

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL



**“DEL DELITO IMPERFECTO AL
DELITO PERFECTO”**

TESIS PRESENTADA POR:

**DAVID OMAR MOLINA ZEPEDA
JOSE FERNANDO BONILLA MAGAÑA**

PARA OPTAR AL GRADO DE:

LICENCIADO EN CIENCIAS JURIDICAS

NOVIEMBRE 1991



SAN SALVADOR, EL SALVADOR, CENTRO AMERICA

T
345.02
M 722_d

Ej. 3

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

AUTORIDADES

DR. FABIO CASTILLO FIGUEROA

R E C T O R

LIC. CATALINA RODRIGUEZ DE MERINO

VICE- RECTORA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y

CIENCIAS SOCIALES

DR. JORGE ALBERTO GOMEZ ARIAS

D E C A N O

LIC. JUAN JOEL HERNANDEZ RIVERA

SECRETARIO



TRIBUNAL CALIFICADOR

PRESIDENTE: DR. RENE MADECADEL PERLA JIMENEZ

PRIMER VOCAL: LIC. SALVADOR VALENCIA ROBLES

SEGUNDO VOCAL: LIC. LUIS DAGOBERTO CAMPOS BRAN

ASESORES

LIC. TITO EDMUNDO ZELADA MEJIA

LIC. VICENTE SALVADOR IGLESIAS
MEJIA.

ASESOR JURIDICO

ASESOR DE METODOS Y TECNI-
CAS DE INVESTIGACION SOCIAL.

A G R A D E C I M I E N T O

A todas aquellas personas que de alguna u otra manera nos ayudaron en la realización de este trabajo de Investigación especialmente:-

Al Lic. VICENTE SALVADOR IGLESIAS MEJIA.-

Al personal de la Administración Académica y la Secretaría de la facultad.-

D E D I C A T O R I A

- A DIOS TODOPODEROSO: Por haberme ayudado ya que sin él hubiera sido imposible alcanzar esta meta.
- A MI MADRE: SOFIA DEL TRANSITO BONILLA PALMA.
Con mucho amor por todo ese sacrificio que hizo por mí.
- A MI PADRE: JOSE ANTONIO MAGAÑA
(Q.E.P.D.)
- A MI ESPOSA: MARTA ANGELICA MEJIA DE BONILLA.
Con mucho amor por todo ese apoyo y -- comprensión que me brindó.
- A MI HIJA: KARLA DENISSE BONILLA MEJIA.
Con inmenso amor por todos esos días de convivencia que le he robado.
- A MIS HERMANOS: JULIO ALBERTO, IRMA ELIZABETH, MIGUEL - ANTONIO (Q.E.P.D.), LUIS ALFONSO, MANUEL DE JESUS y JUAN CARLOS.
Por todo su apoyo que me han dado, espe

cialmente a mi hermano Luis Alfonso y a su esposa Silvia Clelia por la gran ayuda que me brindaron durante todos mis estudios, con cariño especial tambien a mi cuñada Gladis Marina.-

A TODOS MIS SOBRINOS: Con mucho amor especialmente a Irma Elizabeth y Ana Gloria.-

A MIS SUEGROS: BERTA ARREAGA DE MEJIA y ANTONIO MEJIA.
Con mucho cariño.-

A MIS COMPAÑEROS DE TESIS: Por la paciencia y comprensión, durante el desarrollo de la misma.-

JOSE FERNANDO BONILLA MAGAÑA

	PAG.
3.1.1. La ideación	53
3.1.2. La deliberación	56
3.1.3. La resolución	58
3.2. Fase intermedia o resolución manifiesta	62
3.2.1. Proposición	65
3.2.2. Conspiración	66
3.2.3. Quienes pueden intervenir en la proposi- ción y en la conspiración	68
3.2.4. Naturaleza jurídica de la proposición y la conspiración	70
3.2.5. La amenaza y la apología del delito	71
3.3. Fase externa	73
3.3.1. Actos preparatorios	77
3.3.2. Actos ejecutivos	84
3.4. Doctrinas para diferenciar los actos prepara- torios de los actos ejecutivos	85
3.5. La consumación	91
 CAPITULO 4: LA TENTATIVA	
4.1. Datos históricos	95
4.2. Generalidades	100
4.2.1. Tentativa y frustración	101
4.2.2. Fundamento de la punibilidad de la tenta- tiva	108
4.2.2.1. Teorías.....	108

	PAG
4.2.2.1.1. Las teorías objetivas	108
4.2.2.1.2. Las teorías subjetivas	109
4.2.2.1.3. Teoría Ecléctica	111
4.2.2.1.4. Aspecto histórico de la punibilidad de la tentativa.....	112
4.2.2.1.5. Criterios de sanción de la tentativa en razón de la cuantía..	118
4.2.2.1.6. Criterios que justifican la punibilidad de la tentativa	123
4.2.3. Forma de culpabilidad de la tentativa	139
4.2.4. Naturaleza jurídica de la tentativa	145
4.3. Distintas figuras de la tentativa	160
4.3.1. Concepto y elementos constitutivos de la tentativa	160
4.3.2. Delito imposible	179
4.3.3. Desistimiento y arrepentimiento eficaz	182
4.3.3.1. Desistimiento	184
4.3.3.2. Naturaleza jurídica del desistimiento.	185
4.3.3.3. Condiciones que debe cumplir el desis- timiento en la tentativa propiamente tal	188
4.3.4. Arrepentimiento eficaz	193

CAPITULO 5: ANALISIS COMPARATIVO DOCTRINAL DE LA
LEGISLACION SALVADORENA

5.1. Generalidades	200
5.2. La tentativa	207

	PAG
5.2.1. Figuras de tentativa no punibles	212
CAPITULO 6: RESULTADO DE LA INVESTIGACION DE CAMPO ...	
6.1. Resultado de la entrevista.....	219
6.1.1. Grado de conocimiento sobre el iter crimi-- nis.....	220
6.1.2. Conocimiento sobre las fases del delito....	221
6.1.3. Ubicación de la proposición y la conspira-- ción.....	222
6.1.4. Diferencia entre acto preparatorio y ejecu-- tivo.....	223
6.1.5. Elementos de la tentativa.....	224
6.1.6. Clases de tentativa no punible.....	225
6.1.7. Significado del concepto de delito frustra-- do.....	226
6.1.8. Significado del concepto de delito agotado.	227
6.1.9. Opinión sobre calificación.....	228
6.1.10 Criterios para calificar.....	229
6.1.11 Recapitulación sobre los datos obtenidos...	229
6.2. Análisis jurisprudencial.....	235
6.2.1. Criterio por tribunal.....	236
6.2.2. Criterio de calificación de los grados del delito no compartido por los sustentadores.	248
CAPITULO 7: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	
7.1. Conclusiones	256
7.2. Recomendaciones	262
BIBLIOGRAFIA	

INTRODUCCION

En las páginas de este documento se presenta el informe de la investigación que conforma la tesis titulada "DEL DELITO IMPERFECTO AL DELITO PERFECTO". El propósito principal de este trabajo es proporcionar un documento sistemático de manejo conceptual sencillo de fácil aprehención principalmente para aquellos estudiantes que se inician en la disciplina del Derecho Penal que es precisamente donde se ubica esta temática.

El tema "DEL DELITO IMPERFECTO AL DELITO PERFECTO", resulta de gran importancia dentro del Derecho Penal, por cuanto abarca todo aquel proceso de desarrollo del delito desde que se concibe en la mente del sujeto hasta que se consuma o agota.

El documento presenta una estructura lógica formada por un conjunto de siete capítulos, de la siguiente manera:

El primer capítulo describe el planteamiento del problema; es decir, la concepción teórica empírica del tema objeto de estudio; asimismo los objetivos que se pretendían lograr al realizar la investigación; las hipótesis que orientaron el trabajo, y la correspondiente metodología que se aplicó

para realizar la tesis.

El segundo capítulo comprende un esbozo de la evolución histórica de la sociedad y el surgimiento del Derecho, el cual se hizo necesario incluir para entender la naturaleza y esencia del mismo; arribando con lo que es el Derecho Penal Salvadoreño que es donde se enmarca el objetivo de esta investigación.

El tercer capítulo comprende en forma generica todo lo que es el camino del delito (iter criminis), desde que éste surge en la mente del hombre hasta que se consuma o agota, en este capítulo se comprenden las fases por las que ocurre el proceso delictivo, con el objeto de que se comprenda con mayor claridad cuales de esas fases son punibles y cuales no.

El cuarto de los capítulos comprende lo relativo a la tentativa; o sea, cuando la acción delictiva comienza; pero no se produce el resultado que pretende el agente debido a causas extrañas a éste. Dentro de este capítulo se ubica también las figuras del desistimiento, el arrepentimiento eficaz y el delito imposible, por ser modalidades de la tentativa.

El quinto capítulo incluye un análisis comparativo de la

legislación nuestra con toda la doctrina imperante al respecto; análisis hecho teniendo como base nuestro código Penal vigente de 1973.

El sexto capítulo incluye la evidencia empírica del fenómeno objeto de estudio, que está dividido a su vez en dos grandes componentes; el primero constituido por los resultados de las entrevistas que se pasó a la muestra y el segundo que se refiere a los datos obtenidos de un pequeño estudio jurisprudencial que se llevó a cabo.

Finalmente, el capítulo séptimo enuncia las conclusiones que se derivan del trabajo realizado; así como las recomendaciones obtenidas de las referidas conclusiones.

Para finalizar esta introducción, el grupo de trabajo de esta tesis contribuye así en alguna medida a proporcionar un documento sistemático de fácil manejo conceptual para los estudiantes y profesionales del Derecho y en general ha mejorar la administración de justicia en El Salvador.

CAPITULO 1

PLANTEAMIENTO Y DELIMITACION DEL PROBLEMA REFERENTE AL PROCESO DELICTIVO

1.1. Antecedentes teórico-conceptuales

Antes de entrar al objeto específico de estudio se hace necesario hacer una pequeña referencia teórica conceptual que nos ayudará en la interpretación del mismo.

La realidad objetiva para su investigación ha sido clasificada en objetos; así se habla de objetos ideales, naturales y culturales. (1)

Como consecuencia de lo anterior las ciencias que son un sistema de conocimientos verdaderos muy probables, rigurosamente explicados y fundados, que se refieren en sentido limitado a cierto sector de objetos, se ha clasificado en :

a) Ciencias de los objetos naturales (Física, Química, Astronomía, etc.); y

b) Ciencias de los objetos culturales (Economía, Política, Historia, Derecho, etc.)

c) Ciencia de los objetos ideales. (Matemática, Lógica etc.)

Nuestro campo de estudio son las ciencias culturales, pues es aquí donde se ubica al Derecho, como un producto del quehacer humano que se crea y desarrolla a través de la historia.

El Derecho se ha definido como el sistema de normas coercibles que rigen la convivencia social y la ciencia que estudia a éste, tiene por objeto la exposición ordenada y coherente de los preceptos jurídicos que se hayan en vigor en una época y lugar determinados y el estudio de los problemas relativos a su interpretación y aplicación.

Tanto por exigencia científica (puesto que conocer es ordenar), como por razones prácticas impuestas por la necesidad de la división del trabajo, la imponente masa de normas que constituyen un orden jurídico cualquiera debe ser clasificado en diversos sectores o ramas:

Así se ha hablado de Derecho Público y Privado, que es una de las divisiones más antiguas, y que parece tener su origen en el jurisconsulto romano ULPIANO.

son muchos los criterios que se han propuesto para distinguir el derecho público y privado; así como por otra parte han existido críticos en el sentido que debe prescindirse de ella, pues no tiene valor alguno, ni teórico

ni práctico; también modernamente se habla de una división tripartita que clasifica al Derecho en Público, Privado y Social.

