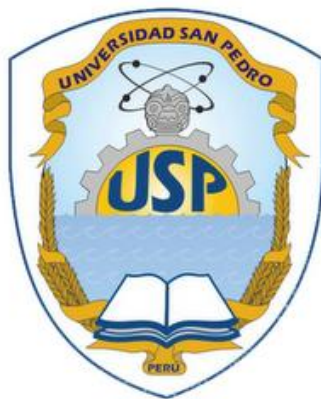


UNIVERSIDAD SAN PEDRO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLITICAS

ESCUELA DE DERECHO



Iter criminis, camino del delito y su realización

**Trabajo de suficiencia profesional para optar el título
profesional de Abogado**

Autor

Muñoz López, Ada Carmela

Asesor:

Huaraz -Perú
2018

DEDICATORIA

A mi madre, por su amor infinito y apoyo incondicional; a mi padre, por cada una de sus experiencias y enseñanzas; a mi hermano, por su inocente mirada que transmite paz en el momento más difícil; y, finalmente, tengo el deber de agradecer a Dios por la fortaleza, paciencia y vocación que sembró en mí para estar al servicio de la comunidad, pues si justicia ha de hacer seré un instrumento para ello; y, si derechos e de respetar sabré entonces como hacerlos validar. Muchas gracias.

AGRADECIMIENTO

A mis compañeros, que estudiaron la carrera más hermosa sin importar la dificultad que ésta trajera; a mis amigos, que festejaron cada uno de mis logros; a mis profesores, que cuidaron cada paso de mi vida universitaria; a mis padres, por la confianza, el amor y el apoyo incondicional para cumplir el sueño más profundo.

PRESENTACIÓN

El presente trabajo de suficiencia profesional, aborda el tema relacionado con la planeación hasta la ejecución del crimen, o más conocido como *Iter criminis*, camino del delito y su realización. La fase preparatoria anticipa al delito, pueden hacerse fines lícitos o delictuosos, no revelan de manera evidente el propósito de delinquir. El delito preparado es un delito en potencia, todavía no real y efectivo.

El acto de ejecución, puede ofrecer los aspectos de tentativa y consumación. Aquí se expresa la acción principal en que consiste el delito, es la última fase del *iter criminis*, se dice que un delito esta consumado cuando se han reunido todos los elementos o condiciones para que pueda darse la figura delictiva de que se trate.

El trabajo es un intento de presentar bibliográfica y teóricamente los aspectos relacionados con el camino del crimen, desde la perspectiva jurídica. Sabemos que por las características del tema en estudio y de la dificultad para acceder a fuentes de información vinculadas con ella, el trabajo presentará vacíos, quizá inconsistencias, que estamos seguros con la lectura acuciosa de los señores miembros del jurado evaluador y con su apoyo, sabremos valorar para seguir investigando en tan apasionante tema.

En ese sentido, dejo a la luz del jurado evaluador para su valedera opinión.

PALABRAS CLAVES:

TEMA	Teoría del delito
ESPECIALIDAD	Derecho penal

KEYWORDS:

TEXT	Theory of crime
SPECIALTY	Criminal law

LINEAS DE INVESTIGACIÓN

Derecho

ÍNDICE

DEDICATORIA	1
AGRADECIMIENTO	2
PRESENTACIÓN	3
PALABRAS CLAVES:.....	4
ÍNDICE.....	5
INTRODUCCIÓN.....	7
I. ANTECEDENTES	9
II. MARCO TEÓRICO	16
2.1. ITER CRIMINIS, CAMINO DEL DELITO.....	16
2.1.1. DEFINICIÓN DEL ITER CRIMINIS.....	16
2.1.2. FASE INTERNA.....	19
2.1.3. LA IDEACIÓN	21
2.1.4. LA DELIBERACIÓN.....	23
2.1.5. RESOLUCIÓN.....	25
2.1.6. FASE INTERMEDIA.....	27
2.1.7. PROPOSICIÓN	28
2.1.8. CONSPIRACIÓN	29
2.1.9. QUIENES INTERVIENEN EN LA PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN.....	30
2.1.10. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PROPOSICIÓN Y DE LA CONSPIRACIÓN.....	31
2.1.11. LA AMENAZA Y LA APOLOGÍA DEL DELITO	32

2.1.12. FASE EXTERNA.....	33
2.2. ITER CRIMINIS, REALIZACIÓN.....	37
2.2.1. ACTOS PREPARATORIOS.....	37
2.2.2. ACTOS EJECUTIVOS.....	43
2.2.3. DOCTRINAS PARA DIFERENCIAR LOS ACTOS PREPARATORIOS DE LOS EJECUTIVOS.....	43
2.2.4. LA CONSUMACIÓN.....	47
2.3. LA TENTATIVA.....	49
2.3.1. TENTATIVA GENERALIDADES Y FRUSTRACIÓN.....	49
2.3.2. ELEMENTOS DE LA TENTATIVA DEL DELITO.....	53
2.3.3. LA TENTATIVA ABANDONADA, LA TENTATIVA CALIFICADA Y LA TENTATIVA IMPEDIDA.....	55
2.4. FRUSTRACIÓN DEL DELITO Y ELEMENTOS DEL DELITO FRUSTRADO.....	57
2.4.1. ¿CUÁLES SON LOS ELEMENTOS DEL DELITO FRUSTRADO?:.....	57
2.4.2. EL DELITO IMPOSIBLE.....	58
2.4.3. TEORÍAS RELATIVAS A LA PUNIBILIDAD O A LA IMPUNIDAD DEL DELITO IMPOSIBLE.....	59
III. LEGISLACIÓN NACIONAL.....	61
IV. JURISPRUDENCIA.....	66
V. DERECHO COMPARADO.....	69
VI. CONCLUSIONES.....	75
VII. RECOMENDACIONES.....	76
VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	77
IX. ANEXOS.....	81

INTRODUCCIÓN

El delito se desplaza a lo largo del tiempo, desde que se plantea como idea o tentación en la mente, hasta su consumación; a este proceso se le llama iter criminis, es decir, camino del crimen. Los actos preparatorios, constituyen el primer paso de la fase externa del iter criminis; es aquí donde se tiende a preparar la ejecución del delito, se producen antes de la ejecución. Hay la intención del delito. Se caracterizan por ser de naturaleza inocente en sí mismos y pueden realizarse con fines lícitos o delictuosos, no revelan de manera evidente el propósito de delinquir. El delito preparado es un delito en potencia, todavía no real y efectivo.

El acto de ejecución, es el momento pleno de ejecución del delito, puede ofrecer los aspectos de tentativa y consumación. Actos por los cuales el sujeto inicia la acción principal en que consiste el delito. Se da la tentativa cuando a pesar de no haberlo consumado ya ha “comenzado a ejecutarlo”; mientras los actos preparatorios no son punibles, estos actos, que dan lugar a la tentativa, si son punibles. La consumación del delito es la última fase del iter criminis, se dice que un delito esta consumado cuando se han reunido todos los elementos o condiciones para que pueda darse la figura delictiva de que se trate, algunos autores denominan como delito perfecto o delito agotado al delito consumado.

El trabajo tiene como objetivo analizar los aspectos concernientes al Iter criminis en sus dos fases a fin de comprender los aspectos vinculados con los hechos delictivos desde su ideación hasta la concreción. Aborda variables como: Delito, ideación, tentativa y consumación. La metodología que sigue la investigación está signada por el registro bibliográfico utilizando técnicas como el fichaje y el análisis de la información obtenida.

I. ANTECEDENTES

1.1. Internacionales.

Gonzales (2009) Naturaleza Jurídica de la tentativa, considera que la tentativa, se ha dicho, es un grado de ejecución del delito y es, a la vez, delito. En el iter criminis se presenta lógicamente en un momento anterior al del delito consumado; pero cuando la conducta que se exterioriza se ensambla al dispositivo típico que sanciona dicho momento anterior al de la consumación que no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente, aparece la tentativa como un delito, con todos los elementos consubstanciales a éste, según la dogmática del Derecho de los cual dichos elementos manen.

De aquí pues que en el universo fáctico- jurídico no pueda hablarse de tentativa a "secas", sino de un delito tentado, cuya específica estructura típica surge de la fusión de dos normas: la que prevé un tipo de delito en particular y la que consagra a la tentativa como hipótesis que capta momentos anteriores a aquél que cristaliza la particular figura delictiva.

Viene a cuentas subrayar entonces que los actos u omisiones que constituyen a la tentativa como conducta típica, se vinculan íntimamente a los de la estructura típica del delito consumado, pues sólo así puede producirse un marco jurídico de concreción de lo justo o injusto que salvaguarde el principio de estricta tipicidad en los delitos. No se sanciona el querer consumir un delito, sino a la conducta que por sí misma entrañe la concreción de los actos u omisiones que constituyen el verbo o núcleo de un delito en particular, de tal suerte que por esta vía se ponga en peligro el bien jurídico tutelado por la norma que subyace en el tipo del delito de que se trate. La voluntad del agente, como voluntad de consumir el delito a cuya esfera ingresó con sus actos, es vínculo para afirmar la culpabilidad, pero no es base primaria para proclamar la tipicidad ni la antijuricidad de la conducta en el delito tentado.

En nuestro sistema Penal Mexicano, lo anterior, ha encontrado su fuente en el apotegma de estricta tipicidad en los delitos que consagra el artículo 14 Constitucional, en tal extremo al colocarse la norma de la tentativa como fórmula genérica para los delitos que la admitan, no teniendo, por ende, vida propia, no podría lícitamente construirse entonces dicha fórmula pretendiendo desconocer su carácter para sancionar cualquier acto de preludio a los delitos, sino solamente aquellos actos que típicamente entren en conexión con la norma de la tentativa, y la norma que subyace en la misma, ya que los marcos de concreción típica de los delitos en particular, son a la vez los de típica concreción de la norma de la tentativa, en el anterior orden de ideas, en el estudio a que se hace de la "Naturaleza Jurídica de la Tentativa", se hace a la luz de las previsiones legislativa Penal Federal, del Estado de Nuevo León y del Estado de Coahuila, tratando de hacer un análisis no de mera "fórmula", sino más bien puntualizando, el estudio desde el punto de vista de la teoría del delito e ir más allá, desentrañando de acuerdo, además, con la doctrina y jurisprudencia mexicana, la "Naturaleza Jurídica de la Tentativa", como delito, con sus propios perfiles, y su estructura conceptual.

El trabajo concluye indicando que la tentativa se compone de tres elementos: El elemento subjetivo, consistente en la integración dirigida a cometer un delito; el objetivo, consistente en que los actos realizados por el agente deben de ser de naturaleza ejecutiva; y el negativo que radica en un resultado no verificado por causas ajenas a la voluntad del agente.

También se estableció las características de los actos de ejecución (tanto de acción como de omisión), que en un momento dado constituya la tentativa como una figura típica, concluyéndose que estos deben de ser "unívocos e idóneos", tomando en consideración el vínculo íntimo con la estructura típica del delito que se puede consumir, teniéndose además en cuenta que el proceso objetivo en la ejecución de los actos, exteriorizado en el comportamiento del agente es necesario que sin lugar a dudas revele la resolución de cometer un

delito propuesto (univocidad), y además que tal comportamiento sea concretamente apto o adecuado (idoneidad) para producir el resultado que se contempla en el tipo delictivo que se quiere consumir.

Urzúa (2010) El Iter Criminis en la Jurisprudencia. el presente trabajo trata sobre el Iter Criminis en la jurisprudencia, establecido en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 7 del Código Penal, el que define las distintas fases del delito y les otorga la punibilidad.

La importancia de la recopilación, selección y sistematización de la jurisprudencia nacional sobre el Iter Criminis, radica en que se trata de un tema transversal, que debe ser aplicado a los delitos de resultado material tipificados en el Código Penal y demás leyes pertinentes. Su correcta determinación, por parte de los tribunales nacionales, es trascendental en un estado de derecho; una errónea determinación del Iter Criminis traería como consecuencia la equivocada aplicación del principio del hecho y la regla de determinación de pena del artículo 69 del Código Penal.

Por las razones anteriores, se concluyó necesario sistematizar los criterios jurisprudenciales, posteriores a la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal, relativos a este tema, como una forma de presentar la jurisprudencia reciente y ayudar a solucionar consultas que tanto legisladores, jueces, abogados o estudiantes, puedan tener.

A pesar de la basta aplicación que tiene el artículo 7 del Código Penal en la práctica judicial, la determinación de la fase de desarrollo del delito, realizada por los tribunales nacionales, no es unívoca, encontrándose diferentes criterios jurisprudenciales al aplicar dicho artículo.

La dificultad de determinación del Iter Criminis se explica por los factores que influyen en ella. Existen tanto factores objetivos como subjetivos a considerar por el juez. La realización del tipo penal, por parte del autor del

ilícito, no sólo incluye los actos ejecutivos perpetrados por éste, sino también la intencionalidad que tuvo el autor al cometer la conducta penada por la ley.

En lo relativo al aspecto objetivo del desarrollo del delito, el número de actos realizados por el autor, para la consumación del tipo penal, establecerán si se trata de un delito realizado en grado de tentativa o de frustración. Así también, la eventual producción del resultado que el autor busca con la realización de la conducta típica, en los delitos de resultado, determinará si el delito se consuma o no.

Respecto a la faz subjetiva del *Iter Criminis*, esto es, al dolo del autor del delito, no deja de ser importante la dificultad de su determinación. Tan solo el autor es quien tiene claro la intencionalidad que tuvo al realizar la conducta delictual, la que muchas veces se configura en sólo segundos. Sin embargo, el juez debe acceder, de alguna forma, a dicha información, puesto que es necesaria para la delimitación y configuración del tipo penal a aplicar en cada caso.

Es así como estos factores –objetivos y subjetivos–, más otros, como eventuales desistimientos del autor, influyen en la determinación del grado de desarrollo del delito y punibilidad que el juez debe resolver en cada caso que se le presenta.

Otro importante aspecto que influyó en la concreción de esta investigación, fue el alto número de recursos de nulidad presentados, tanto por defensores como por fiscales, que alegan que se ha hecho una errónea aplicación del artículo 7 del Código Procesal Penal, así como la diversidad de criterios para resolverlos, aplicados por los tribunales superiores de justicia.

No puede, entonces, estimarse, que una sistematización jurisprudencial sobre la aplicación del artículo 7 del Código Penal, en vigencia de la Reforma

Procesal Penal, no es útil. Es importante contar con el criterio jurisprudencial, eminentemente práctico, de delimitación de las fases de desarrollo del delito. Más allá de las discusiones dogmáticas, es la jurisprudencia la que entrega casos reales, en los que el juez debe resolver, de acuerdo a los antecedentes reunidos, el Iter Criminis del delito.

El trabajo concluye señalando que era necesario sistematizar los criterios jurisprudenciales, posteriores a la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal, relativos a este tema, como una forma de presentar la jurisprudencia reciente y ayudar a solucionar consultas que tanto legisladores, jueces, abogados o estudiantes, puedan tener.

