

APA:

HIRSCH, H. (2023). Acerca de la regulación de la tentativa en el Código Penal peruano. *Revista Peruana de Ciencias Penales / Edición Especial: Teoría del Delito*, (37), 217-236.

ACERCA DE LA REGULACIÓN DE LA TENTATIVA EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO*

HANS JOACHIM HIRSCH (†)**

RESUMEN:

El autor, en el presente artículo, analiza la regulación de la tentativa en el Código Penal peruano. Para dicho análisis parte de una comparación entre la regulación peruana y alemana de la tentativa; además, explica los fundamentos teóricos y críticas de las teorías objetiva y subjetiva de la tentativa para finalmente desarrollar la “nueva teoría objetiva de la tentativa”. De este modo, para el autor, la regulación de la tentativa en el Código Penal peruano debe ser interpretada en el sentido de la “nueva teoría objetiva de la tentativa”; con lo que, dicha interpretación se encontraría en consonancia con la mayoría de los Códigos Penales.

PALABRAS CLAVE: Derecho Penal, tentativa, Código Penal peruano, Código Penal alemán, teoría objetiva de la tentativa, teoría subjetiva de la tentativa, nueva teoría objetiva de la tentativa.

TITLE: On the Regulation of Attempt in the Peruvian Criminal Code.

ABSTRACT:

In this article, the author analyzes the regulation of attempt in the Peruvian Criminal Code. He compares the Peruvian and German regulations on attempt, while also explaining the theoretical foundations and criticisms of the objective and subjective theories of attempt. Finally, the article develops the “new objective theory of attempt”. For the author, the regulation of attempt in the Peruvian Criminal Code should be interpreted in line with the new objective theory, which would align the interpretation with most criminal codes.

KEYWORDS: Criminal Law, attempt, Peruvian Criminal Code, German Criminal Code, objective theory of attempt, subjective theory of attempt, new objective theory of attempt.

* Originalmente publicado en *RPCP*, Número 13, 2003, pp. 33-49.

** Ex Catedrático emérito de Derecho Penal de la Universidad de Colonia.

I

El Código Penal peruano de 1991 contiene una definición de la tentativa que es muy similar a la del Código Penal alemán. El 1^{er} párrafo del art. 16 del Código Penal peruano establece que: “En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo”. Por su parte, el § 22 del Código Penal alemán dispone que: “Intenta un hecho punible quien, de acuerdo con su representación del hecho, se pone directamente a realizar el tipo”. Ambas definiciones no brindan mayores detalles sobre el aspecto objetivo de la tentativa, sino que sobre este punto se contentan con las palabras “comienza”, “cometer” o “se pone directamente a realizar”. Sin embargo, desde el punto de vista de la punibilidad existen limitaciones objetivas en el art. 17 del Código Penal peruano y —débiles— en el § 23, 3^{er} párrafo, del Código Penal alemán. El art. 17 del Código Penal peruano establece que la tentativa no es punible cuando es imposible la consumación del delito, ya sea por la ineficacia absoluta del medio empleado o por la absoluta impropiedad del objeto. El § 23, 3^{er} párrafo, del Código Penal alemán, en cambio, se conforma con disponer que «Si el autor, debido a una incomprensión grave, ignora que la tentativa, en razón del objeto sobre el cual o del medio por el cual el hecho sería cometido, no podrá conducir nunca a la consumación, el tribunal puede prescindir de la pena o atenuarla discrecionalmente (§ 49, 2.do párrafo)”.

En los resultados, la regulación peruana de la tentativa, en consecuencia, del art. 17, parece orientarse hacia la antigua teoría objetiva de la tentativa. En su literalidad, esta regulación permite concluir que, según la versión del legislador, la punibilidad debe ser excluida en caso de la determinación posterior (esto es, *ex post*) de la inidoneidad absoluta del objeto o del medio. El § 23, 3^{er} párrafo, del Código Penal alemán, por lo contrario, es considerado una confirmación de la teoría subjetiva de la tentativa. Siendo que él, por cierto, prevé, como consecuencia de una grave incomprensión, una disminución únicamente facultativa de la pena o sólo una prescindencia de la pena (es decir, una condenación con afirmación de la culpabilidad, pero sin aplicación de pena), este precepto no cambia para nada el hecho de que la punibilidad ya estaba dada por la existencia de los elementos del § 22 del Código Penal alemán.

En favor de esta opinión, según la cual los arts. 16 y 17 del Código Penal peruano están basados en la antigua teoría objetiva, parece hablar también, a primera vista, el art. IV (Principio de Lesividad) de los Principios Generales del Título Preliminar del Código Penal peruano, dado que allí se dice que: “La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”.

De este modo surge la pregunta acerca de si esta solución es materialmente correcta y, en caso de que ello se conteste negativamente, si la solución adecuada puede ser brindada mediante la interpretación de la ley.

II

1. La antigua teoría objetiva, que —como ya se dijo— pretendía deducir, y así distinguir, desde un punto de vista *ex post* (punto de vista del juez) si el medio para cometer el hecho o el objeto del hecho podían ser valorados como absoluta o relativamente inidóneos, fue considerada materialmente superada por la mayoría de las legislaciones¹. Contra ella se puede argumentar que, desde el punto de vista de una consideración *ex post*, toda tentativa era inidónea, porque todos los factores que han jugado un papel para que el resultado no se produjera siempre son determinados posteriormente. La diferenciación entre tentativa “absoluta” o “relativamente” inidónea confunde la visión *ex post* y *ex ante* que en verdad debe ser establecida con más precisión. Mientras que en los casos de inidoneidad absoluta se debía tener en cuenta el punto de vista *ex post*, en los supuestos de inidoneidad “relativa” se tomaba en consideración el momento del hecho y las posibilidades que *en general* existían para que por ese medio se pudiera producir la lesión del objeto en cuestión. Desde hace ya más de siete décadas que se ha indicado que detrás de la distinción se oculta un juicio *abstracto* de peligrosidad, esto es, que se ha pasado por alto que en los supuestos de medios u objetos absolutamente inidóneos, según la experiencia promedio, también al momento del hecho se podía partir de una ausencia de peligrosidad en la acción, mientras que en la inidoneidad relativa, por regla general, la peligrosidad estaba presente². No obstante, en el caso de la peligrosidad de una acción se trata siempre de un riesgo *concreto*, con lo cual estaríamos moviéndonos aquí en el ámbito inadecuado de los delitos de peligro abstracto. Y la peligrosidad, es decir, el riesgo, debe siempre ser determinado desde el punto de vista *ex ante*. La antigua teoría objetiva corresponde a un estado anterior del desarrollo del análisis conceptual del peligro, en el cual todavía no se reconocía que aquí se trata siempre de juicio de pronóstico, ni se consideraba todavía que se tenía que distinguir entre la situación de peligro —en la que un objeto ha caído— y la peligrosidad de una acción determinada objetivamente al momento del comportamiento³.

