



Gianni Egidio Piva Torres

El Desistimiento en la Tentativa y el Delito Imposible



PRÓLOGO

José Sebastián Cornejo Aguiar



En la presente monografía, se destacan los cimientos al Estado Social democrático. El Estado Español lejos de aplicar venganza, busca redimir a sus ciudadanos, a tal punto que se caracteriza por la justicia y libertad mediante la no punición del desistimiento, no obstante en lo referente al principio de legalidad, se hace notar que el desistimiento punitivo sería violentar la norma que lo presenta como no punitivo y por ende violentaría este principio, que vendría siendo contrario a la justicia, ya que constituiría plagar las cárceles de delincuentes que pueden redimir su pena con trabajos sociales, lo cual denota una visión garantista de reconocimiento pleno de derechos expresada por el autor.

De igual forma en el capítulo siete, denominado: “*Delito Imposible*”; se da una reseña histórica del delito imposible, para consecuentemente abordar su naturaleza, marcando las diferencias con otras figuras delictivas, así como una explicación de la regulación jurídica; y lo trascendental del entendimiento de la tentativa Inidónea en el *Iter Criminis*; desde una cuestión terminológica y jurisprudencial.

Cabe destacar de igual manera en el capítulo final denominado: “*Teorías aplicables al delito imposible*”; se cierra la obra magistralmente con el análisis de teorías objetivas; De la realización parcial del delito; De la falta de tipo; Objetivo-materiales (teorías del peligro); objetivas y esquemas del delito; Subjetivas; y esquemas del delito; Mixtas; de la idoneidad objetiva del plan del autor; del error nomológico y ontológico; De la impresión; y, de la unificación.



GIANNI EGIDIO PIVA TORRES

Abogado

Profesor Universidad José Antonio Páez

El Desistimiento en la Tentativa y el Delito Imposible

Prólogo

José Sebastián Cornejo Aguiar

Especialista en Derecho Penal; Master en Derecho Penal; Candidato a Master en Derecho Procesal y Litigación Oral; Autor de 13 libros y más de un centenar de artículos.

Evaluador de la Revista Colombiana de fundamentación jurídica DIKAION, publicada por la Facultad de Derecho de la Universidad de la Sabana; Docente Invitado de la California Silicon Valley School of the Law, SFO (USA); Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.

Barcelona
2019



BOSCH EDITOR

© MAYO 2019 GIANNI EGIDIO PIVA TORRES

© MAYO 2019



Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-120019-7-6

ISBN digital: 978-84-120019-8-3

D.L.: B10893-2019

Diseño portada y maquetación: Cristina Payà Sanson

Printed in Spain – Impreso en España

Índice

Siglas.....	15
Prólogo.....	17

DESISTIMIENTO EN LA TENTATIVA

CAPÍTULO I

Fundamentación del desistimiento	25
1. Definición de desistimiento	25
2. Teorías sobre la impunidad del desistimiento	26
3. Teoría político criminal.....	27
4. Teorías jurídicas	29
4.1. Teoría de ausencia de voluntad.....	29
4.2. Teoría de la nulidad.....	29
4.3. Teoría de falta de perseverancia.....	30
4.4. Teoría de la presunción	30
5. Teoría prémiales.....	30
6. Teoría de la disminución de la intensidad de la voluntad criminal	31
7. Teoría del fin de la pena.....	32
8. Situación actual del problema	33
9. Jurisprudencia	35
10. Bibliografía	36

CAPÍTULO II

Desistimiento y política criminal	39
1. Relación entre política criminal y dogmática penal.....	39
2. Naturaleza jurídica del desistimiento	41
2.1. Desistimiento como causa de atipicidad o elemento negativo del tipo.....	42
2.2. Desistimiento como excusa absolutoria.....	43
3. Bibliografía	47

CAPÍTULO III

Oportunidad para poder desistir.....	49
1. Generalidades	49
2. Ubicación temporal de la figura del desistimiento	50
3. Tentativa	51
3.1. Errónea presunción de fracaso	52
3.2. Tentativa fracasada propia	52
3.3. Decisión con reserva de desistimiento.....	53
4. Bibliografía	54