Por otro lado, la dificultad de determinación del Iter Criminis se explica por los factores que influyen en ella. Existen tanto factores objetivos como subjetivos a considerar por el juez. La realización del tipo penal, por parte del autor del ilícito, no sólo incluye los actos ejecutivos perpetrados por éste, sino también la intencionalidad que tuvo el autor al cometer la conducta penada por la ley.

En lo relativo al aspecto objetivo del desarrollo del delito, el número de actos realizados por el autor, para la consumación del tipo penal, establecerán si se trata de un delito realizado en grado de tentativa o de frustración. Así también, la eventual producción del resultado que el autor busca con la realización de la conducta típica, en los delitos de resultado, determinará si el delito se consuma o no.

Respecto a la fase subjetiva del Iter Criminis, esto es, al dolo del autor del delito, no deja de ser importante la dificultad de su determinación. Tan solo el autor es quien tiene claro la intencionalidad que tuvo al realizar la conducta delictual, la que muchas veces se configura en sólo segundos. Sin embargo, el juez debe acceder, de alguna forma, a dicha información, puesto que es

necesaria para la delimitación y configuración del tipo penal a aplicar en cada caso.

Es así como estos factores –objetivos y subjetivos- más otros, como eventuales desistimientos del autor, influyen en la determinación del grado de desarrollo del delito y punibilidad que el juez debe resolver en cada caso que se le presenta.

Otro importante aspecto que influyó en la concreción de esta investigación, fue el alto número de recursos de nulidad presentados, tanto por defensores como por fiscales, que alegan que se ha hecho una errónea aplicación del artículo 7 del Código Procesal Penal, así como la diversidad de criterios para resolverlos, aplicados por los tribunales superiores de justicia.

1.2. Nacionales

Huamán (2016) Valoración Punitiva de la pena entre los delitos de homicidio simple y asesinato frente al robo agravado y muerte subsecuente. El presente trabajo de investigación de corte cualitativo, versa sobre la polémica generada ante el desvalor otorgado a las penas establecidas en nuestro ordenamiento penal, pues conforme se observa en los tipos penales de homicidio calificado y robo agravado con muerte subsecuente; se evidencia que en el primer delito no se ha determinado una pena máxima, pese a que el bien jurídico protegido es la vida y que, conforme a lo señalado en nuestra carta magna, toda persona tiene derecho a ella. Por otro lado, en el segundo delito mencionado se evidencia la pena máxima fijada por ley pues como consecuencia de la comisión del delito contra el patrimonio se produce la muerte de la víctima. Es así que, claramente se distingue la desproporcionalidad de las penas entre ambos delitos, ello debido a que, si comparamos sus penas establecidas en el Código Penal, estas al momento de su determinación no serían razonables.

1.3. Locales.

Haciendo la revisión en las bibliotecas de las Universidades locales no se han encontrado trabajos de investigación que aborden el Iter criminis

II. MARCO TEÓRICO

2.1. ITER CRIMINIS, CAMINO DEL DELITO

2.1.1. DEFINICIÓN DEL ITER CRIMINIS

Los más connotados autores presentan definiciones entre las más conocidas se tienen:

Cruz (1994) señala que “Desde que se concibe la idea de cometer el delito hasta que autor consigue lo que se ha propuesto, atraviesa el acto una serie de fases que se conocen con el nombre de ITER CRIMINIS. Surgida la idea criminal, previa una deliberación en que se ponderan los pros y los contras, o sin ella, se adoptan la resolución de cometer un hecho punible y se pone en práctica (los actos necesarios) hasta llegar a la consumación, tras la cual puede haber una fase ulterior (consumación) de utilización del delito para lograr lo que el autor se proponía”.

Para Fontán (2002) “El hecho delictuoso se genera en la mente del autor y se exterioriza en actos, hasta llegar al total agotamiento del delito, proceso psíquico físico denominada desde la época de los “prácticos” Iter Criminis”.

Según Malo (1971) “El estudio del iter criminis puede ser enfocado desde un ángulo, bajo la concepción criminológica, donde se hace referencia no a la conducta como contenido de una norma, sino a ésta como fenómeno de exteriorización de voluntad del hombre, donde el objeto principal lo constituye el fenómeno de la criminalidad del hombre, el análisis de la conducta interesa sólo en cuanto manifestación exterior de su voluntad y no como violación a una norma en manera de

poder referir entre otras observaciones que los delincuentes al transcurso de su vida van pasando por estadios diversos en la comisión de delitos, iniciándose los mismos con la infracción a las normas más leves y progresando en sus ejecuciones hacia las formas más graves; y la concepción jurídica, la que para nosotros representa interés, donde se analiza el camino del delito refiriéndose a los diversos momentos psicológicos y físicos, por los cuales necesariamente debe atravesar la conducta que previene la norma implícitamente en la ley penal”.

Fontán (2002) "El estudio del iter criminis, consecuentemente no siempre viene desarrollado en la misma forma, si bien regularmente los penalistas se refieren a un análisis normativo, a las fases interna y externa del delito, enfocado el problema desde el ángulo estrictamente lógico-jurídico, otros autores informan un interés que no es concretamente el de la norma penal, de donde el objeto de estudio en lugar de corresponder a una ciencia normativa, corresponde a una ciencia de naturaleza causal explicativa, cuyo objeto tiende a explicar al delito como fenómeno social, en tanto que constituye una forma particular de conducta del hombre social. A parte de este enfoque criminológico, con tendencia antropológica criminal para algunos y sociológica criminal para otros, en el ámbito de la ciencia normativa del derecho penal, el encuadramiento problema se presenta en general bajo una sistemática más o menos uniforme que, no obstante, sufre variaciones, particularmente en torno al encuadramiento específico de la cuestión”.

Por otra parte, Rodríguez (2002) "la conducta del sujeto provoca la del derecho penal a partir de ciertas formas resolución criminal manifestadas o exteriorizadas de determinado, y concluye con la consumación, sin que sea preciso que el sujeto llegue al delito agotado, a la conclusión de sus ulteriores propósitos, caso los hubiera”.

Pero no obstante, Malo (1971) manifestaba que "vale la pena asentar que el análisis sobre el desarrollo del delito no viene terminado con la sino con el agotamiento en las figuras que admiten tal concepto; así, en el delito permanente, donde se observa una prolongación de la conducta antijurídica que produce una suspensión del estado de antijurídica, el estudio relativo a la vida del no debe considerarse finalizado, sino después de haber analizada la conducta subsecuente del propio un tercero, que hace cesar, los efectos de la ley".

Las ideas y con ellas la decisión del delito, no son punibles: COGITATIONIS POENAM NEMO PATITURU: "NADIE PUEDE SER PENADO POR SUS PENSAMIENTOS" (Fontán, 2002)

"En cuanto al delito consumado, excluido por la definición de la tentativa, se caracteriza por su acción directa a una figura delictiva; la tentativa, en cambio, es alcanzada por obra de la norma en la que se la ampliación de los tipos para llegar a la punición de acciones que solo concretan parcialmente el tipo objetivo del delito. Descartadas las ideas y la consumación del concepto de tentativa, por los distintos motivos señalados, restan los actos dirigidos a la acción del delito, sin lograrlo, pero esta característica es propia tanto en los actos preparatorios como de los de ejecución. La diferencia entre uno y otros iza tanto como distinguir el acto impune del punible, puesto que solo los actos de ejecución constituyen tentativa". (Arrieta, 1988).

En conclusión, podemos decir que "el iter criminis, supone la investigación; desde la ideación hasta el agotamiento todo lo que ocurre desde que la idea nace en la mente del criminal hasta el agotamiento del delito, esto es todo lo que pasa desde que la idea entra en el hasta que consigue el logro de sus afanes. Y tiene dos fases fundamentales: Interna y Externa" (Pavón, 1964) llamadas también subjetiva y objetiva.

Según Novoa (1984) es posible observar la presencia estas dos fases fundamentales: Una fase interna que se desarrolla en el interior del sujeto, en la esfera de la psique del individuo la cual sólo existe mientras el delito está encerrado en el mente del autor y no ha sido exteriorizado, en este estado se colocan a la ideación, deliberación y resolución de delinquir; y una fase externa desarrollada en el ámbito de la realidad física, esta sale a la luz por actos incluso de preparación y según las corrientes doctrinarias dominantes, viene integrada por la realización de los actos preparatorios de los ejecutivos y la consumación.

En general, al referirse a la tentativa del delito, los indican en manera casi invariable las dos fases interno y externo del delito y centro de esa básica establecen los diversos momentos de cada obstante no son pocos los autores que se refieren fase intermedia entre la interna y la intermedia que estudia por excelencia las figuras de la proporción y la conspiración entre otras. (Novoa, 1984).

2.1.2. FASE INTERNA

La fase interna es puramente subjetiva, y consiste en fenómenos psicológicos internos del sujeto, que no trascienden al exterior, por esta razón no tienen relevancia en materia penal, pues siendo inexistente la materialización de la idea criminal en actos o palabras, es imposible la lesión de algún interés protegido penalmente; mientras la idea delictuosa permanece en lo íntimo de la conciencia, no se da infracción alguna al origen jurídico (Novoa, 1984)

Según Ferri (s/f, citado en Pavón, 1964) “esta primera fase interna puede, sin embargo, quedar incompleta, cuando la idea (primer

momento) sea criminal (porque el sujeto piensa otra cosa y no en el delito, o porque perdona u olvida) o porque, aunque sea delictuosa y haya pasado por la conciencia, se extingue a de la repugnancia íntima del sentido moral o por la sin de los posibles resultados dañosos, (segundo o se convierte en una deliberación volitiva de no actuar. En cambio, puede ser completa, cuando la idea delictuosa llega a transformarse en voluntad de obrar, (tercer momento) de manera más o menos precipitada según las circunstancias del hecho...”

Para Rodríguez (2002) El derecho regula esencialmente, relaciones entre personas, la mera resolución de delinquir no constituye nunca delito y es por ello que el pensamiento no delinque, principio consagrado en la fórmula: “COGITATIONIS POENAM NEMO PATITUR” (los pensamientos no son penados).

La ciencia italiana de la edad media mantuvo que la nuda cogitatio, es decir los pensamientos y los deseos no son punibles.

Tiberio Deciano, (Tractus Criminalis) considera que la del derecho es distinta a la que persigue la moral, requiere que no se perjudique a nadie y se dé a cada uno lo suyo, y los primeros pensamientos no afectan esta misión del derecho (Rodríguez, 2002)

En conclusión, sobre este punto tenemos: que el elemento interno mientras no trascienda al exterior de ningún modo, no es susceptible de represión penal, pues no vale la pena para el derecho penal el delito en la mente de su autor a parte de lo difícil que es probar las ideas delictuosas; ya que es muy difícil o más bien imposible para la ciencia penal establecer la situación de decisión criminal que se la dado en el delincuente.

Y por tanto el sujeto es libre de pensar y mientras esta fase no tenga contacto con el mundo externo material, no es ni puede ser punible por no significar violación a la norma de cultura que protege los derechos e intereses que el Estado debe salvaguardar, su fuero es exclusivamente interno y no puede merecer más que el reproche de la propia y personal conciencia y en el campo jurisdiccional penal, solo puede tener relevancia cuando, empujada por la voluntad, se traduce en la tentativa del acto que vulnera ajenos derechos o en el acto mismo que consuma esa vulneración (Cruz, 1994).

La fase interna está constituida por tres momentos que son: la ideación, la deliberación y la resolución, las cuales son de carácter psicológico por desarrollarse en la psique del individuo y las cuales únicamente afecta el fuero interno de las personas y no al derecho penal (Cruz, 1994).

2.1.3. LA IDEACIÓN

El primer momento en la gestación del delito la constituye la ideación, seguida de la concepción y que se llama idea criminal concebida, y la que los escolásticos denominaban: TENTACION. (Jiménez, 1971).

La idea consiste en la representación mental de algo que inicialmente se puede presentar en forma vaga, para luego después configurarse con caracteres definidos. Así en la concepción y nacimiento del delito, ese algo que se configura en la mente con caracteres definidos, es el acto delictivo. "La ideación criminal consiste pues, en la representación mental del acto delictivo que al configurarse y concretarse internamente da origen a la concepción del delito". (Arrieta, 1988).

“Este primer fenómeno (ideación) se produce al surgir en la mente del sujeto la idea de cometer un delito, esta primera fase se encuentra precedida de varios momentos siempre necesarios (como por ejemplo podría ser el móvil, pues cuando este no existe podemos presumir que estamos ante un ser anormal). Como ya observó Ferri, si el curso de los sentimientos y de las ideas se agota pasivamente o se neutraliza con los sentimientos o ideas opuestas que tienen carácter inhibitorio, la idea queda como emoción íntima y posteriormente como recuerdo sin llegar a ser decisión volitiva tendiente a una actuación exterior y material; pero si las fuerzas inhibitorias no son bastantes, el proceso psíquico de las sensaciones entra a formar parte de los sentimientos terminando una idea delictuosa”.(Pavón, 1964)

Decimos entonces que "se presenta la ideación cuando se origina en la mente del futuro autor, la posibilidad de dar salida a su ánimo negativo a través de una conducta que en su objetividad se manifestará como contraria al interés social de un momento histórico determinado; es el momento que se presenta cuando bajo la presión de un sentimiento negativo, en función de un *quid* cualquiera, un individuo hace nacer en su mente la posibilidad de cometer una conducta que de verificarse se presentará como delictiva. Es un momento que tiene su plena vigencia en la esfera psíquica; es el sujeto mismo quien lo determina como consecuencia del impulso externo o interno originado como resultado de una determinada situación que lo motiva en manera voluntaria o involuntaria” (Malo, 1971) ya que " la idea no es más que un acontecer constante propio de todo ser humano que piensa y que como tal no puede sustraerse a ella". (Arrieta, 1988).

"No se refiere aún la ideación a ningún momento siguiente, es solo el mecanismo psíquico de generación del pensamiento que viene desencadenando bien con el impulso externo que provoca el desarrollo

normal del proceso de elaboración de la idea, o bien por un estímulo Interno diverso que encuentre su proceso generativo directamente en la memoria”. (Malo, 1971)

Algún autor establece la diferencia entre este primer momento y los siguientes como la idea de "germinación del fin”, misma que se presentaría solo como la chispa inicial que brota de la mente del sujeto, como sensación inicial del interés respecto a la situación futura, la cual, no obstante, se manifiesta aún ausente de todo carácter delictivo, podría calificarse como lo imaginado, y frente a este concepto se integra la intención como el hecho de imaginar, consiguiente a esa primera chispa, es decir la transformación del fin en finalidad” (Malo,1971)

Y para finalizar diremos que cuando la idea se ha concretado mentalmente, decimos que se ha verificado la concepción del delito; y puede suceder que la idea sea rechazada en forma definitiva, por causas de carácter moral o religioso, etc. o por temor de las consecuencias que esto acarrearía en su vida (como por ejemplo ser condenado a prisión); pero si esto no ocurra la idea persiste, y entonces tiene necesariamente que dar paso a otro momento en el desarrollo del camino del delito que es la deliberación.