Estas debilidades teóricas se reflejan también en los insatisfactorios resultados prácticos. Esto puede ser remarcado con algunos ejemplos⁴. Si alguien quiere volar un puente y para ello emplea una cantidad insuficiente de explosivos, la antigua teoría objetiva vería aquí un caso de tentativa relativamente inidónea y punible.

1 Acerca de esto, JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, 2.a ed., 1972, p. 400; WELZEL, *Das Deutsche Strafrecht*, 11.a ed., 1969, p. 192. Cf. también las informaciones de las notas 6, 7 y 8.

2 Cf. la crítica de ROBEN V. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht II*, 1930, pp. 417 y ss.

3 Más detalladamente sobre esa distinción, HIRSCH, *Festschrift für Arthur Kaufmann*, 1993, pp. 545, 548 y ss., y 557 y ss.; *idem*, *Strafrechtliche Probleme*, 1999, pp. 623 y ss.; ZIESCHANG, *Die Gefährdungsdelikte*, 1998, pp. 52 y ss.

4 Cf., acerca de los ejemplos siguientes, V. HIPPEL (nota 2), p. 418, comentarios 2 y 6.

En cambio, si alguien, para volar el puente, coloca una cantidad suficiente de un producto inofensivo, pero engañado en cuanto a la autenticidad pues el fabricante falsamente lo ha empaquetado y declarado como explosivo, entonces deberíamos estar ante un supuesto de tentativa absolutamente inidónea y no punible. ¿Por qué, sin embargo, la circunstancia de que el comportamiento ha cambiado de un punto de vista cuantitativo en el primer caso a uno cualitativo en el segundo debe representar un aspecto decisivo para la punibilidad? Para la peligrosidad, no obstante, ello debería depender de si, desde el punto de vista *ex ante* de un tercero objetivo que se encontrara en el lugar del hecho, el medio empleado resultaba concretamente apropiado para la realización del tipo penal.

Lo que rige para el medio debe regir también para el objeto. Si un médico suministra una dosis suficiente de un medio abortivo porque considera que la paciente posiblemente está embarazada, para la determinación de la peligrosidad de ese comportamiento sólo se puede tomar en cuenta que, desde el punto de vista *ex ante* objetivo, el embarazo parecía posible. La peligrosidad no desaparecerá porque los síntomas del embarazo se evidencien posteriormente como engañosos.

Lo inadecuado de los resultados muestra no solamente que la diferenciación efectiva está cada vez más orientada por aspectos casuales del destino, sino también que la antigua teoría objetiva, cuya peligrosidad es derivada de la construcción abstracta del punto de vista, estructura también ámbitos concretos de acciones no peligrosas como si realmente lo fueran y ámbitos concretos de acciones peligrosas como si no lo fueran. Ello se puede ver en el ejemplo mencionado antes, en el cual ante una cantidad insuficiente de explosivos no existiría una acción concretamente peligrosa, en relación con el objeto, si ello fuera así ya claramente reconocible para un tercero objetivo, p. ej., por la lectura de las instrucciones del producto. En cambio, sí existe una acción peligrosa, en contra de lo que sostiene la antigua teoría objetiva, en el caso de que alguien se disponga a disparar sobre otro con un arma que, secretamente, había sido descargada. Lo mismo sucede si a través de una ventana se dispara sobre una persona que yace en la cama sin que pueda percibirse que ya había fallecido.

La antigua teoría objetiva, por todas estas razones, no puede ser mantenida ni en la teoría ni en la práctica.

2. Por ello, en la discusión científica actual se trata la cuestión de si debe ser seguida la “teoría subjetiva” (incluida su variante, la “teoría de la impresión”)⁵ o la “nueva teoría objetiva”⁶.

5 Ver las referencias de notas 7 y 11.

6 Cf. la regulación de la tentativa o de su interpretación por la praxis en Italia (arts. 56, inc. 1.º, y 49 inc. 2º), Japón (§ 43), Corea (§ 27), Países Bajos (art. 45), Austria (§ 15, inc. 3º), Suecia (cap.

a) La jurisprudencia alemana se ha inclinado por la teoría subjetiva desde finales de los años setenta del siglo XIX, esto es, se ha considerado suficiente, para la punibilidad de la tentativa inidónea, que alguien actúe, en conexión con el hecho (dolo y —en el caso de que el tipo en cuestión lo exija— adicionalmente un ánimo especial), en forma que, de los fundamentos de su representación del hecho, aparezca dada una disposición inmediata a realizar el tipo similar a la que se da en los casos de tentativa idónea⁷. Hasta el comienzo de la era nacional-socialista la interpretación predominante de la doctrina se opuso a esta perspectiva judicial y defendió una teoría objetiva de la tentativa, que en el curso del tiempo tomó la forma que prevalece en la nueva teoría objetiva⁸. Al fortalecimiento de la conciencia jurídica propio del pensamiento jurídico del nacional-socialismo correspondió adecuadamente la orientación subjetiva de la jurisprudencia⁹. Después de 1945 la teoría subjetiva ha

23, § 1), España (arts. 16 y 62), Turquía (art. 61), como también la jurisprudencia norteamericana. Acerca de esto, más detalladamente, JESCHECK / WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil*, 5.a ed., 1996, con información de la jurisprudencia. Sobre el derecho penal japonés, cf. también NAKA, en HIRSCH / WEIGEND (compiladores), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, 1989, pp. 93 y ss.; sobre el coreano, TAE-HOON HA, *Die strafrechtliche Behandlung des untauglichen Versuchs*, 1991, pp. 76 y ss., y 81 y s., acerca del español, CERESO MIR, *Festschrift für Hirsch*, 1999, pp. 127 y 135 y ss. En la doctrina alemana actual se han pronunciado a favor de la nueva teoría objetiva, en el sentido de que la tentativa típicamente inidónea está limitada a los casos de existencia concreta *ex ante* de una tentativa peligrosa, SPENDEL, *NJW* 1965, pp. 1881 y ss.; *idem*, *Festschrift für Stock*, 1966, pp. 89 y ss.; WEIGEND, en HIRSCH / WEIGEND (compiladores), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*, pp. 113 y 126 y ss.; HIRSCH, *Festschrift für Arthur Kaufmann*, 1993, pp. 545 y 560 y s.; *idem* *Festschrift für Lenckner*, 1998, pp. 119 y 135, noca 50; ZIESCHANG (nota 3), pp. 137 y ss., y 148; K. MALITZ, *Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt*, 1998, pp. 179 y ss., y 198 y s. En principio también en esa dirección, ZACZYK, *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1989, pp. 235 y 328 (sobre cuyo concepto de solución, cf. ZIESCHANG [nota 3], pp. 143 y s.).

7 Cf. RGSt. 1, pp. 439 y 441; 8, pp. 198 y 203; 76, p. 94; BGHSt. 1, pp. 13 y 15 y ss.; 11 pp. 268 y 271; 41, pp. 94 y ss.; BGH, *NJW* 1997, pp. 750 y 751 (jurisprudencia constante). La doctrina actual que sigue esa jurisprudencia está representada por BAUMANN / WEBER / MITSCH, *Strafrecht, Allg. Teil*, 10.a ed., 1995, § 26, núms. margs. 17 y ss.; LACKNER / KÜHL, *Strafgesetzbuch*, 23.a ed., 1999, § 22, núm. marg. 11; TRÖNDLE / FISCHER, *Strafgesetzbuch*, 49.a ed., 1999, § 22, núm. marg. 24.