A pesar de toda la crítica que se ha formulado, lo cierto es que la clasificación se mantiene y aunque son muchas las teorías que se han vertido al respecto casi todas concuerdan en que esta división obedece a la participación activa o pasiva del Estado en la relación jurídica establecida; así en el Derecho privado la participación de éste es limitada, mientras que en el Derecho público es más dinámica.

A su vez tanto el derecho público como privado se ha dividido en múltiples ramas, lo cual se ha hecho principalmente teniendo en cuenta el distinto carácter de las relaciones sociales, regidas por normas, o si se quiere, por el diverso carácter de contenido de las mismas; constituyéndose el Derecho civil, penal, laboral, mercantil, etc.

El Derecho Penal que es la denominación más usada en la actualidad, lo cual indica su naturaleza de ciencia jurídica y el carácter específico de su contenido, consiste en el estudio de actos que la ley amenaza con pena.

Esta rama del Derecho es el objeto de nuestro estudio y la ubicamos dentro del Derecho Público por las razones siguientes: El carácter público resulta de la función reguladora de las relaciones entre el Estado y los individuos, sometidos a un orden jurídico, no existe relación de soberanía ni de sumisión más característica que la del individuo sometido al Estado por la coacción del deber. El Estado como potestad penal está facultado para imponer la pena que restablece el orden jurídico, a él corresponde el llamado Derecho subjetivo o JUS PUNIENDI, que es aquella facultad que tiene el Estado de definir delitos, fijar y ejecutar las penas y medidas de seguridad, fundado en la necesidad de la sociedad misma de reprimir los actos que revelan mayor disvalor jurídico-social.

Debe aciararse que modernamente, se ha superado la idea del JUS PUNIENDI por cuanto se dice que si el Estado tiene la facultad de determinar hechos punibles y sancionarlos, como tal, bien puede dejar de actuar y a su voluntad aplicar o no la sanción; por eso se considera que el Estado tiene tanto un poder como un deber de describir los hechos punibles y sancionarlos. Poder porque es el único facultado para imponer sanciones y a la vez constituye un deber del mismo, por cuanto no puede sustraerse a su voluntad, la obligación de sancionar los hechos delictivos.

Como resultado de su naturaleza pública las consecuencias impuestas por el Derecho Penal no son disponibles por particulares sólo por el Estado.

Para finalizar es importante, también señalar que este Jus Puniendi en las realidades concretas no siempre se acuñan como delitos las conductas que revelan mayor disvalor Jurídico-social, pues no hay que olvidar el carácter super estructural que juega el Derecho en un Estado determinado.

Este derecho penal tiene las siguientes características: Normativo, valorativo y finalista, (2) la primera resulta de la esencia misma de su objetivo: las normas de derecho, la segunda se establece puesto que la ley penal es un cartablon de valores, al cual se ha de referir una acción humana producida en el medio social. El juicio de disvalor resulta del reproche en el aspecto subjetivo, como consecuencia de la lesión puesta en peligro o posibilidad de poner en peligro bienes jurídicos; y en tercer lugar es finalista, porque tiene un fin en si mismo, el de tutelar los intereses jurídicamente protegidos de la colectividad.

Se hace necesario para examinar la esencia de una institución jurídica, conocer su evolución histórica, en consecuencia estudiamos la evolución histórica del Derecho Penal: El delito surgió cuando el hombre, en las relaciones con sus semejantes, transgredió principios que según juicios de valor de cada época se consideraron fundamentales apaciendo contra estas transgresiones las diversas formas de penas, consuetudinarias inicialmente y escritas con posterioridad.

Tenemos entonces que se habla dentro de esta evolución de varias épocas entre las que se mencionan: LA EPOCA PRIMITIVA, EDAD ANTIGUA, EDAD MEDIA Y ESCUELAS PENALES.

La EPOCA PRIMITIVA se caracterizó por la llamada venganza de sangre en la cual la justicia consistía en la afrenta al ofendido o a sus parientes quienes podían hacer justicia por su propia mano; posteriormente surge la ley del talión, regla según la cual importa la retribución del mal por igual mal al que se causó a la víctima, éste es un progreso con respecto a la etapa anterior porque ya existe un sentido de reciprocidad de la pena, en esta época se da también la institución de la composición, que consistió en el reemplazo de la pena por una retribución económica.

En la EDAD ANTIGUA se hace referencia al Derecho Hebréo y al Derecho Romano principalmente, para el primero su fundamento está en las leyes mosaicas recogidas en los primeros cinco libros de la biblia (pentateuco) en los que se recogen preceptos religiosos, morales y jurídicos; promulgados durante varios años, esta legislación se caracterizó por una paulatina suavización de las penas en toda clase de delitos excepto los contrarios a la divinidad.

El Derecho Romano por su parte tiene su desarrollo en tres

periodos:

a) los primeros tiempos o fundación de la ciudad en la cual se afirma el principio de la venganza pública.

b) la república, en la cual se dan avances significativos en las normas de carácter penal (las doce tablas, la ley cornelia y la ley julia) aquí se prohíbe definitivamente la venganza privada quedando la represión penal como función exclusiva del orden público, la naturaleza de la pena se vuelve intimidatoria, a fin de impedir la comisión de delitos, es la llamada etapa de la previsión general; y

c) el imperio en el cual sus funcionarios se convierten en el órgano ordinario de justicia penal, se establece el carácter de función correctiva de la pena al lado de la función intimidatoria.

La EDAD MEDIA se caracterizó principalmente por la preponderancia del derecho canónico en el derecho penal, se confunden las normas de carácter penal con las de carácter religioso, existe fuero atratrivo entre los religiosos y los nobles y se establecen procesos penales inquisitivos. Durante esta época tiene mucha importancia el surgimiento de los llamados GLOSADORES o COMENTARISTAS que se extienden a través del siglo XIII hasta mediado del siglo XV,

haciendo estudios del Derecho Romano así como también trabajos sobre su derecho vigente y costumbres prácticas de sus tribunales, son pues los antepasados de los actuales tratadistas y doctrinarios.

Finalmente en la EDAD MODERNA adquiere una influencia grande el humanismo, ya que a medida que la sociedad progresa van surgiendo nuevas ideas, tendientes a destruir la arbitrariedad ejercida por quienes detentan el poder, son aquellos pensadores que teniendo por base la razón y el Derecho Natural colocan al hombre frente al Estado, este movimiento filosófico se extiende a través de los siglos XVII, XVIII, y XIX, modificando de manera sustancial las instituciones sociales, repercutiendo también hondamente en la reconstrucción del sistema penal, se propugna por los derechos del reo, se está en contra de la pena de muerte, tortura y procedimientos inquisitivos, se hace ver que la justicia humana es distinta de la divina y que el Derecho Penal nada tiene que ver con la última, sus principales exponentes son: CESAR BECCARIA y JOHN HOWARD.

En lo que respecta a las ESCUELAS PENALES estas se pueden agrupar de la siguiente forma: Clásica, Positiva, Intermedias y finalmente la Dogmática Jurídica, que no es una escuela propiamente dicha. La primera escuela analiza al delito como un fenómeno originado en el derecho natural

empleando el método deductivo y especulativo; y eleva al Derecho Penal a la dignidad de sistema filosófico, la responsabilidad penal se basa en el libre albedrío y la imputabilidad moral, teniendo el hombre libertad para decidirse en la elección del bien y el mal, se decide por el último y por ello ha de ser castigado.

La Escuela Positiva surge contraria a la clásica y sostiene por su parte que la criminalidad es un fenómeno social que depende y varía según la influencia de múltiples causas que actuaban en la vida de las sociedades humanas, para ellos el libre albedrío es una ilusión ya que los hechos psíquicos están sometidos al principio de causalidad y en última instancia sostiene que todo delito es siempre el producto de un triple orden de causas: antropológicas, físicas y sociales.

El conflicto entre la Escuela positiva y la clásica suscitó la aparición de nuevas doctrinas entre las que merece mención LA TERZA ESCUOLA, LA ESCUELA SOCIOLOGICA ALEMANA y LA ESCUELA POLITICO CRIMINAL.

No obstante la pugna de la Escuela Clásica y Positiva, ambas dan muchos aportes valiosos en materia de conceptos y teorías penales, las cuales son recogidas por la llamada DOGMATICA, JURIDICA que encara el estudio del Derecho Penal

propriadamente dicho y su jerarquía es superior al de una Escuela que constituye un planteamiento científico del estudio de las ciencias jurídico-penal; y es esta la que nos desarrolla los objetos de estudio del Derecho Penal que son: el delito, el delincuente y la pena (aunque en la actualidad se habla también de la víctima).

También modernamente podemos hablar de la CRIMINOLOGIA CRITICA como corriente de pensamiento que trata de aportar al Derecho Penal, esta corriente de pensamiento no es una Escuela; puesto que ésta es más amplia y no se liga o encuadra a ningún tipo de pensamiento restringido.

La criminología crítica se plantea la superación aún de la DOGMATICA JURIDICA, como método científico en el análisis del derecho, a partir de que esta es únicamente un método y como tal carece del dinamismo necesario, como para replantearse los problemas del Derecho Penal; tal como lo hace la criminología.

La presente investigación se acoge sobre el concepto del delito, sostenido por la Dogmática Jurídica, y que ha sido desarrollado a través de toda la historia del Derecho Penal; y que es la que fundamenta nuestra ley penal vigente.

El delito se estudia desde dos aspectos fundamentales el primero se refiere a los elementos positivos y negativos del mismo, el otro aspecto, se refiere a las fases, momentos y grados del delito, que es objeto específico de nuestro estudio.

Diremos en resumen que el presente trabajo de tesis, se sustenta bajo la corriente filosòfica del positivismo por la razón de que en ésta tiene su base la DOGMATICA JURIDICA que es la que fundamenta nuestro Código Penal vigente y que ha sido objeto de estudio en la investigación.

En el presente trabajo de tesis no se estudia, la esencia

del Derecho Penal; sino se estudia uno de sus elementos: EL DELITO, comprendiendo su aspecto de fases, momentos y grados.

Nuestras categorías y conceptos están basados en la Dogmática Jurídica, que es una visión jurídico-científico del Derecho que se apoya principalmente en el positivismo.

1.2. Delimitación del estudio

Después de analizar el contexto teórico y de haber realizado una pequeña reseña histórica de nuestra legislación penal, llegamos hasta nuestro código penal vigente desde el que se ha realizado el presente trabajo de tesis, este código está estructurado en dos partes; una parte general y una parte especial, en la primera se establecen los principios fundamentales y reglas generales del Derecho Penal aplicables a todos los delitos comprendidos en el código; en la segunda parte se estudia detalladamente figuras delictivas concretas (homicidios, hurto, secuestro, etc.) y se dan reglas particulares para cada una de ellas.

La parte general del código penal vigente de 1973 (nos referimos únicamente a ella, pues es en esta parte donde recae la investigación de tesis) está estructurada de la

siguiente manera:

- a) Principios fundamentales
- b) Hechos punibles y responsabilidad penal
- c) Concurso de delincuentes y de delitos
- d) Penas
- e) Medidas de Seguridad
- f) Extinción de la acción penal y de la pena.
- g) Consecuencias civiles del delito
- h) Rehabilitación
- i) Concepto de delito político.

