.
Thong Wom Kim, 452.
Tiedemann, Klaus, 134 (n. 156), 285
(n. 254).

Timasheff, Nicolás S., 9 (n. 13).
Tissot, J., 128 (n. 137), 233-234.
Tomeo, Vincenzo, 3.
Toulmin, Stephan, 21 (n. 37), 26.
Treillard, 178.
Troje, Hans, 5, 6 (n. 5).
Tröndle, 337 (n. 332).

U

Ugarte del Pino, Vicente, 119 (n.
112).
Ulpiano, 111.

V

Vannini, Ottorino, 102 (n. 77), 228,
245, 282 (n. 250), 335 (n. 329).
Vehling, 224.
Velásquez Velásquez, Fernando, 92
(n. 53), 96, 197, 207 (n. 88), 272,
433 (n. 1), 471.
Vidal, Georges, 113, 234.
Vidaurre, Manuel Lorenzo de, 118-
119, 143 (n. 165), 485.
Viehweg, Theodor, 17, 49.
Vieira de Araujo, Joao, 467 (n. 55).
Viellard, 178 (n. 12).
Vigliani, 39 (n. 300).
Villavicencio Terreros, Felipe, 322
(n. 307), 341 (n. 338), 468 (n. 55),
480, 482, 485, 486.
Villovisio, Jacobo de, 171 (n. 3).
Vinogradoff, Paolo, 171 (n. 3).
Violante, 337 (n. 331).
Viveiros de Castro, 467 (n. 55).
Vives Antón, Tomás Salvador, 100,
101 (n. 74).
Vogel, 71 (n. 9).
Vogler, 303.

Fidel Rojas Vargas

W

- Wahl, Jean, 82.
Walter, Robert, 14.
Walzer, Michael, 59 (n. 106).
Watkins, John, 21 (n. 37), 25.
Weber, Hellmuth von, 86, 88, 449.
Weber, Max, 90-91 (n. 48), 98.
Welp, 282 (n. 250).
Welzel, Hans, 36, 46, 47 (n. 82), 71 (n. 9), 75, 81, 85-87, 89, 90-91, 92, 99, 106 (n. 89), 111, 126, 188, 208 (n. 94), 217-218, 220-221 (n. 140), 259, 260, 265, 269, 280, 284, 302, 321, 333, 339, 353, 410-411, 422 (n. 28), 428, 449-452, 461-462, 468, 474, 477 (n. 74).
Wessels, Johannes, 97, 218, 267, 288, 423, 425.
Windelband, Wilhelm, 12 (n. 18), 85 (n. 39).
Wittgenstein, Ludwig, 18, 341 (n. 339).

- Wolf, Erick, 90.
Wolff, 97 (n. 65).
Wolter, Jürgen, 287, 299 (n. 281), 330, 337 (n. 332), 348.
Wright, 14, 99 (65).
Württemberg, Thomas, 463 (n. 40).

Z

- Zachariae, 184, 224, 225, 344, 447.
Zaffaroni, Eugenio Raúl, 16, 40 (n. 74), 68 (n. 2), 86 (n. 40), 134 (n. 155), 242, 286, 290, 293 (n. 273), 303, 322 (n. 307), 348, 422, 468 (n. 55), 469 (n. 57), 470.
Zanardelli, Giuseppe, 115, 379.
Zavala Loayza, Carlos, 120, 372.
Zdravomislow, 101 (n. 76).
Zielinski, Diethart, 86 (n. 40), 90, 97 (n. 65), 190, 452.
Zipf, Heinz, 463 (n. 40).
Zong Uk Tjong, 452.
Zweigert, 50.

Notas

**Se terminó de imprimir
en los Talleres Gráficos de
Laser Graf Alvarado,
en julio de 1997.**