CAPÍTULO IV

Efecto del desistimiento	55
1. Generalidades	55
2. Desistimiento como excusa absolutoria	56
2.1. Criterio de ZAFFARONI.....	56
2.2. Criterio de SANCINETTI.....	57
3. Desistimiento como causa de exclusión de la tipicidad.....	57
4. Desistimiento como exclusión de la culpabilidad.....	57
5. Desistimiento como exclusión de la antijuridicidad.....	58
6. Nuestra postura.....	58
7. Bibliografía	58

CAPÍTULO V

Voluntad en el desistimiento.....	61
1. Generalidades	61
2. Teorías psicológicas.....	62
2.1. Críticas.....	63
3. Teorías voluntarias o normativas.....	64
4. Posiciones doctrinales voluntarias o normativas.....	65
4.1. Criterio de ROXIN.....	65
4.2. Criterio de GÜNTHER.....	66
4.3. Criterio de MUÑOZ CONDE.....	66
4.4. Criterio de TOCILDO/ TOLEDO.....	66
5. Bibliografía	67

CAPÍTULO VI

Desistimiento de la tentativa acabada e inacabada	69
1. Generalidades	69
2. Tentativa inacabada.....	70
3. Tentativa acabada.....	71
4. Bibliografía	71

ANEXO JURISPRUDENCIAL

Desistimiento en la Tentativa	73
-------------------------------------	----

DELITO IMPOSIBLE

CAPÍTULO VII

Delito imposible	77
1. Generalidades	77
2. Reseña histórica	79
3. Naturaleza del delito imposible.....	80

4.	Inidoneidad de la conducta.....	81
5.	Diferencias con otras figuras delictivas.....	82
6.	Regulación jurídica	82
7.	Tentativa Inidónea en el <i>Iter Criminis</i>	83
8.	Cuestión terminológica.....	85
9.	Jurisprudencia	86
10.	Bibliografía	87

CAPÍTULO VIII

	Teorías aplicables al delito imposible	89
1.	Teorías objetivas.....	89
2.	Teoría de la realización parcial del delito	91
3.	Teoría de la falta de tipo	92
4.	Teorías objetivo-materiales (teorías del peligro)	95
5.	Teorías objetivas y esquemas del delito	99
6.	Teorías Subjetivas	103
7.	Teorías subjetivas y esquemas del delito.....	107
8.	Teorías mixtas	110
9.	Teoría de la idoneidad objetiva del plan del autor.....	110
10.	Teoría del error nomológico y ontológico	111
11.	Teoría de la impresión.....	112
12.	Teoría de la unificación.....	115
13.	Nuestra posición	115
14.	Jurisprudencia	117
15.	Bibliografía	117

ANEXO JURISPRUDENCIAL

	Delito imposible	121
	Bibliografía	125

Prólogo

Constituye un verdadero orgullo y placer poder escribir el prólogo de la obra de un gran amigo el Dr. Gianni Egidio Piva Torres, quien de manera inesperada y sorpresiva debo decirlo me ha concedido tal honor al encomendarme esta delicada tarea, ya que como todos sabemos la realización de un prólogo, se refiere al escrito antepuesto al cuerpo de una obra, que trata, por lo tanto, de la primera parte de un libro y que permite orientar al lector temporal y espacialmente realizando una reseña sobre el texto.

Ya que recordemos que leer constituye vivir la vida que otros soñaron, las cosas que imaginaron y los hechos que pasaron, es por ello amigos lectores, que en esta ocasión el Dr. Gianni Egidio Piva Torres, en su obra titulada: *«El Desistimiento en la Tentativa y el Delito Imposible»*, nos hace la entrega de una fuente de predilección frente a las vigiliadas del constante avance de la dogmática penal, donde el autor refleja una lucha constante que se ha percibido en cada uno de sus libros, que han sido publicados en diversas editoriales, con títulos como: La Prueba y su Técnica; Tentativa y el delito continuado; Teoría y Medios de Prueba en el proceso Penal Acusatorio Colombiano, Comentarios al código Penal Venezolano; Comentarios al Código Orgánico Procesal Penal; Temas de Penal Especial; Delitos en la Ley de Menores; Comentarios al Código Civil; Droga un flagelo para la sociedad; Comentarios a la Constitución Bolivariana de Venezuela; Lavado de Activos y la delincuencia organizada; y, Teoría del Delito en el Estado Social y democrático.