Para efectos de la presente tesis nos referimos únicamente al hecho punible consagrado en nuestra legislación penal del art. 20 al art. 31 Pn.

El concepto de hecho punible recogido por nuestro código penal como se ha observado es el de la dogmática jurídica, el cual se estudia desde dos aspectos fundamentales.

El primero que se refiere a los elementos positivos y negativos del mismo, teniendo como elementos positivos: el acto voluntario, la tipicidad, la culpabilidad, la anti-juridicidad, la imputabilidad y la sancionabilidad; y como elementos negativos del mismo: la ausencia de acto voluntario, la atipicidad, las causas de justificación, la

inimputabilidad, la inculpabilidad y la excusa absolutoria respectivamente.

El segundo aspecto se refiere a las fases, momentos y grados del delito, el cual es objeto específico de nuestro estudio, regulado en nuestro código penal a partir del art. 26 hasta el art. 31 Pn.- el cual se concibe de la siguiente manera:

El estudio de este aspecto del delito se enmarca en *LATUS SENSUS* en lo que se ha denominado *ITER CRIMINIS*, expresión latina que significa *CAMINO DEL DELITO*, el cual estudia al delito desde el momento de la intención criminal (fase interna) hasta su consumación o agotamiento (fase externa).

La fase interna es aquella eminentemente subjetiva en la que el sujeto activo a través de un proceso psicológico decide cometer un delito; en cambio la fase externa es eminentemente objetiva porque es cuando el delincuente manifiesta su voluntad delictuosa a través de actos externos concretos.

En la fase interna se pueden apreciar a su vez tres momentos así:

a) Ideación, que es cuando la idea de perpetrar el delito

surge en la mente del hombre.

b) Deliberación, que es el momento cuando en el sujeto se da una lucha de carácter interno para decidir si comete o no el delito; y

c) Resolución, que se da cuando el sujeto ha determinado cometer el delito.

La fase externa presenta tres momentos, identificados así:

a) Actos preparatorios, que son aquellos que habida cuenta de la intención del sujeto para cometer el delito pueden ofrecer un principio de peligro actual, aún cuando no sea propiamente ejecutivo;

b) Actos ejecutivos, es toda aquella actividad realizada con el fin de cometer un hecho criminoso; y

c) La consumación, que constituye el último momento del delito, que es cuando después de desarrollada la actividad delictiva se ha logrado el resultado querido por el agente activo.

También se habla aparte de la fase interna y externa del delito, de una fase intermedia conocida doctrinariamente

como resolución manifestada, en la cual se reconocen principalmente dos figuras: la proposición y la conspiración; además de ellas algunos autores señalan la amenaza y la Apología de un delito.

Las anteriores fases y momentos constituyen el camino del delito, sin embargo en un momento determinado este proceso criminoso puede ser interrumpido y no llegarse al delito consumado o agotado; por lo que surgen entonces nuevas figuras jurídicas, como son: LA TENTATIVA, EL DESISTIMIENTO, EL ARREPENTIMIENTO EFICAZ y EL DELITO IMPOSIBLE.

La tentativa, conocida doctrinariamente como delito imperfecto, es aquella en la cual el agente con el fin de perpetrar un delito, dá comienzo a su ejecución por actos directos y apropiados para la consumación del mismo y no se produce por causas extrañas a él.

El desistimiento, es una especie de delito imperfecto puesto que el delito no se consuma, pero en este caso no por causas extrañas al agente, sino porque el delincuente desiste voluntariamente y definitivamente de proseguir con los actos de ejecución del delito.

El arrepentimiento eficaz, consiste en evitar el resultado

dañoso del delito por parte del delincuente.

El Delito Imposible, es aquel cuya consumación no es posible, por falta de idoneidad del medio empleado para la comisión del delito, o por inexistencia del objeto sobre el cual recaerá la acción.

Con lo anterior se ha hecho una exposición sucinta de un aspecto del delito, como son las fases, momentos y grados, pero para efectos del presente trabajo de tesis sería enorme tratar de desarrollar detalladamente todos los elementos expuestos, por lo que se ha tratado la mayoría de estos temas de una manera somera y que sirvan de marco de referencia a nuestro trabajo principal que se enfocó dentro de la temática "DEL DELITO IMPERFECTO AL DELITO PERFECTO" que solamente abarca una parte del camino del delito, por lo que el grueso de la presente tesis ha recaído tanto en el delito imperfecto o en grado de tentativa, entendiendo por delito imperfecto cuando no ha ocurrido violación al derecho tutelado por la ley penal (pero que sí ha sido puesto en peligro), aún cuando el delincuente con voluntad dirigida a ese fin, ha realizado actos externos.

Y para finalizar diremos que en el presente trabajo de tesis se le ha tratado de dar respuesta a las siguientes interrogantes:

- 1o. Cuál es básicamente la diferencia entre delito imperfecto y delito perfecto?
- 2o. Cuál es la forma de culpabilidad esencial en el camino del delito?
- 3o. Cuál es la naturaleza jurídica de la tentativa?
- 4o. Se ha superado plenamente el concepto de delito frustrado como especie de tentativa?
- 5o. Puede establecerse una distinción categórica entre actos preparatorios y de ejecución?
- 6o. Existe alguna diferencia entre el desistimiento y arrepentimiento eficaz?
- 7o. Qué fallas o vacíos presenta nuestro código penal vigente en materia de tentativa?

1.3. Justificación de la Investigación

Como justificantes a la presente investigación existieron tres razones fundamentales:

La primera de orden científico-documental en el sentido de que el desarrollo del delito en este aspecto es muy

importante para analizar tanto la peligrosidad como la personalidad del delincuente ya que no es lo mismo solamente pensar en la comisión de un hecho punible, que ejecutar actos encaminados a la realización del mismo y menos aún la consumación del delito, en el primer caso; así como no es igual el delincuente que voluntariamente desiste de la comisión de un hecho punible del que no logra su cometido por causas extrañas a él en el segundo caso.

Asimismo, el estudio de este aspecto del delito permite establecer qué fases y grados del delito son punibles y cuales no, como también determinar qué grado del delito debe tener una pena atenuada y cual una sanción total.

La segunda razón de la importancia de este tema, es de orden realista, ya que en la actualidad tanto en la praxis judicial, como a nivel teórico conceptual en las diferencias facultades de Derecho del país, existe un preocupante desconocimiento de este tema, lo cual no deja de ser paradójico al hecho de que existe gran cantidad de literatura que abordan la problemática.

Y finalmente una tercera razón que justificó la investigación es de orden práctica, por cuanto pretende palear en alguna medida la razón anterior, ya que como se ha mencionado, existe amplia doctrina respecto al tema

donde se analiza y profundiza en cada uno de los componentes del delito imperfecto, entrando en detalles de los mismos, como debatiéndose ampliamente sobre ellos, éste abordaje al tema de manera abstracta y elevada con que lo enfocan los tratadistas, es difícil comprenderla para aquel que comienza el estudio del Derecho Penal que es precisamente cuando se aborda esta temática (parte general).

Por otra parte esta documentación se encuentra muy dispersa y aislada entre sí, por ejemplo: un autor que estudia el desistimiento, poca o nula mención hace de las fases del delito.

Visto así el problema, este esfuerzo, es encaminado a elaborar un trabajo sistemático de manejo conceptual sencillo de fácil aprehensión principalmente para los estudiantes que se inician en la disciplina del Derecho Penal; pretendiendo así dar un pequeño aporte a nuestra facultad de Derecho, como también a la sociedad en general.

1.4. Objetivos del estudio

Habiendo formulado y delimitado el objeto de la investigación, los objetivos que se han logrado son los

siguientes:

1.4.1. Generales

1.4.1.1. Realizar un estudio sistemático de la doctrina y la legislación penal Salvadoreña en lo referente a las etapas proceso del delito.

1.4.2. Especificos

1.4.2.1. Establecer si la práctica judicial está divorciada de las disposiciones que regulan el iter criminis en la legislación penal salvadoreña.

1.4.2.2. Detectar el grado en que los aplicadores de la ley y litigantes conocen las etapas del delito.

1.4.2.3. Identificar algunas consecuencias del desconocimiento de los grados del delito.

1.4.2.4. Aportar un documento de consulta a este aspecto del delito, que beneficie a los estudiantes que comienzan el estudio del Derecho Penal

1.5. Sistema de Hipótesis

El planteamiento del problema investigado y el marco histórico-teórico que lo fundamenta, sugirieron ser sometidas a comprobación el conjunto de hipótesis siguientes:

1.5.1. A mayor confusión en la apreciación de los grados del delito, mayor arbitrariedad en la aplicación de la ley.

1.5.2. En la naturaleza jurídica de la tentativa intervienen factores autónomos y factores accesorios.

1.5.3. A un adecuado conocimiento de las teorías que aplican los grados del delito, corresponde una adecuada calificación del mismo.

1.6. Métodos y Técnicas Utilizadas

El presente estudio constituye una investigación predominantemente bibliográfica o documental que consistió en la identificación, registro, recolección y análisis bibliográfico respecto al tema; así también el análisis doctrinario del derecho comparado para establecer

diferencias y semejanzas entre nuestra legislación y la doctrina que comenta legislaciones de otras sociedades; y de campo porque la información para la comprobación de las hipótesis, se recolectó directamente de los elementos sujetos de análisis; constituido por litigantes y resolutores de los juzgados primero, tercero, cuarto y quinto de lo penal del Centro Judicial Isidro Menéndez; además, mediante un pequeño estudio jurisprudencial que se realizó en los cuatro tribunales ya mencionados, para este estudio se tomó una muestra arbitraria o de criterio que comprendía diez casos por tribunal, en donde estuviera calificado el delito en grado de tentativa.

Las técnicas básicamente se centraron en la elaboración y manejo de fichas bibliográficas y las de contenido para la redacción del trabajo, también en la entrevista que fue pasada a cada uno de los diez litigantes y diez resolutores que formaron parte de la población.

CAPITULO 2

ESBOZO DE LA EVOLUCION HISTORICA DE LA SOCIEDAD Y SURGIMIENTO DEL DERECHO

2.1. La sociedad y el derecho

El Derecho como conjunto de normas que rige la conducta de los hombres de una colectividad ha ido evolucionando como la sociedad misma, por lo cual vale la pena hacer un esbozo histórico de las etapas por las que ha atravesado la sociedad, que nos permitirá entender la naturaleza y esencia del Derecho.