8 Cf. V. LISZT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 21.a, 22.a eds., 1919, pp. 199 y s.; V. HIPPEL (nota 2), pp. 424 y ss., y —parcial o totalmente fundado en la teoría de la carencia de tipo— Frank, *Strafgesetzbuch*, 18.a ed., 1931, § 43, comentario I; V. LISZT / SCHMIDT, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts* I, 26.a ed., 1932, pp. 311 y ss.; MEZGER, *Strafrecht*, 2.a ed., 1933, pp. 396 y ss. Acerca de la teoría del tipo ver nota 18.

9 Cf., acerca del “derecho penal de voluntad” de la época nacional-socialista, FREISLER, en GÜRTNER (compilador), *Das kommende deutsche Strafrecht, Allg. Teil*, 2.a ed., 1935, pp. 11 y ss.; ROEDER, *ZStW* 62 (1944), pp. 303 y ss.; SCHAFFSTEIN, *ZStW* 53 (1934), pp. 603 y ss.

permanecido también en la doctrina¹⁰, posteriormente relativizada a través de la “teoría de la impresión”.

También el legislador alemán de 1975 partió de la prevalencia de la teoría subjetiva. Por ello reguló el ya mencionado § 23, 3^{er} párrafo, de modo de moderar las consecuencias intolerables de esa teoría.

b) Sin embargo, que algo no funciona con la teoría subjetiva se deduce de los amplios esfuerzos plasmados en la literatura más reciente con el fin de modificarla hacia una “teoría de la impresión”¹¹. Según ella, por cierto, se debería partir de la teoría subjetiva tradicional, pero después se tiene que considerar, como exigencia limitadora agregada, la “impresión” que el comportamiento del autor causa en la generalidad. La exteriorización cercana a la tipicidad, de una voluntad criminal, que para la teoría subjetiva conformaba el fundamento de punición de la tentativa, debería ser adecuada para conmover la confianza de la generalidad en la vigencia del orden jurídico. También se habla de la impresión sobre la generalidad que pueda conducir a una conmoción de la conciencia jurídica o a poner en peligro la paz jurídica.

La “teoría de la impresión” no es más que una variación de la teoría subjetiva, pues, al contrario de lo que sucede con la teoría objetiva, no se deriva de un dispo-nerse a realizar una acción concretamente riesgosa o peligrosa, sino que supone sólo una limitación de la teoría subjetiva bajo aspectos psico-sociales. Tal construcción representa una “salida de emergencia”. En la doctrina ya se ha señalado que el criterio de la impresión parte de un punto de vista cuya naturaleza no pertenece específicamente al campo de la tentativa¹². Prácticamente en todas partes, cuando se trata de la delimitación de comportamientos punibles y no punibles —es decir, también en los casos de delitos consumados— se recurre al movilizante punto de vista de la generalidad. Los esfuerzos de la ciencia y de la praxis para obtener fundamentos

10 Cf. BAUMANN, *Strafrecht, Allg. Teil*, 1.a ed., 1960, pp. 385 y s., y 407; MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Allg. Teil*, 1958, pp. 405 y ss.; SCHÖNKE, *Strafgesetzbuch*, 4.a ed., 1949, previo al § 43, núm. II, y § 43, comentario II, 1; SCHÖNKE / SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 8.a ed., 1957, previo al § 43, núm. III, 1, y § 43, comentario II, 1; WELZEL (nota 1), pp. 192 y s.

11 Defendida por ESER, en SCHÖNKE / SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch*, 25.a ed., 1997, § 22, núms. margs. 63 y ss.; MAURACH / GÖSSEL, *Strafrecht, Allg. Teil II*, 7.a ed., 1989, § 40, núms. margs. 40 y ss.; JESCHECK, en JESCHECK / WEIGEND (nota 6), pp. 515 y s.; RUDOLPHI, *System. Kommentar zum StGB*, 20.a entrega, 1993, previo al § 22, núms. margs. 13 y 14; antes también ROXIN, *Jus* 1979, pp. 1 y ss. (quien ahora, sin embargo, se ha manifestado en contra de ella y defiende una “teoría de la unión”; ver ROXIN, *Festschrift für Nishihara*, 1998, pp. 157, 158 y ss., y 170).

12 Cf. también la crítica de STRATENWERTH, *Strafrecht, Allg. Teil I*, 4.a ed 2000, §11, núm. marg. 21; WEIGEND (nota 6), p. 122; JAKOBS, *Strafrecht, Allg. Teil*, 2.a ed., 1991, 25/22; y ahora también ROXIN, *Festschrift für Nishihara*, p. 170.

precisos y libres de objeciones han quedado ampliamente decepcionados. Pero, ¿qué es lo que resulta apto para conmovir la confianza de la generalidad en la validez del orden jurídico? Uno se pregunta entonces por qué la tentativa de un hecho punible individual debería ser capaz de lograrlo. La confianza en la vigencia del orden jurídico se ve, por cierto, normalmente conmovida sólo cuando determinados hechos punibles se difunden debido a la negligencia de la policía y de las autoridades de la administración de la justicia penal. Evidentemente, aquí no se trata de eso. Sin embargo, aunque se parta de que la comisión de un hecho aislado pueda conducir a una conmoción de la conciencia jurídica y a poner en peligro la paz social, los criterios mencionados precedentemente resultan del todo exagerados. En lo que respecta sobre todo a la tentativa inidónea, ella puede lesionar la conciencia jurídica, pero apenas podrá conmovirla y, mucho menos y precisamente por inidónea, podrá, por regla general, poner en peligro grave a la paz social. Por lo demás, en el caso de la versión de la teoría subjetiva relativizada sólo por la impresión surge la cuestión acerca del punto de partida en los casos en los cuales formas de comportamiento externamente neutrales, desde el punto de vista valorativo, originan una “impresión jurídicamente conmovedora”. Se trata siempre, respecto de los criterios de la “teoría de la impresión”, de fórmulas vacías, de las cuales cada uno puede extraer, según su preferencia, el resultado deseado.

Aunque la “teoría de impresión”, por ello, no sea una teoría en sentido científico-dogmático estricto, ella señala, de todos modos, la necesidad de limitar la teoría subjetiva según criterios objetivos.

c) La *teoría subjetiva* ve como fundamento de la punibilidad de la tentativa a la actuación de la voluntad delictiva, a saber, “el alzamiento, intolerable para la comunidad, contra el orden jurídico”¹³. También se habla del peligro que surge de la amenaza de alzamiento contra el orden jurídicamente protegido.