Obras que sin lugar a dudas han reflejado lo que en su poema: «Los libros», Jorge Luis Borges, decía: «*Mis libros (que no saben que yo existo) son tan parte de mí como este rostro de sienes grises y de grises ojos que vanamente busco en los cristales y que recorro con la mano cóncava. No sin alguna lógica amargura pienso que las palabras esenciales que me expresan están en esas hojas (...).*»; palabras sabias ya que implican que al principio parece difícil, por no decir imposible incursionar en el mundo de la escritura hasta que se hace y no se puede dejarlo más de hacer como es el caso del amigo Gianni Egidio Piva Torres quien cuenta con múltiples libros escritos con aportes trascendentales a la dogmática penal, aportes en materia procesal civil y penal, quien con una base de estudios solidos de abogado en la Universidad Santamaría, que culmino en la Universidad Bicentenario de Aragua; su especialización en derecho Civil, Procesal Civil, en Derecho Penal, Procesal Penal y en materia de Drogas, han permitido que cada uno de estos aportes académicos sean sumamente enriquecedores para el mundo jurídico actual.

Lo cual resulta necesario, para mí que en esta ocasión me refiera a su obra titulada: «*El Desistimiento en la Tentativa y el Delito Imposible*»; obra que cuenta con ocho capítulos denominados: Fundamentación del desistimiento; Desistimiento y política criminal; Oportunidad para poder desistir; Efecto del desistimiento; Voluntad en el desistimiento; Desistimiento de la tentativa acabada e inacabada; Delito imposible; y, Teorías aplicables al delito imposible.

Capítulos que como diría Hegel, comprenden la profunda ciencia, y el verdadero sentido de un libro, que nos ha permitido entender y comprender la maravilla de la dogmática penal, ya que la pluma de Gianni Egidio Piva Torres, es magistral al abordar temas complejos de una manera objetiva y con una estructura lógica por no decir perfecta, ya que como veremos en el capítulo primero, referente a la fundamentación del desistimiento, el autor parte desde la definición de desistimiento, topando las teorías sobre la impunidad del desistimiento, político criminales, jurídicas, de ausencia de voluntad, de la nulidad, de falta de perseverancia, de

la presunción, prémiales, de la disminución de la intensidad de la voluntad criminal, del fin de la pena, y finalmente nos expone la situación actual del problema y la jurisprudencia existente.

Destacando que en cimiento al Estado Social democrático, el Estado Español lejos de aplicar venganza, busca redimir a sus ciudadanos, a tal punto que se caracteriza por la justicia y libertad mediante la no punición del desistimiento, no obstante en lo referente al principio de legalidad, se hace notar que el desistimiento punitivo sería violentar la norma que lo presenta como no punitivo y por ende violentaría este principio, que vendría siendo contrario a la justicia, ya que constituiría plagar las cárceles de delincuentes que pueden redimir su pena con trabajos sociales, lo cual denota una visión garantista de reconocimiento pleno de derechos expresada por el autor.

Consecuentemente en el capítulo dos Gianni Egidio Piva Torres, nos recuerda a la frase de Helen Exley, cuando expresaba que: *Los libros son peligrosos. Los mejores deberían ser etiquetados con un «Esto podría cambiar tu vida»*, ya que al abordar lo referente al desistimiento y política criminal, utiliza un esquema que permite entender la relación entre política criminal y dogmática penal, naturaleza jurídica del desistimiento, desistimiento como causa de atipicidad o elemento negativo del tipo y, desistimiento como excusa absolutoria.

En donde nos explica como la política criminal contiene los métodos adecuados para la lucha contra el delito, mediante la llamada misión social del derecho penal, mientras que el derecho penal propiamente dicho es el que asegura la igualdad en la aplicación del derecho y libertad individual frente al ataque del Estado.

En lo atiente del capítulo tercero denominado: *«Oportunidad para poder desistir»*; el autor utiliza un esquema que permite entender desde las generalidades, ubicación temporal de la figura del desistimiento, tentativa, errónea presunción de fracaso, tentativa fracasada propia, y, la decisión con reserva de desistimiento

Mostrando como el límite inferior está dado por el conocimiento de los actos ejecutivos realizados por el autor dentro del inter criminis siguiendo los lineamientos dogmáticos de la moderna teoría de la imputación objetiva, en donde este límite estaría dado a partir primer juicio de imputación, es decir cuando el autor crea un riesgo jurídicamente desaprobado, de igual forma explica como el desistimiento en la tentativa es involuntario, pues no puede aceptarse que el autor inicie un accionar delictivo reservándose la posibilidad de desistir, ya que es evidente que aun en el caso de que desista, no puede negarse que se han cumplido ya las características subjetivas y objetivas del tipo de la tentativa, y en ello el desistimiento no cambia nada.

