

§ 19 Proceso ejecutivo del delito (*iter criminis*)

I. Nociones preliminares. II. Etapas del iter criminis. III. Actos preparatorios. 1. Noción. 2. Fundamentos de la impunidad. 3. Excepciones a la regla de la impunidad. IV. Tentativa. 1. Fundamento de punibilidad de la tentativa. a. Criterio objetivo. b. Criterio subjetivo. c. Criterio mixto. d. Desobediencia de la norma. e. Apreciación. 2. Regulación legislativa. 3. Elementos de la tentativa. a. Elemento subjetivo. b. Elemento objetivo: comienzo de ejecución. b.1. Criterio formal objetivo. b.2. Criterio material objetivo. b.3. Criterio subjetivo. b.4. Criterios mixtos. c. No realización de la consumación. d. Idoneidad de la acción. 4. Jurisprudencia. 5. Tentativa y delito agotado. V. Desistirse de ejecutar e impedir la consumación. 1. Regulación legislativa. 2. Tentativa acabada e inacabada. 3. Abandono de la ejecución (desistimiento). 4. Impedir la producción del resultado. 5. No consumir el delito. 6. Voluntariedad. 7. Fundamentos de la impunidad. 8. Tentativa fracasada. 9. Reparación espontánea del daño y confesión sincera. 5. Jurisprudencia. V. Delito imposible. 1. Noción. 2. Aspecto subjetivo. 3. Aspecto objetivo. a. Comienzo de ejecución. b. Consumación imposible. 4. Tentativa irreal o supersticiosa. 5. Jurisprudencia. 6. Delito putativo. 7. Imposibilidad por sujeto activo inapropiado. VI. Regulación de la pena en caso de tentativa. 1. Sistemas legales. 2. Legislación nacional. 3. Pena por el delito realmente cometido.

I. Nociones preliminares

Conforme al principio de la legalidad, si el acto ejecutado no cumple con todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo legal, el autor no debe ser castigado. Por ejemplo, el art. 185 establece que comete un hurto el que, “para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, substrayéndolo del lugar donde se encuentra”. Según esta disposición legal, el ladrón debe, mediante un acto de sustracción, apoderarse de una cosa mueble que no le pertenezca ni total ni parcialmente. Es el caso de quien penetra en una casa ajena, sustrae joyas de la caja fuerte y esconde su botín en un lugar seguro para utilizarlo después. Actuando de esta manera, se ha apoderado de un bien mueble ajeno substrayéndolo del lugar donde se encontraba. 2060

Consumar un hurto, como cualquier acción, implica un proceso más o menos largo, en el que pueden distinguirse diferentes etapas. Se inicia con la toma de decisión por parte del agente de perpetrar el hurto (luego de sopesar el pro y el contra), continúa con la preparación de la ejecución (obtención de informaciones y de un instrumento adecuado para abrir la puerta de la casa y el cofre); luego con la ejecución propiamente dicha de sacar el bien de la esfera de posesión de su propietario, mediante el apoderamiento del bien sustraído (poder disponer de la cosa como si el ladrón fuera el propietario); y, por último, con el aprovechamiento real del bien (enriquecimiento). En doctrina este proceso ejecutivo del delito es denominado *iter criminis*. 2061

II. Etapas del *iter criminis*

La deliberación, primera etapa, que culmina con la toma de decisión de cometer la infracción, se desarrolla en el mundo interno del agente. Puede ser 2062

casi instantánea (la ocasión hace al ladrón) o durar un lapso más o menos largo (meditación). En doctrina existe unanimidad respecto a la impunidad de quien se limita a deliberar sobre las posibilidades de cometer una infracción, aun cuando tome la decisión de ejecutarla y la comunique a terceros, pero no llega a materializarla mediante actos concretos¹⁸¹. Imposible reprimir, sin recurrir a un sistema inquisitivo, sobre solo la idea o la voluntad de cometer un delito.

- 2063 La etapa siguiente está constituida por los actos preparatorios, primera manifestación exterior de la resolución criminal. embarguen principio, se admite que no son lo suficientemente inequívocos como para poder justificar la intervención penal (p. ej., el acopio de informaciones o la compra de una ganzúa para abrir puertas).
- 2064 La tentativa es la tercera etapa y se da cuando “el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer” (art. 16). En el ejemplo dado líneas arriba, el agente no sólo adquiere los instrumentos para penetrar en la casa de la víctima y abrir el cofre (actos preparatorios), sino que realiza los actos de ejecución (tentativa) cuando abre la puerta del inmueble para entrar en el mismo.
- 2065 La primera dificultad consiste en distinguir los actos preparatorios de la tentativa¹⁸², pues, la necesidad de reprimirla es admitida sin discusión. Esta distinción implica determinar si el agente será o no sancionado penalmente; puesto que los actos preparatorios son, en principio, impunes. Para poder reprimir la tentativa (por exigencias del principio de la legalidad) ha sido necesario que el legislador la prevea expresamente (art. 16). Desde el punto de vista técnico, esta regulación significa una ampliación de los tipos legales, por lo que la disposición precitada debe ser entendida en tal sentido. En efecto, la circunstancia de comenzar “la ejecución de un delito” alude de manera directa a una acción prevista en la ley como hecho punible. Esta vinculación legal al tipo de los actos previos a la consumación de la infracción constituye una garantía fundamental del derecho penal liberal.

¹⁸¹ Cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, 2003, p. 27 ss.; STRATENWERTH, 2005, § 14 N° 3; SEELMANN, 2005, p. 113 ss. Es interesante recordar el art. 38, inc. 2, CP de 1924, en el que, conforme al modelo helvético, se regulaba la caución de buena conducta, esta disposición no fue aplicada. Sobre el derecho suizo, ver: PHILIPPE GRAVEN, 1967; CLERC, 1981, p. 37.

¹⁸² BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 26 N° 45; TRECHSEL, 2008, art. 22 N° 3 ss.; BACIGALUPO, en CONDE-PUMPIDO y otros, 1997, p. 536 ss.; MARINUCCI/DOLCINI, 2006, p. 338 ss.

La cuarta etapa es la consumación, la cual constituye la referencia que permite ordenar las diversas etapas del proceso ejecutivo del delito. Consiste en la realización completa de los elementos del tipo legal objetivo. Según el art. 185, por ejemplo, el ladrón debe haber realizado la acción indicada por el verbo principal del tipo legal, o sea apoderarse de un bien ajeno (joyas), mediante un acto de sustracción. Esta noción técnica de la consumación, condicionada por el tipo legal, no coincide del todo, sin embargo con la noción admitida en la vida ordinaria. En ésta, se considera consumado el hurto cuando el ladrón ha obtenido un provecho económico. En el art. 185 esta circunstancia no constituye un elemento objetivo de tipo legal y, por lo tanto, no es necesario que se produzca. Según dicha disposición legal, es suficiente que el agente haya obrado con el afán de enriquecerse ilícitamente. 2066

En doctrina se distingue el agotamiento del delito, como fase posterior a la consumación del mismo. Se le denomina también consumación material, oponiéndola así a la consumación formal o legal, que es la que se desprende de la literalidad del tipo legal. En el ejemplo dado, habrá consumación (legal o formal) cuando el ladrón se apodera de las joyas con ánimo de lucro, y agotamiento (consumación material) cuando logra venderlas y así obtener dinero. Esta distinción entre consumación y agotamiento es importante para la admisión o rechazo de algunas circunstancias agravantes o de la participación delictiva, puesto que, como se verá, ésta es, en principio, posible sólo hasta la fase de la consumación. 2067

III. Actos preparatorios

1. Noción

En principio, deben considerarse como actos preparatorios aquellos que hacen posible el inicio de la acción delictuosa, creando las condiciones previas adecuadas para el comienzo de la ejecución. Su simple percepción, sin conocer el plan del agente, no permite afirmar que se hallan, física y temporalmente, en la inmediatez del inicio de la realización típica¹⁸³. 2068

La conducta humana no es un suceso sólo material, por lo que es imposible distinguir actos que sean de por sí actos preparatorios. De conformidad a lo ya afirmado, se trata de una calificación normativa que depende del 2069

¹⁸³ JIMÉNEZ DÍAZ, en COBO DEL ROSAL Y OTROS, 1999, p. 780 ss.

tipo legal concernido y del plan de acción del autor. Sin embargo, conviene indicar como ejemplos ciertos actos que, por lo general, pueden recibir tal calificación: la fabricación o adquisición de instrumentos para cometer un delito, la elaboración de un plan de acción, la inspección del lugar de omisión de la infracción, el hecho de espiar a la futura víctima.

2070 Además, es de recordar que desde hace mucho, se ha establecido, en las partes especiales de los código penales, la represión de ciertos actos preparatorios en relación con determinados delitos. Así, en nuestro Código, basta citar como ejemplos los arts. 255 (fabricar, poseer, importar útiles o instrumentos para falsificar moneda), 292 (violar medidas referentes a la introducción en el país o la propagación de una enfermedad, epizootia o plaga), 296 (comercializar materias primas destinadas a elaborar drogas), 311, inc. 2 (ofrecer en venta áreas intangibles con fines urbanos). También vale la pena citar los casos relativos a la represión del terrorismo y del tráfico de drogas.

2. Fundamentos de impunidad

2071 La impunidad de los actos preparatorios es generalmente admitida, sobre todo, porque no constituyen una manifestación suficiente de la voluntad criminal y del fin que el autor persigue. Se trata de una exigencia dictada por la seguridad jurídica. Por esto tampoco debe aplicarse la pura concepción subjetiva para distinguir la tentativa de los actos preparatorios. Mediante los actos preparatorios se sobrepasa el límite de la fase interna del *iter criminis* (etapa deliberativa), pero no se alcanza aún un nivel que permita afirmar que su acción se halla en estrecha e inmediata conexión con la realización típica.

2072 El código no contiene disposición que defina los actos preparatorios, ni que prevea expresamente su impunidad. Ésta se desprende del límite genérico establecido para la intervención penal: el comienzo de la ejecución de un delito. Sin embargo, en contradicción injustificada a este criterio, fueron regulados en el CJM de 1980¹⁸⁴. En su art. 8, último párrafo, se especificaba, reproduciendo el texto del art. 3, inc. 3, del CP de 1863, que “hay actos preparatorios cuando, antes de dar principio a la ejecución directa del delito, practica el culpable algunos hechos como medio para perpetrarlo”. Además, en su art. 9, inc. 2, se disponía la impunidad de tales actos, “salvo

¹⁸⁴ DL N° 23214, del 26 julio de 1980. Estas disposiciones no figuran más en el CJMP.

cuando medie confabulación¹⁸⁵ y, en la misma disposición se prescribía que hay confabulación “cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución del delito”¹⁸⁶.

Esta regulación refleja la vieja influencia española. Recordemos que aún en 2073 el CP español, se prevé la punición de algunos casos de actos preparatorios. Así, se regula, en el art. 18, inc. 1, la provocación (“cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilita la publicidad, ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito”) ¹⁸⁷ y, en el art. 17, la conspiración (“cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven cometerlo”).

3. Excepciones a la regla de la impunidad

Nuestro legislador ha previsto la represión excepcional de ciertos actos 2074 preparatorios, Por ejemplo, destruir o alterar los linderos de un inmueble “para apropiarse de todo o en parte” del mismo (art. 202, inc. 1) y el hecho de turbar la posesión de un inmueble con violencia y amenaza (art. 202, inc. 3) en relación con el delito de usurpación; el hecho de ejecutar “actos de cultivo, promoción, facilitación o financiación de plantaciones de adormidera” (art. 296-D) por lo que se refiere al delito de tráfico de drogas; el hecho de practicar “un acto dirigido a someter a la República...” (art. 325), como delito contra la seguridad nacional y de traición a la patria; el hecho de tomar “parte en una conspiración de dos o más personas, para cometer los delitos de rebelión o sedición o motín” (art. 349)¹⁸⁸, entre los delitos contra los Poderes del Estado y el orden constitucional. Como delito contra la seguridad pública se sanciona a quien “fabrica, almacena, suministra o tiene en su poder bombas, armas, municiones o materiales explosivos, inflamables, asfixiantes o tóxicos, o sustancias o materiales destinados para su preparación...” (art. 279). Por lo que se refiere a los delitos contra la fe pública, se pena al que “a sabiendas fabrica o introduce en la República o

¹⁸⁵ Ver CP de 1863, art. 4, inc. 2.

¹⁸⁶ En el art. 3, último párrafo, del CP de 1924, se exigía que los agentes celebren “con tal fin dos o más reuniones” y se refería a “algunas personas”, sin hacer mención de su número mínimo.

¹⁸⁷ QUINTERO OLIVARES, en QUINTERO OLIVARES Y OTROS, 1996, p. 122 ss.

¹⁸⁸ Esta disposición hace recordar la represión de la confabulación en los CJM y CP de 1924. En cuanto al Código Penal vigente, art. 349, la reprime sólo en relación con todos los delitos de rebelión, sedición o motín.

conserva en su poder máquinas, cuños o cualquiera otra clase de útiles o instrumentos, destinados a la falsificación de timbres, estampillas, marcas oficiales o cualquier especie valorada...” (art. 439).

- 2075 No deben calificarse de delitos *sui generis* estos casos excepcionales en los que el legislador reprime los actos preparatorios. Hacerlo podría llevar a pensar que la represión de la tentativa de actos preparatorios es posible¹⁸⁹.
- 2076 Además, hay que tener en cuenta que ciertos actos, que considerados independientemente podrían ser calificados de preparatorios, son reprimidos muchas veces a título de actos de complicidad. Sucede así, por ejemplo, con el hecho de entregar el arma al homicida¹⁹⁰.
- 2077 Para combatir la criminalidad violenta y organizada, algunos países han decidido reprimir los actos preparatorios en relación con ciertos crímenes graves. Esto constituye una de las manifestaciones del denominado “derecho penal de la puesta en riesgo”¹⁹¹. En vista de la importancia que ha tenido el derecho penal suizo en nuestro medio, resulta conveniente indicar que después de largas e intensas discusiones, se incluyó en la parte especial del CP helvético, la figura delictiva de los actos preparatorios delictuosos (“*actes préparatoires délictueux*”)¹⁹². Se incrimina el hecho de haber adoptado, conforme a un plan preconcebido, medidas concretas de orden técnico o de organización, las cuales indican, por su naturaleza y amplitud, que el agente se disponía a ejecutar el acto delictivo¹⁹³. Por ejemplo, según esta fórmula, un acuerdo entre delincuentes para cometer una de las infracciones enumeradas por la ley (homicidio simple, asesinato, lesiones corporales graves, robo o rapiña, secuestro, raptó, toma de rehenes o incendio intencional) no es suficiente. Además, es necesaria la existencia de un plan, conforme al cual el agente debe desarrollar una cierta actividad. Se trata, por ejemplo, de la adquisición progresiva de armas o de fondos, o el acopio de informaciones sobre el lugar del delito. El objetivo buscado es sin duda, el de adelantar la intervención represiva antes de que el agente comience a ejecutar el hecho punible y, de esta manera, evitar que se cree una situación

¹⁸⁹ WAIBLINGER, 1958, N° 1199, p. 4.