2.1.4. LA DELIBERACIÓN

En el orden ascendente y sucesivo, sobre la idea y la concepción se opera el segundo fenómeno psíquico que es la deliberación". La deliberación consiste en el juicio interno de valoración entre la idea criminal concebida por una parte y por otra, los valores morales que yacen, en la conciencia humana, y aún en la conminación psíquica que ejerce en el sujeto la existencia de la ley penal". “Concebida la idea criminal, el sujeto delibera, sopesando en la balanza de su conciencia,

las dos fuerzas psíquicas que se colocan frente a frente en su mundo interno; por una parte, la fuerza de la idea criminal concebida y por otra, la fuerza de los principios adquiridos, y sedimentados en la conciencia, como también el peso que en el fondo de todo ser humano ejerce la intimidación de la pena". (Arrieta, 1988)

Este segundo momento de la deliberación que se presenta cuando una vez surgida la idea criminosa del sujeto agente, lugar de rechazarla delibera sobre sus posibilidades de éxito, estudiando los aspectos positivos y negativos derivados de su realización; y después de haberlo considerado todo en balance (actividad en que consiste precisamente la deliberación de la conducta criminal y sus consecuencias) obtiene la conclusión que habrá de integrar el tercer momento que es la resolución. (Malo, 1971)

Por otra parte "entre el momento que surge la idea criminal y su realización puede transcurrir un corto tiempo o un intervalo mayor, según sea el ímpetu inicial de ella y la calidad de la lucha desarrollada en la psique del sujeto, pero si este persiste en la concepción criminosa, después de haber agotado el conflicto psíquico de la deliberación, se ha tomado ya la resolución de delinquir". (Pavón, 1964)

Así pues, cuando "la concepción de la idea criminal al ser sopesada por el sujeto vence la resistencia de los patrones morales o si en ausencia o debilidad de ellos la conminación psíquica de la sanción futura consagrada por la ley penal, es superada, la deliberación concluye y la gestación del delito continúa su desarrollo". (Arrieta, 1988)

Para finalizar diremos que esta fase es puramente interna y por ende no es punible.

2.1.5. RESOLUCIÓN

El tercer momento o situación que se opera en el desarrollo de la concepción criminal es la resolución, que por su parte implica la adopción de una respuesta a la deliberación anterior, respuesta que habrá de operar como base para el inicio de la actividad a partir de ese momento exteriorizada. La resolución criminal consiste en “la determinación mental del sujeto para el cometimiento del delito. La idea se ha gestado en la mente, el sujeto ha deliberado sobre el cometimiento del acto delictivo, el pro y el contra de la futura acción, y por fin ha resuelto cometerlo”

La resolución criminal tampoco es punible, pues no constituye violación de la norma, pero tiene relevancia porque sobre ella se asienta la exteriorización del acto. (Arrieta, 1988)

A este respecto Malo (1971) afirma: en la fase interna quedan reconocidos los tres momentos indicados de la ideación, la deliberación y la resolución, de entre ellos, la resolución se presenta como elemento psíquico de! aumento volitivo de la conducta exteriorizada, por lo cual cuando se afirma que efectivamente es dable la punición en el momento resolutivo, tal afirmación, creemos que únicamente sería admisible y encontrarla fundamento al observar que la resolución se presenta no solo como último momento de la fase interna, sino asimismo como fondo psíquico presente en el transcurso de la fase externa; no es la resolución como último momento de la fase interna punible, es decir, cuando el sujeto después de deliberar su intento criminoso resuelve Cometerlo, sino que es exteriorización de esa resolución (resolución manifestada) la que al cumplir los requisitos socialmente negativos señalados en la ley penal, hace acreedor al sujeto agente a una sanción provista en la propia ley".

También podemos decir que los dos primeros momentos encuadran el denominado elemento de la "representación" del dolo, y la resolución da vida al aspecto interno del "elemento volitivo" que habrá de continuarse en la fase externa del iter criminis". (Malo, 1971))

“Ferri expresa que es la violación la que corona el anterior proceso (ideación deliberación) y que está determinada y caracterizada por la intención y el motivo determinante. En cuanto a la intención, surge de la asociación de ideas y en cuanto al motivo determinante, proviene del sentimiento o emoción que llega a convertirse en móvil. En realidad, la voluntad va ínsita en la resolución y evidentemente obedece a un móvil, pero preferimos denominar resolución criminal a esta tercera y última situación de la fase interna, sin descartar, como se ha dicho, que lleva consigo la voluntariedad hacia la ejecución del acto” (Malo, 1,971)

Y para finalizar esta fase interna retomamos la posición de Labatut (1979) cuando dice: “estos procesos psicológicos no tienen relevancia jurídica, escapan al derecho penal, porque siendo el derecho relación entre personas los pensamientos íntimos no son objeto de su consideración porque castigarlos significaría invadir el campo de la conciencia; porque aun cuando se le suponga conocidos, no causan daño, ni violan precepto penal alguno. Por otra parte, la voluntad no puede ser considerada y tratada como irrevocable”.

Y sobre lo mismo Malo (1971) expresa: “la Suspensión del iter al transcurso de la fase interna, durante el período en que se desarrollan los elementos internos, no se considera a que puedan encuadrar la tentativa punible, y ello como expresan varios estudiosos, no tanto por la dificultad que se presenta desde el punto de vista de la prueba, es decir, de la dificultad de probar la actividad subjetiva, sino con mayor

precisión, en aras del principio de la libertad individual (libertad de pensamiento), que obliga a observar el largo camino por ser recorrido, para llegar a la consumación del hecho delictuoso y la consiguiente aún fuerte posibilidad de que el sujeto, detenido y obstaculizado por el cada vez más sensible poder coactivo, físico y moral de la ley penal suspenda la materialización de la posible conducta ilícita”.

2.1.6. FASE INTERMEDIA

Según Cruz (1994) La fase intermedia o resolución manifiesta, se da cuando existe una sucesión de actos caracterizados por un contacto de ideas exteriorizadas por parte del que ha resuelto cometer el delito y que están dirigidas hacia otro u otros y que por el peligro de daño o daño potencial que ofrecen, tienen mucha relevancia dentro del derecho penal, en vista de lo cual en algunos casos y dependiendo del bien jurídico al que pueden afectar, son punibles. O sea, que aquella idea criminal que surgió en la mente del sujeto y que sufrió todo un proceso hasta haberse resuelto cometer el delito, comienza su vida en el ámbito jurídico cuando es exteriorizada en el mundo circundante, siendo susceptible de alterar su orden.

Después que el sujeto resolvió cometer el delito, ha dado fin a la fase interna del delito; pero hasta ese momento no está sujeto a sanción alguna, pero puede darse el caso que esa resolución sea manifestada a otra u otras personas, manifestación que por sí sola no es punible; pero que tomando ciertas formas específicas recogidas por la doctrina y los legisladores, se convierte en acto anti jurídico y por ende punible.

Es muy importante señalar que no en todo caso estas formas de resolución manifiesta son acreedoras de sanción, sino únicamente cuando tienden a lesionar intereses jurídicos que el legislador estima de máximo valor en la colectividad.

En el desarrollo del delito, las fases internas y externa nunca pueden faltar; en cambio la fase intermedia puede faltar en determinados casos. Según la mayoría de autores, por excelencia ubican en esta fase a la proposición y la conspiración; además de ellas otros ubican también la amenaza y la apología del delito. Todas estas figuras se presentan como delitos de mera conducta, ya que en ellos no existe ningún acto que dé cabida a la presencia de actos preparatorios o actos ejecutivos; o sea que son delitos sin resultado material o de simple resultado jurídico. Vienen pues a constituir situaciones en las cuales no se presenta la acción, ya que no se requiere para ello la realización de actos, basta la sola manifestación del pensamiento, la sola transmisión de la idea criminosa, etc.; y el legislador ha considerado necesaria su tipificación como delito ya que esa conducta constituye un delito de mero peligro, equiparando la elevación de la situación del peligro corrido a la del daño ocasionado de llegarse a dar el delito. (Cruz, 1994).

2.1.7. PROPOSICIÓN

La proposición es una figura que se da cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo. Aquí no se requiere como elemento el acuerdo o concierto de voluntades; sino basta únicamente con la comunicación; debiendo mediar una resolución por parte del proponente; es así como perfectamente puede decirse que la proposición constituye la transmisión inicial de un hecho deseado que hace el sujeto agente a otra u otras personas buscando hacer surgir en su ánimo el propósito de cometer un delito; presupone así también la no aceptación, ya que si ésta proposición es aceptada viene a convertirse en una conspiración.

El proponer es invitar que se participe en la ejecución de un delito que el sujeto que ha resuelto, se ha propuesto cometer; estamos pues

ante un proyecto de ejecución conjunta; y aquí el que recibe la propuesta puede verse libre de responsabilidad si no la acepta; así también esta propuesta puede ser verbal o escrita y en forma privada o pública. (Arrieta, 1988)

Es muy importante señalar que en esta figura lo que interesa es que haya ya resolución del proponente, pues las meras pláticas o consejos sobre la conveniencia o no de la comisión del delito, no tipifican proposición.

2.1.8. CONSPIRACIÓN

Tanto como la conceptualización los tratadistas y como la definen las diferentes legislaciones, la conspiración existe cuándos dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito. En algunos casos es necesario haber atravesado el estadio de la proposición para llegar a la conspiración; pero en otros casos es el fruto de la deliberación conjunta. Mientras no se adopta la decisión de cometer el delito, no hay todavía conspiración; así también la mera iniciativa de deliberar si se comete o no un delito no es punible a título de conspiración por la razón de que falta la resolución conjunta y mientras no ha recaído acuerdo no hay conspiración; pero ya cuando resuelven y se ponen de acuerdo, entonces si ya ha nacido la figura de la conspiración a la vida jurídica.

No obstante haberse decidió cometer el delito; puede suceder que uno o varios de los que acordaron, ya no quieran participar en la ejecución, ya sea porque quiera actuar solo o porque desista continuar aportando su concurso; pero aún en este caso siempre será sancionado ya que” ... la conspiración es una autoría anticipada, que se pena a pesar de su ineffectividad material quedando absorbida cuando pasa a la actividad ejecutiva del delito”. (Rodríguez, 2002)

“Los elementos propios y positivos de la conspiración son el concierto previo y la resolución, no bastando pues, el mero planeamiento preliminar sin acuerdo ejecutivo” (Quintano, 1963) existiendo tales elementos, la fijación de una fecha determinada para su ejecución no implica que la figura no se haya dado.

No en todos los tipos de delitos es sancionada la conspiración ya que esta figura surge como un tipo específico que supone la protección de bienes jurídicos de alta jerarquía, establecidos en el derecho penal, que se vuelve más que todo proteccionista de los valores considerados como indispensables para el mantenimiento del Estado (delitos contra la existencia y organización del Estado).

2.1.9. QUIENES INTERVIENEN EN LA PROPOSICIÓN Y CONSPIRACIÓN

Al habernos referido dentro de la fase intermedia a la proposición y la conspiración, como casos de resolución manifiesta, vemos claramente que para que se den estas figuras se requiere la presencia de dos o más personas; porque de lo contrario no podría existir; y el iter quedaría en la fase interna o psíquica la cual no es punible.

Es muy importante señalar; además, que no en todos los casos que intervienen dos o más personas constituyen proposición o conspiración, (Garrido,1997). Así sucede en los delitos plurisubjetivos, como el adulterio, el incesto y otros, en que necesariamente debe concurrir la voluntad de dos o más persona (sujetos) para que tenga lugar. En estos casos el acuerdo de los autores, como el lugar y hora en que procederán a tener la relación sexual prohibida, no implica una conspiración o el hecho de proponer uno al otro llevar a cabo el acto no involucra una proposición, porque tanto la conspiración como la proposición son

etapas previas a la decisión y ejecución de un delito mediante una acción de sujeto plural, o sea en coautoría. Esto supone que para que pueda tener lugar la proposición o la conspiración, del delito principal a cuya realización aspiran los complotados debe ser de aquellos susceptibles de realizarse en coautoría.

En conclusión, en los delitos plurisubjetivos no obstante existir la concurrencia de dos o más personas no puede existir proposición o conspiración; ya que es una exigencia para que se ejecute la concurrencia de más de una persona.

También es muy importante señalar que se presenta la duda de que si puede existir proposición o conspiración; en el caso que intervenga un menor. Parte de la doctrina se inclina por una respuesta positiva, porque estima que esto no afecta la existencia de la proposición y la conspiración, dado el carácter formal del término “delito” que solo se refiere al injusto. (Garrido, 1997)

Aunque hay opiniones en contrario fundamentadas en que, al aludir la ley penal a concertarse para la ejecución de un delito, la exigencia se proyecta a algo más que un simple concierto neutro, pues se trataría de un concierto y una resolución dolosa, que involucra, además de capacidad delictiva, la conciencia de la significación anti-jurídica del delito proyectado.

2.1.10. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PROPOSICIÓN Y DE LA CONSPIRACIÓN

Dentro del desarrollo de estas figuras se ha apreciado que no obstante haberse hecho una proposición (independientemente que sea aceptada o no) o de haberse dado una conspiración (en que todos los sujetos ya están de acuerdo) aún no se ha dado inicio a la ejecución del

delito; pero no obstante a ello; como ya se dijo anteriormente, por sí solas son constitutivas de delito ya que el legislador las sanciona cuando tienden a lesionar intereses jurídicos de máximo valor en la colectividad; o sea que son delitos por sí mismos. En conclusión: “Tanto la conspiración como la proposición son delitos de peligro; y mirados como tales son delitos perfectos”. (Carrara, citado en Cruz, 1994)

2.1.11. LA AMENAZA Y LA APOLOGÍA DEL DELITO

Aparte de las figuras ya señaladas se incluye también como casos de resolución manifiesta a la amenaza y la apología del delito, y las primeras consisten “en la conminación de un mal delictivo que una persona hace a otra u otras, con plena conciencia del contenido de las mismas. Doctrinariamente pertenecen a la fase intermedia dentro de la vida del delito, pero en atención a la naturaleza antijurídica que en sí lleva la amenaza de un mal delictivo y aun de un mal no delictivo, las legislaciones penales sancionan con independencia propia este tipo de resolución manifestada. No son punibles pues, en atención a la simple secuela propia de la amenaza hacia el cometimiento de un delito, sino que integran por sí solas una figura delictiva cuya configuración se advierte en la generalidad de legislaciones penales, porque han producido, ya un resultado dañoso de orden moral o psicológico en el amenazado”. (Arrieta, 1988)

La segunda “Consiste en el elogio del delito como acto legítimo o de normal conducta y aún, como conveniente o justificable, lo cual se hace con el objeto de que se delinca. (Arrieta., 1988)

La apología del delito en sí no es punible, pero por la naturaleza de su contenido que en el fondo encierra una provocación hacia el mal

delictivo, las legislaciones penales la sancionan en casos excepcionales”.