En la llamada infancia del género humano (es decir en la comunidad primitiva) los hombres permanecían aún en los bosques tropicales o sub tropicales y vivían, por lo menos parcialmente en los arboles; ésta es la única explicación de que pudieran seguir existiendo entre grandes fieras salvajes. Los frutos, las nueces y las raíces le servían de alimento; el principal progreso de ésta época es la formación del lenguaje articulado. (3)

Posteriormente se emplea el pescado como alimento y se descubre el uso del fuego, ambos fenómenos van juntos porque el pescado sólo puede ser empleado como alimento

gracias al fuego, ésto contribuy6 a que los hombres se hicieran independientes del clima y los lugares. Siguiendo el curso de los rios y las costas de los mares pudieron extenderse sobre la mayor parte de la tierra. Posteriormente se da la caza con la invenci6n de las primeras armas (la maza y la lanza) que luego lleg6 a ser un alimento supletorio ocasional.. (4) Con la invenci6n del arco y la flecha, la caza llega a ser un alimento regular y el cazar una de las ocupaciones normales "el arco y la flecha forma ya un instrumento muy complejo, cuya invenci6n supone larga experiencia acumulada y facultades mentales desarrolladas, asi como el conocimiento simultaneo de otros inventos. (5)

Durante este periodo de LA COMUNIDAD PRIMITIVA la divisi6n del trabajo no existia y la productividad era muy baja pues no existia excedente de ninguna clase. Al bajo nivel de las fuerzas productivas correspondia la propiedad social de los medios de producci6n, base econ6mica de esta etapa de la humanidad. Bajo este r6gimen no se encuentran indicios de la existencia del Estado, el hombre que hasta ese momento habia sido n6mada, se va haciendo sedentario con el surgimiento del pastoreo (domesticaci6n y cria de animales) y la agricultura con lo cual aparece una acumulaci6n en la producci6n; pues ya se tiene un suministro de leche, carne y frutos cosechados (plusproducto) del cual se van

apropiando algunos miembros de la comunidad. Esto último constituye el germen de las clases sociales y la propiedad privada, agregado el hecho de las guerras entre comunidades (tribus, clanes, gens, etc.) hacen que aparezcan los primeros prisioneros de guerra que con el transcurso de los años son utilizados como esclavos; así se va gestando el surgimiento de un modelo económico de desigualdad social y también del Estado como instrumento de denominación al cual se le ha denominado ESCLAVISMO que sustituye la etapa de la COMUNIDAD PRIMITIVA.

El esclavismo, como segunda etapa del desarrollo de la humanidad, se caracterizó por una rapáz explotación por parte del esclavista sobre los esclavos en los cuales recaía la producción de todo el sistema. El esclavo era visto como una cosa que no tenía derecho a familia, descendencia, ni a su propia vida, era considerado únicamente como animal de tiro. Por su parte el esclavista era todopoderoso, decidía sobre la suerte de sus esclavos de una manera absoluta; el prototipo de este sistema lo constituyó Roma, la cual marca también su final histórico con la caída del Imperio, determinada por las invasiones bárbaras.

Con el resquebajamiento y posterior fraccionamiento del Imperio Romano, van surgiendo por doquier en toda Europa pequeñas unidades económicamente cerradas, constituyéndose

así los feudos o pequeños reinados pertenecientes a un príncipe o señor feudal, conformando la Unidad Productiva predominante del Medievo.

El feudalismo se caracterizó en primer lugar porque cada feudo era auto suficiente, en él se producía todo lo que éste necesitaba, las relaciones de producción eran de enorme desigualdad, en las cuales el señor feudal explotaba desmesuradamente al siervo de la gleba (el cual era considerado adscrito a la tierra) a través de tributos en trabajo, especie y/o dinero en los últimos años del feudalismo. La producción se sustentaba en la explotación de la tierra.

Durante esta etapa no existió un poder centralizado y por lo tanto no podía hablarse de naciones; sino que cada señor feudal era un pequeño soberano sobre su territorio, en el cual imprimía su propia moneda y sus propias tasas de impuestos, en cuanto al poder político podemos decir que éste era detentado por los nobles y la iglesia católica principal bastión ideológico de este sistema.

Este periodo se extiende a partir del siglo III al siglo XV después de Jesucristo aproximadamente; ya que es precisamente durante este último siglo, que en las mismas entrañas del feudalismo surgen los gérmenes de un nuevo

sistema, el cual lo constituye la formación de pequeñas comunidades de comerciantes al márgen de los feudos, llamados burgos; constituyéndose el embrión de la nueva clase capitalista.

Es durante este siglo XV que entra en auge la corriente económica del mercantilismo la cual acrecienta y fortalece el intercambio de mercancías, otro fenómeno importante son los nuevos descubrimientos geográficos que abren nuevos mercados para el comercio europeo.

Los burgueses a partir de entonces comienzan a afianzar el poder económico, propugnan por la unidad de los feudos (Nación), la cual exigía una sola moneda y libre comercio entre los distintos feudos, así como una sola tasa de impuestos, con todo esto se preparan para la toma del poder político tres siglos después, mediante revoluciones violentas, de las cuales su principal exponente lo constituye la Revolución Burguesa Francesa de 1789.

Con estos hechos la sociedad dá un giro considerable, se constituye un nuevo modelo económico llamado CAPITALISMO que sustituye al régimen feudal.

En este nuevo sistema denominado Capitalismo lo fundamental es la producción de mercancías, se mantienen relaciones de

producción de explotación, por parte de los dueños de los medios de producción a los no dueños de éstos, que son los que venden como cualquier mercancía su fuerza de trabajo.

Así, las fuerzas productivas alcanzan un desarrollo muy grande principalmente por la industrialización que genera la plusvalía como fuente de ganancia y de riqueza de la clase capitalista.

A nivel super estructural del modo de producción capitalista, el poder político prevalece sobre el poder religioso, a diferencia del régimen feudal.

También es importante señalar que los mismos fenómenos que motivaron el origen del Estado; es decir la disgregación del Régimen de la Comunidad Primitiva, determinada por la aparición de la propiedad privada sobre los medios de producción y la división de la sociedad en clases antagonicas (explotados y explotadores); originaron también la aparición del Derecho.

Durante el régimen de la Comunidad Primitiva, no había necesidad del Derecho, ya que las relaciones en ella se hallaban reguladas por las costumbres, establecidas en el transcurso del tiempo y que expresaban la concordancia de intereses entre sus miembros.

La observancia de las costumbres establecidas respondía a las necesidades de toda la colectividad, lo que era inevitablemente necesario para que la vida de la comunidad transcurriese normalmente, por lo que su cumplimiento no exigía un aparato coercitivo especial (el Derecho).

Pero esta situación se torna diferente con el surgimiento de la propiedad privada y la división de la sociedad en grupos con intereses antagónicos, por lo que las costumbres pierden su carácter natural de reglas normativas que reflejan los intereses de la colectividad. Así también desaparece su cumplimiento voluntario por parte de todos los miembros de la colectividad los cuales oponían resistencia a estas normas que no reflejaban sus intereses sino el de unos pocos miembros de la comunidad, como consecuencia de lo anterior se hizo necesaria una organización especial de gente que cuidase de la observancia de las nuevas reglas de conducta establecidas, que castigase a los infractores de las mismas y mediante la aplicación sistemática de métodos coercitivos asegurasen su cumplimiento.

Esta organización fue el Estado (y el Derecho como parte integrante del mismo) que provisto de ejército, tribunales, cárceles y otros aparatos del poder político garantizaba la obediencia de todos los miembros de la sociedad a las

nuevas normas, que expresaban la voluntad e intereses exclusivos de la clase dominante; las cuales se establecen desde entonces como normas de Derecho.

En un principio el Derecho se formó como un conjunto de costumbres a cuyo cumplimiento se obligaban, los organismos estatales que iban surgiendo y en particular los organismos que cumplían funciones judiciales.

Los Organos Judiciales en ese momento desempeñaron un papel muy determinante en la implementación de las normas jurídicas, que respondían a los intereses de la clase que ostentaba el poder. Al resolver casos concretos unas veces los jueces aplicaban antiguas costumbres; en otras se negaban a aplicarlas y en ocasiones implementaban nuevas normas, siempre con la finalidad de favorecer a las clases dominantes, de este modo se convierten en obligatorias para todos.

Posteriormente las costumbres se fijan y sistematizan. Las nuevas costumbres y las antiguas ya modificadas son adaptadas a las nuevas condiciones y aplicadas respectivamente por los organismos Estatales para la resolución de casos similares. De este modo comienzan a ser registradas y agrupadas en relaciones de distinta naturaleza (de carácter patrimonial, criminal, estatal,

etc.); formandose el derecho común como expresión de la sociedad explotadora en gestación.

En consecuencia, una característica de las normas jurídicas originarias es su carácter netamente clasista; ya que los derechos que se conceden a los ciudadanos están en proporción a su posición económica. Desde aquí se muestra abiertamente que el Derecho representa los intereses de la clase dominante y tiende a defenderlos contra la clase menos favorecida. Asimismo la aparición simultánea del Estado y el Derecho en una fase determinada del desarrollo histórico coincide con el fenómeno de la escisión de la sociedad en clases.

2.2. Esbozo histórico del Derecho Salvadoreño

Hasta aquí se ha hecho un análisis histórico general de la sociedad, así como también del surgimiento y evolución del Derecho en los grandes periodos económicos sociales. Ahora se hace necesario también hacer un análisis histórico de la realidad jurídica salvadoreña, lo cual ayudará a comprender mejor, que tipo de normas jurídicas rigen al país.

De acuerdo con la obra del Doctor NAPOLEON RODRIGUEZ RUIZ, (6), los periodos de la legislación salvadoreña los

podemos dividir así:

- a) Período del Derecho Precolombino
- b) Período del Derecho Colonial o Pre-independiente;
- c) Período del Derecho de transición o Derecho intermediario; y
- d) Período del Derecho nuevo.

2.2.1. Período del Derecho Precolombino

En nuestro territorio actual, antes de la llegada de los Españoles se encontraban asentados distintos grupos de aborígenes, los cuales estaban organizados en cacicazgos o especie de ciudades Estados; éstas sociedades eran dirigidas política-religiosa-militarmente por una élite de nobles, sacerdotes y guerreros, los cuales aplicaban consuetudinariamente las normas jurídicas establecidas por el consenso de la comunidad.

En ese entonces no existían normas escritas ni sistematización, ni recopilación de las mismas, por eso es que algunos autores no lo toman como período del Derecho Salvadoreño, no siendo éste nuestro criterio pues la existencia de un orden normativo propio de carácter natural podría considerarse como el Derecho Precolombino. Por ejemplo lo contenido en el Popol Vuh.

2.2.2. Período Colonial o Preindependiente

Llamado también Derecho Antiguo, el cual extiende sus raíces hasta antes del Descubrimiento de América y está compuesto por las leyes españolas: desde el momento del Descubrimiento de América, ésta quedó sometida al régimen jurídico de España, pero para tal efecto hay que distinguir entre el Derecho Español propiamente dicho y el Derecho Castellano, siendo éste último el que rigió en las llamadas "INDIAS OCCIDENTALES"; ya que estas quedaron incorporadas al Reino de Castilla.

Dentro del Derecho Castellano se tiene las compilaciones y códigos generales de leyes como: EL FUERO JUZGO, EL FUERO VIEJO DE CASTILLA, EL FUERO REAL, LAS SIETE PARTIDAS y LAS LEYES DE TORO. Que conteniendo normas aplicables a España también se aplicaban en alguna medida en América; pero quizá las de mayor aplicación fueron las leyes contenidas en la NOVISIMA RECOPIACION que rigió desde el inicio de la conquista, todo lo largo del período colonial hasta la independencia.

"Entre nosotros por ejemplo aún bien avanzada la vida independiente tenía que observarse leyes españolas. En

1912 los tribunales salvadoreños, tenían que recurrir a

éstas leyes para fallar en cuanto a los Derechos de los hijos nacidos antes de la promulgación del Código Civil de El Salvador de 1860". (7)

En conclusión diremos que el régimen jurídico a que quedaron sujetos los territorios descubiertos, era el mismo que imperaba en el Reino de Castilla constituido por sus fueros, ordenamientos y recopilaciones.