La voluntad de actuar en este sentido ha sido caracterizada frecuentemente como “voluntad enemiga del derecho”¹⁴. En favor de la teoría subjetiva parece hablar que el comportamiento comprende la decisión del hecho y que ello debe traducirse en que un acto ha sido ejecutado, el cual, en el caso de la tentativa idónea, representaría el empezar a cometer el delito. Desde el punto de vista subjetivo, con ello se quiere mostrar como malvado a quien no tiene escrúpulos en ejecutar su “voluntad enemiga del derecho”. Pero esto, por cierto, exige todavía la formulación de la pregunta acerca de si ello puede ser suficiente para fundamentar una punición.

13 Cf. lo informado en nota 7.

14 Cf. JESCHECK (nota 11), p. 513; LACKNER / KÜHL (nota 7), § 22, núm. marg. 11, con más detalles.

Para ganar en claridad debe ser tratado, en primer término, el caso normal, a saber, la *tentativa idónea*. En este caso salta a la vista que aquí la ejecución de la voluntad mala consiste en algo más que un comportamiento objetivamente neutral. En Alemania la jurisprudencia y la doctrina son coincidentes en que, en el supuesto de la tentativa idónea, debe existir un “peligro” directo (en el sentido del tipo penal) en relación con la realización concreta de los elementos del tipo objetivo del delito del que se trate¹⁵. Habitualmente se había del requisito de una puesta en peligro concreta del bien jurídico protegido, del objeto de la acción o de un peligro de esa clase. También se han hecho referencias a una puesta en peligro (inmediatamente) concreta o a una acción peligrosa. Se trata, en el caso de la tentativa idónea, evidentemente de casos en los cuales la ejecución de la voluntad permite reconocer un peligro concreto o una puesta en peligro respecto de la consumación del delito respectivo. Es por ello que ya la denominación tentativa “idónea” indica, en tanto que presupone idoneidad, que la acción emprendida aparece concretamente apropiada para la realización objetiva de la voluntad.

Por ello, la determinación del contenido del fundamento de punición de la tentativa idónea se reduce si ella se establece exclusivamente a partir de la ejecución de la voluntad delictiva (“enemiga del derecho”). Por otro lado, sería, sin embargo, igualmente inapropiado pretender ver el fundamento de la punibilidad sólo en ía peligrosidad o puesta en peligro concretas y objetivas¹⁶, pues ello representaría únicamente una variante de los delitos de peligro o de puesta en peligro. Esto, sin embargo, no podría explicar por qué la tentativa no está estructurada como tales delitos, sino como tentativa y, por tanto, con consecuencias considerablemente más graves. Existe una diferencia material indiscutible entre un mero tipo penal de peligro y la tentativa de un delito de lesión, debido a que el autor es castigado dentro del marco penal del delito consumado (la atenuación es sólo facultativa en el derecho penal alemán) y a que el hecho conserva su naturaleza de crimen o de delito.

En la individualización del fundamento de punición de la tentativa idónea cobra siempre peso decisivo el encuentro de *dos* exigencias: la decisión al hecho y el comienzo de su realización objetiva. Estos requisitos son portadores de un significado específico para el orden jurídico, debido a que el autor entra en conflicto con una orden normativa (prohibición) cuando con dolo se pone directamente a realizar la acción típica. A él le está prohibido, p. ej., cometer una acción homicida. Por

15 Cf. el panorama de la jurisprudencia y de la doctrina en ESER (nota 11), § 22, núms. margs. 42 y ss.

16 Tal como esto ha sido dicho, no pocas veces, con la mirada dirigida a la teoría objetiva; así, p. ej., V. HIPPEL (nota 2), p. 418; ROXIN, *Festschrift für Nishihara*, p. 158; también en el panorama acerca del fundamento de punición defendido por ESER (nota 11), previo al § 22, núm. marg. 18.

ello, el autor cae en contradicción con la prohibición desde el momento en el cual ejecuta su decisión al hecho por medio del comienzo de realización de una acción apta para matar, es decir, a partir de una concreta posibilidad de que su acción cause una muerte.

Por esta razón se ha indicado como fundamento de la punibilidad de la tentativa idónea el hecho de que el autor de la acción tentada —que comienza con la realización dolosa de una acción adecuada a un tipo objetivo— lesiona la norma que está detrás del tipo penal afectado. En aquellos órdenes jurídico-penales en los que —a diferencia del peruano y del alemán (§ 23, párr. 1° del Código Penal alemán)— la tentativa no está prevista bajo pena para todos los delitos (dolosos), debe ser añadida por el legislador la necesidad de pena para tal comportamiento antijurídico.

En tanto que el comienzo de la *acción* objetivamente típica exige la peligrosidad (el riesgo) en el actuar decidido, se debe partir, como ya lo ha indicado la nueva teoría objetiva de la tentativa, desde el punto de vista *ex ante*. El juicio *ex ante* de un tercero razonable, que al momento del comienzo de ejecución se encuentre en el lugar del hecho y siempre que se parta del plan del hecho, resulta decisivo. Es preciso establecer, entonces, si la realización (consumación) de la acción típica concreta intentada era posible según la estimación de una persona promedio objetiva puesta en el lugar del autor en conocimiento del plan del hecho.

En cuanto uno es más exacto, en la forma mencionada previamente, respecto del requisito “peligro” exigido por la doctrina y por la jurisprudencia alemanas, la parte objetiva de la tentativa idónea —concebida como comienzo de acción— gana contornos claros. Una acción —sea de homicidio, de lesión corporal o de daño, pero también si fuera una acción jurídicamente irrelevante—, no podrá empezar antes de que la voluntad de actuar comience a ejecutar la puesta en práctica de la realización objetiva de un riesgo. En tanto que un comportamiento muestre que objetivamente no puede alcanzar el riesgo de realización del contenido de la voluntad —p. ej., para provocar un resultado de muerte— no habrá comienzo de la acción en cuestión. En este caso no existe objetivamente aquello que desde el punto de vista *ex ante* debería conducir a un resultado de muerte¹⁷.

17 Sobre esto se debe observar que el criterio de la peligrosidad (riesgo) está vinculado con el requisito necesario y central de que el resultado se refiera al querido por el actuar, pero que también resultan relevantes todavía puntos de vista *adicionales* para determinar el comienzo directo y material de la acción. Por cierto, un comportamiento del autor puede, ya en el estadio de la preparación, mostrar el riesgo de estar dirigido a la futura realización del tipo, sin que por ello deba afirmarse ya la existencia de comienzo de ejecución de la acción típica en cuestión. Acerca de los requisitos del comienzo de ejecución de la tentativa, cf., más detalladamente, ESER (nota 11), § 22, núm. marg. 42, con otras informaciones.

d) ¿Qué se sigue de estas consideraciones sobre la tentativa idónea para los casos de tentativa inidónea?

En primer lugar se puede comprobar que esta diferenciación no significa en modo alguno que estemos ante conceptos decididamente opuestos. Si, como se ha mostrado, en el caso de la tentativa idónea se debe partir del punto de vista *ex ante*, no tiene importancia si desde el punto de vista *ex post* el objeto o el medio de la acción eran desde un comienzo inidóneos. Por lo contrario, decisivo es el modo en que la situación se representa desde el punto de vista *ex ante* de una persona promedio razonable puesta en el lugar del autor. Si para esa persona también fuera exigible representarse que la realización de la acción típica es realmente posible, esto es, que se puede afirmar (por determinación *ex ante*) la peligrosidad concreta de la acción, entonces entra en consideración un comienzo de ejecución de la acción en cuestión y con él una tentativa. Cabe remitirse a los ejemplos mencionados más arriba para la discusión crítica acerca de la antigua teoría objetiva.

También si se parte del resultado es razonable no distinguir los casos de tentativa inidónea, pero peligrosa, de los de tentativa idónea. No existe valorativamente una diferencia relevante si alguien no puede realizar su dolo homicida porque ha empleado incorrectamente un medio idóneo o porque ha empleado un medio realmente inidóneo, pero que, desde el punto de vista *ex ante*, también para la valoración de un tercero razonable parecía un medio concretamente adecuado.

Por tanto, los casos de tentativa inidónea peligrosa no se distinguen bajo puntos de vista dogmáticos de los casos de tentativa idónea. Ambos se infieren del *mismo* fundamento punitivo, el cual no es el que fuera indicado por la teoría subjetiva, sino aquel en el que se basa la nueva teoría objetiva¹⁸.

e) Por consiguiente, el ámbito de problemas que propiamente resulta conflictivo en torno de la tentativa inidónea está formado por los casos de “tentativa inidónea” *no peligrosa*. Se trata de aquellas circunstancias en las cuales el dolo conectado con el comienzo de ejecución no puede conducir, desde un principio y según

18 El par conceptual concreto “tentativa peligrosa - tentativa no peligrosa” no se identifica con la diferenciación, más arriba discutida, entre tentativa “relativa” y “absolutamente” inidónea, tal como había sido expuesta por la antigua teoría objetiva desde la perspectiva *ex post*. También una tentativa considerada “absolutamente” inidónea *ex post*, p. ej. porque la víctima ya estaba muerta, puede ser vista como una “tentativa peligrosa” desde la perspectiva *ex ante*. Frente a la teoría de la carencia de tipo surgen divergencias pues, en el caso de la llamada falta de tipicidad (p. ej., la cosa sustraída no es ajena), puede estar dada la peligrosidad de la acción, cuando, por lo contrario, ninguna de tales supuestas carencias (a saber, el resultado) podrían faltar. Esta teoría ha fracasado, sobre todo, porque no ha advertido que todos los elementos del delito, el resultado y los demás, son de modo necesario típicamente iguales y esencialmente idénticos desde el punto de vista de su contenido.

el punto de vista *ex post*, a la realización del tipo y que tampoco representa, desde el punto de vista *ex ante* un riesgo para ello. Para estos casos resulta significativo el criterio que en Alemania sostiene la opinión dominante en general (esto es, también para los casos tratados precedentemente) respecto del fundamento de punición de la tentativa: el peligro para el conjunto del orden jurídico (modificado por la teoría de la impresión a través de la conmoción jurídica de la población) que subyace en el actuar de una voluntad delictiva (“enemiga del derecho”).

Por ello, en la doctrina ya se ha indicado que respecto de la extensión aceptada del concepto de tentativa, en Alemania vinculada comúnmente a la teoría subjetiva de la tentativa, se debe considerar la existencia, en verdad, de dos fundamentos de punición distintos¹⁹. En ello, por lo demás, fue señalado que la distinción era imprecisa en relación con la diferenciación tradicional entre tentativa idónea e inidónea, mientras que, según el resultado de lo expuesto precedentemente, se trataría de la contraposición entre tentativa peligrosa y tentativa no peligrosa.

La opinión dominante en Alemania y la interpretación dualista mencionada precedentemente parten —posiblemente debido a la anterior explicación y tratamiento de los casos de tentativa inidónea no diferenciado res— de un ámbito de punibilidad básicamente establecido y se conforman o bien, como la opinión dominante, con la determinación del mínimo común de todas esas circunstancias, o bien combinan diferentes fundamentos de punición en una “teoría de la unión”.

Sin embargo, surgen dudas acerca de si se pueden colocar los casos de “tentativa” inidónea no peligrosa junto a los auténticos, esto es, a los de tentativa peligrosa. La “tentativa” inidónea no peligrosa es objetiva y completamente distinguible de su opuesta, dado que en ella no existe ya comienzo alguno de la acción típica, sino que únicamente el autor se lo ha imaginado. En el supuesto de la tentativa auténtica se trata de un comportamiento respecto del cual es claro, para cualquier persona razonable que se encuentre en el lugar del autor y en conocimiento del plan del hecho, que constituye un ponerse a cometer directamente la realización concreta del tipo penal en cuestión, mientras que en los demás casos expuestos para la discusión será claro para toda persona racional que ello falta. Por tanto, en este caso, no se puede hablar de una tentativa de homicidio, de lesión corporal, de daño, etc. Lo único que hay es una voluntad de actuar que no es peligrosa en relación con el hecho concreto, de modo que, en todo caso, se debería hablar de una tentativa “impropia”. Diferencias objetivas y de relevancia se oponen a un tratamiento igualitario. Por lo demás, se requeriría, por lo menos, de un precepto penal independiente bajo otra descripción y con una amenaza punitiva sensiblemente menor.

19 Así ya KOHLRAUSCH / LANGE, *Strafgesetzbuch*, 43.a ed., 1961, previo al § 43, observación III, 2 y 3, y GALLAS, *Festschrift für Bockelmann*, 1979, pp. 155 y 159. Ahora también ROXIN, *Festschrift für Nishihara*, pp. 158 y ss.

Con esto la cuestión entra en el campo de si la penalización en estos casos es ante todo compatible con los principios básicos del derecho penal. Contra la teoría subjetiva se ha esgrimido reiteradamente la objeción de que ella conduciría a un *derecho penal de ánimo*²⁰. A los fundamentos del derecho penal pertenece que éste deba ser de autor y que un derecho penal de ánimo no basta para cubrir las exigencias que convierten a una conducta en delictiva. En consecuencia, es necesario que la voluntad delictiva (“enemiga del derecho”) se deba haber realizado de un modo objetivo en forma total o parcial. Debido a esto, el punto decisivo para la problemática puesta a discusión es si en la “tentativa” inidónea no peligrosa existe ya una transformación objetiva de la voluntad maligna suficiente para un derecho penal de acto. Si en esto se consideran los casos en los cuales cobra importancia la distinción entre derecho penal de acto y derecho penal de ánimo, entonces se verá que ellos se refieren la mayoría de las veces a la delimitación entre actos preparatorios (impunes) y tentativa (punible). Regularmente se trata de circunstancias en las cuales no interesa solamente lo que sucede en la cabeza de quien ostenta la voluntad delictiva, sino fundamentalmente de las exteriorizaciones de esa voluntad pero que todavía son insuficientes para fundar un hecho punible. La antigua teoría puramente subjetiva —un concepto de solución interesante sólo históricamente— no encontró prácticamente seguidores, pues ella anticipa la punibilidad ampliamente al ámbito del comportamiento sólo moralmente reprochable (derecho penal de ánimo)²¹. Por tanto, la punibilidad de la tentativa auténtica únicamente es aceptada —también por la teoría subjetiva actual— en caso de un comienzo de ejecución de la acción. Para la determinación de este momento tiene importancia central, como se mencionó más arriba, el criterio objetivo de la peligrosidad. Frente a ello, los casos de “tentativa impropia” presentan la particularidad de que en ellos falta una concreta peligrosidad. En estos supuestos se trata siempre solamente de la manifestación de una voluntad hostil a través de una acción antijurídicamente neutral (y esto habla de un puro derecho penal de ánimo).