O sea, que esta figura puede darse antes o después de cometido el hecho; y según la mayoría de autores tradicionales viene a constituir una especie de provocación de un delito. (Pavón, 1964).

2.1.12. FASE EXTERNA

“Se considera como fase externa en la vida del delito, aquella en la que superando la fase interna y la resolución y por ende la voluntad criminal, sea ya en una forma objetivamente equivoca mediante actos preparatorios que pueden preceder a la ejecución del hecho criminal o en forma objetivamente inequívoca con un principio de ejecución o con la ejecución misma del acto delictivo”. (Pavón, 1988)

Se habla del “Concepto de una superación de la fase interna para determinar que cronológicamente ésta ha quedado atrás. El futuro delincuente concibió la idea criminal, deliberó sobre ella y tomó su resolución. Puede haber existido manifestación al mundo exterior pero de carácter ideológico; o sea una trasmutación de su pensamiento u otros, la que a su vez pudo haber tomado las formas ya expuestas de la proposición o la conspiración... pero obsérvese que en (éstas figuras) conceptualmente constitutivas de la fase intermedia, el delincuente no ha materializado con hechos o actos objetivamente perceptibles por los sentidos su resolución y voluntad criminal, cuando por medio de los actos externos que producen un cambio o un principio de cambio en el mundo exterior, materializa su resolución y voluntad criminales, es cuando propiamente inicia la fase externa, así llamada precisamente por esta materialización u objetivación. Pero esta materialización ostensible por los actos que el futuro delincuente ejecuta, aun cuando obedece a

una resolución definitivamente tomada, sin embargo, pueden consistir en actos que objetivamente valorizados no nos llevan a determinar que se trata de la preparación del delito que subjetivamente esta ya configurado en la mente de su futuro actor, como también, pueden ser actos que en forma inequívoca constituyan ya el inicio de la ejecución del delito mismo. Por ello agregamos que la resolución se materializa sea ya en forma objetivamente equívoca, mediante los llamados actos preparatorios que pueden preceder a la ejecución del hecho criminal, o en forma objetivamente inequívoca con los auténticos actos del delito”. (Arrieta, 1988)

Cuando la resolución criminal se exterioriza a través de la realización de actos materiales, estamos dentro de lo que algunos autores, como Maggiore (citado en Pavón. 1964) denominan EL PROCESO EJECUTIVO DEL DELITO, tal proceso comprende: a) preparación; b) ejecución; y c) la consumación, aun cuando algunos agregan un momento más: el agotamiento.

Podemos decir al entrar analizar, esta fase externa que la mayor dificultad que presenta la misma, es establecer un criterio distintivo eficaz entre los actos de preparación y actos de ejecución (cuestión que se abordará al tratar los distintos criterios de distinción más adelante).

No obstante, podemos decir que “la doctrina se muestra casi unánime en admitir la impunidad de los primeros (actos preparatorios) fundamentalmente por su carácter equívoco y por no entrañar su realización peligro alguno (ausencia de peligro) en tanto pregonan la punibilidad de los segundos (actos ejecutivos) por entrar en la esfera de consumación sin llegar a llenarlo”. (Pavón, 1964)

Los actos preparatorios tienden a preparar el delito y sólo subjetivamente, contemplados desde el punto de vista del autor, es posible darles tal significación; exteriormente y de común nada revelan sobre la intención delictuosa del autor. La compra de un revólver y la adquisición del veneno son actos de preparación dentro de la intención del autor; objetivamente nada descubren, por su naturaleza equívoca, sobre el propósito delictuoso, supuesto que la compra del arma o la adquisición del veneno pueden tener tanto un fin avieso como lícito”. (Pavón, 1964)

“Los actos ejecutivos, por lo contrario, son generalmente unívocos, por cuanto por si mismos resultan capaces de expresar objetivamente la intención de su autor de delinquir y entrañan peligro de lesión, aun cuando... dicho criterio no es absoluto”. (Pavón., 1964)

“El delito se consuma cuando, produciéndose el resultado o agotándose la conducta, se verifica la lesión jurídica o dicho, en otros términos, hay consumación en tanto el hecho querido se produce mediante la integración de sus elementos esenciales”. (Pavón., 1964)

Por su parte el delito agotado constituye el último momento de la fase externa del iter criminis. No agotar el hecho como precisa Jiménez (1971) es detenerse en la violación jurídica; agotarlo, es lograr el propósito final perseguido.

Al elaborar los tipos legales, el legislador describe una parte de una actividad humana determinada, señalando así, las características que debe reunir tal acción para ser considerada delictuosa y para que su autor se haga merecedor a una pena. Así, por ejemplo, el art. 150, prevé que "el que intencionalmente matará a otro será reprimido con penitenciaría no menor de seis años". Pero si bien la realización de esta

infracción es instantánea, su ejecución implica, en la mayor parte de los casos, todo un proceso que se inicia con la toma de decisión por parte del agente y que culmina, finalmente, con la muerte de la víctima. A este proceso ejecutivo se le conoce con el nombre de *iter criminis*. A las dos etapas extremas, señaladas anteriormente y denominadas deliberativa y consumativa, respectivamente, debemos agregar dos fases intermedias: la de los actos preparatorios y la de la tentativa.

La primera etapa, que culmina con la toma de decisión de cometer la infracción, se desarrolla en el mundo interno, subjetivo del agente. Los actos preparatorios son la primera manifestación exterior de tal resolución criminal y cuya culminación será la consumación de la infracción.

Está fuera de toda discusión la imposición de una pena al agente responsable de todo este proceso.

Lo está, igualmente, la impunidad de quien sólo se limitó a deliberar sobre las posibilidades de cometer una infracción, aun cuando haya tomado la decisión de ejecutarla y la haya comunicado a terceros; pero, que no llegó a materializarla mediante actos concretos. No está de más recordar la frecuentemente citada frase de Ulpiano (citado en Cruz, 1994) "*Nemo cogitationis poenam patitur*".

La pura idea o voluntad criminal no es posible de ser reprimida, sin recurrir a una nueva Inquisición. El debate se ha intensificado, por el contrario, respecto a la conveniencia de reprimir a los actos preparatorios. Esta situación ha sido provocada por el desarrollo alcanzado, en los últimos años, por una forma especialmente peligrosa de criminalidad, conocida comúnmente bajo la designación de

terrorismo. En algunos países se ha establecido la represión de los actos preparatorios en relación a ciertos crímenes; por ejemplo, en Suiza.

En la actualidad, existe unanimidad en torno a la necesidad de extender la represión penal a actos que no culminan en la consumación de la infracción planeada y, asimismo, que para reprimir penalmente al agente es indispensable que su resolución criminal se exteriorice a través de actos que permitan su constatación. La discusión surge cuando se trata de señalar desde qué momento procede la intervención penal. En dos aspectos esenciales se centra el debate. El primero, es el fundamento de la punibilidad de los actos anteriores a la fase consumativa. Y, el segundo, el criterio para distinguir entre tentativa y actos preparatorios.

2.2. ITER CRIMINIS, REALIZACIÓN

2.2.1. ACTOS PREPARATORIOS

La naturaleza específica de los actos preparatorios, es “su falta de especialización para producir el delito, aun cuando en la mente de su autor haya ya una resolución. Por eso se les denomina por los autores italianos ACTOS DE TENTATIVA ALEJADA o como bien lo decía Carrara, de CONATO REMOTO. En esta clase de actos, afirma Quintano: no se prevé directamente el resultado criminal, más que como una posibilidad junto a otras inocentes entre sí, por ejemplo, el mero hecho de comprar un arma o una escalera, no supone necesariamente la ejecución de un homicidio o de un robo. Quien afila un cuchillo, aun cuando sea para cometer un delito no exterioriza objetivamente ni denota su intención, aun cuando subjetivamente tenga ya su resolución formada”. (Pavón, 1964)

Carrara (citado en Cruz, 1994) distinguía dos tipos de actos preparatorios: “los actos preparatorios de un modo absoluto y los actos también preparatorios de un modo contingente o condicional; los primeros consideraba que eran aquellos en los que faltaba en forma completa el carácter de principio de ejecución, en tal forma que aun cuando la declaración del indiciado demuestre como cierto que estaban dirigidos hacia el cometimiento de un delito, no obstante no pueden ni deben castigarse como actos de tentativa sin cometer injusticia, y esto, por razón de un defecto que está en su propia naturaleza, el cual es, la falta de todo comienzo de peligro actual; por ejemplo, la adquisición de armas, el proveerse de una escalera, el afilar un cuchillo y otros similares. Por otra parte, conceptualizaba como actos preparatorios contingentes, como aquellos, que, habida cuenta de la intención del sujeto para cometer el delito, ofrecen un principio de peligro actual, aun cuando no sea propiamente ejecutivo. Por ejemplo: el individuo que, arma en mano, espera en determinado lugar a un enemigo con la intención de matarlo, pero sin hacer más que eso, (estar provisto y en espera) indudablemente que ha avanzado en su querer criminal y que, a diferencia de cuando simplemente compró el arma, ofrece un principio de peligro actual, aun cuando objetivamente no demuestre inequívocamente su intención criminal, pues al fin y al cabo, pudo haberse ido al atajo de un camino, bien armado, con cualquier otro objetivo que no fuese matar a una persona, un cazador apostado en un lugar estratégico del bosque podría encontrarse en tal situación.

Por otra parte, otro problema fundamental de los actos preparatorios, es su punibilidad, para algunos autores estos deben ser sancionados, mientras que para otros no; pero sin embargo podemos llegar a la siguiente conclusión: los actos preparatorios, como consecuencia de su naturaleza, es la de que no son punibles; sin embargo, por excepción son sancionados en la generalidad de las

legislaciones de tipo clásico y en algunas legislaciones positivistas, en las primeras, por su aproximación a la violación de la norma y consiguiente principio de peligro actual... y en las segundas, por la peligrosidad demostrada por el autor de los mismos”. (Arrieta, 1988)

Mucho se ha discutido sobre la naturaleza de los actos preparatorios y el lindero de diferencia entre éstos y los actos de tentativa, sobre esta característica el gran Carrara distinguía los actos preparatorios de los de tentativa afirmando que aquellos son actos equívocos y que en cambio éstos los de tentativa, son unívocos, o sea inequívocos, en orden al cometimiento del delito (Arrieta, 1988) “resumiendo la teoría de Carrara, distinguía entre el sujeto activo primario, que lo es el futuro autor del delito y el sujeto activo secundario, que son las personas o cosas sobre las cuales, aquél, debido a la naturaleza del hecho, tiene que ejercitar ciertos actos como medio para lograr después la realización del delito sobre el sujeto pasivo, que es sobre el que en definitiva recae el daño directo de la acción criminal. Sobre esta base, el pensamiento Carrariano afirma que cuando los actos del sujeto activo primario recaen sobre el sujeto activo secundario, son preparatorios y cuando inciden o recaen sobre el sujeto pasivo de la tentativa son actos ejecutivos.

Con la anterior explicación se comprende como el maestro afirmaba que son actos preparatorios aquellos externos que, lo mismo pueden utilizarse para un fin inocente como para un fin ilícito. Y son actos ejecutivos aquellos que por sí solos revelan, los otros unívocos”. (Arrieta, 1988)

“Otra doctrina explicativa de la naturaleza de los actos preparatorios y su deslinde con los de la ejecución del delito, es la subjetiva, sustentada por algunos autores alemanes, según ella, el

fundamento para determinar el, límite entre unos y otros es el de la voluntad determinada. Cuando la voluntad, aun cuando confesada, se ha exteriorizado por simples actos desprovistos de importancia en orden a la ejecución de un delito, éstos son constitutivos de los auténticos actos preparatorios no punibles. Y en cambio, cuando la voluntad se ha determinado mediante la ejecución de actos relevantes del o para el hecho mismo delictivo, aun cuando el delito no concluya, estamos dentro de la tentativa punible. Es la apreciación de la voluntad que ha llegado a encarnarse en actos determinados al delito, la pauta que debe seguirse para tener a tales actos como de ejecución con carácter de una verdadera resolución criminal”. (Arrieta., 1988)

“Por el contrario, otra doctrina que enfoca este deslinde (preparación - ejecución) es la que podríamos llamar objetiva u objetiva material, sustentada también por autores alemanes, mediante la cual se sostiene que la base fundamental es el ataque directo al bien jurídico protegido por la ley. La tentativa es punible a causa de una extensión de la pena determinada al delito en la parte especial de un código, en virtud de una regla general dada precisamente en la parte general del mismo. La norma mediante la cual se determina esta sanción extensiva de la pena y que vuelve punible la tentativa es aquella que a su vez determina la naturaleza de ciertos actos que constituyen un principio de ataque directo al bien jurídico protegido por la ley en la parte especial. Así en esta parte el código sanciona el hurto para proteger el bien jurídico del patrimonio de las personas y la norma que en la parte general sanciona la tentativa, se refiere a aquellos actos que, radicando fuera de lo que es el hurto en sí, sin embargo, inician el mismo. Ahora bien, aquellas otras acciones que no indican en forma directa este ataque al bien jurídico reconocido por la ley, se concluye lógicamente no son actos ejecutivos, sino que preparatorios” (Arrieta, 1988)

“Beling y también otros autores alemanes (citados en Cruz, 1994) seguidores de la doctrina objetiva que en esta otra posición podríamos llamar objetiva-formal, enfocan el problema del deslinde preparación-ejecución, refiriéndose al tipo del delito en especial al núcleo del mismo.

Sabemos que el tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios, para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito. Sabemos también que en el fondo del tipo legal hay un núcleo, eje o base de, la descripción de la conducta delictiva y que normalmente esta expresado con un verbo activo que el legislador emplea para conjugar la oración representativa de tal conducta.

Pues bien, puede afirmarse que en derredor a dicho núcleo se encuentra una zona periférica de actuación, que aun cuando signifique un acto o actos que se acercan a la actuación misma designada por el núcleo del tipo, no es sin embargo el actuar que éste determine. Sobre esta base, cuando el autor realiza la acción propia o constitutiva del núcleo es cuando comete el delito y se da la tipicidad, o sea la adecuación de la conducta al tipo descrito por la ley. Si el autor solo principia o comienza a actuar dentro del núcleo, está en los actos de tentativa que puede llegar a convertirse en frustración o consumación. Y por fin, si su actuación es sobre la zona periférica que está fuera del núcleo, se está en los actos preparatorios.