¹⁹⁰ Cfr. *infra* N° 2336.

¹⁹¹ HASSEMER, 1989b, p. 88.

¹⁹² TRECHSEL, 2008, art. 260bis, N° 1 ss.; respecto a España, SILVA SÁNCHEZ, 1997, p. 149 ss.; OLMEDO, p. 866 ss.

¹⁹³ Art. 260 bis de la ley federal que modifica el CP suizo, del 9 de octubre de 1981, en vigencia desde el 1° de octubre de 1982.

que implique ya un daño irreparable. Así, no es indispensable esperar que los malhechores -dispuestos a pasar a la acción- inicien el comportamiento delictivo. Pero la definición elaborada no es bastante clara y no es del todo conforme al criterio de seguridad jurídica. En Suiza, los problemas que pueden surgir están relacionados con el criterio subjetivo, utilizado para distinguir, justamente, la tentativa de los actos preparatorios. Teniendo en cuenta la realidad social y política de países como el nuestro, en nuestra opinión, la inserción de una disposición similar en nuestra legislación penal no es recomendable.

De manera diversa, en razón de la diferencia de disposiciones legales, en la jurisprudencia nacional¹⁹⁴ se ha afirmado, por ejemplo, que “si bien resulta evidente que en los agentes existía intención criminal de perpetrar un ilícito penal, por el hecho objetivamente incontrovertible del hallazgo [de dos revólveres..., provistos cada uno de seis municiones calibre 38; además de dos pasamontañas, dos gorras de color celeste, dos linternas de mano, entre otras especies consignadas en el acta de registro vehicular], ello por sí mismo no resulta reprochable penalmente, en tanto que constituyeron actos preparatorios dentro del ‘iter criminis’; caracterizados por el conjunto de actos donde el autor dispone de los medios elegidos, con el objeto de crear condiciones para alcanzar el fin que se propone, que precede a la fase ejecutiva del ilícito; de tal manera que resultan atípicos”.

IV. Tentativa

1. Fundamentos de la punibilidad de la tentativa

La manera como se justifique la represión de la tentativa restringe o extiende el ámbito de la punición. *Grosso modo*, dos perspectivas se oponen: la objetiva y la subjetiva. Adoptar una u otra significa, en buena cuenta, fundamentar la represión de los hechos en los que se materializa la voluntad delictuosa¹⁹⁵.

a. Criterio objetivo

Según esta tendencia, el fundamento de la represión de la tentativa reside en la puesta en peligro del objeto de la acción delictuosa (p. ej. la persona

¹⁹⁴ ES del 12 de abril de 2004, RN N° 3540-2003 Cañete, Cfr. SAN MARTIN, 2006, p. 277.

¹⁹⁵ Cfr. BACIGALUPO, Arts. 15, 16, en CONDE-PUMPIDO/LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2007, p. 114 ss.

a la que se quiere lesionar). Dicho de otra manera, los actos que exteriorizan una resolución delictiva sólo deben ser calificados de tentativa desde que constituyen un peligro concreto¹⁹⁶. Esto sucede con claridad cuando se comienza a ejecutar la acción indicada por el verbo principal del tipo legal. Por ejemplo, en el homicidio: lesionar a la persona que se quiere matar; en el robo, ejercer violencia sobre la víctima o amenazarla.

- 2081 Sus partidarios¹⁹⁷ buscaban precisar si los actos ejecutados eran o no peligrosos, distinguiendo entre tentativa idónea o no idónea. De modo a aceptar la represión de esta última, pero excluir la tentativa absolutamente no idónea (delito imposible) y, en consecuencia, afirmar la impunidad de los actos preparatorios. El legislador ha seguido este criterio al establecer la impunidad del delito imposible (art. 17), conforme al principio según el cual “la pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos” (art. IV). Así, admite que si bien se da la tentativa, no es, sin embargo, justificado reprimir al agente. Cuestión distinta es saber cómo se determina si tal comportamiento, constituye una tentativa o sólo actos preparatorios.

b. Criterio subjetivo

- 2082 Sus defensores¹⁹⁸ sostienen que la voluntad criminal es el factor determinante que justifica la punición de la tentativa. El agente pone en evidencia que ataca un bien jurídico protegido al no respetarlo como lo exige el orden jurídico. Los actos, exteriorización tangible de la voluntad delictuosa, son la base, en esta perspectiva, del desvalor de la acción. Así, el hecho de que sean o no peligrosos en relación con el bien jurídico protegido, es irrelevante para admitir que el acto constituye una tentativa. El factor decisivo es la voluntad manifiesta de violar una prohibición o un mandato del ordenamiento jurídico. Los positivistas italianos admitieron un criterio semejante; pero, según ellos, la reacción penal se fundaba en el hecho de que esta voluntad ponía en evidencia la peligrosidad del agente.
- 2083 La noción de tentativa es por consiguiente ampliada de tal modo que comprende casos que, para la concepción objetiva, sólo serían actos preparatorios. Así, se equiparan los actos preparatorios como la tentativa en cuanto a

¹⁹⁶ PFENNINGER, 1890, p. 773 ss.; FEUERBACH, 1989, p. 43; Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 49 II 1; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, Vorbem § 22 N° 18; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 26 N° 15.

¹⁹⁷ ROXIN, 2003, § 29 N° 25 ss.

¹⁹⁸ LACKNER/KÜHL, § 22 N° 11; TRÖNDLE, § 22 N° 24; Cfr. ROXIN, 2003, § 29 N° 25.

la represión, pues, la voluntad criminal es siempre la misma. De esta manera, también se justifica la punición del delito imposible. Esta concepción no es conforme a nuestro Código porque, por un lado, éste no reprime el delito imposible (caso de tentativa no idónea) y, por otro, prevé la atenuación obligatoria de la pena en caso de tentativa (art. 16, inc. 2). Además, establece como límite entre los actos preparatorios y la tentativa un factor objetivo, cual es, según el art. 16, el comienzo de la ejecución del delito.

c. Criterio mixto

Estas teorías opuestas conducen a soluciones extremas: la objetiva, a una 2084 restricción exagerada de la represión penal, y la subjetiva, a una peligrosa ampliación. La primera debilita la seguridad jurídica al no reprimir actos que deberían serlo. La segunda adolece del mismo defecto, pero por que su aplicación conduciría a reprimir la pura voluntad criminal, lo que debe rechazarse.

Para superar estas dificultades, se propuso un criterio intermedio (subjeti- 2085 vo – objetivo), según el cual hay que tener en cuenta el elemento objetivo, para limitar los alcances del puro concepto subjetivo. La voluntad, considerada como base de la represión, debe concretarse en el mundo exterior (poniendo en peligro el objeto de la acción) y perturbar la confianza de las personas en el orden legal, debilitando su sentimiento de seguridad jurídica. Esta teoría, denominada de la impresión (*Eindruckstheorie*)¹⁹⁹, recurre a un elemento que, en primer lugar, es muy difícil de comprobar en relación con cada caso concreto y, que, en segundo lugar, tendría que ser admitido con frecuencia respecto a los actos preparatorios (la agenda de un criminal es apropiada para perturbar el sentimiento de seguridad general, si se ponen en conocimiento del público los planes criminales en ella descritos). Por tanto, dicha teoría resulta poco útil para legitimar la intervención del derecho penal antes de la consumación del tipo legal, así como para distinguir la tentativa de los actos preparatorios.

d. Desobediencia de la norma

Con el fin de salir del marco establecido por el conflicto de las per- 2086 cepciones objetiva y subjetiva, los partidarios de la corriente funcio-

¹⁹⁹ STRATENWERTH, 2005, § 12, N° 17; MAURACH/GÖSSEL/ZIPE, 1989, § 40, N° 40 ss.; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 22 N° 22; RIKLIN, 1997, § 17 N° 36 ss.; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 49 II 3; TIEDEMANN, 1985, p. 221 ss.; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 26 N° 16.

nalista²⁰⁰ proponen considerar como fundamento de la punición de la tentativa la desobediencia que el agente manifiesta a una norma vigente mediante su intento de ejecutar el delito,. El factor determinante es la especificidad del acto ejecutado, o sea el hecho de que éste exprese una negación de la norma. El autor debe obrar de manera racional, de modo que, desde su perspectiva, su acción sea apropiada para vulnerar la norma (en caso de producirse la consumación). Según este criterio, la tentativa absolutamente imposible no es punible, pues, no existen normas que prohíban tales comportamientos (en particular, las llamadas tentativas supersticiosas, *abergläubischer Versuch*).

e. *Apreciación*

2087 En estos diversos esfuerzos realizados para superar la alternativa entre la concepción objetiva y la concepción subjetiva, se percibe claramente la búsqueda de nuevas perspectivas. En efecto, por un lado, se parte ante todo de la constatación de que las diferentes propuestas hechas para encontrar un elemento clave de justificación han fracasado, sobre todo las de índole unilateral. Por otro lado, se tiene consciencia de que lo decisivo son los criterios de política criminal que se admitan. A este respecto, conviene destacar el principio básico según el cual la intervención del derecho penal sólo se justifica cuando se trata de un ataque serio contra el orden jurídico. Por esto, cuando se decide qué comportamientos deben ser reprimidos como delitos consumados, también en el caso de la tentativa, sólo se puede decidir sobre su represión conforme a un conjunto de criterios, los cuales son tanto de orden material como de orden subjetivo, pero sobre todo normativos o de necesidad de protección del orden jurídico. El hecho de hacer de la voluntad delictiva el fundamento decisivo de la represión de la tentativa vulnera la función de garantía del derecho penal, pues, así se facilita la aplicación de principios puramente preventivos con la finalidad de proteger el sistema vigente. Al contrario, el hecho de hacer depender dicho fundamento de la lesión real o puesta en peligro del objeto de la acción típica, restringe de forma excesiva la protección penal necesaria de los bienes jurídicos. Finalmente, es evidente que no conviene partir de estas concepciones unilaterales²⁰¹ para decidir si, en ciertas circunstancias, la represión, por ejemplo, de ciertos actos preparatorios, es o no necesaria y justificada.

²⁰⁰ JAKOBS, 1991, 2/1, 25/21.

²⁰¹ Cfr. BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 26 N° 17.

2. Regulación legislativa

El Capítulo II del Libro primero del Código, está dedicado a la tentativa 2088 y contiene cuatro disposiciones. El art. 16 estatuye que en la tentativa el agente comienza la ejecución del delito y establece cómo será castigado el responsable; el art. 17 regula la tentativa absolutamente imposible y declara impune a su agente; el art. 18 prevé las consecuencias del desistimiento de ejecutar el delito y de impedir que se produzca el resultado; y, el art. 19 dispone la impunidad del participante que por propia voluntad impide la realización del resultado o se esfuerza seriamente en impedirlo.

De esta regulación, menos complicada que la prevista en el CP de 1924, se 2089 puede deducir que el criterio rector ha sido el de no fundamentar la pena en la sola voluntad delictuosa o en la aversión del agente frente al orden jurídico. En cierto modo, se ha preferido la concepción objetiva, tanto por el criterio escogido para determinar la existencia de la tentativa (o sea, el inicio de la ejecución del delito), como por la atenuación obligatoria de su represión. Sin embargo, ello no quiere decir que no se haya tenido en cuenta la voluntad, pues, el factor objetivo está condicionado por la decisión del agente de cometer un delito. Así, se puede afirmar que la tentativa es reprimida en la medida en que constituya un riesgo para el objeto de la acción típica; riesgo que es el resultado de un ataque, es decir, de un acto dirigido voluntariamente a la consumación de un delito.

Es interesante recordar los criterios admitidos en el CP de 1924, muy in- 2090 fluenciado por los proyectos del CP suizo. En su Título XI del Libro Primero, se preveía la tentativa *stricto sensu* (art. 97, inc. 3), el desistimiento activo (art. 95), el arrepentimiento activo (art. 96), el delito frustrado (art. 97, inc. 2) y el delito imposible (art. 99). Las dos primeras formas de tentativa constituían casos de tentativa inacabada, y las dos últimas, de tentativa acabada. Las reglas de individualización de la represión eran bastante detalladas y se reprimía el delito imposible.

Esta regulación era más completa que la del Código vigente en la medida en 2091 que distinguía, además del delito imposible, las cuatro modalidades de tentativa: tentativa *stricto sensu* (la continuación del acción es impedida por circunstancias extrañas al agente), desistimiento (el agente no quiere más continuar su acción delictuosa), el delito frustrado (el agente ha realizado toda la acción pero el resultado es impedido por circunstancias ajenas al agente) y el arrepentimiento (el agente realiza toda la acción pero impide de mutuo propio la producción del resultado). Los dos primeros casos constituyen tentativa inacabada y los restantes, tentativa acabada. En la regulación vigente

sólo se prevén expresamente el desistimiento y el arrepentimiento (art. 18), mas no así la tentativa en sentido restringido ni el delito frustrado. Por lo que debe admitirse que éstas se encuentran implícitamente reguladas en el art. 16, en razón a que si a pesar que el agente comienza a ejecutar el delito, éste no se consuma sea por el hecho de que un tercero o una circunstancia particular impidan que el agente continúe ejecutando la acción (tentativamente *stricto sensu*) o que el resultado se produzca (delito frustrado).

- 2092 El derogado CJM de 1980, contenía en su art. 8 una definición de la tentativa que ya figuraba en el art. 3, inc. 2, del CP de 1875. Según estas normas, hay tentativa “cuando se comienza y no se concluye la ejecución directa del hecho criminal”. En los arts. 12 a 13 CJMP, se retoman las disposiciones correspondientes del actual Código.