Para fundamentar la teoría subjetiva se ha sostenido que la relación subyacente en el accionar de la voluntad delictiva significa un peligro para el orden jurídicamente protegido²². Si este criterio es considerado con más rigor, ya no se trataría tanto del hecho concreto, sino del *autor*. Ya no importaría la amenaza contra el

20 Así por KOHLRAUSCH, en ASCHROTT / KOHLMUSCH, *Reform des Strafrechts*, 1926, pp. 3 y 27 y s.; V. HIPPEL (nota 2), p. 424; MEZGEI (nota 8), p. 391. En tiempos recientes, también por SPENDEL, ZStW 65 (1953), pp. 518 y 522 y s.; *idem*, *Festschrift für Stock*, 1966, pp. 89 y 92. Que se trata del ánimo es destacado también por KOHLRAUSCH / LANGE (nota 19), previo al § 43, consideración III, 2, y ESER (nota II), previo al § 22, núm. marg. 21. Con el mismo significado se habla también de “derecho penal de voluntad”.

21 Más detalladamente sobre esta teoría, MEZGER (nota 8), p. 388.

22 Cf. lo informado en nota 7.

contenido ilícito del hecho concreto cometido, sino la protección futura ante una persona que ha mostrado no tener reparos a la hora de ponerse a realizar su voluntad malvada, aunque, en contra de su representación, ello sea objetivamente irrealizable. Derivar el fundamento de la punición solamente de la peligrosidad de una persona conduce a una transformación del derecho penal de acto en derecho penal de autor. Un derecho penal de acto presupone siempre un hecho que debe ser castigado.

En los tiempos recientes también ha aparecido como fundamento de la punibilidad la resonante “conmoción jurídica causada por la violación de la norma”, ya mencionada más arriba en relación con la teoría de la impresión. Esta opinión considera que los límites de la punibilidad deben ser trazados en los casos en que la puesta en ejecución de la voluntad delictiva sea apropiada para lograr esa conmoción²³. Ya fue señalado, respecto de la crítica a la teoría de la impresión, que el punto de vista de la “conmoción jurídica” aporta poco para la resolución dogmática de problemas jurídico penales individuales. Más allá de ello, en la aptitud para provocar una conmoción jurídica no entran en consideración los elementos del hecho, sino un mero efecto que ya es presupuesto para la existencia de un hecho punible aceptable para un derecho penal de acto. Sin embargo, esto no sucede, por los motivos ya señalados, con el actuar de una voluntad que resulta indiferente para el derecho. Aquí no hay todavía, en modo alguno, la violación de una norma y mucho menos de la norma que prohíbe la tentativa. El ciudadano no entra ya en conflicto con una prohibición porque él ponga en ejecución su resolución al hecho de cualquier manera, sino cuando él lleva esa resolución a un comienzo (material) de una acción externa y objetiva.

f) De todo lo tratado resulta que la teoría subjetiva de la tentativa no constituye propiamente una teoría real. Por lo contrario, se ha visto que *sólo la nueva teoría objetiva*, derivada de un comienzo de ejecución objetivo determinado desde el punto de vista *ex ante*, ofrece la solución real y correcta²⁴.

3. Debido a que la teoría subjetiva pudo hacer pie en la jurisprudencia alemana desde finales de los años ‘70 del siglo XIX, se debe rectificar la apreciación equivocada del *Reichsgericht* (Tribunal del Imperio) según la cual “cada acción, que no sea realmente causal, no puede conducir verdaderamente al resultado, cualquiera que sean las circunstancias concretas dadas del caso individual”, permaneciendo, por ello, “completamente no peligrosa”. En consecuencia, la tentativa consistiría no en una “peligrosidad objetiva”, sino únicamente “en la manifestación de una voluntad dirigida a la lesión a través de una acción externa que ha ido más allá de los límites

23 Cf., p. ej., ROXIN, *Festschrift für Nishihara*, pp. 158 y ss.

24 Acerca de los numerosos códigos penales que consideran esto así y acerca de los defensores actuales de esta teoría en la doctrina alemana, véase lo informado más arriba en nota 6.

de la mera preparación²⁵. El *Reichsgericht* desconoció así que en la discusión sobre el peligro se trataba de un juicio de prognosis y que hay que distinguir entre la puesta en peligro de un bien y la peligrosidad de una acción.

También se debe destacar la importancia que tiene, incluso hasta la actualidad, la imprecisa distinción entre las exigencias jurídico-penales y las que son sólo morales. Además, en época reciente se ha visto que la todavía imparable marcha triunfal de las teorías preventivas han desviado la mirada considerablemente, aunque en modo objetable desde el punto de vista de un Estado de derecho, del hecho a la persona, y con ello han abierto el camino a una penalización del campo previo a la lesión de bienes jurídicos. También ciertas confusiones en torno del concepto disvalor de acción han hecho surgir la impresión de que ese disvalor establecía lo ilícito unilateralmente a partir de lo subjetivo, en contraposición con el disvalor de resultado estructurado sobre el aspecto objetivo del hecho (un estado de cosas disvalioso)²⁶. Sin embargo, por cierto, así como al concepto de acción pertenecen un aspecto objetivo y otro subjetivo, lo mismo corresponde, consecuentemente, también con el disvalor de acción. Y así también como la parte objetiva de la acción sólo empieza con el comienzo objetivo de la realización prohibida de los elementos del tipo objetivo —con lo cual debe exteriorizarse (*ex ante*) el riesgo de realización de la acción— se exige también, por consiguiente, un riesgo de la misma clase para el disvalor de acción. En la doctrina ya se ha señalado que, frente a ello, la interpretación defendida por una parte de la literatura reduce simplemente el disvalor de acción a un mero disvalor de ánimo²⁷.

En consideración al acierto material de la nueva teoría objetiva en lo que sigue se debe acentuar, una vez más, que en este caso se trata de la delimitación de la “tentativa inidónea” *no peligrosa*-, esto es, de los supuestos en los que, determinada desde la perspectiva *ex ante*, falta la concreta peligrosidad de la acción llevada a cabo. Por ello, el ámbito de las circunstancias que caen fuera de la punibilidad por tentativa se mantiene completamente en límites acotados frente a lo que sucede con la teoría subjetiva de la tentativa, pues el juicio *ex ante* de un tercero razonable, al igual que sucede con los delitos imprudentes, coincidirá, por lo menos, con el de quien ha actuado. En los casos en los cuales surja objetivamente una peligrosidad concreta

25 RGSt. 8, pp. 198 y 212 y s.

26 Así, ARMIN KAUFMANN, *Festschrift für Welzel*, 1974, pp. 393, 403 y 411; ZIELINSKI *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*, 1973, pp. 135 y ss., y 205 y ss.; STRUENSEE, *ZStW* 102 (1990), pp. 21 y ss.; SANCINETTI, *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch*, 1995, pp. 5 y s., 44 y ss., 69 y ss., y *passim*.

27 Sobre esta confusión del disvalor de acción como “disvalor de intención”, cf. la detallada crítica de GALLAS, *Festschrift für Bockelmann*, pp. 157 y ss., y de HIRSCH, *ZStW* 94 (1982), pp. 239 y 240 y ss.

no habrá, ello no obstante, una tentativa jurídico-penal y con ello, tampoco, un comportamiento a reprimir penalmente.

III

De aquí en más se trata ahora de ver si los arts. 16 y 17 del Código Penal peruano pueden ser interpretados en consonancia con la solución que precedentemente ha sido expuesta como correcta. En un principio, de la comparación con la regulación ya mencionada de los §§ 22 y 23, inc. 3.º, del Código Penal alemán tal interpretación aparece como posible: la definición contenida en el § 22 del Código Penal alemán se puede interpretar restrictivamente, de modo que la tentativa presuponga conceptualmente el comienzo de una acción concretamente peligrosa según una evaluación *ex ante*. El § 23, inc. 3.º, del Código Penal alemán, incorporado como “válvula de seguridad”, ha quedado sin relevancia porque en los casos en cuestión ya conceptualmente no existe tentativa alguna. De la misma manera, una interpretación adecuada a la realidad de la regulación peruana, en vista de lo dispuesto por el art. 16, inc. 1.º, del Código Penal peruano, no causa problema alguno. Tal como ya fue mencionado al comienzo, la definición de la tentativa que brinda esa norma es prácticamente idéntica a la del § 22 del Código Penal alemán, de modo que ella deja, por la naturaleza de la cosa, un ámbito de interpretación necesariamente restrictivo: esto permite considerar que, conceptualmente, existirá una tentativa única y solamente cuando estén cubiertos los requisitos exigidos por la nueva teoría objetiva.

Por ello, el único problema real se presenta con el art. 17 del Código Penal peruano. En él aparece la cuestión acerca de si surge la necesidad, reclamada por el art. IV del Título Preliminar del Código, de limitar la punibilidad de la tentativa en el sentido de la antigua teoría objetiva. ¿Qué significa, según esa norma, que la pena requiere, necesariamente, o bien la lesión, o bien la “puesta en peligro” del bien jurídico protegido por la ley? ¿Significa ello que, al igual que en el caso de lesión, un bien determinado y concreto debe ser realmente afectado? Esto significaría que, junto a los delitos de lesión, sólo serían punibles los delitos de peligro concreto. De este modo, para la punibilidad estaría exigido que un bien concreto, si no resulta lesionado, deba ser al menos puesto en una situación concreta de peligro. Así, p. ej., para que exista delito no sería suficiente con que un automovilista alcoholizado represente un riesgo para el tráfico, sino que, además, debería haber puesto concretamente en situación de peligro a un objeto determinado (p. ej., la vida de un peatón individual). Sin embargo, esta limitación de la punibilidad no puede, con razón, ser considerada como derivación razonada del Código Penal peruano. Por lo contrario, el Código Penal peruano también conoce —al igual que otros códigos penales— los tipos de peligro abstracto, esto es, tipos penales para cuya realización es preciso la

existencia de una acción riesgosa, concreta o abstracta, juzgada desde la perspectiva *ex ante*, y que ella sea adecuada para lesionar indeterminadamente cualquier bien jurídico. Como ejemplo de ello se deben citar los “Delitos contra la seguridad pública”, del Título XII, y especialmente de entre ellos los “Delitos de peligro común” del Capítulo I. Un ejemplo ilustrativo al respecto es brindado por el art. 274 del Código Penal peruano, según el cual resulta punible quien en estado de ebriedad o drogadicción conduzca un vehículo motorizado.

Por ello, en el sentido del art. IV del Título Preliminar del Cód. Penal peruano se debe interpretar que las palabras “puesta en peligro” no se refieren exclusivamente al resultado del comienzo de una situación de peligro concreto para un bien también concreto, sino que, además, comprende a la acción riesgosa (peligrosa), vista desde la perspectiva *ex ante*, en relación con los bienes jurídicos protegidos por la ley, sin que sea necesaria la afectación efectiva de un bien concreto.

Pero, ¿el tenor literal del art. 17 del Código Penal peruano, no obliga, a la vez y según la exigencia de la antigua teoría objetiva, a que el objeto exista realmente y a que el medio sea absolutamente idóneo? Los padres de la ley, por cierto, lo habían comprendido así expresamente²⁸. Sin embargo, en la interpretación de una ley no es decisiva la voluntad histórica del legislador, sino el contenido objetivo de la ley. Dado que la tentativa, por su naturaleza, se determina conceptualmente desde la perspectiva *ex ante* —y por ello el art. 16 del Código Penal peruano, como fue dicho, debe ser interpretado en el sentido de la nueva teoría objetiva—, los elementos mencionados en el art. 17 del Código Penal peruano deben ser interpretados con la vista puesta en ese concepto de tentativa²⁹. Esto significa que para la determinación de la inidoneidad absoluta de medio o de objeto, mencionada por el art. 17, es preciso un juicio *ex ante*. Este precepto deja en claro que permanecerán impunes aquellos casos en los cuales el medio o el objeto tengan que ser valorados como absolutamente inidóneos y el *actuar*, por ello, como objetivamente no peligroso por parte de un tercero objetivamente puesto en el lugar del *actor* en el momento del hecho. Así, p. ej., si alguien dispara a un muerto suponiendo que está vivo, deberá afirmarse la inexistencia de punibilidad por no haber una tentativa, si un tercero razonable y objetivo puesto en el lugar del hecho habría reconocido que la víctima ya estaba

28 De todos modos ellos distinguen, al contrario de lo que sucede por definición con las restricciones que al concepto de tentativa impone la teoría objetiva, entre el concepto de tentativa (art. 16 del Código Penal peruano) y la punibilidad, más estrecha de contenido, de la tentativa (art. 17 del Código Penal peruano). Tal estructuración, en la cual la explicación para las restricciones de contenido de la punibilidad queda sin base teórico-conceptual, se halla, por lo demás, también en MEZGER (nota 8), pp. 395 y ss. (quien, por cierto, adoptaba entonces tales limitaciones no de la vieja, sino de la nueva teoría objetiva y de la teoría de la carencia de tipo).

29 Completamente en esta dirección también VILLA STEIN, J. *Derecho Penal, Parte General*, Lima, 1998, pp. 282 y s.

muerta. Por lo contrario, tanto la peligrosidad como, con ella, una tentativa punible estarán dadas, si también el tercero, desde el punto de vista *ex ante*, hubiera considerado que el muerto estaba vivo. Lo mismo sucede con el medio empleado para cometer el hecho. Si quien actúa cree que el líquido utilizado sería un medio apropiado para ocasionar una muerte por envenenamiento, siendo que, en verdad, se trata de un inofensivo té, entonces también aquí se debe partir de *si*, desde una perspectiva *ex ante* objetiva era o no reconocible el carácter inofensivo de la sustancia. Vistos desde la perspectiva *ex ante*, en un caso se tratará de un medio absolutamente inidóneo y, por tanto, no peligroso, y en el otro de un medio peligroso.

En esta interpretación el art. 17 del Código Penal peruano no resulta superfluo. Por lo contrario, el impide, en tanto que tiene en vista un derecho penal de acto y está orientado expresamente al aspecto objetivo de la tentativa, que el derecho penal peruano sea llevado, a través del tenor literal del art. 16, al camino errado de la punibilidad extendida que propone la teoría subjetiva de la tentativa, camino errado que ha sido recorrido en Alemania.

IV

A partir de la interpretación propuesta aquí el Código Penal peruano se encontraría en completa consonancia con la mayoría de los códigos penales. Se trataría de una regulación de la tentativa que no adolece de las debilidades de la antigua teoría objetiva, científicamente considerada superada, ni permite que la amplia y objetivamente errónea teoría subjetiva aparezca como un fin de la reforma legislativa.

Por lo demás, es preciso desear que este primer homenaje a los diez años de vigencia del Código Penal peruano contribuya a refrenar, bajo el respeto de las formas del Estado de derecho, la expansión de la criminalidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ASCHROTT, P. (1926). *Reform des Strafrechts*. De Gruyter.
- BAUMANN, J. (1960). *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. Gieseking.
- BAUMANN, J. / WEBER, U. / MITSCH, W. (1995). *Strafrecht Allgemeiner Teil. Lehrbuch*. (10ª ed.). Gieseking.
- CEREZO MIR, J. (1999). Die Regelung des Versuchs und die Auffassung des Unrechts im neuen spanischen Strafgesetzbuch. En: WEIGEND, T. (Ed.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70*. De Gruyter.
- FRANK, R. (1931). *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz*. J.C.B. Mohr.

- GALLAS, W. (1979). Zur Struktur des strafrechtlichen Unrechtsbegriffs. En: KAUFMANN, A. (Ed.), *Festschrift für Paul Bockelmann zum 70.* Beck.
- GÜRTNER, F. (Comp.). (1935). *Das kommende deutsche Strafrecht.* (2ª ed.). Vahlen.
- HIPPEL, R. (1930). *Deutsches Strafrecht.* Springer.
- HIRSCH, H. (1998). Zur Lehre von der objektiven Zurechnung. En: ESER, A. (Ed.), *Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag.* Beck.
- HIRSCH, H. (1982). Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Teil II). *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 94(2), 239-278. <https://doi.org/10.1515/zstw.1982.94.2.239>
- HIRSCH, H. (1993). Gefahr und Gefährlichkeit. En: FRITJOE, H. (Ed.), *Strafge-
rechtigkeit: Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag.* C.F. Müller.
- HIRSCH, H. (1999). *Strafrechtliche Probleme.* Duncker & Humblot.
- JAKOBS, G. (1991). *Strafrecht. Allgemeiner Teil.* (2ª ed.). Walter de Gruyter.
- JESCHECK, H. (1972). *Lehrbuch des Strafrechts.* (2ª ed.). Duncker & Humblot.
- JESCHECK, H. / WEIGEND, T. (1996). *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil.* (5ª ed.). Duncker & Humblot.
- KAUFMANN, A. (1974). Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht. En: STRATENWERTH, G. (Ed.) et al, *Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974.* De Gruyter.
- KOHLRAUSCH, E. / LANGE, R. (1961). *Strafgesetzbuch.* (43ª ed.). De Gruyter.
- LACKNER, K. / KÜHL, K. (1999). *Strafgesetzbuch. Kommentar.* (23ª ed.). C.H. Beck.
- LISZT, F. (1919). *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts.* (22ª ed.). De Gruyter.
- LISZT, F. / SCHMIDT, E. (1932). *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts.* (26ª ed.). De Gruyter.
- MALITZ, K. (1998). *Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt.* Duncker & Humblot.
- MAURACH, R. (1958). *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil.* Müller.
- MAURACH, R. / GÖSSEL, K. (1989). *Strafrecht Allgemeiner Teil.* (7ª ed.). Müller.
- MEZGER, E. (1933). *Strafrecht. Ein Lehrbuch.* (2ª ed.). Duncker & Humblot.

- NAKA, Y. (1989). Der Strafgrund des Versuchs. En: HIRSCH, H. / WEIGEND, T. (Comps.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*. Duncker & Humblot.
- ROEDER, H. (1942). Versuch und Teilnahme nach der „Strafrechtsangleichungsverordnung“. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 62(Jahresband), 303-319. <https://doi.org/10.1515/zstw.1942.62.1.303>
- ROXIN, C. (1998). Über den Strafgrund des Versuchs. En: ESER, A. (Ed.), *Festschrift für Haruo Nishihara zum 70. Geburtstag*. Nomos.
- SANCINETTI, M. (1995). *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch*. Heymann.
- SCHAFFSTEIN, F. (1934). Nationalsozialistisches Strafrecht. Gedanken zur Denkschrift des Preußischen Justizministers. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 53(Jahresband), 603-628. <https://doi.org/10.1515/zstw.1934.53.1.603>
- SPENDEL, G. (1953). Zur Notwendigkeit des Objektivismus im Strafrecht. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 65(4), 519-538. <https://doi.org/10.1515/zstw.1953.65.4.519>
- SPENDEL, G. (1966). Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie. En: SPENDEL, G. (Ed.), *Studien zur Strafrechtswissenschaft Festschrift für Ulrich Stock zum 70. Holzner Verlag*.
- STRATENWERTH, G. (2000). *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. (4ª ed.). Heymanns.
- STRUENSEE, E. (1990). Verursachungsvorsatz und Wahnkausalität. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 102(1), 21-50. <https://doi.org/10.1515/zstw.1990.102.1.21>
- TAE-HOON, H. (1991). *Die strafrechtliche Behandlung des untauglichen Versuchs*. Nomos.
- TRÖNDLE, H. / FISCHER, T. (1999). *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. (49ª ed.). C.H. Beck.
- VILLA STEIN, J. (1998). *Derecho Penal. Parte General*. San Marcos.
- WEIGEND, T. (1989). Die Entwicklung der deutschen Versuchstheorie. En: HIRSCH, H. / WEIGEND, T. (Comps.), *Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland*. Duncker & Humblot.
- WELZEL, H. (1969). *Das Deutsche Strafrecht*. (11ª ed.). De Gruyter.
- ZACZYK, R. (1989). *Das Unrecht der versuchten Tat*. Duncker & Humblot.

ZIELINSKI, H. (1973). *Handlungs- und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff*. Duncker & Humblot.

ZIESCHANG, F. (1998). *Die Gefährdungsdelikte*. Duncker & Humblot.