Así, en el tipo de homicidio, el núcleo lo expresa la ley diciendo “mate a otro...”, siendo el verbo matar el infinito que indica lo que es aquel. Si el autor principia o comienza a matar por ejemplo desenfundado su revólver y apuntando hacia otro en actitud de presionar el gatillo, indudablemente ha entrado ya dentro del núcleo y

su acto es de tentativa. Todo acto anterior que no signifique concretamente lo que podríamos llamar a guisa de explicarnos, la conjugación del verbo principal de la oración, tendrá que ser tenido como acto preparatorio. (Arrieta, 1988)

Después de analizar las distintas corrientes que estudian la naturaleza de los actos preparatorios y su diferencia con los actos de ejecución, mencionaremos las características propias de los actos preparatorios dadas por el doctor Arrieta.

- a) Proviene del sujeto que tiene ya formada su resolución criminal, o sea que, subjetivamente tienden a la ejecución del delito;
- b) Objetivamente considerados, existe en ellos una falta de especialización para producir el delito, o sea, como bien lo dicen los autores italianos, son actos de TENTATIVA ALEJADA o de CONATO REMOTO, o como sabiamente lo expone Carrara, son actos equívocos, que lo mismo pueden utilizarse para un fin legítimo o tolerado por la ley, como para un fin legítimo o tolerado por la ley, como para un fin ilícito;
- c) Constituyen una relación directa entre el “SUJETO ACTIVO PRIMARIO” y las demás cosas o personas sobre las cuales aquél, en atención a la naturaleza del hecho, ejercer acción como medio para lograr el fin delictivo en sí, descrito por la ley, y concretamente incluido dentro de la acción u omisión designada por el legislador en el núcleo del tipo;
- d) No constituyen, objetivamente considerados, un peligro actual concluyente, aunque a veces puedan significar una situación inmediata al peligro actual llegando al lindero del mismo que es, a

nuestro juicio, lo que Carrara llamaba un principio de peligro actual; y e) No se ha llegado con ellos a la violación propia de la norma protectora del interés jurídico que el Estado tutela mediante la ley penal, y, por ende, por regla general, no son punibles.

2.2.2. ACTOS EJECUTIVOS

Para referirnos a los actos ejecutivos, hay que hacer mención de aquellos actos que por sí solos son reveladores en una forma unívoca de que se ha dado inicio a la ejecución de un delito, estamos entonces ante los llamados indistintamente ACTOS DE TENTATIVA por algunos doctrinarios o ACTOS DE COMIENZO DE EJECUCION por otros.

Es difícil proponer un concepto categórico de acto de ejecución ya que éste concepto debe ser estudiado necesariamente relacionado con los actos preparatorios de una forma casi por exclusión; así acto preparatorio-acto ejecutivo, una vez comenzada la fase externa mediante actos, éstos o son preparatorios o son ejecutivos.

Por lo cual creemos que con lo expuesto de los actos preparatorios y los criterios de diferenciación que a continuación plantearemos, se logra tener una idea un poco clara de lo que es acto preparatorio y lo que es el acto ejecutivo, (Cruz, 1994)

2.2.3. DOCTRINAS PARA DIFERENCIAR LOS ACTOS PREPARATORIOS DE LOS EJECUTIVOS

Para diferenciar los actos preparatorios de los ejecutivos existen varias teorías que tratan de explicar cuándo es que estamos frente a unos y cuando frente a otros.

Silva (1963) señala otras teorías conocidas, las mismas que a continuación presentamos:

- a) La teoría de la Univocidad;
- b) La teoría del ataque a la esfera de la víctima;
- c) La zona periférica del núcleo del tipo;
- d) La del criterio de la anti-juridicidad material; y
- e) La de los criterios formales y criterios materiales.

TEORIA DE LA UNIVOCIDAD: esta teoría es enunciada por Carrara y en la misma se plantea que son actos preparatorios unívocos aquellos que siempre conducen a un delito son actos preparatorios equívocos aquellos que lo mismo pueden conducir a actos inocentes que a delictivos. Esta doctrina alcanzó gran prestigio, para Carrara “los actos preparatorios son aquellos que sólo subjetivamente en la mente del autor mantienen relación con el hecho delictivo futuro. Objetivamente, en cambio, los actos preparatorios son equívocos, entendiéndose con ello la no posibilidad de afirmar desde fuera, el propósito perseguido.

Puede afirmarse que quien compra un arma de fuego o la lleva consigo puede hacerlo con propósitos delictivos o deportivos; el autor sabe cuál es el fin perseguido (relación subjetiva); pero observado y apreciado el hecho por un tercero desde afuera no podría afirmarse el propósito que lo guía (equivocidad).

Pese a la importancia que representa esta teoría, una crítica que podría hacerse es que resulta imposible prescindir del aporte subjetivo, pues aún los hechos más unívocos, objetivamente pueden perseguir un fin distinto.

Como ejemplo de ello podría señalarse que quien apunta con un revólver o amenaza con un puñal a otro, puede hacerlo con el solo propósito de intimidar o aun de defenderse lo que implica que con ello se cambiaría un problema jurídico de fondo por una cuestión de prueba.

LA TEORIA DEL ATAQUE A LA ESFERA DE LA VICTIMA: esta teoría también es enunciada por Carrara, y la cual no es muy aceptable (Silva, 1963) y consiste en diferenciar, los actos preparatorios que recaen sobre el sujeto atentado y los actos consumativos que recaen sobre el sujeto pasivo de la relación.

Para ello (Carrara citado en Cruz, 1994) “distingue el sujeto activo primario que es el autor, sujeto activo secundario, constituido por los instrumentos de que se vale el autor; sujeto pasivo del atentado, que es todo aquello sobre que recaen los actos de ejecución, precedentes a la consumación y sujeto pasivo de la consumación, que es aquel sobre que recaen los actos productores del delito”; después de haber hecho esta distinción, se afirma que, mientras la acción se mantenga en la esfera del sujeto activo, se trata de actos preparatorios; cuando pase al sujeto pasivo del atentado, se está ante un acto de ejecución; y por último, cuando llegue hasta el sujeto pasivo de la consumación, estaremos ante el delito consumado. (Carrara citado en Cruz, 1994).

Fontán (1966) pone el siguiente ejemplo, citando a Carrara: En el robo con fractura, la puerta que el ladrón rompe, la casa que asalta, son el sujeto pasivo del atentado (de la tentativa), porque derribando la puerta y penetrando en la casa el robo no se consuma. Pero el objeto que el ladrón toma con la intención de aprobárselo, constituye el sujeto pasivo del delito consumado, pues con esa aprehensión se consuma el robo.

“En esta segunda tesis de Carrara se confunde a menudo el sujeto pasivo del delito con su objeto material”. (Fontán,1966)

Según Silva en la obra que hemos citado puede advertirse que esa tesis no es aceptable.

TEORIA DE LA ZONA PERIFERICA DEL NUCLEO DEL TIPO:

Esta es otra de las teorías existentes para diferenciar los actos preparatorios de los actos ejecutivos, y es un aporte del alemán Beling, para este autor resulta fácil hacer esta distinción y manifiesta que, si el acto no pasa de la periferia del núcleo del tipo, es preparatorio; y si penetra a dicho núcleo, es ejecutivo; o sea pues, que para este criterio se determina cuándo es que estamos ante una figura o ante otra, relacionado los actos cumplidos con el tipo del correspondiente delito. “Dice Beling, que el delinque entre preparación y ejecución resulta objetivamente, en cada caso, del contenido de cada tipo-delito”. (Fontán, 1966)

Al respecto podemos señalar que la descripción que la ley hace de las figuras en la parte especial de los códigos, contiene un núcleo constituido por los actos mediante los cuales se realiza el verbo activo principal del tipo. Por ejemplo, del Homicidio es “MATARE A OTRO”, el hurto “APODERARSE DE UNA COSA MUELLE, TOTAL O PARCIALMENTE AJENA” en estos casos los actos que constituirían actos de ejecución serían aquellos que se colocan dentro del núcleo, es decir, “comenzar a matar”, o “comenzar a apoderarse” y los que quedan fuera de ese núcleo serían actos preparatorios.

“Esta teoría supone un visible avance sobre las anteriores, al referir los actos de ejecución a un determinado delito”.

TEORIA DE LA ANTIJURICIDAD MATERIAL: esta cuarta teoría es enunciada por Mayer conforme a ella los actos preparatorios son los que no atacan al bien jurídico, en tanto que son actos ejecutivos los que si constituyen ataque al bien jurídico”. (Silva, 1963)

Como ejemplo podríamos citar. Afilar un cuchillo podría ser un acto preparatorio, sacarlo del bolsillo en actitud amenazante contra otra persona, ya sería un acto ejecutivo.

TEORÍA DE LOS CRITERIOS FORMALES Y CRITERIOS MATERIALES: Esta quinta teoría sustentada por Mezger y Jimenez (Citado en Cruz, 1994) y la cual toma como base las de Beling y Mayer sostienen que el deslinde entre actos preparatorios y actos ejecutivos se hace en base a criterios formales deducidos del tipo legal y criterios materiales deducidos del bien jurídico protegido por la norma, los ejecutivos dan lugar al delito imperfecto o tentado, al delito perfecto o consumado y al delito agotado. (Silva, 1963)

2.2.4. LA CONSUMACIÓN

“Cuando el delito objetivamente se perfecciona, cuando el delincuente realizó la lesión jurídica que resolvió ejecutar su voluntad se dice que el delito se encuentra consumado”. (Jiménez, 1971)

Cuando el delito esta consumado se habla de delito perfecto, en contra posición a la tentativa y al delito frustrado, que serían figuras imperfectas.

Este último momento, o mejor dicho penúltimo, en el íter criminis, para Carrara consiste en haber alcanzado la objetividad jurídica que constituye el título especial de un delito dado.

Esta consumación puede ser, según Arrieta (1988):

- a) FORMAL: que es cuando se cumplen todos los caracteres determinados por la ley al delito tipo que es lo que constituye la "PERFECCION OBJETIVA"; y
- b) MATERIAL: que es cuando, rebasando la consumación formal, queda totalmente satisfecha la intención del agente hasta su agotamiento, que es lo que constituye la "PERFECCION SUBJETIVA" o delito perfectamente agotado.

Siendo preciso señalar que para que el hecho sea punible basta su consumación formal; o sea, que se haya cumplido todas las exigencias indicadas en la descripción típica (ejemplo en el Homicidio que haya muerto la víctima, en las lesiones que se haya sufrido el daño corporal, etc.)

En el delito agotado no sólo se han cumplido las exigencias de la descripción típica; sino que aquí también el autor ha logrado las ventajas ¡lícitas que se proponía obtener (eje.: como el lucro en el robo y hurto, o los fines eróticos sexuales en la violación o en el estupro); aquí después de perfeccionado del delito continúa el desenvolvimiento ulterior con el fin de lograr el agente el daño que en principio se proponía.

“La doctrina del delito agotado se expuso por vez primera por Faranda y en 1885 por Carrara, desde la sexta edición de su programa, trata en el párrafo 49 bis del delito agotado y dice que el delito perfecto es simplemente perfecto agotado y que éste existe cuando produce todos los efectos dañinos, como consecuencia de la violación que deseaba obtener el culpable, de tal modo que este no puede ya impedir las consecuencias dañosas”. (Jiménez, 1971)

Y para finalizar mencionaremos los requisitos de la consumación: (Arrieta, 1988)

- a) Ejecución por parte del hechor de todo el acto o de todos los actos que la ley describe en el tipo, u omisión de la acción esperada; y
- b) Producción consensual del resultado querido, o bien ratificado por su actuación al ser previsto (caso del delito con dolo eventual) o no previsto por el agente (caso de delito con dolo indirecto o preterintencional, en el que el resultado fue más allá de su intención, como también, en los casos de error en el golpe o en la persona y aún en el caso del delito culposos).

2.3. LA TENTATIVA

2.3.1. TENTATIVA GENERALIDADES Y FRUSTRACIÓN

Es de gran importancia el estudio teórico y práctico de la tentativa, en relación al concepto del delito frustrado (tentativa concluida o acabada que son otras denominaciones con que se le conoce), en su vigencia doctrinaria, por el hecho de que, en la mayoría de legislaciones modernas, ya no se diferencia estas figuras, utilizando únicamente el concepto de tentativa para ambos casos.

No obstante, los tratadistas y algunas legislaciones, distinguen esta forma especial de tentativa que denominan delito frustrado.

Antiguamente esta especie de delito no se distinguió con exactitud, inicialmente se adoptó una clasificación bipartida diferenciado el delito consumado por una parte y la tentativa por la otra, sin entrar a distinguir con respecto a la última, si los actos realizados agotaban o no subjetivamente el delito.

“Más tarde los clásicos italianos, con fino sentido analítico distinguieron la tentativa (conato) del delito frustrado, señalando como carácter de aquella su imperfección respecto a la actividad ejecutiva, al contrario de la frustración, en la cual el sujeto realiza todos los actos subjetivamente necesarios para producir el resultado, sin que éste llegue a verificarse por causas ajenas a su voluntad”. (Pavón, 1964)

Según la mayoría de autores fue Romagnosi (citado en Pavón, 1964) quien logró una clara fórmula separativa entre delito frustrado y la tentativa.

En efecto, así como hemos visto en el iter criminis etapas alejadas del hecho y que permanecen impunes, también dentro del ámbito de la tentativa punible un desarrollo mayor o menor de la acción.

Las circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto que impiden la consumación, puede actuar de modos distintos.

Pueden impedirle al autor la prosecución de sus actos, que es el caso común de la tentativa, en él las circunstancias impeditivas actúan en cierto sentido psico físico, dejando incompleto el hecho no solo objetivo sino también subjetivamente.

Pero existen casos en los cuales la realización del evento punible es impedida por circunstancias absolutamente extrañas y ajenas al autor, el cual, de su parte ha hecho todo lo necesario para que el resultado se produzca, esto es lo que se llama una tentativa acabada o frustración.

La distinción exacta entre tentativa y delito frustrado solamente puede entenderse desde el punto de vista subjetivo, es decir, con relación al hecho final propuesto por el autor, ya que, externamente considerados todos los procesos de tentativa presentan el mismo aspecto de

inconclusión”. Tenemos entonces que hay frustración cuando el delito es subjetivamente consumado, es decir: “lo es con relación al hombre que lo comete, pero no lo es objetivamente, ello es con relación al objeto contra el cual se dirigía y a la persona que habría sufrido perjuicio”. (Soler, 1951)

En la frustración la circunstancia que impide la producción del efecto, es con relación al autor del hecho, fortuito, es decir que se encuentra fuera de sus previsiones y representaciones. Por eso en la frustración a diferencia de la tentativa, el sujeto ha realizado todo lo que concebía como necesario (todos los actos propios y características del delito) de modo que éste queda materialmente ejecutado, no le queda nada más que hacer, según su conocimiento de los hechos, pero este no llega a producirse. Observa Ferrer que tanto una como la otra de dichas figuras requieren actos de ejecución del delito, pero mientras que en la tentativa sólo se practica una parte de los actos necesarios para llegar a la consumación del hecho querido, en la frustración se llevan a cabo todos los que lógicamente podían haberla producido, a pesar de lo cual el delito no se consuma.

Mezger al referirse a la distinción entre tentativa acabada e inacabada, aclara que la misma no se refiere al resultado del acto sino al término de la actividad desplegada (realizada). En la tentativa inacabada el sujeto no ha realizado todos los actos requeridos de su parte para la consumación del delito, en tanto en la acabada si se han verificado todos los actos, sin que en ambas el resultado se haya producido a virtud de causas ajenas a su voluntad” (Pavón, 1964) para el propio autor y respecto a la delimitación entre ambas tentativas, es la resolución del agente, la base determinante, pues solo “en el sentido subjetivo del autor mismo” puede llegarse al conocimiento de si ha o de verificado todo lo que su parte necesario para la consumación del delito”.

“Señala Frank y con el Mezger, que la distinción entre tentativa acabada o inacabada sólo podrá hacerse en relación con el plan del autor, pues la misma conducta externa puede constituir tentativa acabada o inacabada, según que el autor entienda su actividad ya concluida o entienda que aún continuarse”. (Fontán, 1966)

Decimos entonces que la tentativa (conato) y el delito frustrado tienen los mismos elementos constitutivos, pero con una esencial diferencia en el “elemento intencional o sea la voluntad de violar la ley, voluntad que en el delito frustrado es más depravada y odiosa, porque el autor persevera en su tendencia criminal hasta el último momento físico, que debía producir la consumación”. (Mancini, 1979)

Por eso nos parece que no puede hablarse de frustración en el caso del que dispara un solo tiro de su revólver totalmente cargado, contra su enemigo cuando por un defecto del disparo no se produce la lesión y éste disponga del arma para continuar la acción. (Soler, 1951).

Esta diferencia entre tentativa y delito frustrado muestra su importancia doctrinaria en el tema del desistimiento voluntario ya que este solo es posible en la primera y es completamente incompatible con el segundo, de donde únicamente le queda al autor el camino del arrepentimiento activo (arrepentimiento eficaz).

“Justamente es dicha circunstancia una de las que han determinado la distinción teórica entre delito tentado y frustración”. (Soler, 1951)

No obstante, la anterior importancia “la opinión generalizada es contraria a estas distinciones, que solo constituyen una complejidad más, sin beneficio mayor”. (Fontán, 1966)

Aún los mismos partidarios de esta distinción teórica entre frustración y tentativa, se inclina como Alimena, (citado por Soler, 1951) por la asimilación práctica de aquella con la tentativa (conforme a la técnica usada por la mayoría de legislaciones), pues la importancia de este tema no radica en el régimen de penalidad, sino en vinculación con el problema del desistimiento voluntario, el cual solamente en concreto y caso a caso puede ser resuelto y al arrepentimiento eficaz para lo cual resulta más sencillo y práctico referirlo a todas las formas de tentativa.

En conclusión podemos decir que “la mayoría de autores y códigos modernos han abandonado la concepción tripartita (tentativa-delito frustrado- delito consumado), para volver a la antigua clasificación (tentativa-delito consumado); debemos pues reconocer como afirma (Gómez citado por Pavón, 1964) que en la actualidad la distinción entre tentativa y delito frustrado carece de importancia, pues los códigos la hacen innecesaria al comprender, en un solo concepto (tentativa), lo antiguamente conocido como instituciones diversas de un mismo proceso ejecutivo.(. Gómez citado por Pavón, 1964)

2.3.2. ELEMENTOS DE LA TENTATIVA DEL DELITO

Son punibles, además del delito consumado y de la falta, la tentativa de delito y el delito frustrado. Como se sabe, el delito se castiga no solamente cuando se consuma, sino también cuando se queda en grado de tentativa o en grado de frustración; mientras que la falta, únicamente se castiga cuando se consuma, no se castiga la falta intentada, ni la falta frustrada.

Y a continuación, en el primer aparte de dicho artículo, el Código Penal suministra el concepto de tentativa de delito en los siguientes términos: "Hay tentativa cuando, con el objeto de cometer un delito, ha

comenzado alguien su ejecución por medios apropiados y no ha realizado todo lo que es necesario a la consumación del mismo, por causas independientes de su voluntad". (Bernaez y otros, 2009)

Elementos de la Tentativa de Delito

1. Es menester que el agente tenga la intención de perpetrar un delito.
2. Es menester que el agente con el objeto, con la finalidad o el propósito de perpetrar un delito, comience la realización del mismo por medios idóneos, por medios apropiados; es decir, valiéndose de medios eficaces para la perpetración de tal delito.
3. Es menester que el agente no haya hecho todo lo que es indispensable para la consumación, para la perpetración del delito por causas o circunstancias independientes de su voluntad (este elemento es muy importante por cuanto constituye la nota diferencial con el delito frustrado).

Mediante un ejemplo se esclarece el concepto y los elementos de la tentativa de delito "A" tiene la intención de matar a "B", Y con un medio perfectamente idóneo para matar: un revólver debidamente cargado, "A" apunta e intenta disparar sobre "B", pero entonces se interpone "C", quien detiene el brazo armado de "A" e impide que "A" e impide que éste dispare contra "B"- hay tentativa de delito concretamente tentativamente de homicidio, están satisfechos los tres elementos anteriormente mencionados, a saber:

- "A" tenía la intención de cometer un delito, "A" tenía la intención de matar a "B".

- "A" inició la ejecución de tal delito con un medio idóneo, con un medio apropiado, valiéndose de un revólver debidamente cargado.
- "A" no hizo todo lo que era menester realizar, para consumar el homicidio, por causas independientes de su voluntad, porque "C" se interpuso e impidió que "A" disparara sobre "B"; si "C" no se hubiese interpuesto, "A" habría disparado sobre "B" y probablemente lo habría matado. (Zaffaroni, 2002).

2.3.3. LA TENTATIVA ABANDONADA, LA TENTATIVA CALIFICADA Y LA TENTATIVA IMPEDIDA: Arteaga (1982) al respecto lo siguiente:

A) LA TENTATIVA IMPEDIDA

De antemano, cabe advertir que la tentativa impedida es la tentativa propiamente dicha, la tentativa por antonomasia, que se llama tentativa a secas, tentativa de delito; por tanto, nos referiremos solamente a la tentativa abandonada y a la tentativa calificada.

En relación a la tentativa impedida, esto es, la tentativa por antonomasia, es aquella en la que se ha suspendido la comisión del delito por causas independientes a la voluntad del autor, la cual se encuentra prevista en el primer aparte del artículo 80 del Código Penal, y que requiere de ciertos requisitos para establecerla como son: la intención dirigida a cometer el delito, el comienzo de la ejecución con medios idóneos, y el requisito más importante, las circunstancias independientes de la voluntad del sujeto para la consumación del hecho ilícito.

B) LA TENTATIVA ABANDONADA

A la tentativa abandonada lo mismo que a la tentativa calificada, se refiere:

Si voluntariamente desiste el agente de continuar en la tentativa, sólo incurre en pena cuando los actos ya realizados constituyan, de por sí, otro u otros delitos o faltas". ¿Cuándo existe entonces tentativa abandonada?: cuando el agente desiste voluntariamente, vale decir: espontáneamente, de continuar con la tentativa, inicial y cuando (esto es muy importante) los actos preparatorios realizados hasta entonces, hasta el momento del desistimiento voluntario, espontáneo, no constituyan, de por sí, delitos ni faltas.

Pues bien, en este caso de tentativa abandonada, el agente que ha desistido voluntariamente, espontáneamente, de continuar con la tentativa y que no ha realizado un acto preparatorio que constituya delito o falta, es absolutamente impune.

¿Cuál es el motivo en que se apoya esta impunidad?: es obvio elemental de política criminal. Decían los penalistas alemanes antiguos "a enemigo que huye puente de plata"; mediante la impunidad de la tentativa abandonada se trata de estimular el desistimiento voluntario, el desistimiento espontáneo de seguir con la tentativa, y por tanto se trata de impedir la consumación del delito. En otros términos: al consagrar la impunidad de la tentativa abandonada, se trata de estimular el acto espontáneo o voluntario por el cual el agente desiste de continuar con la tentativa, y por lo tanto, desiste de consumir el delito, con lo cual se impide la consumación del delito; un resultado perfectamente justo y perfectamente deseable. Tal es el motivo, tal es el fundamento, en se apoya la impunidad de la tentativa abandonada.

C) LA TENTATIVA CALIFICADA

Ejemplo: una persona tiene la intención de perpetrar un delito de robo; con tal intención se provee de un arma que porta indebidamente y

además penetra en la casa ajena sin el consentimiento del sujeto pasivo, y cuando ha penetrado en la casa desiste voluntariamente, espontáneamente, de continuar la perpetración del delito de robo, que era el delito que inicialmente, fundamentalmente él deseaba consumir. En este caso respecto al delito de robo, existe tentativa abandonada, y ya sabemos que la consecuencia que acarrea la tentativa abandonada es la impunidad; pero en cambio, el agente debe ser castigado por los actos preparatorios, en este caso segundo:

1. Porte indebido de armas.
2. Violación de domicilio, que realizó antes del desistimiento voluntario y espontáneo de consumir el delito de robo.

Tentativa calificada con relación a los actos preparatorios previstos en la Ley Penal como delictivos en forma autónoma.

2.4. FRUSTRACIÓN DEL DELITO Y ELEMENTOS DEL DELITO FRUSTRADO

Hay delito frustrado cuando alguien ha realizado, con el objeto de cometer un delito, todo lo que es necesario para consumarlo y, sin embargo, no lo ha logrado por circunstancias independientes de su voluntad. (Grisanti, 2008)

2.4.1. ¿CUÁLES SON LOS ELEMENTOS DEL DELITO FRUSTRADO?:

1. Que el agente tenga la intención (delictiva) de consumir un delito.
2. Que el agente haya empleado medios idóneos, medios apropiados, con la intención de perpetrar ese delito.

3. En el delito frustrado, el agente ha hecho todo lo que era menester para consumir el delito, y sin embargo, no ha logrado tal consumación por causas o circunstancias independientes de su voluntad.

Entre la tentativa de delito y el delito frustrado existe una diferencia sutil pero perfectamente perceptible; esa diferencia se puede esquematizar en los siguientes términos: en la tentativa de delito, el agente no ha hecho todo lo que es menester para consumir el delito por causas independientes de su voluntad; mientras que, en el delito frustrado, el agente ha hecho todo aquello que es indispensable para consumir el delito y sin embargo no ha logrado su consumación por causas o circunstancias independientes de su voluntad. Tal es la diferencia sutil, pero perceptible, que existe entre la tentativa de delito y el delito frustrado.

Es importante advertir que la tentativa y la frustración no se conciben en los delitos culposos; esto por un motivo elemental: porque, tanto para que haya tentativa cuanto para que haya frustración, es menester que el agente tenga la intención de perpetrar un delito, intención que falta en el agente de los delitos culposos que no tiene intención delictiva alguna. Mal se puede quedar en grado de tentativa o en grado de frustración un delito que el agente no tiene la menor intención de cometer; por eso, en los delitos culposos no se concibe la tentativa ni la frustración. (Grisanti, 2008)

2.4.2. EL DELITO IMPOSIBLE: CONCEPTO

Existe el delito imposible cuando el agente tiene la intención de cometer un delito y sin embargo no consuma tal delito por alguno de estos dos motivos: porque no emplea un medio idóneo, porque no

emplea un medio apropiado, o bien porque falta el objeto material del delito que el agente se propone cometer; puede haber idoneidad del medio empleado por el sujeto activo; por ejemplo: el agente tiene la intención de matar a otra persona, pero creyendo que le suministra un veneno, por error le suministra azúcar. El azúcar, por lo menos en cantidades normales, es una sustancia absolutamente inocua, no es letal; habría que suministrar cantidades fabulosas de azúcar para matar a una persona; el agente emplea un medio inidóneo con la intención de consumar un delito y creyendo que emplea un medio idóneo, porque él piensa que suministra un veneno al sujeto pasivo.

Delito imposible, en este caso, por falta de idoneidad del medio empleado por el sujeto activo.

Pero también puede haber delito "imposible por falta de objeto material del delito que el sujeto activo se propuso cometer; por ejemplo: "B" ha muerto y "A", creyendo que "B" está vivo, dispara sobre él con la intención de matarlo. En este caso falta el objeto material del delito de homicidio, a saber: una persona viva; no se puede matar, es obvio y elemental, a una persona que ya ha muerto. (Bacigalupo, 1996)

2.4.3. TEORÍAS RELATIVAS A LA PUNIBILIDAD O A LA IMPUNIDAD DEL DELITO IMPOSIBLE

Según la teoría objetiva, el delito imposible debe quedar absolutamente impune, el delito imposible no acarrea ninguna suerte de responsabilidad penal. De acuerdo a los autores que sustentan la teoría objetiva, tal impunidad se apoya en que el delito imposible no ocasiona

daño alguno, ni siquiera expone a peligro un bien o interés jurídicamente protegido; de allí la impunidad del delito imposible, según la teoría objetiva.

Radicalmente contraria, diametralmente opuesta, es la teoría subjetiva; atiende a la peligrosidad, a la temibilidad del sujeto activo, y sostiene que el delito imposible debe acarrear una pena, debe acarrear responsabilidad penal, siquiera sea esa pena menor que aquella aplicable en caso de consumación del delito. ¿Por qué? Porque, en la hipótesis del delito imposible, el sujeto activo ha demostrado que es peligroso, que es temible, por ejemplo: con la intención de matar a una persona le dio azúcar creyendo que le daba veneno. (Bacigalupo, 1996)

III. LEGISLACIÓN NACIONAL

3.1. LA TENTATIVA EN EL DERECHO PENAL PERUANO

El Código Penal en el artículo 16 refiere: "En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo". Fontán (1966) expresa que "Tentativa es comienzo de ejecución de un delito determinado con dolo de consumación y medios idóneos, que no llega a consumarse por causas ajenas a la voluntad del autor"; sin embargo, nos quedamos con una definición más simple dada por el tratadista Villa (2001) menciona que cuando el autor pasa el límite máximo de los actos preparatorios e inicia los actos ejecutivos sin consumir el delito, estamos frente a la tentativa.

El hecho delictuoso como acto criminal se genera en la mente del autor y se exterioriza en actos, hasta llegar a la consumación y total agotamiento del delito. A este proceso se lo llama *iter criminis*. Como ya hemos dicho las ideas no son punibles por el principio *cogitationis poenam nemo patitur* (nadie sufre pena por su pensamiento).

En esta etapa de nuestro análisis surge un problema, el cual es determinar cuándo comienza la ejecución del delito determinado, es decir establecer cuando terminan los actos preparatorios, que son impunes (Soler 1951) y cuando comienzan los ejecutivos, es decir los punibles.