Siguiendo la misma estructura, el autor al abordar el capítulo cuatro denominado: «*Efecto del desistimiento*»; resalta a la vista del lector como se marca un hilo conductor que enseña aspectos trascendentales como: Generalidades; Desistimiento como excusa absolutoria; Criterios de ZAFFARONI, SANCINETTI; el desistimiento como causa de exclusión de la tipicidad, la culpabilidad y antijuridicidad.

Entendiendo que en la presente obra el autor nos está enseñando que la manera más efectiva de hacer las críticas a diferentes posturas es haciéndolas con objetividad y sin sesgo alguno como se puede apreciar en el capítulo cinco denominado: «*Voluntad en el desistimiento*», cuando el Dr. Gianni Egidio Piva Torres, parte del estudio de generalidades respecto a los presupuestos subjetivos del desistimiento y expresa que para lograr la impunidad solo se debe desistir de alcanzar la consumación típica y de algún modo, evitar el resultado lesivo al bien jurídico, sino que también se requiere que el desistimiento vaya acompañado de una determinada actitud psíquica: la voluntad, concepto que permite entrar analizar las diferentes teorías psicológicas, críticas, voluntarias o normativas; así como las posiciones doctrinales voluntarias o normativas vertidas desde los criterios de Roxin, Günther, Muñoz Conde, y Tocildo/ Toledo.

Lo que sin lugar a dudas nos recuerda que lo bonito del estudio es el saber, el poder entender y ver por nuestra propia cuenta el inimaginable

mundo que nos espera, teniendo las herramientas adecuadas para poder afrontarlo, herramientas que el autor nos da de sobremanera ya que de una forma directa y clara nos explica en el capítulo seis lo referente al: «*Desistimiento de la tentativa acabada e inacabada*»; desde el tratamiento de generalidades; y la delimitación de lo que es la tentativa inacabada y la tentativa acabada.

De igual forma en el capítulo siete, denominado: «*Delito Imposible*»; el autor nos vuelve a sorprender cuando nos da una reseña histórica del delito imposible, para consecuentemente abordar su naturaleza, marcando las diferencias con otras figuras delictivas, así como una explicación de la regulación jurídica; y lo trascendental del entendimiento de la tentativa Inidónea en el Iter Criminis; desde una cuestión terminológica y jurisprudencial.

Cabe destacar de igual manera que el autor en su capítulo final denominado: «*Teorías aplicables al delito imposible*»; cierra su obra magistralmente con el análisis de teorías objetivas; De la realización parcial del delito; De la falta de tipo; Objetivo-materiales (teorías del peligro); objetivas y esquemas del delito; Subjetivas; Subjetivas y esquemas del delito; Mixtas; De la idoneidad objetiva del plan del autor; Del error nomológico y ontológico; De la impresión; y, de la unificación.

Mostrando que la postura del autor conforme a la teoría subjetivo-objetiva no bastaría por sí sola de la manifestación de una voluntad rebelde u hostil al Derecho, sino que se precisa además que tal voluntad encarne en una acción ejecutiva que quebrante la realidad del Derecho como poder espiritual, que sea intolerable para el Derecho como poder conformador de orden, o que ponga en peligro el general orden Público.

Finalmente es necesario destacar que el amigo Dr. Gianni Egidio Piva Torres, nos recuerda que para el estudio no hay tiempo ya que el anochecer y las horas de dedicación se immortalizan como una capsula de reflejo de pensamiento materializado en una obra como lo es la presente titulada «*El Desistimiento en la Tentativa y el Delito Imposible*», la misma

que recomiendo su lectura obligatoria para todos los estudiosos del derecho penal augurándole los mejores éxitos.

Quito-Ecuador, marzo de 2019

Msc. JOSÉ SEBASTIÁN CORNEJO AGUIAR

Especialista en Derecho Penal; Master en Derecho Penal; Candidato a Master en Derecho Procesal y Litigación Oral; Autor de 13 libros y más de un centenar de artículos.

Evaluador de la Revista Colombiana de fundamentación jurídica DIKAION, publicada por la Facultad de Derecho de la Universidad de la Sabana; Docente Invitado de la California Silicon Valley School of the Law, SFO (USA); Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional.