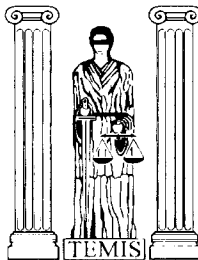


RAFAEL ALCÁCER GUIRAO

**ESTUDIOS SOBRE LA TENTATIVA  
Y EL DESISTIMIENTO  
EN DERECHO PENAL**



EDITORIAL TEMIS S. A.

Bogotá - Colombia

2006

# ÍNDICE GENERAL

## CAPÍTULO I

### LA TENTATIVA Y LOS FINES DEL DERECHO PENAL

	PÁG.
1. La tentativa y la teoría del delito .....	1
2. Tentativa, concepto de delito y los fines del derecho penal .....	3
3. Teorías sobre el fundamento de punición .....	4
A) Teoría del peligro .....	5
B) El quebrantamiento de la vigencia de la norma .....	8
4. Críticas a la teoría del quebrantamiento de la vigencia de la norma .....	10
5. Dilema .....	15
6. Los fines del derecho penal .....	16
7. La lesividad penalmente relevante .....	22
8. Distinción entre fundamento y presupuesto de la sanción .....	24
9. La tentativa inidónea y los márgenes mínimos de punición .....	27
A) Criterios de enjuiciamiento de peligro .....	27
B) La peligrosidad "ex ante" como margen mínimo del quebrantamiento de la vigencia de la norma. Dos perspectivas sobre la protección de la seguridad .....	28
10. Conclusiones .....	33

## CAPÍTULO II

### ENJUICIAMIENTO DEL PELIGRO, TENTATIVA Y DELITOS DE PELIGRO

1. Introducción .....	35
2. ¿Identidad estructural entre la tentativa idónea y los delitos de peligro concreto? Consecuencias dogmáticas y materiales .....	38
3. Modelos de enjuiciamiento del peligro .....	45
a) Perspectiva o punto de vista del juicio .....	47
b) Momento del hecho .....	48
c) Grado de conocimientos del observador .....	48

4. Identidad estructural entre los delitos de peligro abstracto y la tentativa “inidónea” .....	56
5. Enjuiciamiento del peligro y estructura de lo injusto. “Desvalor” de acción y “desvalor” de resultado .....	71

### CAPÍTULO III

#### ELEMENTOS TÍPICOS NO VINCULADOS AL CURSO CAUSAL Y LA TENTATIVA DE AUTOR “INIDÓNEO”

1. Planteamiento general. Tentativa “inidónea” y delito putativo .....	79
A) Tentativa punible y tentativa inidónea .....	79
B) Tentativa inidónea, tentativa irreal y delito putativo .....	80
C) Elementos típicos no vinculados al curso causal y enjuiciamiento del injusto .....	84
2. La teoría de la falta de tipo y el autor “inidóneo” .....	86
3. El enjuiciamiento de la tipicidad según elementos típicos no vinculados al curso causal .....	95
4. La teoría del delito especial .....	102
5. Merecimiento y necesidad de pena de la tentativa de autor “inidóneo” .....	111
6. La tentativa de autor “inidóneo” y el derecho positivo .....	116

### CAPÍTULO IV

#### COMIENZO DE LA TENTATIVA EN LA COMISIÓN POR OMISIÓN

1. Introducción .....	119
2. Teorías basadas en el factor temporal .....	124
A) Exposición doctrinal .....	124
a) Teoría de la primera posibilidad de evitación .....	124
b) Teoría basada en la última posibilidad de evitación .....	126
B) Consideraciones críticas .....	128
3. El comienzo de la tentativa desde la energía criminal manifestada .....	130
A) Exposición doctrinal .....	130
B) Consideraciones críticas .....	132
4. Teorías basadas en el peligro para el bien jurídico .....	133
A) El criterio del peligro para el bien jurídico .....	133
B) El criterio del abandono del dominio del hecho o el peligro inmediato .....	135
5. Toma de postura: el abandono del control sobre el foco de riesgo .....	136
A) Consideraciones críticas sobre el criterio del peligro .....	136
B) El criterio del abandono del control sobre el foco de riesgo .....	137

CAPÍTULO V

TENTATIVA Y DESISTIMIENTO  
EN LA COMISIÓN POR OMISIÓN

	PÁG.
1. Cuestión previa: ¿es punible la tentativa en los delitos de comisión por omisión? .....	149
2. Tentativa inacabada y acabada. Relevancia de la distinción .....	152
3. Tentativa inacabada y acabada en la comisión por omisión .....	154
A) Introducción .....	154
B) Rechazo de la distinción entre tentativa inacabada y acabada. Razones estructurales y pragmáticas .....	155
C) La teoría de la diferenciación. Criterio de distinción y consecuencias dogmáticas para el desistimiento malogrado .....	157
a) Criterio de distinción .....	157
b) Consecuencias dogmáticas .....	159
c) La solución intermedia de Wolter .....	163
D) La revisión crítica de Küpper a la teoría de la diferenciación .....	164
a) La revisión .....	164
b) La crítica .....	166
4. Toma de postura .....	169
A) El comienzo de la tentativa en la comisión por omisión .....	169
B) El desistimiento malogrado en el delito omisivo .....	172
a) ¿Supuestos estructurales distintos? La “solución de la consumación” como respuesta unitaria .....	172
b) Criterio de distinción entre tentativa inacabada y acabada .....	173
c) Diferenciación de supuestos estructurales de imputación al dolo. Imprudencia, tentativa y consumación .....	177

CAPÍTULO VI

TENTATIVA Y COAUTORÍA

1. Introducción. Comienzo de tentativa en la coautoría y ámbito de la coautoría .....	185
2. Criterios doctrinales .....	186
A) Solución global .....	186
a) Exposición .....	186
b) ¿Distinción entre una versión extensiva y una versión restrictiva? .....	188

	PÁG.
B) Solución individual .....	189
a) Caracteres genéricos .....	189
b) La concepción causalista de Schilling .....	190
c) La concepción basada en el dominio del hecho .....	194
C) ¿"Tertium datur"?: la concepción mixta de Kratzsch .....	196
3. Concepto de la coautoría: versión extensiva y versión restrictiva .....	199
A) Exposición .....	199
B) Posición personal: dominio negativo y dominio positivo del hecho .....	208
C) El comienzo de la acción global .....	212
D) Implicaciones para la discusión sobre el comienzo de la tentativa en la coautoría .....	216
4. Posición personal: la solución individual .....	223
A) Argumentos desde la tentativa .....	227
B) Argumentos desde la coautoría .....	232

## CAPÍTULO VII

### DESISTIMIENTO MALGRADO Y REGLAS DE IMPUTACIÓN

1. La exigencia de imputación del resultado al dolo del agente y el desis- timiento malgrado .....	237
2. El desistimiento malgrado en la tentativa inacabada .....	241
3. El desistimiento malgrado en la tentativa acabada .....	249

## CAPÍTULO VIII

### EL DESISTIMIENTO EN LA TENTATIVA ACABADA: ¿ESTÁ BIEN LO QUE BIEN ACABA?

1. La evitación del resultado en el desistimiento activo como problema de imputación .....	261
2. Casos difíciles .....	264
3. La discusión doctrinal .....	269
A) Causalidad .....	269
B) Incremento de la probabilidad de salvación .....	272
C) Realización de la acción óptima .....	275

4. Tesis personal: la máxima seguridad en la salvación como requisito para la exención de pena en el desistimiento .....	277
A) El desistimiento como acto de reconocimiento del derecho .....	278
a) Dos perspectivas básicas del desistimiento: protección del bien jurídico o protección de la vigencia de las normas .....	278
b) Merecimiento y necesidad de pena .....	279
c) La aportación óptima como reconocimiento personal del derecho .....	283
B) La exigencia de la máxima seguridad en la salvación: criterios de imputación .....	287
a) La imputación del hecho .....	287
b) La imputación de autoría .....	290
5. Conclusiones .....	302
Bibliografía .....	303
Índice de autores .....	319