Naturalmente que para el nuevo mundo que nacía en América, era de imprescindible necesidad un régimen jurídico propio ya que el castellano no era suficiente, ni racional para regir en situaciones muy distintas a las que imperaban en España. Nuestro continente con circunstancias políticas, económicas y sociales propias exigió bien pronto un derecho autónomo. Especial, absolutamente distinto, al derecho clásico castellano; de esta manera nace el derecho denominado "Derecho Indiano".

Para comprender con exactitud la naturaleza y estructura de este derecho fue indispensable tener muy en cuenta, el hecho de que el descubrimiento, la conquista y colonización, no fue propiamente en sus orígenes una empresa del Estado realizada por los elementos militares y costeada con recursos del tesoro nacional. En efecto los reyes no comprometían más que una pequeña parte de la

Hacienda Real; era pues en todo tiempo esta empresa de carácter privado; ya que eran particulares los que invertían sus capitales en expediciones las cuales al ser exitosas daban ganancias a patrocinadores; lo cual trajo las siguientes consecuencias: (8)

a) Que el Derecho Indiano naciera de una fuente jurídica contractual (contrato celebrado entre las autoridades de la corona y el jefe o empresario de la expedición) este contrato se llamaba "Capitulación".

b) La existencia de una particularización jurídica asentada ya que cada capitulación era un contrato distinto que tenía en muchos casos sellos personalísimos de los contratantes.

c) Que el Derecho Indiano surgiera esencialmente privilegiario, pues el conquistador o jefe de la expedición tenía que asegurarse las prebendas concedidas.

Asimismo el Derecho Indiano al aplicarse en nuestro medio revistió las características siguientes: (9)

a) Casuismo asentado, es decir que se dictaban normas para cada caso en particular.

b) Proligidad reglamentaria, se crearon gran cantidad de

reglamentos.

c) Notable inestabilidad, ya que cada momento se estaban variando las leyes, reformandolas para adaptarlas a otros casos que siendo similares nunca se presentaban en la misma forma.

d) Localismo pronunciado y falta de unidad.

e) Profundo sentido ético y religioso que se revela en todo el contenido de las leyes.

En sus inicios el Derecho Indiano fue apareciendo muy timidamente, disposiciones esporádicas empezaron a dictarse, siendo su esfera de aplicabilidad muy estrecha, pero rápidamente fue alcanzando un desarrollo tal que pronto en muchos aspectos desplazó al Derecho Español. A tal punto que se decretó en Madrid que las leyes indias tuvieran primacía sobre el derecho castellano.

En consecuencia no pudiendo acudir a las fuentes castellanas, más que a falta de precepto en el derecho indiano, por lo que el Derecho Castellano fue en las indias simplemente supletorio, lo cual no quiere decir, que por eso dejó de tener importancia. Al contrario, siguió

teniendo aplicación decisiva y frecuente principalmente en la esfera del Derecho Privado.

El Derecho Indiano estaba formado, por reales cédulas, reales órdenes, provisiones, pragmáticas y ordenanzas, dictadas por la corona y los organismos facultados para ello, para ser aplicados a los nuevos territorios descubiertos.

2.2.3. Periodo de Transición o Derecho Intermediario

Se inicia inmediatamente al entrar El Salvador a la vida independiente, su primera manifestación está en las actas de independencia de Guatemala y El Salvador, emitidas el 15 y 21 de septiembre de 1821 respectivamente, con las cuales se abre el régimen Jurídico Institucional del nuevo Estado Salvadoreño, en cuanto al Derecho Constitucional se comienza a vivir "de prestado", teniendo como raíz inmediata la constitución de Cádiz de 1812 que se declaró vigente; en cuanto a la legislación secundaria era toda española.

Así hacemos nuestra entrada a la vida independiente que comienza con la tarea inmensa de darle estructura al Derecho Salvadoreño de acuerdo con el pensamiento liberal del nuevo Estado. Así principia la estructuración de

nuestro Derecho; pero el periodo legislativo que a partir de ese momento comienza a formarse, es indeciso y desordenado. El Jurisconsulto y Presbítero Isidro Menéndez describe así este periodo: "LA LEGISLACION DEL ESTADO ES MUY COPIOSA, POR LA MAYOR PARTE DE CASOS PARTICULARES, INCOHERENTE Y AUN CONTRADICTORIA; Y MUCHAS VECES NADA CONFORME CON LOS PRINCIPIOS ESTABLECIDOS. SE HA LEGISLADO HASTA EL PURITO Y SIN TINO, NI ORDEN: ES POR DECIRLO DE UNA VEZ UNA LEGISLACION MISCELANICA Y EN LA MAYOR PARTE INUTIL Y PERJUDICIAL". (10)

Se legisla por todo y para todo a la vuelta de un cuarto de siglo no se sabía que leyes estaban vigentes, tanto era su número y tan exigua la labor codificadora.

En este periodo se distinguen tres momentos: (11)

1) Desde que se instaló la Asamblea Nacional Constituyente por Decreto de la misma de 2 de julio de 1823 hasta la instalación de la primera asamblea del Estado el 14 de marzo de 1824.

2) Desde esta fecha hasta que desapareció la Federación Centroamericana siendo de notarse que en esta época hubo dos legislaciones cada cual sobre objetos diversos: La federación en materia reservada a ella y la asamblea del

Estado Salvadoreño en el ámbito interno.

3) Desde que desapareció la Federación Centroamericana hasta la promulgación del Código Civil de 1860; siendo precisamente en esta fecha donde termina este período.

2.2.4. Período del Derecho Nuevo

Como se ha visto en todo el período anterior regían leyes españolas por una parte y nuevas normas dispersas por otra, las cuales eran confusas, casuísticas y sin ninguna unidad, por lo que se hacía urgente un cuerpo de leyes sistematizado que viniera a hacer descansar sobre bases firmes los derechos de las personas; como respuesta a esta necesidad se promulga en nuestro país el código civil de 1860 que es un adelanto enorme en materia de legislación con esto queda superada la etapa más difícil de nuestra vida jurídica, terminando fundamentalmente con el proceso de adopción de leyes españolas.

Con esto alcanzamos lo que el Doctor Rodríguez Rulz, define como "La mayoría de edad en materia legislativa de nuestra patria", entrando a vivir desde ese entonces plenamente nuestro propio régimen jurídico.

2.3. Reseña Histórica del Derecho Penal Salvadoreño

Al terminar este breve esbozo de nuestra legislación se impuso hacer una reseña histórica del Derecho Penal Salvadoreño, ya que es en esta rama del Derecho sobre la cual recae la presente investigación.

En el período precolombino las normas penales eran severísimas, el homicidio o alguna otra transgresión grave eran penados con muerte o expulsión de la comunidad, el adulterio de la mujer era penado con la muerte, la cual se ejecutaba aplastándole la cabeza con una piedra, también existía el lanzamiento de personas a cenotes (grandes pozos de agua) como sacrificios siempre en cumplimiento de sanciones.

Durante la colonia estuvimos regidos como se ha señalado por leyes españolas de carácter sancionador. En la vida independiente nuestro primer código data de 1826 y estaba inspirado en el Código Español de 1822 con algunas variantes, más que todo en lo que se refería a las penas; las cuales a pesar de todo eran severas, notándose su tradicionalismo monárquico tanto en su clasificación como en su aplicación: habían trabajos perpetuos, deportación o destierro, confinamiento y vergüenza o sea exposición del culpable ante el público. "La aplicación de ciertas penas

se rodeaba de un ritualismo imponente, que causaba pavor y angustia; por ejemplo el artículo 43 manifestaba que la pena de muerte, se ejecutaba de la siguiente manera: "El reo será conducido desde la cárcel al suplicio con túnica negra y tapado de los ojos, atadas las manos y en una mula llevada del diestro por el ejecutor de la justicia; el condenado a muerte por homicidio premeditado o seguro, llevará las manos atadas a la espalda y una soga al cuello. El asesino llevaba túnica blanca manchada de sangre con la soga al cuello". (12)

Una de las reformas importantes que pueden mencionarse de este código fue la del 24 de febrero de 1852 en la que se establecía irresponsabilidad penal absoluta al menor de ocho años y responsabilidad condicional al mayor de ocho años y menor de catorce años.

En 1859 se promulgó el segundo Código Penal Salvadoreño inspirado en el Código Penal Español de 1848, contiene éste muchas novedades con respecto al primero; el 24 de febrero de 1866 se decretan reformas a este código; habiéndose reglamentado en ese mismo año la pena de palos para los jornaleros desertores y ladrones.

Muchas reformas intrascendentales se dan en este código, hasta que en 1881 se promulga nuestro tercer código penal

basado sin ninguna duda en el código penal español de 1870.

En el presente siglo se han decretado dos códigos penales, el primero de 1904 que aparece con reformas fundamentales de enorme trascendencia; este cuarto código está enmarcado en los llamados "CODIGOS CLASICOS" y tiene su origen en una convención sobre Derecho Penal que se firmó en el Congreso Jurídico Centroamericano celebrado en San Salvador, pero que sigue teniendo como base fundamental el código penal español de 1870.

El segundo, es el código de 1973 que constituye el quinto código penal, aún en vigencia.

Este código pretende por primera vez independizar nuestra legislación del extranjerismo español y ponerla acorde con las nuevas tendencias doctrinarias.

Las fuentes de este código son varias: Así tenemos en primer lugar "EL CODIGO PENAL TIPO PARA AMERICA LATINA", que fue elaborado en varios congresos internacionales; así como los proyectos de código penal de Venezuela, elaborado por el eminente penalista Don Luis Jiménez de Asúa; también se retomaron algunos proyectos de código penal (1960) elaborados en nuestro país; también se consultaron otras obras legislativas y estudios de grandes penalistas

de América Latina.

Este nuevo código no sigue una escuela penal determinada (Escuela Penal Clásica, Escuela Positiva, Escuela Alemana, etc.) "Sigue entonces las concepciones fundamentales de la Dogmática Jurídica que reivindica al Derecho Penal, precisamente como ciencia normativa que recoge lo que ha podido permearse de las escuelas, a través de un enfoque jurídico de las concepciones por ellas propugnadas". (13)

CAPITULO 3

EL ITER CRIMINIS

3. Definición del Iter Criminis

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

"Desde que se concibe la idea de cometer el delito hasta que el 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 pro 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". (14)

"El hecho delictuoso (que) se genera en la mente del autor y se exterioriza en actos, hasta llegar al total agotamiento del delito...(es un) proceso psíquico físico denominado desde la época de los "prácticos" Iter Criminis". (15)

"Como unánimemente expresan los autores penalistas al referirse al análisis del delito tentado, éste es una figura jurídica que se presenta en la vida del iter criminis, generado con la idea del delito por parte del sujeto agente y finalizado con la consumación de la conducta que produce el resultado jurídico material o exclusivamente jurídico, relevante para el derecho penal. Si por iter criminis debe entenderse camino al delito, o como prefieren los italianos, con el expresivo y preciso término de ANDAMIENTO CRIMINALE, es evidente suponer que tal "ANDAMIENTO" encuentre su principio en la ideación, con el surgimiento de la idea criminal en la mente del futuro delincuente y su fin con la consumación del delito puesto en mira". (16)

Podemos entonces sostener que el concepto de iter criminis, es para la totalidad de autores aquél recorrido psíquico y físico por el cual atraviesa el delincuente, para llegar a la comisión de un delito determinado, que comienza con la idea criminal y termina con la consumación o agotamiento del delito.

Por otra parte el estudio del iter criminis puede ser enfocado desde un doble 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". (17)

"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 del 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". (18)

De lo anterior podemos decir, que no obstante estos dos aspectos de estudio sobre el iter criminis al estudio del derecho penal interesa únicamente las fases del delito y no el aspecto criminológico que es importante para otras disciplinas siempre relacionados con el derecho penal.

Por otra parte, "la conducta del sujeto provoca la intervención del derecho penal a partir de ciertas formas de resolución criminal manifestadas o exteriorizadas de modo 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, "vale la pena asentar que el análisis sobre el desarrollo del delito no viene terminado con la consumación, sino con el agotamiento en las figuras

delictivas que admiten tal concepto; así, en el delito permanente, donde se observa una prolongación de la conducta anti-jurídica que produce una suspensión del estado de anti-juricidad, el estudio relativo a la vida del delito no debe considerarse finalizado, sino después de haber sido analizada la conducta subsecuente del propio agente o de un tercero, que hace cesar, los efectos violatorios de la ley". (19)

También es importante hacer notar que las ideas y con ellas la decisión del delito, no son punibles: con lo cual se consagra el principio "COGITATIONIS POENAM NEMO PATITUR" (20) (el pensamiento no delinque).

Y para finalizar diremos que en cuanto al delito consumado, excluido por la definición de la tentativa, se caracteriza por su adecuación directa a una figura delictiva; la tentativa, en cambio, es alcanzada por obra de la norma en la que se prevee la ampliación de los tipos para llegar a la punición de acciones que sólo concretan parcialmente el tipo objetivo del delito. Descartadas las ideas y la consumación del concepto de tentativa, por los distintos motivos señalados, están los actos dirigidos a la consumación del delito, sin lograrlo, pero esta característica es propia tanto en los actos preparatorios como de los de ejecución. La diferencia entre unos y otros

significa tanto como distinguir el acto impune del punible, puesto que sólo los actos de ejecución constiuyen tentativa". (21)

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 él hasta que consigue el logro de sus afanes. Y tiene dos fases fundamentales: Interna y Externa" llamadas también subjetiva y objetiva.

Según NOVDA MONREAL (22) es posible observar la presencia de 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 la 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

estudiosos indican en manera casi invariable las dos fases del aspecto interno y externo del delito y dentro de esa división básica establecen los diversos momentos de cada fase; no obstante, no son pocos los autores que se refieren asimismo a una fase intermedia entre la interna y la externa: fase intermedia que estudia por excelencia las figuras de la proposición y la conspiración entre otras.

3.1. 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 orden jurídico.

Esto debido a que 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" (recogida en el libro II de la séptima partida, en el título 31 que proviene de la más vigorosa tradición romana (23), y la fórmula germánica:

"GEDANKEN SIND ZOLLFREI" (los pensamientos no pagan aduanas) (24) Asimismo la partida VII, 31 ley 8 repite el argumento: pensamientos malos vienen muchas veces en los corazones de los hombres, de manera que se afirman en aquello que piensa para cumplirlo por fecho: et después deso asman sue si lo compliesen que farien mal, er repiéntense, et por ende decimos que cualquier home que se repintiese del mal pensamiento ante que comenzase a obrar por él, que non meresce por ende pena ninguna, porque los primeros movimientos de las voluntades no son en poder de los homes". (25)

La ciencia italiana de la edad media (26) mantuvo que la nuda cogitatio, es decir los pensamientos y los deseos no son punibles.

Tiberio Deciano (27), (Tractus Criminalis) considera que la tarea 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.

Según FERRI (28) "esta primera fase interna puede, sin embargo, quedar incompleta, cuando la idea (primer momento) no 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 causa de la repugnancia íntima del sentido moral o por la previsión de los posibles resultados dañosos, (segundo momento) 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..."

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 prácticamente imposible para la ciencia penal establecer la situación de decisión criminal que se ha 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.

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 afectan el fuero interno de las personas y no al derecho penal.

3.1.1. La ideación

El primer momento en la gestación del delito lo constituye la ideación, seguida de la concepción y que se llama idea criminal concebida, y la que los escolásticos denominaban: TENTACION. (29)

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 dá origen a la concepción del delito".

"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 ENRIQUE 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". (30)

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" (31) 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". (32)

"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". (33)

Algún autor establece la diferencia entre este primer momento y los siguientes como la idea de "germinación del fin", misma que se presentaría sólo 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". (34)

Y para finalizar este punto 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 ocurre la idea persiste, y entonces tiene necesariamente que dar paso a otro momento en el desarrollo del camino del delito que es la deliberación.

3.1.2. 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". (35)

"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". (36)

Este segundo momento de la deliberación supone el uso de la facultad esencial del libre albedrío del individuo; implica el inicio de la voluntad viciada en consecuencia del cúmulo de factores que determinan la conducta humana; para quienes se manifiestan seguidores del determinismo, corresponde al momento en que el sujeto, agente, haciendo uso de sus facultades decisorias, habrá de optar entre los caminos que representan lo socialmente bueno y lo socialmente malo y en donde en un primer encuentro se observan frente a frente los frenos psíquicos de la conducta derivados de la vida en sociedad y la manifestación aún interna de los instintos". (37)

Este segundo momento de la deliberación se presenta cuando una vez surgida la idea criminosa del sujeto agente, en 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.

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 éste persiste en la concepción criminosa, después de haber agotado el conflicto psíquico de la deliberación, se ha tomado ya la resolución de delinquir". (38)

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". (39)

Tenemos entonces que concluir que esta fase es puramente interna y por ende no es punible, y una vez superada ésta entramos al momento de la resolución criminal.

3.1.3. 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.

A este respecto GUSTAVO MALO CAMACHO 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 del momento 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 encontraría fundamento al observar que la resolución se presenta no sólo 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 prevista 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". (40)

Por su parte "Ferri expresa que es la resolución 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 insita 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". (41)

Y para finalizar esta fase interna retomamos la posición de LABATUT GLENA (42) 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 aún 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 GUSTAVO MALO CAMACHO expresa: "la Suspensión del iter al transcurso de la fase interna, durante el período en que se desarrollan los elementos internos, no se considera 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". (43)

Sobre la fase interna del delito, consideramos de suma importancia la consagración y desarrollo del principio cogitationis poenam nemo patitur (el pensamiento no delinque) que es una garantía fundamental para los hombres en el sentido que protege la libertad de pensamiento. Ya que aquí no es posible la intervención del derecho, sin que se viole un orden social democrático determinado.

Creemos que es de suma importancia el conocimiento y difusión de este principio para poder ir construyendo en nuestra sociedad salvadoreña una verdadera democracia que tanto nos hace falta. Por lo demás ya los autores citados (Labatut-Camacho) expresan de manera elocuente porque no debe ser penada esta fase del delito.

3.2. Fase intermedia o resolución manifiesta

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 manifestada 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 interna 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 criminal, 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.

Tenemos entonces en esta fase del delito que la idea criminal ya no se queda en lo íntimo del sujeto delincuente sino que es exteriorizada, pero no en una forma vaga o de mero decir, sino que es una resolución criminal expresada de manera seria y que está dirigida efectivamente a la comisión de un delito.

3.2.1. 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 esta 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. (44)

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.

3.2.2. Conspiración

Tanto como la conceptualizan los tratadistas y como la definen las diferentes legislaciones, la conspiración existe cuando 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 decidido 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 continuado 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...". (45)

"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". (46) existiendo tales elementos, la fijación de una fecha determinada para su ejecución no implica que la figura no se haya dado.

Este concierto previo de voluntades de los diversos individuos que participarán en el hecho en algunos países se conoce como CONJURA y en otros como COMPLOT. (47)

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).

Pero esta gerarquización hasta cierto punto es cuestionada, por tener su fundamento en el mantenimiento del mismo Status Quo (teoría de la Seguridad Nacional), lo cual se vé claramente en el hecho de que dentro de los valores jurídicos, el de más alta gerarquía es la vida y sin embargo, solamente está tipificada la conspiración para actos de terrorismo (Art. 403

Pa.) etc. con el objeto de proteger al Estado.

3.2.3. Quienes pueden intervenir en la proposición y en la 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 (48), así sucede en los delitos plurisubjetivos, como el adulterio, el incesto y otros, en que necesariamente debe concurrir la voluntad de dos o más personas (sujetos) para que tengan 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. (49) 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.

3.2.4. 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". (50)

En cuanto a la proposición y conspiración como formas de resolución manifestada nuestro código penal salvadoreño vigente las recoge y define en el art. 27 Pn.; llama principalmente nuestra atención que son penadas estas figuras, en los casos especialmente señalados por la ley, y que se traducen principalmente en delitos que atentan contra el Estado (delitos de rebelión y Sedición, Actos de terrorismo, etc). Como se ha observado anteriormente estas formas de resolución manifestada, sólo son punibles o solamente se justifica su punibilidad en razón de la

relevancia del bien jurídico tutelado por la norma que en nuestro caso se limita a los delitos contra el Estado, dejando por fuera otros valores de suma importancia (como la vida y la integridad personal) dando más valor a las estructuras de poder político que a la persona en sí a la cual se debe el Estado, tal como lo estipula aún nuestra Constitución en el art. 1 Cn.. Excepción a lo anterior es el caso de proposición y conspiración en el genocidio art. 486 Inc. final Pn. que es un delito de trascendencia internacional.

3.2.5. 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 anti-jurídica que en sí lleva la amenaza de un mal delictivo y aún 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". (51)

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.

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". (52)

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. (53)

Nuestra legislación en cuanto a la amenaza y la apología de un delito, las regula como delitos autónomos de la parte especial (la amenaza en el art 224 Pn. y la apología art. 405 Pn.) configurando estas conductas como tipos delictivos perfectos, aun cuando no tengan un resultado material concreto. En este sentido la norma penal que regla estas

manifestaciones criminosas se encuentran en la parte especial del Código Penal salvadoreño y no tienen ninguna relevancia para la parte especial que es donde se desarrolla la teoría del iter.

3.3. Fase externa

La fase externa del delito es aquella en la cual se ha superado la fase interna y existiendo ya una resolución criminal, se pasa a la realización de actos externos dirigidos a la comisión del delito, ya sea a título de actos preparatorios, actos ejecutivos o la consumación misma.

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 a 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, pero

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, aún 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 está ya configurado en la mente de su futuro autor, 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".(54)

Cuando la resolución criminal se exterioriza a través de la realización de actos materiales, estamos dentro de lo que algunos autores, como MAGGIORE, denominan EL PROCESO EJECUTIVO DEL DELITO, tal proceso comprende: a) preparación; b) ejecución; y c) la consumación, aún cuando algunos agregan un momento más: el agotamiento.(55)

Podemos decir al entrar a 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". (56)

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". (57)

"Los actos ejecutivos, por lo contrario, son generalmente

unívocos, por cuanto por sí mismos resultan capaces de expresar objetivamente la intención de su autor de delinquir y entrañan peligro de lesión, aún cuando ... dicho criterio no es absoluto". (58)

En cuanto al delito consumado podemos decir que 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". (59)

Por su parte el delito agotado constituye el último momento de la fase externa del iter criminis. No agotar el hecho como precisa JIMENEZ DE ASUA (60), es detenerse en la violación jurídica; agotarlo, es lograr el propósito final perseguido.

En síntesis diremos que esta fase está integrada por los actos preparatorios y ejecutivos que presentan uno de los mayores problemas teóricos del derecho al plantearse la diferenciación de ambos y la consumación del delito que implica el encuadramiento de la conducta del delincuente con la figura descrita por el legislador previamente como ley, y el delito agotado que es cuando el sujeto se da por satisfecho de su accionar criminal; momento que

desarrollaremos a continuación.

3.3.1. Actos preparatorios

Son aquellos que, como su nombre lo sugiere preceden a la ejecución del delito.

La naturaleza específica de los actos preparatorios, es "su falta de especialización para producir el delito, aún 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 RIPOLES: no se prevé directamente el resultado criminal, más que como una posibilidad junto a otras inocente 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, aún cuando sea para cometer un delito no exterioriza objetivamente ni denota su intención, aún cuando subjetivamente tenga ya su resolución formada". (61)

CARRARA (62) distingue 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 aún 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, aún 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, aún 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". (63)

Otro tema de mucha importancia es la discusión 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 distingue los actos preparatorios de los de tentativa afirmando que aquéllos son actos equívocos y que en cambio éstos los de tentativa, son unívocos, o sea inequívocos, en orden al cometimiento del delito (64)

"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, aún 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, aún 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". (65)

"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" (66)

"BELING y también otros autores alemanes, seguidores de la doctrina objetiva desarrollan una posición que podríamos llamar doctrina objetiva-formal, enfocando 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 está 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 aún 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 desenfundando 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.

(67)

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 GALLEGOS. (68)

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 ilícito; c) 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 d) 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.

Para concluir este punto de actos preparatorios diremos que estos se encuentran regulados por nuestra legislación en el

art. 26 Pn. es importante señalar que este es el único artículo de los cinco que tratan sobre el iter criminis en nuestra legislación, que no define que debe entenderse por actos preparatorios, pues el art. 27 Pn. define la proposición y conspiración; el art. 28 Pn. el delito perfecto e imperfecto; el art 29 Pn. el delito imposible y el art. 31 Pn. el desistimiento y arrepentimiento eficaz.

Sin entrar a debatir en este momento si es técnico o no recoger definiciones en la ley, creemos que el legislador salvadoreño no definió los actos preparatorios por lo difícil que esto resulta aun para la doctrina.

Los demás comentarios con respecto al tema los abordaremos en el capítulo quinto.

3.3.2. 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 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 sin entrar a dar definiciones categóricas, pues hasta este momento del desarrollo doctrinario penal no es posible.

3.4. Doctrinas para diferenciar los actos preparatorios de los actos ejecutivos

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

Entre las teorías más conocidas tenemos: (69)

- 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.

a) 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 criminal perseguido (70).

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.

b) LA TEORIA DEL ATAQUE A LA ESFERA DE LA VICTIMA: esta teoría también es enunciada por CARRARA, y no es muy aceptable para la mayoría de doctrinarios, la cual (71) consiste en diferenciar, los actos preparatorios que recaen sobre el sujeto activo que se prepara, los actos ejecutivos que recaen en el sujeto pasivo del atentado y los actos consumativos que recaen sobre el sujeto pasivo de la relación.

Para ello CARRARA "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 lo que recaen los actos de ejecución, presedentes a la consumación y sujeto pasivo de la consumación, que es aquel sobre el 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.

CARLOS FONTAN BALESTRA, 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 apoderárselo, 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".

TEORÍA DE LA ZONA PERIFÉRICA DEL NÚCLEO DEL TIPO: Esta es otra de las teorías existentes para diferenciar los actos preparatorios de los actos ejecutivos, y es un aporte del alemán ERNEST VON 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 (72); o sea pues, que para este criterio se determina cuando es que estamos ante una figura o ante otra, relacionando los actos cumplidos con el tipo del correspondiente delito. "Dice BELING, que el deslinde entre preparación y

ejecución resulta objetivamente, en cada caso, del contenido de cada tipo-delito". (73)

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 MUEBLE, 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".

d) TEORÍA DE LA ANTI-JURICIDAD MATERIAL: esta cuarta teoría es enunciada por MAX. E. MAYER conforme a ella los actos preparatorios son los que no atacan al bien jurídico, en tanto que son actos ejecutivos los que sí constituyen ataque al bien jurídico". (74)

Aquí pues en esta teoría la base fundamental de la misma es el ataque al bien jurídico protegido por la ley. El acto

ejecutivo, o más bien dicho de tentativa es punible a causa de una extensión de la pena determinada al delito en la parte especial de un código.

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.

e) TEORIA DE LOS CRITERIOS FORMALES Y CRITERIOS MATERIALES: esta quinta teoría sustentada por EDMUNDO MEZGER y JIMENEZ DE ASUA, 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. (75)

Para concluir diremos que aun con la construcción de todas estas teorías para diferenciar y definir los actos preparatorios y actos ejecutivos, aún no existe una distinción categórica de los mismos, pero no obstante si existen ya criterios casi unánimes en la doctrina que permiten distinguir los unos de los otros tal como lo establece la teoría de los criterios formales y materiales que retoman los elementos de la teoría de la zona

periférica del núcleo del tipo y de la teoría de la anti-juricidad, que a nuestro parecer son las teorías más atinadas y que más elementos nos aportan para la distinción de actos preparatorios y los actos llamados de tentativa. Por lo demás las otras teorías mencionados aun sin restarles importancia no son tan categóricos en los elementos de distinción entre ambos actos.

Tenemos entonces que son actos ejecutivos, aquellos que penetran en el núcleo del verbo del tipo delictivo y que atacan el bien jurídico tutelado por la norma penal de forma directa y que obviamente son inequívocamente orientados hacia el delito.

3.5. 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". (76)

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

Este último momento, o mejor dicho penúltimo, en el iter

criminales, para CARRARA (77) consiste en haber alcanzado la objetividad jurídica que constituye el tipo especial de un delito dado.

Esta consumación puede ser: (78)

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 ilícitas 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 el 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 BRASANTI. FRANCISCO CARRARA, desde la sexta edición de su programa, trata en el párrafo 49 bis del delito agotado y dice que el delito es agotado cuando produce todos los efectos dañinos, como consecuencia de la violación que deseaba obtener el culpable, de tal modo que éste no puede ya impedir las consecuencias dañosas". (79)

Para finalizar mencionaremos los requisitos de la consumación: (80)

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 del 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 culposo).

Para finalizar el estudio del iter criminis diremos que este es importante en su estudio, en el sentido que nos permite comprender mejor la naturaleza de los distintos momentos del iter criminis y sus distintas figuras y por lo tanto establecer cuáles competen a la regulación de la ley penal y cuáles no, es decir, qué momentos deben ser reprimidos y cuáles no trascienden a la esfera jurídica.

También nos da todo el marco de referencia necesario para comprender a cabalidad la figura de la tentativa, la cual no aparece ya de manera aislada, sino encuadrada en un espectro más amplio y la cual trataremos específicamente en el capítulo siguiente.

CAPITULO 4

LA TENTATIVA

4.1. Datos históricos

Según Scarano (81), la institución de la tentativa surge en el siglo XVII como deseo de proteger la libertad de los individuos frente al absolutismo de la época.

Los antecedentes más remotos de la figura del delito tentado los encontramos en el derecho hebreo; el éxodo capítulo XXI versículo XII, olvidándose del criterio del talión (reciprocidad en el daño causado) rezaba: "El que hiere a un hombre queriéndolo matar muere por ello", equiparando el delito consumado al no consumado.

Para los romanos no existió el concepto ni la palabra técnica de tentativa; éstos siguiendo el principio del "COGITATIONIS POENAN NEMO PATITUR" (no hay delito sin actividad manifestada en la causación de un daño) no lograron precisar un criterio distintivo entre consumación y tentativa, ni término alguno para diferenciar tales grados del delito.

Así entre los romanos, la institución que nos ocupa sólo se

conoció y reglamentó en relación con determinados delitos y en determinadas leyes; la lex Cornelia y la lex Julia Majestatis contenían normas al respecto.

Por otra parte tratadistas como CAPOBIANCO y FERRINI (82) estaban de acuerdo en no reconocer la existencia de una teoría de la tentativa en el derecho romano.

Cabe señalar que todo lo anterior no implicó la impunidad de actos de ejecución del delito, pues en los "CRIMINA EXTRAORDINARIA" (delitos extraordinarios) se llegó a imponer a éstos mediante el arbitrio concedido a los jueces, penas similares a las del delito consumado.

en el derecho romano se debe distinguir entre el derecho penal privado (fundación de la ciudad) en el cual siempre se atendió al daño causado, sancionándose únicamente los delitos consumados y el derecho penal público (la República y el Imperio) en el cual no tuvo validez absoluta la regla anterior, no exigiéndose siempre un resultado caracterizado por un daño; así por ejemplo en los delitos de "LAESA MAJESTATIS" era punible como delito consumado cualquier acto exteriorizador de voluntad delictuosa.

En los últimos tiempos del derecho romano la circunstancia de la inconsumación del resultado constituyó en algunos

casos, una circunstancia atenuante, pero en ningún momento logró construirse un concepto general de tentativa.

En lo que respecta al derecho gérmanico de la edad media, tampoco se logró integrar un concepto de tentativa del delito, pese a que en ocasiones eran castigadas agresiones contra la vida y la integridad corporal aún cuando no se producía un resultado. En los siglos XIV y XV parece reconocerse el concepto de la tentativa en el moderno sentido, sin que ciertamente pueda señalarse desde ahí, líneas de enlace inmediatas con la época presente, según decir de EDMUNDO MEZGER.

Fueron pues en definitiva, los autores italianos de la edad media quienes lograron conformar la idea de la tentativa, reconociendo en ella la relación de lo intentado con el resultado no producido, con la fórmula de "COGITARE AGERE, SED NON PERFICERE" basando su punición atenuada, en oposición a la anterior idea romana.

Son los juristas italianos los que van elaborando una incipiente y frágil estructura de las fases del delito; así se habló de "CONATUS REMOTUS" (actos preparatorios); "PROPINGUUS" (actos de ejecución) y "PROXIMUS" (tentativa acabada); o sea pues la Doctrina del Iter Criminis parece encontrar su origen con el autor ALBERTO GANDINO en el año

de 1262, en el "TRACTUS DE MALEFICIIS", tal vez en el más antiguo derecho criminal.

En lo que respecta al derecho español, las siete partidas distinguían delitos graves (homicidio, traición, rapto, violación, etc.) y Yerro Menores (delitos de menor gravedad) equiparándose en los primeros la tentativa a la consumación salvo aquellos casos en que se daba el desistimiento o el arrepentimiento eficaz.

Por su parte la Novísima Recopilación, en el libro XII, título 21 "de los Homicidios y los Heridos", se reafirmaba el principio de la ley del talión, sin embargo, en la ley I título 22 del ordenamiento de Alcalá se decía acaece algunas veces, que algunos hombres están acechando para herir o matar a otro y hacen habla o consejo para ello, y hieren a aquellos a quienes están acechando y atendiendo para herir o matar, sobre que fue hecho el consejo o habla; y éstos tales deben haber mayor pena que los que hieren que en pelea"; volviendo entonces a equiparar la tentativa con la consumación; y aún más agravando en este caso específico la tentativa.