La caracterización de la tentativa fue extraída del Código Penal Francés en su artículo 2º, esta hace que para que la tentativa sea punible se necesite una manifestación externa próxima a la realización de un delito. Esto nos lleva a establecer cuando esa manifestación externa deja de ser un acto preparativo y comienza la ejecución del delito determinado, para esto se establecieron diferentes doctrinas.

- a) Doctrina objetiva: Según esta doctrina habrá tentativa cuando los actos externos son inequívocos, es decir que son dirigidos a la consumación del delito.
- b) Doctrina subjetiva: Para el criterio subjetivo solo interesa lo que el autor quiso hacer y concreto en un acto externo. Las teorías subjetivas no pretenden exigir los requisitos que resultan del comienzo de ejecución de un delito determinado, es decir, que prescindan de la adecuación típica parcial y de la idoneidad.
- c) Doctrinas negatorias: Algunos autores sostienen que no es posible diferenciar los actos preparativos de los ejecutivos, y otros tienen un criterio para diferenciarlos, pero lo juzgan inútil cuando hay que aplicarlo al caso concreto. Conforme a esta teoría la ley debería penar los actos de tentativa y de ejecución de igual forma. Lo cual contraría notoriamente al establecido en nuestra legislación. Hay otros sostenedores de estas teorías que establecen que esta cuestión se la debe dejar al arbitrio del juez lo cual sería una terrible violación a los principios de legalidad y de reserva penales.
- d) Doctrina formal - objetiva: es la que pretende determinar la diferencia entre los actos preparativos de los de tentativa a partir del núcleo del tipo, es decir que un acto será de ejecución cuando se comience la realización de la acción descrita por el verbo del tipo. Por ejemplo: el verbo rector del delito de homicidio simple es matar, entonces se consideraría como acto ejecutivo cuando el delincuente comience a matar
- e) Doctrina material-objetiva o de complementación material: Esta tesis tiende complementar la anterior para solucionar los casos que no puede resolver diciendo que aparte del comienzo típico de ejecución es necesario que haya una lesión al bien jurídico protegido por la ley.

f) Doctrina objetivo-individual: Este criterio toma en cuenta para establecer la diferencia, el plan concreto del autor, ya que sin esto es imposible determinar cuándo un acto es preparativo o ejecutivo. Por lo tanto según esta tesis que para Zaffaroni (1994) es la más acertada pero no soluciona problema satisfactoriamente "la tentativa comienza con la actividad con que el autor, según su plan delictivo, se aproxima inmediatamente a la realización del plan delictivo o también, hay tentativa en toda actividad que, juzgada sobre la base del plan concreto del autor, se muestra conforme a una natural concepción, como parte integrante de una acción ejecutiva típica.

La tentativa requiere siempre del dolo ya que así lo establece el artículo 16° de nuestro ordenamiento penal cuando establece "el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo", por lo tanto la posibilidad de una tentativa culposa es inadmisibles, "ya que en el tipo culposos no individualiza las conductas por la finalidad sino por la forma de obtener la finalidad" (Zaffaroni 1994), es decir los delitos dolosos se cometen, se quieren, en cambio los delitos culposos ocurren, suceden. El dolo en la tentativa es el mismo que el dolo del delito consumado, ya que una persona que una que intenta robar algo, quiere el resultado, independientemente si lo logra o no.

3.1.1. CLASES DE TENTATIVA.

La doctrina ha establecido dos clases de tentativa, la llamada tentativa acabada e inacabada Soler habla de tentativa y el delito frustrado y Fontan (1966) nos refiere la llamada tentativa inconclusa y tentativa concluida. En nuestro código se encuentran incluidas en los artículos 16 a 19, pero en otras legislaciones aparecen distinguidas por sus efectos.

A. TENTATIVA ACABADA E INACABADA

La diferencia que existe entre estas clases de tentativa es la siguiente: en **la tentativa acabada o delito frustrado** el delincuente realiza todos los actos necesarios para ejecutar el delito, pero no consigue el efecto, el sujeto ha realizado todo lo que concebía necesario para conseguir el fin, no le queda nada más que hacer, y no logra el resultado típico, por una causa fortuita que no previo; En cambio en **la tentativa inacabada** el sujeto no consigue el resultado típico ya que se interrumpe la realización de los actos ejecutivos correspondientes para conseguir el efecto esperado, pero esta interrupción proviene de circunstancia ajenas a su voluntad, ambas situaciones se encuentran tipificadas dentro de los alcances del artículo 16 de nuestro ordenamiento penal mismo que no hace distinciones acerca de la forma en que no se consuma el delito por parte del agente; porque si éste termina por su propia voluntad, la realización de la conducta típica estaríamos frente al desistimiento voluntario, figura tipificada a través del artículo 18 del Código Penal.

Para dilucidar un poco más el tema daremos un ejemplo: habrá **tentativa inacabada** de hurto cuando se sorprenda al ladrón abriendo el cajón donde se encuentra las cosas que desea sustraer, y estaremos frente a la figura de la **tentativa acabada o delito frustrado de homicidio** cuando el homicida vacía el cargador del arma sin conseguir el resultado o cuando arroja una bomba y esta por un desperfecto mecánico no estalla.

B.- TENTATIVA INIDONEA O DELITO IMPOSIBLE

Tipificada por el artículo 17 del Código Penal, es explicada por Fontan (1966) quién dice que "la tentativa es inidónea cuando los actos realizados no tienen en el caso concreto capacidad para poner en peligro el bien jurídico protegido por la ley penal.". El concepto dado por Zaffaroni (1994) es el que nos parece más acertado: "hay tentativa inidónea o tentativa imposible cuando los medios empleados por el autor son notoriamente ineficaces para causar el resultado". El código penal nos da una definición

de tentativa inidónea, la cual no resulta punible, porque nunca se puso en peligro el bien jurídico protegido.

La doctrina y la jurisprudencia refieren tradicionalmente que el delito resulta imposible cuando los medios utilizados no son los adecuados para cometer un delito, o cuando se yerra sobre el objeto del delito. Los ejemplos clásicos sobre inidoneidad en los medios son el empleo de sustancias parecidas a un raticida como veneno, resultando ser levadura, intentar asesinar a alguien con un arma, siendo en realidad una pistola de juguete (Jurista Editores, 2002). La ley nos habla de un delito imposible y no de un hecho que no es delito, en consecuencia, la inidoneidad sobre el objeto o sujeto pasivo o la falta de estos no puede configurar un delito imposible, porque la acción realizada por la persona no está tipificada, o sea hay ausencia de tipo.

Para que nos encontremos frente a un delito imposible la imposibilidad debe ser fáctica, pero no jurídica, es decir que el delito sea posible legalmente, que haya una norma que tipifique la acción que está realizando la persona, pero que, en la realidad, no suceda.

C.- DESISTIMIENTO VOLUNTARIO

Según con lo que dispuesto en el artículo 18 del Código Penal, el autor únicamente estará sujeto a pena cuando los actos practicados constituyen por sí otro delito, porque el desistimiento voluntario del delito o el impedimento de la consumación del delito, no es punible. "Se trata de desistir de la consumación, puesto que el autor debe haber comenzado ya actos de ejecución, típicos, que no son acciones de tentativa, porque así lo declara una norma expresa para el caso de desistimiento voluntario." Fontan (1966); de ello se deduce que se desiste de la realización del delito y no de la tentativa, porque si el fin del autor era realizar una tentativa, esto sería irrelevante para el derecho penal.

Fontan Balestra señala que: "el fundamento legal de la impunidad resulta de la falta de un requisito de la tentativa, puesto que cuando el autor desiste voluntariamente de consumir el delito no puede decirse que no lo ha consumado por circunstancias ajenas a su voluntad." Fontan (1966)

Cuando un individuo intenta cometer un delito y luego desiste por su propia voluntad, los actos que éste realiza no pueden ser penados ya que no llegan a ser una acción típica de tentativa, según lo estipulado en el artículo 18; así para que el desistimiento sea impune se necesita que sea voluntario, por lo tanto habrá desistimiento voluntario, cuando el desistimiento no se motiva: a) en la representación de ninguna acción especial del sistema penal que ponga en peligro la realización del plan delictivo; o b) en el convencimiento de la imposibilidad de consumarlo. Por lo tanto, no hay desistimiento voluntario cuando la voluntad del sujeto se paraliza por la representación de una acción especial del sistema penal. Tampoco hay desistimiento voluntario cuando el autor no continúa porque cree que no podrá lograr su objetivo, ya que su desistimiento obedece a una causa ajena a su voluntad, aunque solo sea producto de su imaginación.

IV. JURISPRUDENCIA

ACERCA DE LA TENTATIVA

La jurisprudencia de los distintos tribunales del país sigue un criterio idéntico; así se ha llegado a establecer, "en la tentativa solo es punible el comienzo de la ejecución, mas no así (...) los actos preparatorios, a no ser que en este último caso dichos actos preparatorios, por sí mismos constituyan delito" (Sentencia del 20 de abril de 1999 / Expediente 96-0016-191601-SPO1-Loreto Academia de la Magistratura, 2000, pp. 232-234); "Los actos preparatorios vienen a ser la etapa del proceso en la que el autor dispone de los medios elegidos con el objeto de crear las condiciones para alcanzar el fin que se propone...(...)" (Sala Penal R.N. N° 4753-98, Lima, Chocano Rodríguez Reiner); "(...) el comienzo de la ejecución del delito es tentativa" (Sala Penal R.N. N° 4804-98, Huaura, Chocano Rodríguez Reiner; "atendiendo que el delito que se les imputa a los encausados se ha desarrollado en el grado de tentativa, toda vez que los procesados premunidos de armas de fuego, abordaron un ómnibus con el fin de apoderarse de las pertenencias de los pasajeros; ilícito que no se llegó a consumarse por la intervención de un policía que se encontraba en el vehículo; siendo así el ilícito penal denunciado no constituye un delito consumado...(...)" (Ejecutoria Suprema del 16/05/2000, expediente N° 87-2000, Huaura Jurista Editores, 2005); (...) que esta Suprema Sala.....(...) si bien se produjo el apoderamiento del bien ajeno , empero no hubo la mínima posibilidad de disponer del mismo; consecuentemente, la acción tentativa del acusado ángel Richard Sánchez Alfaro no se consumó, por tanto quedó en grado de tentativa...(...)" (Corte Suprema de Justicia – Sala Penal Permanente R.N. N° 102-2005, Lima) .

A continuación, presentamos la Resolución N° 4804 de la Sala penal de Huaura.

SALA. PENAL

R.N. N° 4804 - 98

HUAURA

Lima, once de enero de mil novecientos noventinueve.-

VISTOS; de conformidad con el Señor Fiscal; por sus fundamentos pertinentes; y

CONSIDERANDO

que, en el proceso del delito se destacan dos fases: la fase interna que comprende a ideación y la fase externa que abarca los actos preparatorios, la tentativa, la consumación y el agotamiento del delito; que, es regla general que los procesos que ocurren en el mundo interior del agente (ideación), no son típicos y por ende son impunes, pues al Derecho Penal no le interesa reprimir las ideas o un simple pensamiento delictivo, sino que es necesario que se transforme en una conducta real; que, asimismo, los actos preparatorios, vienen hacer la etapa del proceso en la que el autor dispone de los medios elegidos con el objeto de crear las condiciones para alcanzar el fin que se propone, los que generalmente, también son atípicos y por ende impunes; que, en el caso de autos, los acusados I.M.E.S. y A.F.Z.E., fueron intervenidos por personal policial, cuando se encontraban en el interior de la camioneta Station Wagon de placa de rodaje SGG - trescientos dieciocho, la que se encontraba estacionada frente al Grifo "Santa María" de la ciudad de Huacho y al ser intervenidos sus ocupantes por encontrarse en actitud sospechosa, se encontró en la maletera del vehículo dos costalillos de yute de color negro, una mochila conteniendo una chompa, dos linternas, una gorra y tres tiras de tela, especies que supuestamente, iban a ser utilizadas en la ejecución del robo al camión del agraviado J.D.N.; que, tales hechos de manera alguna pueden considerarse como hechos que impliquen el comienzo de la ejecución del delito y por ende se consideren como tentativa, sino que simplemente constituyen actos preparatorios que son atípicos y por ende son impunes, por lo que la sentencia recurrida se encuentra arreglada a ley: que, teniendo en cuenta que la conducta de los acusados ausentes C.H.T.D. y J.L.T.D., es similar a la de los absueltos I.M.E.S. y A.F.Z.E., es del caso absolverlos de la acusación fiscal, en atención a lo previsto por el artículo doscientos ochenticuatro del Código de Procedimientos Penales: declararon NO HABER NÚLIDAD en la sentencia recurrida de fojas doscientos cuarentisiete, su fecha nueve de noviembre de mil novecientos noventiocho, que

absuelve a I.M.E.S. y A.F.Z.E., de la acusación fiscal por el delito contra el Patrimonio -robo agravado en grado de tentativa-, en agravio de Julio Dulanto Navidad; declararon HABER NULIDAD en la propia sentencia en cuanto reserva el proceso, respecto a los acusados C.H.T.D. y J.L.T.D., hasta que sean habidos; con lo demás que al respecto contiene; reformándola en este extremo: ABSOLVIERON a C.H.T.D. y J.L.T.D., de la acusación fiscal por el delito contra el Patrimonio robo agravado en grado de tentativa-, en agravio de Julio Dulanto Navidad; MANDARON archivar definitivamente el proceso, y de conformidad con lo dispuesto por el Decreto Ley número veinte mil quinientos setentinueve; DISPUSIERON la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia del citado ilícito; y que la Sala Superior suspenda las órdenes de captura impartidas en contra de los indicados encausados; y los devolvieron.

S.S.

MONTES DE OCA BEGAZO

ALMENARA BRYSON

SIVINA HURTADO

ROMAN SANTISTEBAN

VASQUEZ CORTEZ

V. DERECHO COMPARADO

5.1.- LA TENTATIVA EN EL DERECHO COLOMBIANO

Se puede sostener perfectamente, que la descripción de las conductas o comportamientos delictivos, a través de la figura típica, se hace teniendo en cuenta el grado de consumación o de perfección del respectivo delito; sin embargo, es bastante claro que no todo comportamiento dirigido a un fin específico alcanza por completo su objetivo; esto es, su consumación.

Así las cosas, podemos encontrar un sin número de razones por las cuales en algunos casos el agente – por razones ajenas a su voluntad – no alcanza la finalidad propuesta, y cuando esto pasa, se hace menester ensanchar el sentido de los tipos penales con miras a que dichos comportamientos no queden impunes. A esto último se le conoce como dispositivos amplificadores del tipo que, para ser precisos en este escrito, se intentaran explicar con el nombre que la ley y la doctrina le imprimen, conocido como tentativa (artículo 27 del Código Penal Colombiano – Ley 599 de 2000 –).

Esta figura la estudiaremos, primero de una forma genérica e independiente de cualquier delito en particular, para luego, examinarla con respecto al delito de Violencia Intrafamiliar (Artículo 229 del Código del Código Penal Colombiano – Ley 599 de 2000 –).

Las razones que nos llevaron a plantear el tema de la tentativa con relación al delito de violencia intrafamiliar, surgieron en el marco de una investigación sobre el delito de violencia intrafamiliar que se desarrollaba para los semilleros de investigación jurídica de la U de Colombia, Corporación Universitaria; donde al descargar de la página de la Fiscalía General de la Nación las estadísticas que nos valdría de apoyo para la investigación, encontramos el delito de violencia intrafamiliar en el grado de tentativa; de allí germinó nuestra pregunta inicial de si es posible el delito de violencia intrafamiliar en el grado de tentativa, ello fue lo que desencadeno en este breve estudio que hoy compartimos con el público en general.

En el Código Penal Colombiano (Ley 599 de 2000) la tentativa está definida en el artículo 27 así: “Artículo 27. Tentativa. El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada.

Cuando la conducta punible no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o partícipe, incurrirá en pena no menor de la tercera parte del mínimo ni mayor de las dos terceras partes del máximo de la señalada para su consumación, si voluntariamente ha realizado todos los esfuerzos necesarios para impedirla.”

Así las cosas, este artículo prevé que la punibilidad en lo tentativo se da, a partir del comienzo de los actos ejecutivos. Ahora, entendemos por actos de ejecución los que en su desarrollo tienen el alcance de invadir en forma manifiesta la esfera de protección o de ejercicio del sujeto pasivo, con lo cual marcan el comienzo de la lesión del bien jurídico tutelado. Se determina la realización de actos ejecutivos con el comienzo de la acción u omisión a que se refiere el respectivo verbo rector.

La tentativa es uno de los elementos amplificadores del tipo penal; por tal motivo su ubicación dentro de la teoría del delito se encuentra en sede de la tipicidad.

Lo anterior en razón a que en la parte especial del Código Penal (Ley 599 de 2000) describe los comportamientos en su fase de consumación, por ende, en los supuestos de la misma no es posible realizar el juicio de adecuación típica si no se recurre a un amplificador como el previsto en esta figura.

Para poder entender la figura de la tentativa, debemos partir y entender lo que se conoce a nivel de la doctrina penal como el “iter criminis”, que en nuestro medio se denomina con el nombre de camino o recorrido criminal.

5.2. LA TENTATIVA EN EL DERECHO PENAL CHILENO

Que las normas de prohibición o de requerimiento cuyo quebrantamiento resulta potencialmente delictivo hayan de ser, en palabras de Binding, “reconstruidas” a través de su inferencia pragmática a partir de algún conjunto de normas de sanción que -en tal medida- las refuerzan (Duff 1990), significa que el correspondiente tipo-de-delito solo se ve realizado por un comportamiento que exhiba las propiedades respectivamente fundantes-de-antinormatividad. Lo distintivo de toda tentativa de delito radica, desde este punto de vista, en que el comportamiento que se imputa a su autor es uno que precisamente no exhibe esas propiedades. En esto consiste lo que podemos llamar la “anomalía” de la punibilidad a título de tentativa.

El punto fue cabalmente advertido, con su habitual rigor analítico, por Beling, en su fundamental artículo de 1930, titulado *Die Lehre vom Tatbestand*. En efecto, Beling llegó a advertir la necesidad de modificar, de un modo para nada insignificante, la definición general del concepto de “crimen” (*Verbrechen*) alcanzada a través de la investigación plasmada en su monumental *Die Lehre vom Verbrechen*, de 1906, justamente en lo tocante a la inclusión del adjetivo “típico” o “adecuado-al-tipo” (*tatbestandsmäßig*) como un componente de esa misma definición. La primera razón esgrimida por Beling, en su artículo de 1930, para revisar la definición así construida radica en que ella no alcanzaría a cubrir las así llamadas “formas de aparición” del hecho punible (Duff, 2012), entre las cuales figuraría la tentativa, consistentes en formas “dependientes” y “derivativas” de comportamiento punible (Engisch, 2010) que solo se dejarían entender en

referencia a la manera en que ellas complementan las formas independientes de comportamiento punible, consistentes en la realización del respectivo tipo (*Tatbestand*) (Ferré 2011). Pues como observara Beling, precisamente refutando su anterior afirmación de la adecuación-al-tipo de tales formas de aparición (Feinberg 2003), “‘adecuado-al-tipo’ significa la objetiva realización del tipo, y las conminaciones de pena contra la tentativa, etc., justamente apuntan, en primera línea, a aquellas acciones en las cuales no puede decirse del autor que él haya realizado el tipo” (Fincke 1975).

De ahí que Beling observara que la caracterización de todo hecho punible como consistente en un comportamiento “adecuado-al-tipo” tendría que ser sustituida por su caracterización como un comportamiento en todo caso “referido-al-tipo” (*tatbestandsbezogen*) (Fletcher1998). Tratándose de las ya mencionadas formas de aparición, su referencia-al-tipo estaría dada por el hecho de que el esquema que especifica cada una de ellas, y que en el caso de la tentativa se identificaría con la noción de “inicio de la ejecución”, carecería de autonomía conceptual frente al respectivo tipo: “También las formas de aparición están necesariamente referidas al tipo, [en el sentido de que] los esquemas que se presentan en la forma de los tipos legales también son regulativos para ellas; es solo que ellas no exigen, como sí lo hacen los tipos de delito [*Deliktstypen*] independientes, una acción adecuada-al-tipo, esto es, la realización del tipo, siendo su referencia-al-tipo más bien de otra índole, determinada por su propio esquema”(Freund, 1992).

En lo que aquí interesa, el hallazgo de la falta de adecuación-al-tipo de la tentativa llevó a Beling a redefinir completamente la relación en que se encontrarían el concepto de tentativa y la categoría de la así llamada “falta de tipo” (*Mangel am Tatbestand*) (Frisch, 1998). En contra de la tendencia a identificar esta última categoría con un criterio para la exclusión de la punibilidad de instancias de comportamiento que “ni siquiera” llegarían a ser constitutivas de tentativa, por no exhibir aquellas propiedades de las cuales

dependería su carácter delictivo bajo el tipo en cuestión, Beling llegó a advertir que la “falta de tipo” es más bien definitoria del concepto de tentativa, en el sentido de que una tentativa de delito resulta punible a pesar de no conllevar la realización del tipo correspondiente (Goldman 1970). Esta proposición solo necesita ser cualificada en el sentido de que la determinación conceptual así alcanzada no es *stricto sensu* pertinente tratándose de casos en los cuales el déficit de antinormatividad del comportamiento imputable *qua* tentativa resulta de la aplicabilidad preferente de una norma de permisión o de liberación que funge -en vocabulario dogmático- como una causa de justificación, en razón de que la concurrencia de una causa de justificación no compromete -a menos que se adhiera a la teoría de los elementos negativos del tipo- la tipicidad del respectivo comportamiento.

Que una tentativa de delito resulte punible a pesar de que el comportamiento imputable a su autor no realiza el respectivo tipo-de-delito implica, según ya se anticipara, que ese comportamiento queda especificado por una descripción bajo la cual aquel no llega exhibir las propiedades respectivamente fundantes-de-antinormatividad. De ahí que, en estos términos, la tarea de esclarecer la forma de punibilidad que es propia de la tentativa de delito pueda ser reformulada como la de esclarecer el sentido en que una instancia de comportamiento que no exhibe la específica antinormatividad que es propia del correspondiente género delictivo puede resultar, no obstante, imputable en la forma de un quebrantamiento de la norma de comportamiento en cuestión. La clave para ello está en dar cuenta de la manera en que toda tentativa de delito consiste en una instancia de quebrantamiento imperfecto de la norma respectiva. Ello vuelve necesario clarificar, previamente, en qué consiste el proceso de constitución, por vía de imputación, del quebrantamiento de una norma de comportamiento, entendida como una razón para la omisión o la ejecución de acciones de cierto tipo.

VI. CONCLUSIONES

1. El iter criminis, supone la investigación; desde la ideación hasta el agotamiento todo lo que ocurre desde que la idea nace en la mente del criminal hasta el agotamiento del delito, tiene dos fases fundamentales: la externa e interna.

2. El elemento interno mientras no trascienda al exterior de ningún modo, no es susceptible de represión penal, pues no vale la pena para el derecho penal el delito en la mente de su autor a parte de lo difícil que es probar las ideas delictuosas; ya que es muy difícil o más bien imposible para la ciencia penal establecer la situación de decisión criminal que se la dado en el delincuente.
3. El estudio del iter criminis puede ser enfocado desde un ángulo, bajo la concepción criminológica, donde se hace referencia no a la conducta como contenido de una norma, sino a ésta como fenómeno de exteriorización de voluntad del hombre, donde el objeto principal lo constituye el fenómeno de la criminalidad del hombre.

VII. RECOMENDACIONES

1. Incluir en el plan curricular asignaturas que se orienten a proporcionar un mejor entendimiento del iter criminis (camino del delito) a fin de que los egresados

tengan una base teórica sólida en materia criminalística, importante para el derecho penal, asimismo sugiero la implementación de bibliografía.

2. El Iter Criminis es un tema muy amplio que ampliando conocimientos con el apoyo de especialistas como psicólogos, expertos en criminología y criminalística, buscando una comprensión integral de los hechos delictivos.
3. A los entes encargados de la administración de justicia, en lo posible incluir en la etapa investigativa profesionales que posibiliten en lo posible, el entendimiento del hecho delictivo, desde la ideación hasta la ejecución del mismo entendiendo que el Iter Criminis tiene dos fases fundamentales: la externa e interna.
4. El Desistimiento Voluntario sólo procede en la etapa de la Tentativa, puesto que si se tratare de la fase de frustración el hecho ha sido ejecutado, y por aplicación lógica entendemos que no se puede desistir (abandonar, abortar) algo que ya se ha hecho.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Arrieta, M. (1988) *El Nuevo Código Penal Salvadoreño*. (comentario a la parte general). El Salvador: Taurus.

- Bacigalupo, E. (1996) *Manual de Derecho Penal*. 3era. Reimpresión. Bogotá-Colombia; Temis. Recuperado en <http://www.monografias.com/trabajos91/iter-criminis-o-camino-delictivo/iter-criminis-o-camino-delictivo.shtml>
- Bacigalupo, E (2004) *Derecho Penal, parte general*, Buenos Aires: Themis.
- Bernaes, D. y otros (2009) *Vulneración de las Normas Penales*. Recuperado en www.monografias.com › Derecho › Criminología
- Código Penal (1991) Decreto Legislativo N° 635 promulgado el 03 de abril de 1991 y publicado en el Diario Oficial El Peruano el 08 de abril del citado año. -
- Cruz, J. (1994) *Del delito Imperfecto al Delito Perfecto*. El Salvador: Tesis para optar el grado de Licenciado en Jurídicas. Universidad de El Salvador.
- Duff, A (1990): *Intention, Agency & Criminal Liability* (Oxford y Cambridge Mass, Basil Blackwell).
- Duff, A (2012) *Guiding Commitments and Criminal Liability for Attempts, Criminal Law and Philosophy*
- Feinberg, J (2003): *Problems at the Roots of Law* (New York y Oxford, Oxford University Press).
- Ferré, E (2011) *La tentativa de delito*. segunda edición. Madrid, Montevideo y Buenos Aires, Edisofer y BdF,
- Fincke, M (1975): *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts* (Berlín, J. Schweitzer Verlag).
- Fletcher, G (1998): *Basic Concepts of Criminal Law* (New York y Oxford, Oxford University Press).

- Fontan, C. (1966) *Tratado De Derecho Penal, Tomo II*; Editorial Perrot.
- Fontán, C. (2002) *Derecho Penal, Introducción y Parte General*. 9a. Ed. Actualizada. Buenos Aires.
- Freund, G (1992): *Erfolgsdelikt und Unterlassen* (Colonia, Carl Heymanns Verlag).
- Frisch, W (1998): *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs* (Heidelberg, C.F. Müller).
- Garrido, M. (1997) *Etapas de ejecución del delito autoría y participación*. 1ra edición. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, Av. Ricardo Lyon 946
- Goldman, A (1970): *A Theory of Human Action*. (Engelwood Cliffs N.J., Prentice-Hall).
- Gonzales, A. (2002) *Naturaleza Jurídica de la tentativa*. México. Tesis para optar el grado de Maestro en Ciencias Penales de Universidad Autónoma de Nuevo león.
- Grisanti, H. (2008) *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. 19ª Edición. Valencia – Venezuela: Vadell Hermanos. Recuperado en <http://www.monografias.com/trabajos91/iter-criminis-o-camino-delictivo/iter-criminis-o-camino-delictivo.shtml#ixzz55Xa59KHQ>
- Huaman, J (2016) *Valoración Punitiva de la pena entre los delitos de homicidio simple y asesinato frente al robo agravado y muerte subsecuente*. Lima: Universidad cesar vallejo
- Jiménez, L. (1971) *La ley y el Delito: Principios de Derecho Penal*, México: Porrúa S.A. Av. República Argentina 15.

- Labatut, G. (1979) *Derecho penal*. 9a edición. Santiago: Jurídica de Chile.
- Malo, G. (1971) *La Tentativa del Delito*. 1era edición. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Mancini, P. (1979) *Proyecto de Código Penal Italiano*. Traducción de D. Vicente Romero y Girón. Madrid. Imprenta de la Revista de Legislación.
- Novoa, E. (1984) *Reflexiones sobre el concepto y los límites de la tentativa. Derecho Penal y Criminología*. Vol. VII. N° 23. Colombia.
- Pavón, F. (1964) *La tentativa*. 1ra. Edición. México: Porrúa S.A.
- Quintano, A. (1963) *Curso de Derecho Penal I*. Madrid: Revista de derecho privado.
- Rodríguez, J. (2002) *Derecho penal español*. Primera Parte. España: S.L. – Dykinson
- Silva, J. (1963) *Derecho Penal Salvadoreño, parte general*. 2da. Edic. con casos de Derecho Penal, Teoría del Delito, cuaderno 3. El Salvador.
- Soler, S. (1951) *Derecho Penal Argentino*. primera reimpresión tomo II, Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina.
- Urzúa, P. (2010) *El Iter Criminis en la Jurisprudencia*. Santiago-Chile. Memoria para optar el grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile.
- Villa, J. (2001) *Derecho Penal Parte General*, segunda edición, p. 290, Editorial San Marcos.
- Zaffaroni, E. (1994) *Manual de Derecho Penal*. Editorial Ediar.

Zaffaroni, E. (2002) *Derecho Penal Parte General*, Edición 2002 citando a: Sobre las etapas del itercrimnis, en todos los tiempos, Bertault, Cours, p. 193; Mayer H., Grundriss.; Stratenvverth, Wessels; Bacigalupo, 1994. Recuperado en <http://www.monografias.com/trabajos91/iter-criminis-o-camino-delictivo/iter-criminis-o-camino-delictivo.shtml>

IX. ANEXOS