3. Elementos de la tentativa

- 2093 La tentativa es una noción dependiente de un tipo legal. Por esta razón, se califica la descripción legal de la tentativa como un tipo legal ampliado. Así, los tres elementos indicados sólo pueden comprenderse debidamente refiriéndose a un tipo legal determinado. No existe tentativa en general, sino tentativa, por ejemplo, de los delitos de homicidio, estafa, falsificación de documentos.

a. Elemento subjetivo

- 2094 El art. 16 prevé que el agente haya decidido cometer un delito determinando (“un delito, que decidió cometer...”). Al contrario, el CP de 1924 hacía referencia a este elemento de manera menos directa. Así, el art. 97, pf. 2, de éste Código consignaba que el culpable debía haber “puesto de su parte todo lo necesario para la consumación...”, y el art. 99 “que hubiere intentado cometer un delito...”.
- 2095 “Decidir”, verbo empleado en el texto legal, debe ser entendido en el sentido de que el autor toma la determinación de consumir un delito. El objeto de su decisión es un hecho típico o, mejor dicho, la realización de los elementos del tipo legal objetivo. Por lo tanto, la decisión del autor implica la consciencia y la voluntad de concretar el tipo legal objetivo. En este sentido, el elemento subjetivo de la tentativa es idéntico al dolo del delito consumado²⁰², comprendido el caso del dolo eventual.

²⁰² Cfr. ROXIN, 2003, § 29 N° 59 ss.; KINDHÄUSER, 2006, § 24, N° 12 ss.; POLAINO NAVARRETE, 1999, p. 856.

El dolo del agente depende, por consiguiente, de las exigencias del tipo legal que se pretende imputar en grado de tentativa. Por ejemplo, para cometer el delito de matrimonio ilegal, el no casado debe decidir contraer matrimonio sabiendo que lo hará con persona casada (art. 140: "...a sabiendas, contraer matrimonio con persona casada"). En este caso, no es suficiente que el agente actúe con dolo eventual, al contrario, este tipo de dolo basta cuando el tipo legal pertinente no prevé restricción alguna²⁰³. Por ejemplo, en el caso de las lesiones corporales (art. 121, causar "a otro un daño grave en el cuerpo o en la salud"). Ahora bien, si el tipo legal contiene un elemento subjetivo particular, la decisión del agente debe comprenderlo. Así, para que se dé una tentativa de hurto es indispensable que el agente, además de querer apoderarse del bien mueble ajeno, lo haga "para obtener provecho" (art. 185). En cambio, no actúa con la voluntad de cometer un hurto quien trata de sustraer un libro incunable con la finalidad de destruirlo. Se trataría más bien de una tentativa de daños a la propiedad (art. 205).

Falta la resolución de cometer un delito determinado cuando el agente hace depender su decisión de una condición. Por ejemplo, de obtener todas las informaciones necesarias para penetrar en la casa de la víctima sin activar la alarma. Esta situación debe, sin embargo, ser distinguida del caso en que el autor se ha decidido a ejecutar el delito, pero condiciona el hecho de comenzar a realizar la infracción a la producción de un hecho aleatorio. Por ejemplo, el asaltante que, en lugar solitario y de noche, acecha una persona para atacarla.

La tentativa sólo es posible respecto a los delitos dolosos, pues el agente debe proponerse como fin la producción de un tipo legal. Por tanto, es imposible en el caso de delitos culposos²⁰⁴. El fin perseguido por el agente debe ser, en consecuencia, la consumación de la infracción y no sólo la realización incompleta del delito²⁰⁵. Este último caso es el del agente provocador²⁰⁶, quien crea las condiciones necesarias para que el delincuente

²⁰³ Ver noción de dolo eventual, *supra* N° 1241 ss. En Argentina, sostiene, por ejemplo NÚÑEZ, 1974, p. 258 ss., que es imposible la tentativa en caso de dolo eventual, ya que la ley requiere que el agente actúe "con el fin de cometer un acto determinado". BACIGALUPO, 1974, p. 107, responde a esto afirmando que "la limitación carece de todo fundamento, pues el dolo eventual no constituye un querer indeterminado como deberían concluir quienes sostienen tal posición restrictiva".

²⁰⁴ De otra opinión, VILLA STEIN, 2008, p. 297.

²⁰⁵ BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 26 N° 24 ss.; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, §. 22 N° 21.

²⁰⁶ Cfr. *infra* N° 2329 ss.

cometa el hecho punible, pero al mismo tiempo está decidido a impedir su realización; de lo contrario, sería un instigador.

- 2099 En la jurisprudencia de la Corte Suprema se considera con certeza el elemento subjetivo de la tentativa. Sin embargo, con cierta frecuencia, los jueces se preocupan tanto de comprobar su existencia, que descuidan preguntarse si los comportamientos ejecutados por el agente constituyen o no un “comienzo de ejecución de la infracción”. Así, la Corte Suprema declaró la nulidad de la sentencia de un Tribunal Correccional que había absuelto a quien había tratado de llevar por la fuerza al monte a una menor de 10 años, pues, no había prueba plena sobre su intención. De acuerdo con el fiscal, sostuvo que “existe error en la sentencia..., pues 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 tal intención”. Finalmente concluyó afirmando que “en este caso los actos anteriores y posteriores, comprobados directamente, son demostrativos de la intención criminal” y dispuso que el acusado debía ser sometido a un nuevo juicio oral por tentativa del delito sexual. Así mismo reconoció la misma importancia a la voluntad del agente cuando, admitiendo los argumentos del fiscal, reprimió con más severidad a título de tentativa de delito sexual, al acusado, chofer de oficio, que había desviado su vehículo hacía un paraje apartado con el objeto de violar a una pasajera, la cual había tenido que arrojar del auto, fracturándose así el brazo²⁰⁷. Un caso parecido, pero en el que la mujer pereció, lo consideró como tentativa del delito contra la libertad individual (art. 223). Parece que los jueces no admitieron que el agente hubiese actuado con la intención de violar a la víctima²⁰⁸. El análisis de ésta y otras resoluciones de la Corte Suprema es dificultado, porque no se indica, con frecuencia, de manera precisa la infracción que el agente quiso cometer. En la mayor parte de los casos se refiere sólo a los títulos del Código: “delitos contra el honor y la libertad sexuales”, “delitos contra la libertad”, etc, sin expresar si se trata de una violación, de un atentado contra el pudor, de un rapto, secuestro.

b. Elemento objetivo: comienzo de ejecución

- 2100 Según el art. 16, “el agente comienza la ejecución del delito”. En el art. 97, *in fine*, del CP de 1924, el legislador había creído conveniente precisar, res-

²⁰⁷ ES del 15 de diciembre de 1949, en RPJ 1950, p. 339.

²⁰⁸ ES del 12 de junio de 1943, en RPJ 1950, p. 170.

pecto a la tentativa simple o *stricto sensu*, que el agente había “comenzando simplemente la ejecución del delito”. Mediante este criterio, ha tratado de distinguir los actos preparatorios de la tentativa²⁰⁹ o, lo que es igual, de establecer cuales son los actos que deben dar lugar a la intervención penal. Esto se comprende si se recuerda que el punto de partida del legislador es la impunidad del delito imposible absoluto y, en principio, también la de los actos preparatorios. No se trata más de la justificación de la represión de la tentativa, sino del establecimiento de los límites de la represión.

Se discute mucho sobre la manera de cómo debe comprenderse la fórmula “comienza la ejecución”. Los alcances que se le atribuyen dependen no sólo de juicios lógicos, sistemáticos o dogmáticos, sino sobre todo de muchas otras consideraciones relacionadas con la concepción del derecho penal y de la pena, así como con los criterios de política criminal que se adopten. En este sentido, se pueden distinguir los siguientes principios. 2101

b.1. Criterio formal objetivo

Desde un punto de vista formal objetivo, se ha afirmado que la ejecución del delito comienza cuando el agente realiza actos que caen dentro del tipo legal, o sea, cuando inicia la actividad descrita en éste. En el delito de hurto (art. 185), por ejemplo, se daría la tentativa desde que el agente comienza a sustraer la cosa mueble ajena, de modo que no logra disponer de ella, es decir, sin apoderarse de ella; en el delito de estafa (art. 196), cuando el agente ejecuta el artificio, astucia, ardid o engaño, sin lograr que la víctima se desprenda en su favor de parte de su patrimonio; en el delito de violación de la libertad sexual (art. 170), cuando el delincuente ejerce violencia o amenaza sobre la víctima, sin tener éxito en su propósito lascivo. 2102

La fórmula empleada en nuestro Código para regular la tentativa se vincula estrechamente a esta teoría cuya ventaja es su mayor conformidad con el principio de la legalidad, gracias a su referencia directa al tipo legal, así como su aparente claridad y simplicidad en su aplicación²¹⁰. Conviene, sin embargo, observar que esta concepción conduce a una interpretación demasiado formal de la ley y a una restricción excesiva de la represión, lo cual es inaceptable desde una perspectiva político criminal²¹¹. Así, por ejemplo, no sería reprimido quien, con la intención de robar se introduce 2103

²⁰⁹ ROXIN, 2003, § 29 N° 121 ss.; POLAINO NAVARRETE, 1999, p. 818.

²¹⁰ Cfr. WAIBLINGER, 1958, N° 1200, p. 2; Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 49 IV.

²¹¹ STRATENWERTH, 2005, § 12 N° 23.

en el domicilio de la víctima, sin llegar a sustraer el bien mueble por haber sido descubierto o quien es sorprendido en el momento de yacer con una menor de cinco años a fin de hacerle sufrir el acto sexual. Además conviene destacar, en relación con la técnica legislativa, que el legislador elabora casi siempre los tipos legales sin tener en cuenta sus consecuencias en el campo de la tentativa²¹². En efecto, muchos tipos legales señalan sólo la producción de un resultado, sin indicar la ejecución de un acto previo como medio para lograr la consumación. Por consiguiente, en tales casos, a diferencia de los ejemplos antes dados, falta un factor de referencia que permita afirmar que la ejecución del delito ha comenzado. Por ejemplo, el tipo legal relativo al homicidio (art. 106), sólo se refiere al que “mata a otro”; pero cuándo debe considerarse que el agente comienza a matar: ¿Cuándo apunta con el revólver hacia la víctima, cuándo dispara, o ya cuándo la espera para atentar contra ella?²¹³ Por esta razón, es inconveniente hacer depender, totalmente, del verbo principal del tipo legal lo que debe comprenderse por “comienzo de la ejecución del delito”.

b.2. Criterio material objetivo

2104 Con la finalidad de superar las desventajas de la teoría formal objetiva, se han buscado nuevos criterios para resolver de manera más satisfactoria los casos en que los actos se encuentran fuera del tipo legal y no pueden por lo tanto, ser considerados, propiamente, parte de la acción típica (teoría material objetiva, *materiell-objektive Theorie*). Con este fin, Frank²¹⁴ propuso considerar que ya existe un “principio de ejecución en todos los momentos de actividad que, en virtud de su necesaria conexión con la acción típica, aparecen como partes integrantes de ella según la concepción natural”. Así, se comprenderían actos que no forman aún parte de la acción indicada por el verbo principal del tipo legal objetivo, pero que representan un peligro para el objeto del delito (entrar en una casa para robar, apuntar con un revólver desasegurado a la víctima con la determinación de lesionarla). En contra de este criterio, se ha destacado su amplitud e indeterminación: la noción de “concepción natural” es vaga y la de “necesaria conexión” produce consecuencias diversas que son determinadas según un criterio objetivo o subjetivo. Así según esta concepción, el delito imposible, por no implicar

²¹² Cfr. GERMANN, 1942, p. 69; WAIBLINGER, 1958, N° 1200, p. 2.

²¹³ GERMANN, 1942, p. 69.

²¹⁴ FRANK, 1931, § 43 N° II-2b.

un peligro, no constituiría un caso de tentativa. Esta constatación contradice el art. 17 que lo considera como una forma de tentativa no punible.

Un esfuerzo para perfeccionar este criterio, sin mayor relevancia para interpretar nuestra ley, consiste en precisar que el acto realizado debe representar un peligro directo para el bien jurídico protegido²¹⁵. El peligro, sin embargo, existe en cierto grado desde los actos preparatorios y, por lo tanto, esta cuestión es substituida por la de saber de qué intensidad debe ser para que se pueda admitir la tentativa. Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia extranjeras se recurre con frecuencia a fórmulas indeterminadas e imprecisas (serio, inminente, próximo, concreto, etc.) para determinar la índole del peligro que debe representar el acto ejecutado para que pueda ser calificado de tentativa. 2105

b.3. Criterio subjetivo

Se considera como factor decisivo la manera como el agente percibe el nivel de desarrollo de su acción. Por lo que es de determinar lo que él consideró como el paso desencadenante de la ejecución del delito que se había representado y lo que estimó como una amenaza directa para el bien jurídico. Por consiguiente, desde esta perspectiva, la idea del agente respecto a su comportamiento aparece como decisiva, puesto que no se tiene en cuenta el acto en sí, sino lo que éste significa para su autor en el proceso de realización de la infracción. Así, poco importa en qué grado fue en realidad puesto en peligro el bien jurídico. El sentido de la fórmula de Frank fue cambiado en la medida en que el criterio de la “concepción natural”, según el cual había que determinar -de manera objetiva y general- si el acto cometido formaba parte de la acción típica, fue reemplazado por el criterio subjetivo de la percepción individual del autor. 2106

Este subjetivismo extremo conduce, sin embargo, a una ampliación excesiva de la represión. En efecto, todo acto preparatorio podría entonces ser considerado como la prueba del hecho de que el agente ya había pensado haber comenzado la ejecución del delito. Por ejemplo, la mujer embarazada cometería ya una tentativa de aborto al momento de traspasar el umbral del consultorio médico donde debe practicársele la operación abortiva. Además, fuera de las dificultades casi insuperables para probar cuál era la idea del autor en el momento de actuar, existe una objeción fundamen- 2107

²¹⁵ MAURACH/GÖSSEL/ZIPE, 1989, § 41 I B 2; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 22 N° 26.

tal contra la concepción subjetiva: Al condicionar la existencia o no de la cuestión a lo que estimó el agente, se deja en manos del propio interesado el decidir si había comenzado a ejecutar el delito, si su acto constituía un peligro para el bien jurídico y, en buena cuenta, si él mismo merece o no ser castigado penalmente, cuando éste es un asunto de exclusiva competencia de los órganos judiciales.

- 2108 Por último, la teoría subjetiva no es compatible con lo prescrito en el art. 16. En efecto, al poner énfasis sólo en el factor subjetivo individual, se olvida que el comienzo de la ejecución constituye un elemento objetivo, aun cuando se encuentre condicionado por la decisión delictuosa del autor. Además, no se tiene en cuenta la estrecha vinculación que existe entre la noción de tentativa y la noción de tipicidad. Todos los tipos legales, incluso el tipo legal ampliado de la tentativa, suponen la realización de una acción concreta (alteración del mundo exterior).

b.4. Criterios mixtos

- 2109 Considerando que el derecho penal moderno es un derecho penal de actos y que el sentido de éstos está determinado por la voluntad del autor, se ha intentado establecer un criterio mixto que represente un compromiso entre ambas posiciones extremas. Con este fin se acepta como punto de partida el criterio subjetivo, caracterizando la decisión delictuosa como un plan del agente. En relación con este proyecto, se admite la tentativa sólo si el agente ha realizado un acto que conduzca directamente a la realización del tipo legal²¹⁶. Así, se combina la manifestación clara de la voluntad del autor en la acción cometida (aspecto objetivo) con el hecho de que dicha acción lleva al delito y a su consumación conforme al plan del sujeto activo.
- 2110 Este criterio es aceptable en la medida en que la apreciación tanto de la intensidad de la voluntad de llevar a cabo el plan, o sea de la decisión de concretar el delito proyectado, como del hecho de que la acción se sitúa ya en las inmediaciones de la realización de la acción típica, se efectúa conforme a criterios objetivos. El acto cometido debe estar, objetiva y subjetivamente, vinculado a la esfera ajena protegida penalmente. Por consiguiente, una vinculación ideal o hipotética no es suficiente.
- 2111 Así mismo, este criterio es el más conveniente para distinguir los actos preparatorios de la tentativa. Concuera con la orientación seguida por

²¹⁶ ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 22 N° 42; OTTO, 1998, § 18, N° 28 ss.; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 49 II 2 ss.

nuestro legislador por que supone recurrir a los elementos objetivos y subjetivos. Además, conserva la referencia indispensable al tipo legal, factor esencial de nuestro derecho penal.

Pero este criterio no tiene un valor absoluto²¹⁷. Tampoco deber ser tenido 2112 como una fórmula en la que baste sumergir el caso a juzgar, para saber si se trata de una tentativa o de un acto preparatorio. Cada caso debe ser analizado con arreglo al tipo legal que el agente se propuso realizar²¹⁸. En fin, conviene recordar que los esfuerzos para precisar en una fórmula los límites entre la preparación y la tentativa han sido vanos, como se desprende de la evolución de la dogmática.

c. No realización de la consumación

El tercer elemento de la tentativa es de carácter negativo²¹⁹ y consiste en la 2113 no consumación del delito, sea a causa de circunstancias accidentales o de la intervención del propio agente.

La consumación de la infracción puede ser percibida como formal o mate- 2114 rial. Formalmente, es definida como la realización de todos los elementos subjetivos y objetivos del tipo legal. Así, lo determinante es la manera como haya sido concebido legalmente el delito²²⁰. En cuanto a la consumación material, corresponde a una etapa posterior denominada agotamiento del delito. Por lo que se refiere a la tentativa, el criterio pertinente es el criterio formal, pues, el tipo legal objetivo no debe realizarse totalmente. Esto sucede cuando el agente no ejecuta toda la acción delictuosa (delitos de pura actividad, en la medida en que ésta supone la realización de varias acciones)²²¹ o cuando efectuada ésta, no se produce, sin embargo, el resultado (delitos materiales).

La tentativa y el delito consumado son iguales, por tanto, respecto al aspecto 2115 subjetivo (intención de realizar la infracción), pero difieren en cuanto al aspecto objetivo, pues, éste se concretiza sólo de manera imperfecta en el caso de la tentativa²²². Conforme a todo lo expuesto hasta ahora, se puede

²¹⁷ Cfr. SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 614; CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MORULLO, 1972, p. 112.

²¹⁸ MAURACH/GÖSSEL/ZIPE, 1989, § 41 I A 2; SOLER, 1976a, T. II, p. 213 ss.; SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 611 ss.

²¹⁹ Cfr. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, 2000, p. 783 ss.

²²⁰ ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, Vorbem § 22 N° 2; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 49 III 2; WELZEL, 1967, p. 181.

²²¹ ARZT, 1990, p. 175.

²²² WELZEL, 1967, p. 182.

afirmar que la tentativa es una acción que si bien constituye un “comienzo de ejecución” no llega sin embargo a realizar del todo el tipo legal²²³.

- 2116 Las circunstancias ajenas al agente pueden sobrevenir tanto cuando la acción está en pleno desenvolvimiento según el plan del autor, como cuando éste ya ha realizado todos los actos necesarios para la consumación del tipo legal. Por ejemplo, el delincuente es sorprendido y detenido después de haber penetrado en la casa de la víctima con la intención de hurtar (acto estrechamente vinculado a la acción de sustraer prevista por el tipo legal), o cuando estaba a punto de salir con el bien mueble ajeno sustraído, pero sin haber podido comportarse todavía como un propietario (en este caso falta el elemento del apoderamiento con el que se consume la infracción). La segunda hipótesis es más clara en el caso del que con la intención de matar a la víctima, le hace beber una bebida envenenada y, luego sólo espera que se produzca el resultado típico; pero éste no llega a darse gracias a la intervención de un tercero.
- 2117 La índole de la circunstancia que impide la consumación del tipo legal carece de importancia, salvo para determinar el tipo de tentativa y la punición del agente. Puede ser, por ejemplo, obra del mismo agente: éste abandona la acción que había comenzado a ejecutar (desistimiento) o impide que el resultado se produzca después de haber realizado todos los actos necesarios (arrepentimiento). Puede igualmente consistir en la intervención de un tercero, por ejemplo, el policía que detiene al agente cuando está ejecutando su acción (tentativa simple). También puede acontecer que el tipo legal no se realice conforme al plan del sujeto activo debido a causa de circunstancias accidentales, por ejemplo el galeno que evita la producción del resultado (delito frustrado). Finalmente, de manera absoluta, el medio escogido por el agente es inapropiado para alcanzar la meta delictiva o el objeto sobre el cual se realiza la acción no es idóneo para que se materialice la infracción (delito imposible).
- 2118 Esta explicación es conforme a la regulación de la tentativa en el Código. El legislador ha establecido, en el art. 16, pf. 1, las condiciones mínimas para que ésta pueda ser admitida. Luego ha determinado, a partir de esta regla general, cuáles son las consecuencias penales de la tentativa teniendo en cuenta las circunstancias peculiares en las que puede presentarse una acción. Sin embargo, no se refiere al hecho de que la imperfección objetiva de la tentativa tenga que deberse a la interposición de un obstáculo o de

²²³ Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPP, 1989, § 41 I A 2.

un impedimento ajeno a la voluntad del agente, que detienen el curso de los acontecimientos que éste había puesto en marcha. La ausencia de tales obstáculos o impedimentos significa sólo que el agente eligió una actividad inadecuada para concretar su propósito o que no mantuvo su resolución inicial.

La no consumación del delito puede deberse también a que el agente renuncia a continuar cometiendo su acción criminal (desistimiento) o cuando interviene espontáneamente, después de haber ejecutado la acción delictuosa, para evitar que se produzca el resultado (arrepentimiento activo). Según el art. 18, se trata de circunstancias absolutorias. No se castigará a título de tentativa al ladrón sorprendido en la casa donde ha penetrado para robar sino por violación de domicilio. 2119

d. Idoneidad de la acción

En el art. 16, inc. 1, no se dispone que el agente ejecute una acción “apta para la realización del tipo proyectado”²²⁴. De modo que no se exige que el medio escogido por el agente o el objeto del delito sean apropiados, sino más bien que lo sean los actos ejecutados. Tampoco se recurre al criterio de la causa eficiente, relativa a la causalidad, para determinar esta característica de los actos. Sino más bien a la idea de la capacidad virtual, a la congruencia del acto cometido en relación con la realización del delito querido²²⁵. Esto debe valorarse *ex ante* (colocándose en la situación en la que se encontraba el agente) e *in concreto* (según los conocimientos del hombre medio, pero comprobando siempre si el agente conocía alguna circunstancia particular en el caso real). Por ejemplo, el hecho de darle azúcar a una persona para matarla no constituye, considerado *ex ante*, una conducta idónea para producir este resultado; pero la apreciación será diferente si el agente sabía que la víctima era diabética. 2120

Si la manera de actuar del agente no corresponde a su intención, el comportamiento es irrelevante para el derecho penal²²⁶. De la perspectiva de la posibilidad de consumir el hecho típico, la acción es inocua, de manera 2121

²²⁴ NOVOA MONREAL, 1966, T. II, p. 135 ss. El mismo criterio fue admitido por BRAMONT ARIAS, 1966, p. 203; ROY FREYRE, 1986, T. I., p. 91. Esta exigencia se justifica cuando la ley la prevé expresamente. Es el caso, por ejemplo del art. 56 del CP italiano, que se refiere a quien comete actos idóneos, dirigidos de manera inequívoca a cometer un delito”; cfr. MARINUCCI/DOLCINI, 2006, p. 340 ss.; PAGLIARO, 2000, p. 517 ss.

²²⁵ FIANDACA/MUSCO, 1989, p. 339.

²²⁶ NOVOA MONREAL, 1996, T. II, p. 134.

que, respecto a los efectos jurídicos, podría afirmarse de manera general que sólo existe el propósito sin exteriorización material.

- 2122 El criterio de la idoneidad de los actos es utilizado para delimitar el denominado delito imposible. Éste consiste en intentar cometer un delito por un medio o contra un objeto de naturaleza tal que la realización de este delito es absolutamente imposible. En esta perspectiva, la argumentación precedente puede ser considerada como conveniente. Sin embargo no puede serlo en vista de lo establecido expresamente por el art. 17 (“No es punible la tentativa cuando...”). En efecto, según esta norma, la tentativa existe a pesar de que la consumación del delito sea imposible por ineficacia absoluta del medio empleado o la absoluta impropiedad del objeto. Esto implica que se admita la existencia de un comienzo de la ejecución, constituido por actos tendientes a la infracción. La falta de idoneidad de la acción es en consecuencia irrelevante para calificar los actos de tentativa. En cambio, el hecho de que la realización del delito sea del todo imposible, constituye una causa de impunidad del agente.

5. Tentativa y delito agotado

- 2123 En comparación con el delito doloso consumado, la tentativa es, objetivamente, un delito imperfecto. Esta imperfección resulta de la no realización plena del tipo legal. Esto permite regular la punición de la tentativa en la parte general del código, sin tener que preverla en cada una de las disposiciones que contienen los tipos legales²²⁷. Sin embargo, esto no significa que la tentativa, considerada en sí misma, sea una forma delictiva accesoria o secundaria: Una vez cometida, su agente se vuelve acreedor a una sanción. No se trata de una parte de un hecho, esto es, no conviene decir: “comete tentativa de un hecho punible quien...”, sino “comete hecho punible, quien trata de realizar un delito...”²²⁸. Este hecho punible está previsto en un nuevo tipo legal que ha sido elaborado, mediante una disposición general, ampliando el tipo legal del delito consumado.
- 2124 Tampoco se puede afirmar que la tentativa es una “circunstancia atenuante”²²⁹, a pesar de que el legislador fija la pena de la tentativa en relación con la que corresponde al delito consumado, en nuestro derecho necesariamente menos grave. Solo es un problema de técnica legislativa.

²²⁷ Cfr. BACIGALUPO, 1974, p. 104

²²⁸ SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 589.

²²⁹ BETTIOL, 1969, p. 496.

4. Jurisprudencia

Los jueces supremos, en diversas ejecutorias, han destacado el momento en 2125 que se consuma el delito, con el objeto de fundamentar la existencia de la tentativa. En cuanto al delito de hurto señalaron que “el encausado no ha tenido en ningún momento la posibilidad de disponer del monto de lo sustraído. Fue perseguido de cerca por el agraviado hasta que fue capturado, por lo que se trata de una tentativa” y “que lo decisivo para la consumación del hurto es el criterio de disponibilidad y no el simple desapoderamiento”²³⁰. Equivocadamente, siguiendo la opinión del fiscal, han afirmado que “el delito de falsificación de moneda se consuma con la simple tenencia de los instrumentos que sirvieron para ese fin o dándole curso a los billetes falsificados”²³¹. Lo cierto es que la tenencia de instrumentos es un acto preparatorio, reprimido independientemente por el art. 255). Y que si se considerase consumado el delito de falsificación en tal caso, el agente tendría que ser reprimido con la pena prevista por el art. 252.

Algunas veces, han determinado con imprecisión cuando “comienza la eje- 2126 cución del delito“. Quizás a causa de una idea equivocada sobre el criterio que permita una solución correcta. Por ejemplo, consideraron que había tentativa de violación y no atentado contra el pudor en el caso de un agente que había tratado de violar a una menor de 9 años sin lograr comenzar el coito. También, se calificó de tentativa de violación el hecho de acostarse sobre la víctima (menor de 3 años) después de haberla despojado de su prenda íntima²³², y el hecho de introducirse en la habitación de una menor y de quitarle la misma prenda, sin poder continuar su acción por haber sido sorprendido entonces por los padres de la menor²³³.

V. Desistirse de ejecutar e impedir la consumación

1. Regulación legislativa

El art. 18, prevé que si “el agente desiste voluntariamente de proseguir los 2127 actos de ejecución del delito o impide que se produzca el resultado, será

²³⁰ ES del 4 de octubre de 1972, en BJ, N° 5-7, p. 292. Ver caso parecido en RJP 1968, p. 231. En relación al delito de estafa, ver: AJ 1949, p. 227.

²³¹ ES del 9 de mayo de 1963, en RJP, p. 227.

²³² ES del 24 de agosto de 1953, RJP 1954, p. 104.

²³³ ES del 20 de agosto de 1970, RJP 1971, p. 264.

penado sólo cuando los actos practicados constituyen por sí otros delitos”. Así, dispone, por un lado, que no sea castigado por la tentativa del delito que no consuma por haberse desistido o arrepentido y, por otro, que se le reprima por el delito que en efecto ha materializado mediante su comportamiento.

- 2128 La primera hipótesis se presenta, por ejemplo, cuando el agente hiere a una persona con la intención de matarla (tentativa de homicidio), pero no continúa cometiendo su acción (desistimiento) o hace lo necesario para evitar que la muerte se produzca (arrepentimiento), sólo será reprimido a título de lesiones corporales (delito materializado).
- 2129 La impunidad de la tentativa, en la segunda hipótesis, constituye una circunstancia personal de impunidad (*Strafaufhebungsgrund*). En efecto, el art. 18 sólo favorece a quien incurre en esta circunstancia²³⁴. Esta calificación es determinante en caso de participación delictuosa. Al respecto, en el art. 19, se dispone que, en caso de participación de varios agentes en el hecho, “no es punible la tentativa de aquél que voluntariamente impidiera el resultado, ni aquél que se esforzara seriamente por impedir la ejecución del delito aunque los otros partícipes prosigan en su ejecución o consumación”.

2. Tentativa acabada e inacabada

- 2130 Para comprender en qué consisten el hecho de desistirse de la ejecución y el de impedir el resultado, es necesario determinar ante todo hasta qué momento el autor puede desistirse y a partir de cuándo ya sólo le queda la posibilidad de impedir la consumación. Esto comporta distinguir la tentativa inacabada de la tentativa acabada²³⁵.
- 2131 Diversos criterios han sido propuestos. Siguiendo un criterio subjetivo²³⁶, se considera que hay que tener en cuenta si, conforme a su plan y a la idea que tiene del desarrollo de los hechos, el agente piensa que debe continuar actuando para consumir el delito. Este criterio es demasiado restringido,

²³⁴ Respecto al derecho alemán RUDOLPHI, SK, AT 1, § 24 N° 6, sostiene que se trata de un fundamento de inculpabilidad; más exactamente, se refiere a la falta de una culpabilidad penalmente relevante.

²³⁵ ROXIN, 2003, § 30 N° 163 ss.

²³⁶ Cfr. JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 51 II 2; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1989, AT I 2, § 41 N° 22; KÜHL, 2000, AT, § 16, p. 74; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 24 N° 13; WESSELS/BEULKE, 2001, N° 631; BLEI, p. 212; VILLAVICENCIO, 2001, p. 93; VILLA STEIN, 2008, p. 294 ss.; BACIGALUPO, en CONDE-PUMPIDO Y OTROS, 1997, p. 540 ss.

por lo que debe fijarse un criterio aplicable a todos los casos y que tenga en cuenta el último acto ejecutado por el agente; o sea el acto realizado en el momento de decidir si debe o no continuar ejecutando la acción. El agente debe apreciar la efectividad de lo ya ejecutado y considerar así mismo la posibilidad de una realización inminente del resultado y la consciencia que tuvo el agente del peligro correspondiente después de haber ejecutado el último acto.

La tentativa es inacabada (tentativa simple o *stricto sensu*) cuando el agente, según la representación de los hechos que tiene en el momento de decidir lo que va a hacer, no ha realizado aún todo lo necesario para que se produzca el resultado (independientemente del hecho de que tenga o no un plan de acción) (*Rücktrittshorizont*). Respecto a la convicción que deba tener el agente de que el resultado vaya a producirse o no, es suficiente que se represente la posibilidad cercana de que se produzca. Por ejemplo, poco importa que el agente considere, primero, su acción como propia para causar la muerte, pero que inmediatamente después se dé cuenta de que en realidad no es adecuada para causar la muerte de la víctima. 2132

Hay tentativa acabada (arrepentimiento y delito frustrado) cuando, según su representación de los hechos, el autor considera haber realizado lo necesario para que el resultado se produzca. No es importante que el agente, luego de haber ejecutado el último acto, no tenga idea alguna respecto a las consecuencias de su comportamiento. Por ejemplo, el homicida, después de haber golpeado violentamente a la víctima, la hiere con un arma blanca y se aleja del lugar de los hechos. Así, el delincuente no sabe si la muerte se va a producir o no, pero cuenta con la posibilidad de que se produzca. Habiendo hecho todo lo necesario para matar, debería intervenir activamente para evitar que el resultado se realice. 2133

3. Abandono de la ejecución (desistimiento)

Respecto a la primera hipótesis del art. 18, el agente debe dejar de ejecutar la acción orientada a consumir el delito. El abandono debe ser definitivo y concernir al hecho concreto que el agente se ha propuesto realizar. Este no es el caso cuando suspende temporalmente la ejecución de su acción, esperando poder continuar ejecutándola después. Por ejemplo, no abandona la ejecución el violador que trata de violentar a la víctima, hasta que ésta lo persuade de tranquilizarse porque está dispuesta a mantener relaciones sexuales con él. El delincuente acepta la proposición diciéndose que si sólo 2134

es una treta de todas maneras la obligará a hacerlo por la fuerza. Pero la víctima aprovecha la ocasión para escaparse. Sin embargo, la situación es diferente, si después de abandonar la ejecución del delito concreto, el agente quiere cometer más tarde otro hecho ilícito con las mismas modalidades y el mismo objetivo, con la condición de que esta nueva infracción difiera sustancialmente de la precedente. A veces, se admite que también se da el abandono definitivo cuando el agente deja de lado su propósito original (ejecución concreta iniciada) aunque piense volver a intentarlo en el futuro²³⁷.

- 2135 En caso que el agente haya decidido cometer dos o más delitos, no es indispensable que abandone la ejecución de todos ellos. Así, por ejemplo, si se ha propuesto matar a la víctima para violarla y apoderarse de sus bienes, el agente, a pesar de haber comenzado a actuar, puede abstenerse de violarla y de matarla, limitándose sólo a despojarla de sus bienes. Por supuesto, tratándose de una sola infracción, no es posible un abandono parcial. Por ejemplo, el art. 18 no será aplicable al violador que, actuando armado, arroja el revolver después de haber vencido la resistencia de la víctima y antes de la práctica coercitiva del acto sexual. Este delincuente será reprimido con la pena agravada prevista por el art. 170, pf. 2, por violar la libertad sexual de una persona a mano armada. Conviene por supuesto distinguir este caso del de los delitos calificados por el resultado. En efecto, el abandono de la ejecución del delito puede darse aun cuando un resultado más grave no querido, pero previsible, ya se haya producido. Por ejemplo, el delincuente que, con la voluntad de cometer un robo (hurto con violencia en las personas, art. 188), ocasiona por imprudencia al ejecutar el hurto la muerte del propietario del bien y renuncia luego a consumir el delito contra el patrimonio, será reprimido sólo por homicidio culposo (art. 111).

4. Impedir la producción del resultado (arrepentimiento activo)

- 2136 En este caso, el agente realiza todo lo que, según su representación de los hechos, dependía de él para consumir el delito y, de manera activa, interviene para evitar su consumación. En estos casos, la acción se encuentra en una fase de su desarrollo en la cual ya no es posible abandonar la ejecución; es decir, se trata de una tentativa acabada.

²³⁷ VILLAVICENCIO, 2001, p. 100.

Impedir el resultado significa imposibilitar su realización. La referencia limitada al resultado y no a la realización del delito es acertada en la medida en que se admite que la tentativa acabada es imposible en el caso de delitos formales o de pura actividad. En efecto, el hecho de que el agente haya ejecutado la acción típica implica, en estas circunstancias, la consumación del delito salvo, por supuesto, si se trata de un caso de imposibilidad absoluta de consumación (art. 17). 2137

Interpretada literalmente la disposición, podría creerse que el legislador exige que el agente impida el resultado personal y directamente²³⁸. En cambio, el art. 96 del CP de 1924 decía: “hubiese obrado de mutuo propio para impedir la producción del resultado”. Este texto era más expresivo en la medida en que daba la posibilidad de entender que la reacción del agente debía constituir un elemento determinante en el nuevo proceso, pero no necesariamente el único. En efecto, es posible que la acción decisiva no sea la obra personal del agente. Es suficiente que éste haya logrado la intervención de un tercero, por ejemplo la de un médico que haya salvado a la víctima envenenada, mediante la aplicación de un antídoto u de otro medio adecuado. 2138

5. No consumir el delito

No basta, no obstante, que el agente haya renunciado a continuar obrando o haya tratado de impedir el resultado. Es indispensable que el tipo legal no se realice a causa de que el agente haya desencadenado un nuevo proceso fáctico que contrarreste el primer proceso que había puesto en marcha. Esto se deduce, sin dificultad, del art. 18. No sucedía lo mismo respecto al art. 96 del CP de 1924. Esta disposición decía: “el agente hubiese obrado [...] para impedir la producción del resultado”. De este texto podía deducirse que era suficiente que el agente hubiera actuado con tal intención, aun cuando no hubiera logrado su objetivo. 2139

Si el resultado se produce, a pesar de los esfuerzos del agente, éste será responsable del delito intencional consumado. Sin embargo, habrá que tener en cuenta las circunstancias en las cuales fracasó su afán de evitar la pro- 2140

²³⁸ Esta imprecisión figuraba en la fuente suiza del art. 96 del Código derogado; pero las Cámaras legislativas helvéticas precisaron el significado de la regla al aprobar el texto definitivo del Código federal, en el sentido de que el agente debe haber “impedido o contribuido a impedir que el resultado se produzca” (art. 22 *in fine*). Cfr. art. 23 de la nueva parte general del CP suizo.

ducción de éste. Si este fracaso se debió a un accidente desafortunado, a la intervención de un tercero o a fuerza mayor, cabe incluso preguntarse si es aún posible imputárselo objetivamente. Por ejemplo, el agente, después de haber enviado una carta bomba a la persona que quería matar, se dirige a la casa de la víctima para impedir que ésta la abra y evitar así el resultado. Pero no logra su objetivo porque es atropellado al ir en su búsqueda. A pesar de su intento espontáneo, el autor debe ser considerado responsable de homicidio. Su intento, frustrado fortuitamente, de retomar el control del desarrollo causal (desencadenado soberanamente por él mismo) no impide que se le impute objetivamente el resultado, esto es, la muerte de la víctima. Su cambio de actitud deberá sin embargo ser apreciado en el momento de individualizarse la pena (art. 46).

- 2141 Por el contrario, el arrepentimiento debe ser admitido, por ejemplo, cuando la víctima herida fallece a causa del accidente que se produce cuando, a pedido reiterado del agresor, es trasladada en una ambulancia al hospital. En este caso, el deceso no materializa el riesgo creado mediante la lesión corporal inferida a la víctima. El resultado ya no puede serle imputado al autor. Debido a que ignora la circunstancia fortuita, debe admitirse el arrepentimiento activo del autor. Según el contexto en el que tengan lugar los hechos el agente debe desconocer las circunstancias que condicionan la no imputación y, claro está, haber realizado esfuerzos serios para impedir el resultado inicialmente querido.
- 2142 El autor debe hacer lo que es apropiado y necesario para impedir el resultado. Por consiguiente, no debe limitarse a realizar actos que resulten insuficientes o inútiles con respecto al riesgo que debe descartar. Esto significa que debe proceder con seriedad y de manera adecuada. Por ejemplo, si para evitar el resultado “muerte” quiere llamar a un hospital pero no tiene la tarjeta para utilizar un teléfono público, está obligado a tratar de solicitar la ayuda necesaria por otros medios. Los esfuerzos están por supuesto en relación con la importancia del bien jurídico en peligro y con la gravedad de éste. Así, si se trata del bien jurídico “vida”, las exigencias son mayores. El agente debe hacer lo que sea necesario para evitar casi con seguridad el resultado.

6. Voluntariedad

- 2143 El cambio de actitud del agente debe ser voluntario²³⁹, es decir, que tiene que nacer espontáneamente de sí mismo, de su propia iniciativa, y no

²³⁹ BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 26 N° 15.

por necesidad o por fuerzas extrañas. La defectuosa redacción del art. 18 podría hacer pensar que la voluntariedad constituye sólo un requisito del desistimiento y del arrepentimiento, en la medida en que el legislador coloca después del término “desistimiento” el adverbio voluntariamente, y no lo repite al emplear el vocablo “impide”. El texto pudo ser más claro si se hubiese dicho “si el agente voluntariamente desiste... o impide...”.

En el CP de 1924, nuestro legislador se refería al hecho de que el agente 2144 hubiera desistido “espontáneamente”, substituyendo así el término “voluntariamente” empleado en el Proyecto de 1916. Esta modificación fue inspirada por el Proyecto Ferri (1921). En la exposición de motivos de este proyecto, se dice que el vocablo es utilizado para indicar que el desistimiento debe comportar un propósito de enmendar el rumbo de los acontecimientos o, al menos, no ser impuesto por circunstancias exteriores que contradigan el proyecto delictuoso (p. ej., gritos o resistencia de la víctima, aparición de personas, falta de los instrumentos necesarios o de circunstancias favorables)²⁴⁰.

Por lo que se refiere al arrepentimiento, el art. 96 del CP de 1924 empleaba 2145 la expresión “de *motu proprio*”, lo que significa lo mismo que espontaneidad²⁴¹. Así, el agente debía haber obrado por sí mismo, sin haber sufrido una coacción exterior²⁴². La razón por la cual el legislador usó la expresión “de *motu proprio*”, en lugar del vocablo “espontáneamente”, como lo hizo en relación con el desistimiento, podría encontrarse en el hecho de que Jiménez de Asúa tradujera de esta manera la expresión francesa de *son propre mouvement*, empleada por el legislador suizo en el Anteproyecto de 1915 (art. 24)²⁴³.

En la exposición de motivos del Código, no se explican las razones que 2146 llevaron a sus autores a escoger el término “voluntariamente”. Sin embargo, estas variaciones de terminología no son de gran importancia, pues, todos los vocablos indicados expresan la misma idea. Así, “espontáneo” significa “voluntario o de propio impulso”.

²⁴⁰ FERRI, 1921, p. 30.

²⁴¹ Cfr. BRAMONT ARIAS, 1966, p. 206.

²⁴² ES del 28 de septiembre de 1994, Exp. N° 2169-94-Cañete, en la que se dice: “Si la conducta del agente está dirigida a impedir un resultado que quiso causar en un primer momento, pues el haber proporcionado información oportuna impidió la consumación del delito planeado; estamos pues ante un caso de arrepentimiento activo”, cfr. ROJJASI PELLA, 1997, p. 104 ss.

²⁴³ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, 1916, p. 209.

- 2147 Al margen de las cuestiones de terminología que suscita el texto legal, lo decisivo es que el agente, mientras actúe y aún no haya consumado el delito, conserve su poder de decisión y que según su representación del desarrollo de los hechos, exista la posibilidad de intervenir. Conforme a la fórmula de Frank, el agente debe poder decirse “aún, podría alcanzar el resultado, pero ya no quiero hacerlo”. De modo que su cambio de actitud no sería voluntario si éste se dijera: “no puedo alcanzar el resultado, aun cuando lo quisiera”. En este sentido debe comprenderse la afirmación según la cual actúa voluntariamente cuando es impulsado por motivos propios (actúa de manera autónoma) y no condicionado por motivos que le son ajenos, los mismos que le impiden actuar conforme a su voluntad.
- 2148 Determinar la voluntariedad es un problema que debe solucionarse teniendo en cuenta las circunstancias particulares de cada caso en concreto, puesto que resulta muy difícil establecer reglas fijas generales. A lo más, es posible indicar algunas directivas generales²⁴⁴. Así, hay que admitir, en principio, que la vuelta a atrás es espontánea cuando la situación en la cual el agente se desiste (abandona su decisión delictuosa) o se arrepiente (impide que el resultado se produzca), no ha sufrido un cambio esencial²⁴⁵.
- 2149 Por ejemplo, el autor carece de voluntad de decidir de abandonar la ejecución o de impedir la consumación, cuando deviene incapaz de seguir actuando (se desmaya o sufre un grave accidente), cuando surge un obstáculo físico que le impide proseguir su acción delictuosa (la alarma suena cuando toca la reja de la casa en la cual quiere penetrar a fin de robar), cuando la víctima resiste o escapa (la mujer agredida sexualmente incapacita a su agresor engegueciéndolo con un pulverizador químico), cuando un tercero interviene en defensa de la víctima o cuando ésta descubre la acción delictuosa²⁴⁶. Hay que añadir que, en el caso del tercero, su intervención no excluye siempre la espontaneidad del cambio de actitud del agente. Por ejemplo, cuando se trata de una persona que el agente, a causa de las relaciones personales que existen entre ambos (por ser dicha persona su madre o su esposa), considera como incapaz de denunciarlo. Además, en relación con el caso en que el agente es descubierto cometiendo su delito, la voluntariedad tampoco es excluida, tratándose de delitos en los cuales el ataque va dirigido contra la misma persona de la víctima y que ésta sorprende a su agresor (p. ej., en caso de homicidio, lesiones corporales o violación).

²⁴⁴ MERLE/VITU, 1997, T. I., p. 489.

²⁴⁵ ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 24, N° 44.

²⁴⁶ RUDOLPHI, en SK, AT 1, § 24 N° 19 ss., N° 25.

De manera superflua e insuficiente, el art. 96 del CP de 1924 hacía referen- 2150
cia al hecho de que el agente debía actuar “antes de haber sido descubierta”
su acción delictuosa. Estaba demás indicarlo porque se trata de una cir-
cunstancia que está relacionada con el carácter voluntario de la decisión.
Como ya lo hemos afirmado con anterioridad, el hecho de que el agente
sea sorprendido impide, normalmente, considerar que haya actuado de
manera espontánea. Y, era insuficiente, porque no basta que su accionar
haya sido descubierto para negar sistemáticamente la voluntariedad de la
decisión. El agente puede ignorar que su hecho ha sido descubierto, lo que
hace aún posible que se pueda decidir espontáneamente.

La ausencia de motivos éticos es irrelevante²⁴⁷. En efecto, el cambio de vo- 2151
luntad es espontáneo aunque sea provocado por el súbito temor de ser se-
veramente penado, o de ser sorprendido *in fragante*, o de las consecuencias
de su acto o por simple desplacer. Por lo tanto, resulta equivoco hablar de
arrepentimiento, pues, este vocablo da a entender que al agente le “pesa
haber realizado su acción”, que sienta aflicción o dolor interior o remordi-
miento. Pero esta actitud no es indispensable: es perfectamente posible que
el agente pueda haber cambiado de actitud por temor al castigo o por no
estar satisfecho con las ventajas que pensaba alcanzar.

7. Fundamentos de la impunidad

Para fundamentar, en particular, la impunidad del desistimiento, varios cri- 2152
terios²⁴⁸, son propuestos. Por tradición, se ha sostenido que se trata de un
puente de oro²⁴⁹ tendido al delincuente a fin de evitar que éste consuma el
delito. Pero este criterio, defendido por Franz von Liszt y basado en una
concepción de política criminal individual, es infundado por no concordar
con la realidad, puesto que es poco verosímil que el agente conozca la re-
gulación legal o, en caso contrario, de que influya en él en el momento de
actuar²⁵⁰.

En oposición a esta concepción, se ha sostenido que se trata más bien de 2153
un premio o de una gracia a favor del delincuente. Éste es recompensado
porque mediante su cambio de comportamiento ha retornado a la legali-

²⁴⁷ Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1989, § 41 V B 2; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 24
Nº 44; HAFTER, 1946, p. 208.

²⁴⁸ ROXIN, 2003, § 30 Nº 11 ss.

²⁴⁹ BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 27 Nº 7.

²⁵⁰ RUDOLPHI, SK, AT 1, § 24 Nº 2; SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 624; WELZEL, 1967, p. 189.

dad, atenuando así de manera importante la índole negativa de su acción y la perturbación del orden jurídico. La sanción penal se vuelve en consecuencia superflua.

- 2154 También, se ha afirmado que la nueva actitud del agente neutraliza la reacción penal. En efecto, al desaparecer la voluntad delictuosa ya no existe más fundamento de prevención general o especial para castigar al agente. Dicho de otro modo la baja intensidad de la voluntad delictuosa o su desaparición completa, así como la insignificante peligrosidad del autor, hacen superflua la sanción penal, pues, ésta ya no tiene por objeto intimidarlo para que no reitere y menos aún infundir miedo a los demás o restablecer el orden jurídico²⁵¹.
- 2155 Todos estos esfuerzos han fracasado, sobre todo, por pretender ofrecer una respuesta unilateral a un problema tan complejo. El fundamento sólo puede ser explicado recurriendo a diversos criterios. Ante todo, hay que tener en cuenta que existen razones de política criminal que justifican que se limite la intervención de la reacción penal. El agente compensa la índole negativa de su acción dirigida a consumir un delito mediante el abandono definitivo de su voluntad de continuar ejecutándolo o de lograr que el resultado se consuma. Este cambio de actitud implica de parte del agente, en general, un nuevo reconocimiento del mandato legal y, en especial, una renovación del respeto a los intereses de terceros. La levedad de su culpabilidad se deduce de la apreciación global de su comportamiento, lo que hace innecesaria la sanción penal.
- 2156 La impunidad se comprende, no está demás decirlo, por el hecho que se reprime al agente si su comportamiento constituye un delito distinto al que intentó cometer. Este es el caso, sobre todo, cuando ha avanzado significativamente en la ejecución de la acción delictuosa. Por lo que la impunidad se dará, en particular, cuando se desiste casi inmediatamente después de haber comenzado la ejecución del delito. Caso en el cual, su accionar no reúne los elementos constitutivos de un determinado tipo legal.
- 2157 Lo importante para el legislador es que cesen las acciones delictuosas y que no se perjudiquen los bienes jurídicos. Esto explica el porqué, teniendo en cuenta ciertas razones de política criminal general y especial, dichas situaciones han sido consideradas como circunstancias excluyentes de responsabilidad. En el CP de 1924, esta impunidad sólo era prevista respecto al

²⁵¹ BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 26 N° 8.

desistimiento, a causa de la concepción subjetiva predominante de la regulación. En el caso del arrepentimiento, se reprimía al agente porque éste, en esas circunstancias, mantenía su voluntad criminal hasta que el desarrollo de la ejecución del delito se hallaba muy avanzado.

8. Tentativa fracasada

Por su especificidad, conviene tratar por separado la denominada tentativa fracasada (*fehlgeschlagener Versuch*). Se ha afirmado con anterioridad que el hecho de abandonar la ejecución o de impedir la realización del resultado sólo procede cuando el autor estima que la consumación es posible²⁵². Respecto a esto, conviene añadir que ninguno de los dos hechos es factible si el agente tiene la convicción de que en ese momento, con los medios y en el contexto en que se encuentra, no puede consumir el delito. Por ejemplo, el ladrón llega a la conclusión de que no está en condiciones de abrir la caja fuerte donde se encuentran las joyas que quiere sustraer, por lo tanto, se puede afirmar que no consumará el hurto, pero también que no se desiste voluntariamente de ejecutar el delito. 2158

Así mismo, se da la tentativa fracasada, si después de haber disparado sin éxito contra la víctima para matarla, el agente se da cuenta de su fracaso y vuelve a disparar contra ella sin alcanzar nuevamente su objetivo. Él ha agotado todas las posibilidades de las que disponía, por lo que es imposible aceptar que el agente pueda todavía desistirse. Conviene apreciar del mismo modo el caso de quien en previsión del fracaso de su primer intento, planea recurrir a otro medio (utilizar una arma de fuego si no lograra matar a la víctima estrangulándola). 2159

Poco importa que el autor haya actuado con dolo eventual. Por ejemplo, el caso del violador que para escapar del policía que lo persigue, dispara contra él con la intención de matarlo. Si sólo consigue lesionarlo, no podrá admitirse que se desiste de causarle la muerte. Tampoco se desiste cuando, después del primer intento, renueva su acción aprovechando otras posibilidades que le eran desconocidas. 2160

El art. 18 no es, en consecuencia, aplicable en caso de tentativa fracasada. El autor debe ser sancionado, pero de manera atenuada conforme a la regulación general de la tentativa (art. 16). 2161

²⁵² ROXIN, 2003, § 30 N° 77 ss.

9. Reparación espontánea del daño y confesión sincera

- 2162 El término “arrepentimiento” es inapropiado por la confusión que puede crear con respecto a la circunstancia atenuante general de “la confesión sincera (del agente) antes de haber sido descubierto” (art. 46). En este caso, el agente manifiesta un arrepentimiento y, tal vez, incluso una reconciliación con el orden jurídico.
- 2163 El arrepentimiento activo tampoco debe ser confundido con el eventual proceder del agente posterior a la consumación de la infracción consistente, por ejemplo, en la entrega de una suma de dinero a manera de retribución del daño material provocado en la propiedad ajena. Este comportamiento sólo constituye una de las circunstancias que, según el art. 46, deben ser tenidas en cuenta por el juez para individualizar la pena.

10. Jurisprudencia

- 2164 La Corte Suprema ha negado de manera correcta que el desistimiento sea voluntario cuando el delincuente se fuga al ser descubierto cuando trataba de hacer sufrir el acto sexual a una menor²⁵³. Ha procedido del mismo modo en el caso de un delincuente que había desistido de su intento de violar a una menor, por temor a ser sorprendido. En efecto, su temor había sido provocado por los gritos de otra menor que acompañaba a la agredida, diciendo que se aproximaban dos hombres²⁵⁴.
- 2165 Al respecto, vale presentar los argumentos expuestos por la Corte Suprema en un caso de tentativa de violación sexual. Según los jueces, “resulta de aplicación el art. 18 que regula la institución del desistimiento voluntario de consumir el delito, en tanto que el imputado realizó parte de los actos de ejecución del delito de violación de violación sexual, pero voluntariamente se desistió consumarlo en un momento en que todavía, según su representación, no había hecho todo lo necesario para consumarlo; que, en efecto, se cumplen dos requisitos de la citada institución: la evitación de la consumación y la voluntariedad del desistimiento. Así, propio el imputado evitó la consumación del delito, no siguió actuando,

²⁵³ ES del 29 de octubre de 1970, en RJP 1971, p. 264.

²⁵⁴ ES del 17 de abril de 1937, en RF 1937, p. 309. Conviene sin embargo notar que el Fiscal en su dictamen, con el cual estuvo de acuerdo la Corte Suprema, se refiere confusamente al hecho de que “no ha habido la espontaneidad que exige la ley, o sea el arrepentimiento (sic) consecuencia de un sentimiento de bondad hacia la que no pudo ser su víctima”.

y, por ende, yacer sexualmente con la víctima; en segundo lugar, la no consumación se debió a la propia voluntad del imputado, pues dada las formas y circunstancias del hecho, estuvo en condiciones –pese a la oposición de la víctima, una menor de diez años– de culminar la ejecución del delito, pues no hubo impedimentos forzosos, y no se produjo una presión insuperable de la situación fáctica, o consecuentemente, su conducta al desistirse evidenció una actitud poco decidida a cometer el delito; que, sin embargo, con arreglo al último extremo del invocado art. 18, la pena se producirá solo cuando los actos practicados constituyan por sí otro delito consumado (tentativa cualificada), esto es, la impunidad por desistimiento no alcanza a éste. Por tanto, en este caso es de aplicación el delito de actos contra el pudor o abuso deshonesto, previsto y sancionado por el art. 176-A, inc. 3²⁵⁵.

VI. Delito imposible

1. Noción

El art. 17 prevé la impunidad de la tentativa cuando “es imposible la consumación del delito”. Se trata del llamado delito imposible²⁵⁶. Es equivocado hablar de tentativa imposible, pues es un caso de tentativa ya que el agente tiene la voluntad de ejecutar un tipo legal y realiza actos encaminados a tal fin, pero la consumación es imposible a causa de la naturaleza de los medios empleados o del objeto de delito. Según la terminología de la ley: por la “ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto”. (art. 17). 2166

La definición prevista en el art. 17 no se diferencia en el fondo de la contenida en el art. 99 del CP de 1924, que era de inspiración suiza. Esta última disposición relacionaba directamente el carácter absoluto de la imposibilidad con la consumación del delito. En cambio, el art. 17 señala esta especificidad con referencia al medio y al objeto, cuando la consumación sólo es calificada de imposible. De esta manera recargada de establecer las condiciones se puede deducir que el legislador trató de señalar que la consumación puede ser imposible por diversas razones y que la impunidad de la tentativa sólo procede en los casos de absoluta ineficacia de los medios 2167

²⁵⁵ ES del 28 de septiembre de 2004, RN N° 2132-2004-Cañete, cfr. SAN MARTIN CASTRO, 2006, p. 281 ss.

²⁵⁶ CASTILLO GONZÁLEZ, 2003, p. 84 ss.; Cfr. ROXIN, 2003, § 29 N° 346 ss.

utilizados o de absoluta impropiedad del objeto del delito. Así, se confirma que la situación prevista corresponde a un caso de tentativa.

- 2168 La diferencia substancial entre la nueva regulación y la derogada radica que la primera estatuye la impunidad del agente. Si bien se preveía la represión de este tipo de tentativa, en el art. 96 del CP de 1924, esto no comportaba, por la primacía que se daba a la voluntad delictuosa, la admisión de la teoría subjetiva de la justificación de la punición de la tentativa. El análisis de la manera cómo el legislador establece las condiciones del delito imposible revela más bien que recurre tanto a circunstancias objetivas como subjetivas. El aspecto subjetivo está constituido por la voluntad del agente de cometer un delito. Dicha voluntad debe manifestarse mediante actos concretos en el mundo exterior pero, a pesar de éstos, la consumación no debe producirse a causa de las condiciones objetivas señaladas por la ley (aspecto objetivo).

2. Aspecto subjetivo

- 2169 El agente quiere consumir un delito determinado y pasa al acto convencido de poder lograrlo según la manera como se lo ha representado. Hasta aquí, se trata de la misma situación que en las demás formas de tentativa. Pero en el delito imposible, el agente se equivoca sobre uno de los elementos del tipo legal objetivo (error de tipo al revés). Por ejemplo, para matar a una persona, el agente le hace beber una bebida inocua creyendo por error que es venenosa, o aplasta con una almohada la cara de un recién nacido a fin de matarlo, cuando en realidad éste había nacido muerto. Los errores en que incurre el autor no excluyen su voluntad homicida y, por lo tanto, la voluntad necesaria para que exista tentativa.

3. Aspecto objetivo

a. Comienzo de ejecución

- 2170 En los dos ejemplos que venimos de citar, la voluntad de cometer el delito se manifiesta a través de una acción concreta. Pero la producción del resultado que se persigue es imposible²⁵⁷. Si se supone que el medio y el objeto son idóneos, los actos cometidos aparecen entonces como el inicio material de la accin²⁵⁸. La adquisición del producto considerado

²⁵⁷ MERLE/VITU, 1997, T. I, p. 493; ver: PEÑA CABRERA, 1995, p. 354 ss.

²⁵⁸ WELZEL, 1967, p. 186.

como veneno sólo constituye un acto preparatorio; en cambio el hecho de entregar la bebida supuestamente envenenada a la víctima constituye el inicio de la ejecución.

b. Consumación imposible

Para comprender la imposibilidad de la consumación hay que tener en cuenta que en el caso de las tentativas punibles, la consumación del delito es posible. Así, éstas están constituidas por actos idóneos que, normalmente, deberían culminar con la consumación del delito. Desde esta perspectiva, el art. 17 sería superfluo, pues, hubiera bastado comprobar la falta de idoneidad de las acciones realizadas para no aplicar el art. 16. Esto sería además confirmado por la aplicación del principio de lesividad previsto en el art. IV. La impunidad del caso regulado por el art. 17 se deduciría entonces directamente del hecho de que la acción cometida por el agente no hubiera lesionado ni puesto en peligro bien jurídico alguno. En efecto, siendo inocuos los actos cometidos, no debe sancionarse a su autor. 2171

Sin embargo, el art. 17 no puede ser considerado superfluo, puesto que la noción general de la no lesividad no es lo bastante certera como para resolver con la debida seguridad los casos de impunidad. Por esto era indispensable que el legislador estableciera el carácter irrelevante para el derecho penal del delito absolutamente imposible, toda vez que no pone en peligro los bienes jurídicos protegidos. 2172

Tampoco basta considerar que hay tentativa sólo cuando falta el resultado, porque de esta manera no se realiza totalmente el tipo legal; sino que no hay tentativa cuando la no realización del tipo legal se debe a otras circunstancias; por ejemplo porque el medio o el objeto del delito no son idóneos de manera absoluta. Así, se considera, según la denominada teoría del defecto de tipo, que el hecho de disparar en la oscuridad, contra un árbol, creyendo que es una persona, no es punible, pues, sólo se trata de una deficiencia en la ejecución del tipo legal. Al contrario, constituye una tentativa el hecho de disparar con intención homicida sobre una persona, que resulta finalmente siendo un árbol. Esta teoría no permite sin embargo distinguir con nitidez los casos que deben ser reprimidos, sobre todo porque todos los tipos legales no prevén de manera clara el resultado como la culminación de la acción. 2173

Así mismo es inconveniente tratar de delimitar los casos penalmente significativos recurriendo al criterio de la idoneidad o no de la acción cometida 2174

al querer perpetrar un delito. Referente a esto, conviene recordar ante todo que la ley no prevé la idoneidad de la acción como un elemento constitutivo de la tentativa (*lato sensu*). Además, hay que tener en cuenta que, en la práctica, resulta casi imposible distinguir los actos idóneos de los que no lo son. Tradicionalmente, por ejemplo, se ha tratado de reducir la idoneidad a la noción de eficacia causal. Así, la acción ejecutada debería ser capaz de producir el delito querido. No obstante, este criterio resulta inaplicable porque la causalidad supone dos elementos, y uno de estos (el resultado) falta precisamente en el caso de la tentativa. La apreciación *ex ante* (posterior al hecho) concluiría siempre a la falta de idoneidad de la acción.

- 2175 En relación con el delito imposible, la referencia legal al carácter absolutamente ineficaz del medio o la impropiedad del objeto, supone que existan casos de ineficacia e impropiedad relativas. Así, habría que distinguir la idoneidad relativa de la idoneidad absoluta, admitiendo que el art. 17 se refiere a la falta de la última. La imposibilidad es absoluta cuando la acción es en sí misma ineficaz, a causa de la naturaleza de los medios empleados o del objeto, para culminar en la consumación del delito. Por ejemplo, el hecho de emplear azúcar en polvo en lugar de arsénico (ineficacia del medio) o el hecho de practicar maniobras abortivas en una mujer que no está encinta (impropiedad del objeto).
- 2176 Al contrario, la imposibilidad es calificada de relativa cuando la producción del resultado fuera factible si la acción fuese realizada en otras circunstancias de tiempo, de lugar o de medios. Por ejemplo, el hecho de emplear una cantidad insuficiente de veneno (ineficacia del medio) o de disparar contra el lecho donde reposaba la víctima y del cual ésta se había alejado (impropiedad del objeto). Estos ejemplos muestran con claridad la complejidad de fijar el límite entre estos dos niveles que son progresivos. Además, esta dificultad aumenta en los casos límites.
- 2177 Para superar estas dificultades es mejor recurrir a la peligrosidad de la acción cometida por el agente, mediante la cual es imposible consumir el delito, porque el medio es ineficaz o el objeto inapropiado. Estas características indican una falta de capacidad potencial para hacer factible la consumación. La apreciación de esta potencialidad del medio y del objeto, y por consiguiente de la acción, debe hacerse *ex ante e in concreto*. Dicho de otro modo, el juez debe colocarse, idealmente, en la misma posición en que se encontraba el agente al comenzar la ejecución de su acción y apreciar, según los conocimientos que tenía, si la acción podía, según las circunstancias del caso, desembocar en la realización del tipo legal. Esta

perspectiva recuerda por supuesto la denominada causalidad adecuada. El hecho de suministrar azúcar con la intención de matar debe ser considerado como una acción no idónea, a no ser que el agente hubiera sabido que la víctima era diabética²⁵⁹. Así, no se puede considerar que existan medios u objetos que con carácter general puedan ser considerados inadecuados para consumar un delito, así como acciones no idóneas y, por lo tanto, no peligrosas en sí mismas. Siempre hay que tener en cuenta las circunstancias particulares del caso concreto.

El peligro del que se trata es el que representa la acción realizada para los bienes jurídicos de terceros. En cambio, no se trata en ningún caso del peligro que representa la posibilidad de que el agente, en el futuro, reitere su acción corrigiendo el error en que incurrió la primera vez. Este razonamiento implicaría una violación del principio de la culpabilidad, porque la responsabilidad se establecería no en función de la acción ejecutada, sino de lo que el agente hubiera podido cometer. 2178

4. Tentativa irreal o supersticiosa

Un ejemplo típico de esta forma de tentativa es tratar de matar una persona recurriendo a medios mágicos. Se trata de un delito imposible a causa de la ineficacia absoluta del medio empleado. Cualquier observador objetivo que se coloque en la situación del agente considerará que es imposible que se consuma el delito y será consciente de que su acción no pone en peligro bien jurídico alguno. 2179

Para justificar la impunidad de la tentativa irreal, se han recurrido a diferentes criterios. Así, se afirma que en estos casos no se perturba “la confianza de la comunidad en la vigencia del orden jurídico”, lo que en cambio sí se produciría si se dejara impune al agente que de manera seria se hubiera propuesto realizar un hecho penalmente relevante y que hubiera comenzado su ejecución²⁶⁰. También se ha negado que hay tentativa, ya que no puede considerarse como comenzada la ejecución del delito, “pues según la experiencia general no es parte de la acción típica”²⁶¹ el acto realizado por el agente. Por ejemplo, el hecho de realizar sesiones de magia para hacer que 2180

²⁵⁹ FIANDACA/MUSCO, p. 339.

²⁶⁰ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 50 I 4; Cfr. BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 26 N° 32 ss.; SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 608; WELZEL, 1967, p. 186; WESSELS/BEULKE, N° 620.

²⁶¹ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 50 I 1 ss.; ESER, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 2006, § 22 N° 66; SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 608 ss.; BACIGALUPO, 1974, p. 108.

un espíritu haga daño a un tercero²⁶² o el hecho de lanzar con una honda piedras contra un avión a fin de derribarlo. En todos estos criterios que no son en sí incompatibles, hay que considerar de manera prioritaria la falta de peligrosidad de la acción realizada. Por no comenzar la ejecución, no se pone en peligro bien alguno y, por lo tanto, el acto es penalmente irrelevante y sin efecto importante en la comunidad.

- 2181 Las legislaciones que reprimen el delito imposible establecen generalmente la impunidad cuando el agente ha actuado a causa de un grave defecto de inteligencia. Excepciones de este tipo no son necesarias en nuestro orden jurídico, porque éste establece la impunidad de todo delito imposible absoluto, comprendida evidentemente la tentativa supersticiosa o irreal.

5. Jurisprudencia

- 2182 En la jurisprudencia de la Corte Suprema no nos ha sido posible encontrar resolución alguna que se refiera a un caso de delito imposible. Sin embargo, se planteó el problema, aunque de manera confusa, en el proceso que culminó con la ES del 30 de setiembre de 1943²⁶³ y en el que X fue juzgado por el hecho de haber otorgado dinero a dos individuos a fin de falsificar moneda. Estos habían en realidad utilizado esta argucia para estafar a X. El tribunal correccional le impuso a X la pena de 6 meses de prisión condicional por tentativa de falsificación de moneda. El fiscal supremo sostuvo en su dictamen que estaba comprobada la “intervención de X en la pretendida maniobra ilícita, maniobra que no tenía el carácter de imposible con respecto a X que proporcionó los elementos indispensables para la manipulación”. La Corte Suprema de manera acertada no estuvo de acuerdo con el razonamiento del fiscal y planteó más bien el problema como una cuestión de participación. En efecto, afirmó que el acto de X “aunque moralmente reprochable, no es punible porque no determina su condición de coautor de la infracción en la comisión de un delito que realmente no se proyecta ejecutar; para que exista jurídicamente requiere el comienzo de la ejecución directa del delito, que en el caso que se juzga no ha ocurrido realmente”.
- 2183 En realidad se trataba de una tentativa de participación en la comisión de una infracción que no se proyectaba ejecutar, pues, los otros dos implicados nunca se habían propuesto cometer el delito de falsificación de mone-

²⁶² El hecho de hacer uso de sustancias que, por creencias en la magia o en la brujería, son consideradas como venenosas, es por supuesto distinto.

²⁶³ En RJP 1943, p. 31.

da. Esta tentativa de participación no es reprimible porque ni siquiera se había iniciado la ejecución de la acción delictuosa. Si esto hubiese sucedido, se tendría que haber hablado entonces de participación en una tentativa de delito de falsificación de moneda. La acción de X no debía ser juzgada aisladamente, como pretendía hacerlo el fiscal, sino con la de los otros dos que habían simulado querer realizar la falsificación. Considerada desde esta perspectiva, la acción de X (entregar dinero para adquirir instrumentos, material, etc.) sólo reviste el carácter de un acto preparatorio excluido de pena. Desde este punto de vista, lo sostenido por la Corte Suprema²⁶⁴ adquiere una correcta y completa significación.

6. Delito putativo

En este caso, el agente comete un acto pensando que se trata de un delito. 2184 Dicho de otro modo, el agente obra bajo la influencia de un “error de prohibición al revés”²⁶⁵. Su apreciación de las circunstancias de hecho relativas a su acción es correcta, pero cree por equivocación que dicha acción se halla prevista en un tipo legal, el cual en realidad no existe. Por ejemplo, el agente mayor de edad practica libremente el acto contra natura con su amigo mayor de edad creyendo que la ley penal reprime esa práctica homosexual, o un preso piensa que comete delito al fugarse sin violencia del centro penitenciario donde se halla recluido. En cambio, en el caso del delito imposible el agente procura cometer una acción que está prevista como delito en una disposición legal²⁶⁶, equivocándose sobre un elemento del tipo legal objetivo (error de hecho al revés).

La impunidad del delito putativo se justifica, pues, la idea equivocada²⁶⁷ 2185 según la cual ciertas conductas son delictuosas (a causa de un error sobre la existencia de una disposición legal o sobre los extremos de su aplicación) no manifiesta una voluntad relevante en el ámbito penal. El carácter delictuoso de un acto no puede depender de la opinión personal de los

²⁶⁴ En un caso parecido, la Corte Suprema había, anteriormente, sancionado al agente por tentativa, adoptando para esto un criterio demasiado subjetivo. Ver: ES del 30 de setiembre de 1939, en RF 1940, p. 388.

²⁶⁵ Cfr. CASTILLO GONZÁLEZ, 2003, p. 120.

²⁶⁶ Cfr. MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, 1989, § 41 III C; SOLER, 1976a, T. II, p. 207; HAFTER, 1946, p. 214; JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 50 II 1; BAUMANN/WEBER/MITSCH, 2003, § 26 N° 38 ss.

²⁶⁷ El error fundamental en el que incurre el agente en el caso del delito putativo y su naturaleza han llevado a algunos autores a afirmar que se trata de una situación que sólo pertenece al dominio de la culpabilidad (Cfr. SCHMIDHÄUSER, 1975, p. 601) y que su estudio junto a la tentativa es debido sólo a razones didácticas.

individuos²⁶⁸. El hecho de reprimir al agente en estos casos, constituiría en consecuencia una violación del principio de legalidad.

- 2186 Según los criterios de la teoría del delito, se puede sostener que el agente actúa sin dolo, pues, éste requiere la consciencia de cometer un delito. Esta consciencia falta puesto que el autor se representa la realización de un acto que no está previsto por un tipo legal. Además, respecto al aspecto objetivo, cabe señalar que la acción cometida no representa peligro alguno (ni siquiera abstracto) para los bienes jurídicos de terceros.

7. Imposibilidad por sujeto activo inapropiado

- 2187 Un ejemplo muy citado en la doctrina es el del marido que está separado de su mujer desde hace mucho tiempo y que vuelve a contraer matrimonio desconociendo que ésta ha fallecido. Porque ignora este hecho, él cree haber cometido el delito de bigamia. Los casos más frecuentes se dan, sin embargo, en los delitos especiales propios, caracterizados porque la ley dispone que sólo pueden ser cometidos por agentes que reúnen ciertas calificaciones (funcionarios, militares, etc.).
- 2188 A veces, estos casos son tratados como delitos imposibles por estimarse que el responsable del delito no es idóneo²⁶⁹. Sin embargo, esta solución es incorrecta en la medida en que el art. 17 no prevé expresamente la impunidad de la tentativa cuando el delito no puede ser cometido por impropiedad del sujeto activo. Pero esta falta de reglamentación también puede ser interpretada en el sentido de que hay que aplicar el art. 17 por analogía, puesto que, por un lado, la falta de idoneidad del sujeto es semejante a los casos previstos por esta disposición y, por otro, el acto cometido merece la misma valoración, o sea, la impunidad del delito imposible. Además, esta aplicación no viola el principio de la legalidad, pues, éste sólo prohíbe la extensión y no la restricción de la represión.
- 2189 También se ha tratado de justificar la impunidad del sujeto activo inapropiado recurriendo al criterio del defecto del tipo legal (Frank, Dohna, Liszt, Schmidt). Según este criterio, concebido para delimitar la punibilidad de la tentativa, hay tentativa sólo si la no consumación del delito es debida a la no realización de la “última parte” del comportamiento delictuoso, es decir, del resultado. Al contrario, si el fracaso se debe a la falta de concretización

²⁶⁸ MERLE/VITU, T. I, p. 497.

²⁶⁹ MAURACH/GÖSSEL/ZIPE, 1989, § 41 III C 2.

de otro elemento del tipo legal (como los referentes al medio o al objeto del delito), no hay tentativa y la impunidad del autor de la conducta se impone a causa de la defectuosa realización de ésta. Por ejemplo, hay tentativa de daños cuando el delincuente, a pesar de los esfuerzos desplegados, no logra destruir un bien perteneciente a un tercero. En cambio, no hay tentativa si, en circunstancias similares, el agente, sin saberlo, destruye un bien que le pertenece. El mismo razonamiento debería entonces ser válido respecto al “bígamo” que contrae un nuevo matrimonio desconociendo que su mujer ha fallecido. La separación artificiosa del resultado como la “última parte” del comportamiento delictuoso imposibilita la aplicación de este criterio casi en la mayoría de los delitos.

Así mismo, se ha explicado la impunidad del que actúa creyendo reunir la 2190
calidad de autor exigida por el tipo legal, considerando este caso como uno cercano al del delito putativo. Como los tipos legales de los delitos especiales propios, suponen que el agente sea titular de un deber especial, cuya violación caracteriza, justamente, esta clase de infracciones, el agente que cree infringir un deber, al que por error se cree vinculado, comete una acción que realmente no es ilícita²⁷⁰. El caso es que resulta más apropiado plantear este argumento si se admite la represión del delito imposible. En efecto, en esta perspectiva aparece como positivo porque permite excluir la represión penal. De este modo, se comprende también que, respecto a los delitos especiales impropios, se admita el delito imposible cuando se trata de un agente que no es el indicado por el tipo legal. Por ejemplo, la mujer no embarazada que se somete a prácticas abortivas. Aquí se trataría de una relación especial entre el agente y el objeto sobre el que recae la acción delictuosa²⁷¹.

Siguiendo una parte de la doctrina, nos parece más adecuado, tanto dog- 2191
máticamente como en relación con la política criminal, considerar que la impunidad del sujeto activo que no es idóneo se explica por la falta de un hecho significativo para el derecho penal. Mediante su comportamiento, el autor no crea una situación de peligro para el bien jurídico protegido y tampoco viola un mandato de la ley, pues, no es titular del deber especial previsto, implícitamente, por el tipo legal (falta de valoración negativa respecto a la acción). Su comportamiento, por lo tanto, es atípico.

El factor decisivo para comprender mejor los casos límites, es el que con- 2192
siste en determinar el aspecto afectado por el error en que incurre el agen-

²⁷⁰ Cfr. BACIGALUPO, 1974, p. 109.

²⁷¹ JESCHECK/WEIGEND, 1996, § 51 III 3.

te al creer que posee la calificación prevista por el tipo legal. En el ejemplo del marido que, pensando equivocadamente que su primera esposa aún vive, cree cometer el delito de bigamia al contraer nuevas nupcias, su error concierne, ante todo, a una situación de hecho, o sea la misma que condiciona la calidad de autor según el art. 139 (“El casado..”). En este caso, el autor comete un error sobre el tipo objetivo al revés, o lo que es lo mismo, un delito imposible, impune según el art. 17. Cuando se reprime el delito imposible, la impunidad del autor sólo puede ser justificada por la falta de deber especial: el fallecimiento de la primera esposa (ignorado por el marido) ha hecho desaparecer el deber que se trata de hacer respetar mediante el art. 139. Lo mismo, por consiguiente, tiene que ser admitido en los casos en que el comportamiento constituye un delito especial a causa de una situación de hecho particular. Esta situación condiciona la aparición del deber que el agente debe respetar y que, por lo tanto, sólo él puede violar. El agente que conduciendo su vehículo por una calle sin iluminación, cree haber atropellado a un peatón y huye del “lugar de los hechos”, comete igualmente un delito imposible impune. Ocurre lo mismo en el caso del relator que piensa cometer un delito de falso testimonio (art. 409) al transcribir en las actas del proceso de manera incorrecta las declaraciones de un testigo.

- 2193 No constituye tentativa el caso de la empleada de limpieza de un Ministerio que, considerándose por error como una “funcionaria”, cree haber cometido un delito de omitir, rehusar o retardar la ejecución de actos funcionales (art. 377). Ella no incurre en un error sobre el tipo legal, pues, conoce muy bien la situación en la que actúa y lo que no hace (ordenar y limpiar las oficinas). Pero se engaña al pensar que su comportamiento encuadra en el tipo legal de la disposición citada. Se trata, por lo tanto, de un error de subsunción al revés, el cual constituye un caso de delito putativo. Por consiguiente, su comportamiento es impune.

VII. Regulación de la pena en caso de tentativa

1. Sistemas legales

- 2194 Respecto a la manera como reprimen la tentativa, las legislaciones pueden ser clasificadas en tres grandes grupos. El primero está formado por aquellas que asimilan la tentativa al delito consumado, imponiéndole por consiguiente la misma pena al autor. El ejemplo típico es el CP francés de 1810, orientado hacia un criterio puramente objetivo. En este caso, el fin

del legislador es la intimidación²⁷². En el CP de 1994, el legislador francés ha conservado la igualdad, por lo que se refiere a la pena, pero ya no asimila la tentativa al delito consumado, sino que se declara como autor tanto al que realiza el tipo legal como al que intenta hacerlo (art. 121-4). Esta modificación no tiene una verdadera importancia práctica²⁷³. El CP austriaco también estatuye la misma represión en caso de tentativa como en caso de consumación. Sobre la base de otros criterios, los partidarios de la escuela positivista italiana también sostuvieron la igualdad de la pena entre un delito consumado y una tentativa. Fundamentaron esta identidad en la peligrosidad del delincuente y, asimismo en el hecho de que la no producción del resultado, muchas veces debida al azar, en nada modificaba, según ellos, el carácter peligroso de la personalidad del agente.

El segundo está constituido por las legislaciones que, teniendo en cuenta, 2195 sobre todo, la imperfección objetiva de la tentativa, estatuyen una pena inferior a la del delito consumado. Es el sistema predominante en los códigos promulgados durante la segunda mitad del siglo XIX (CP belga de 1867, CP alemán de 1870, italiano de 1889). Nuestro CP de 1863 pertenecía a este grupo. En efecto, su art. 45 ordenaba que al autor de un “delito frustrado” se le impusiera la pena del delito consumado disminuida en un grado, y su art. 47 que al autor de la tentativa se le castigara con dicha pena disminuida en dos grados. Este criterio ha sido adoptado en el Código, pero sin la rigidez de los viejos códigos clásicos. Según el art. 16, el “juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena”.

El tercero está formado por las legislaciones que han adoptado una solu- 2196 ción intermedia, consistente en dejar en manos del juez la decisión de saber si, en el caso concreto, el autor de una tentativa merece ser reprimido con la misma pena que aquella que está prevista para el delito consumado o si debe ser favorecido con una atenuación. Este es el caso de varios códigos modernos, por ejemplo, el suizo (art. 22) y el alemán (§ 24, inc. 2).

2. Legislación nacional

En el Proyecto de 1916, se abandonó por primera vez el sistema rígido de 2197 atenuación de la pena que figuraba en el CP de 1863 y en los Proyectos de

²⁷² El art. 21-04 del Anteproyecto del CP francés asimilaba a la categoría de autor de un delito al autor de una tentativa. Esto por supuesto significa igualdad en la represión (art. 32-01). Consultar: Avant-projet 1976, p. 46.

²⁷³ PRADEL, 1995, N° 30.

1877 y 1900-1902. Sin embargo, no se incorporó ninguno de los otros dos sistemas, sino que se adoptó una solución híbrida. Así, se quisieron tener en cuenta, con mesura, los factores objetivos y subjetivos de la tentativa y no conceder al juez un poder discrecional demasiado amplio en la individualización de la pena.

2198 En el CP de 1924, se conservó la orientación del Proyecto de 1916, pero sin la misma claridad. El sistema puede ser resumido de la manera siguiente:

- El agente comienza la ejecución de la acción delictuosa, pero emplea medios o la dirige contra un objeto no idóneo: la pena será atenuada por debajo del *mínimum legal* (delito imposible).
- El agente ejecuta de manera completa su acción, pero el resultado no se produce por circunstancias accidentales: la pena podrá ser la misma que la del delito consumado o disminuida en la proporción antes señalada (delito frustrado).
- El autor desiste espontáneamente de continuar ejecutando su acción: no será castigado por tentativa (desistimiento espontáneo).
- El delincuente ha hecho todo lo necesario para que se consuma la infracción, pero interviene de *motuo proprio* para impedir la producción del resultado: la pena será disminuida por debajo del *mínimum legal* (arrepentimiento activo).

2199 La regulación prevista en el Código vigente es más simple:

- En caso de tentativa, el delincuente será reprimido con una pena prudentemente atenuada respecto a la que hubiera merecido en caso de consumación (tentativa simple y delito frustrado).
- Cuando resulta imposible consumar el delito, por ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto, el autor de la tentativa es impune.
- Si el autor, voluntariamente, desiste de continuar ejecutando la acción delictuosa o impide que se produzca el resultado, no será castigado por tentativa del delito que quiso consumar. Sólo se le sancionará cuando los actos cometidos constituyan de por sí otros delitos (desistimiento espontáneo y arrepentimiento activo).

2200 Si bien se prevé la atenuación obligatoria de la pena, se le otorga al juez un amplio poder para individualizar la sanción penal. El legislador se ha limitado a señalar que el juez debe proceder según las reglas de la pruden-

cia (cordura, moderación). Así, por ejemplo, el juez deberá considerar el nivel de desarrollo de la acción y la intensidad de la voluntad delictuosa. El hecho de determinar si se trata de una tentativa inacabada o acabada constituye un apoyo para estas apreciaciones.

En vista del sistema de márgenes penales empleado para establecer las penas según cada delito particular, la tarea del juez resulta difícil en la medida en que debe, en primer lugar, fijar la sanción (dentro del *mínimum* y del *máximum* previstos) que el agente hubiese merecido si hubiera consumado el delito y, en segundo lugar, atenuarla teniendo en cuenta todas las circunstancias materiales y personales del caso concreto (arts. 45 ss). 2201

En relación con la manera amplia como se prevé la atenuación de la pena, cabría preguntarse si el juez puede disminuir la pena por debajo del *mínimum* especificado en la disposición de la parte especial. La cuestión se plantea en aquellos supuestos en los que la pena, en caso de que se hubiera consumado el delito, fuera el *mínimum* legal. Por ejemplo, si el autor de una tentativa de hurto (delito que se encuentra conminado con una pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años) puede ser reprimido con una pena privativa de la libertad menor de un año, ya que si lo hubiera consumado no hubiera merecido una sanción mayor a la del *mínimum* previsto en el art. 185. No sería justo atribuirle una pena mayor en la hipótesis de la consumación con la única finalidad de aparentar que se le ha atenuado la pena. Un caso extremo es el de los delitos reprimidos con cadena perpetua (terrorismo agravado, DLeg N° 895, del 23 de mayo de 1998): si se trata de una tentativa, deberá siempre imponerse una pena privativa de libertad (art. 29). 2202

3. Pena por el delito realmente cometido

Según el art. 18, el agente será penado sólo “cuando los actos practicados constituyen por sí otros delitos” Dicho de otro modo, si los actos cometidos ya constituyen una infracción autónoma, el agente será perseguido y sancionado en relación con dicha infracción. Así, por ejemplo, el delincuente que, con el fin de matar a una persona, la ataca con una arma blanca y después de inferirle algunas heridas leves, renuncia espontáneamente a proseguir su acción, no podrá ser reprimido por tentativa de homicidio, pero sí como autor del delito de lesiones. Otro caso es el del delincuente que penetra en una casa ajena con el objeto de violar a la propietaria, pero que desiste después de vencer la resistencia de ésta y antes de practicar el coito. Este agente será sancionado por el delito de violación a domicilio pero no como autor de tentativa de violación. 2203