En la Constitutio Criminalis Carolina (Código llamado Constitución criminal de la Carolina que fue dictado por CARLOS V de Alemania y I de España en 1532) se recoge en su

Art. 178 una definición clara de la tentativa que adopta la postura de la moderna concepción de esta figura: "Así, si alguien se atreve a realizar un acto malo, mediante algunas obras externas que pueden ser apropiadas para la consumación del acto malo fuera impedido contra su voluntad por otros medios, será castigada penalmente esa voluntad maliciosa de la cual resulta, como se dice alguna obra mala; pero en su caso más severamente que en el otro, en vista de las circunstancias y la forma de la cosa". (83)

Contiene esta definición de la tentativa, los elementos configurativos de este instituto penal, tales como actos externos de voluntad criminal y ausencia de consumación del resultado contra la voluntad del agente.

En este mismo ordenamiento jurídico se observaron determinados con más precisión los diversos momentos del iter criminis, que debían ser castigados en forma diversa, los actos preparatorios, actos de ejecución y la tentativa acabada.

Así pues, queda el castigo atenuado de la tentativa por regla general y la equiparación de la tentativa al delito consumado como excepción.

Expresa VON LIZT por su parte que (84): Debe dársele

importancia particular al código penal Josefino de 1787, que al referirse a la realización de actos dirigidos a la consumación de un delito, es fuente de la ley 22 pre-dial, año IV, la cual a su vez habría de ser fundamento para el código penal francés de 1791 y de ahí pasar al Napoleónico de 1810 el cual consagra ya la fórmula del "comienzo de ejecución", que ha sido el modelo general de los códigos penales del siglo XIX.

Para finalizar esta breve reseña histórica podemos decir que: "A partir del código de CAROLINA empieza a tomar forma la tendencia a distinguir los actos preparatorios de los de ejecución, y éstos últimos como constitutivos de tentativa punible y delito frustrado. Así como se observó casi invariable el principio de penar en forma atenuada la tentativa y en algunos casos excepcionales se equiparó, en cuanto a la sanción, el delito frustrado y el consumado.

(85)

4.2. Generalidades

Dentro de las generalidades trataremos cuatro temas que creemos de suma importancia para el tema de tentativa como son: a) tentativa y frustración; b) fundamento de punibilidad de la tentativa; c) forma de culpabilidad de la tentativa; y d) naturaleza jurídica de la tentativa. Los

cuales no analizan la institución en sí, es decir, sus elementos constitutivos, pero que creemos son de importancia teórica y práctica en el campo del derecho penal, por lo cual los desarrollamos en este apartado.

4.2.1. Tentativa 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 bipartita diferenciando 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.

"Mas 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". (86)

Según la mayoría de autores fue ROMAGNOSI quien logró una clara fórmula separativa entre delito frustrado y la tentativa.

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

Las circunstancias ajenas a la voluntad del sujeto que impiden la consumación, pueden 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 objetiva sino también subjetivamente.

Pero existen casos en los cuales la realización del evento punible es impedido 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". (87)

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". (88)

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 característicos del delito) de modo que éste queda

materialmente ejecutado, no le queda nada más que hacer, según su conocimiento de los hechos, pero éste no llega a producirse.

Observa ANTONIO FERRER SAMA (89) 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.

"Edmundo 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. 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" (90) para el propio autor y respecto a la delimitación entre ambas tentativas, es la resolución del agente, la base determinante, pues sólo "en el sentido subjetivo del autor mismo" puede llegarse al conocimiento de si ha o de verificado todo lo de su parte necesario para la consumación del delito".

"Señala FRANK y con él 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 debe continuarse". (91)

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". (92)

Así por ejemplo existe delito frustrado cuando alguien con el propósito de causar a otro la muerte, apunta contra él, su arma de fuego, utilizando el único proyectil de que dispone, pero yerra en el tiro.

En el mismo ejemplo, habrá tentativa inconclusa si en el momento de apuntar el arma alguien se la arrebató al autor.

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. (93)

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". (94)

No obstante la anterior importancia "la opinión generalizada es contraria a estas distinciones, que solo constituyen una complejidad más, sin beneficio mayor". (95)

Aún los mismos partidarios de esta distinción teórica entre frustración y tentativa, se inclinan como ALIMENA (96), 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 EUSEBIO GOMEZ (97) 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. (98)

En conclusión, en este tema diremos que nuestra legislación, recoge en un solo concepto en el art. 25 Inc. 2o. Pn. tanto la tentativa como el delito frustrado no distinguiendo en ningún momento una figura de la otra; donde si pareciera retomar nuestra ley el concepto de frustración es en el art. 73. Pn. en donde manifiesta que para penar el delito tentado, se tomará en cuenta la gravedad de los actos ejecutivos y su proximidad a la consumación.

4.2.2. Fundamento de la Punibilidad de la Tentativa

4.2.2.1. Teorías

Es importante establecer el fundamento del por qué, de la punibilidad de la tentativa, y aunque existen muchos criterios al respecto, éstos pueden agruparse en tres tipos de teorías: TEORIAS OBJETIVAS, TEORIAS SUBJETIVAS y TEORIAS ECLECTICAS.

4.2.2.1.1. Las teorías objetivas

Seleccionan el comienzo de ejecución como actividad indispensable para que la tentativa sea punible.

Esta doctrina se origina con ROMAGNOSI (99) y es desarrollada por CARRARA quien sostiene que la tentativa se pena por el peligro corrido por el bien jurídico protegido por la ley penal.

Dentro de este grupo se califica también la tesis de VICENZO MANZINI (100), para quien no es el peligro lo que justifica la punición, sino haber violado realmente el mandato contenido en la norma que considera el peligro como delito.

También entra en este grupo la posición de MAGGIORE (101) análoga a la de MANZINI que sostiene que la tentativa es un delito por violar el ordenamiento jurídico penal, aunque de un modo menos grave que el delito consumado.

Podemos decir entonces que "según este criterio, el fundamento de la punibilidad de la tentativa no reside en la voluntad del autor, sino en el peligro próximo de que se produzca el resultado típico; la tentativa se castiga, por tanto por la alta probabilidad de producción de lo injusto del resultado.

Pero como esta probabilidad, en principio, sólo se da con el comienzo de ejecución y únicamente cuando la tentativa es idónea, la teoría objetiva conduce a limitar la punibilidad de la tentativa frente a los actos preparatorios y rechaza la punibilidad de la tentativa absolutamente inidónea (102)

Además, la falta de lo injusto del resultado conduce a esta teoría objetiva a sostener firmemente la atenuación obligatoria de la pena; esto sumado a una razón de cuantía penal, que debe pesar en la balanza de la justicia.

4.2.2.1.2. Las teorías subjetivas

Por su parte, son aquellas que tratan de captar cualquier

acto revelador de una intención criminal, su fundamento es pues "LA VOLUNTAD MANIFESTADA CONTRARIA A DERECHO".

"Para ella lo decisivo es, por tanto, no la real puesta en peligro del objeto de acción protegido por el hecho, sino lo injusto de la acción realizado en el propósito criminal manifestado". (103)

Se precinde entonces, de la exigencia del comienzo de ejecución y quedan equiparados, para la tésis extrema actos preparatorios y de ejecución, delito tentado y consumado, pues todas son acciones reveladoras por igual de una intención criminal y merecedoras de pena.

La teoría subjetiva conduce entonces a la ampliación del ámbito de la tentativa punible, al reconocer incluso la punibilidad de la tentativa absolutamente inidónea ya que la voluntad contraria a derecho es idéntica en todos los casos.

En esta tendencia se sitúa el positivismo penal, al sostener que el fundamento y la medida de la sanción se encuentra en la peligrosidad del autor; así resulta también que si el comienzo de ejecución no revela peligrosidad en el autor, el hecho queda impune.

Para terminar diremos que la teoría subjetiva no puede

mantenerse actualmente, ya que el momento objetivo de dar principio inmediatamente a la realización del tipo es necesaria para impedir la excesiva ampliación de la punibilidad de la tentativa, lo cual en un momento determinado puede violar el principio de NULLA PENA SINE LEGE tal como lo afirma el tratadista alemán REINTTART MAURACH. (104)

Existe por otra parte una tercera teoría llamada ecléctica.

4.2.2.1.3. Teoría ecléctica

"Parte de la teoría subjetiva, pero la combina con elementos objetivos. Según esta tercer teoría, el fundamento del castigo de la tentativa, es, ciertamente, la voluntad contraria a una norma de conducta, pero la punibilidad de la exteriorización de voluntad dirigida al delito, sólo podrá ser afirmada cuando por su causa pueda resultar minada la confianza de la comunidad en la vigencia del orden jurídico y resultar dañados el sentimiento de seguridad jurídica y con él, la paz jurídica (teoría de la impresión).

Por otra parte, la punibilidad de la tentativa se fundamenta, también, en la peligrosidad del autor, para lo

que se tiene en cuenta si la puesta en peligro del objeto de la acción protegido reside en su voluntad de cometer el hecho (teoría del autor).

Las teorías eclécticas conducen a una combinación de los criterios subjetivos y objetivos, en principio debe seguirse la teoría subjetiva, ya que lo que se castiga en la tentativa es la voluntad criminal exteriorizada, pero este criterio debe ser completado con la idea de la impresión que el hecho produce en la comunidad, porque sólo merece ser castigada una manifestación de voluntad que pueda minar la confianza de la comunidad en la vigencia del orden jurídico". (105)

4.2.2.1.4. Aspecto histórico de la punibilidad de la tentativa

"Aunque el examen del proceso histórico de la tentativa no nos permite encontrar criterios determinados cuyo tránsito pueda considerarse regular, sí nos revela, en cambio, la tendencia general, en las legislaciones modernas, de sancionar el delito intentado con pena menor a la del delito consumado" (106)

"El derecho romano, al distinguir entre delitos públicos y delitos privados, siguió diversa tendencia respecto a la

punibilidad de la tentativa en unos y otros. Mientras en los primeros las leyes distinguieron, en algunos casos de excepción, entre tentativa y delito consumado, consignando penas benignas al delito imperfecto; la regla general estableció la equiparación de ambas formas, en virtud de afectar intereses superiores del Estado. En los delitos privados se ignoraron los grados anteriores y la tentativa quedó de ordinario impune, por no existir en ella daño efectivo justificante de la sanción, de acuerdo a la estrecha noción prevaleciente en la época". (107)

En cuanto a la escuela de los llamados antiguos criminalistas (108) establecieron penas más benignas para las tentativas, que la del delito consumado, a excepción de ciertas categorías de delitos, en cuyos casos se equiparó las penas.

La tendencia romana de impunidad de la tentativa la encontramos aún, muchos siglos más tarde en el código francés de 1871 en el cual, salvo los excepcionales crímenes de asesinato y envenenamiento, cuya tentativa se equiparó a la consumación, se estableció como norma genérica la impunidad total en los casos de imperfección de delito.

Un cambio radical se operó en el código francés de 1810, el cual al discutirse el proyecto del mismo los sofismas de

TREILHARD (109), hizo que se introdujeran en éste, la extraña e injusta disposición que sometía a igual pena la tentativa y el delito consumado, no lograndose establecer ningún cambio en el código de 1832, aunque en el art. 463 (110) se consignó la facultad de los jueces para atenuar la pena de la tentativa.

"Los más ilustres comentadores del código francés, CHAVEAU y HELIE al censurar el código, no tuvieron reparo en proponer una distinción por donde se limita al delito frustrado la aplicación de la pena del consumado, y se reserva otra menor para la tentativa". (111)

Por su parte los partidarios, de la equiparación de penas, sostenían que era inmoral una ley que elevase a la categoría de excusa, el caso fortuito que impidiera la consumación del delito, cuando el autor había realizado todos los actos idóneos y necesarios para consumarlo.

De conformidad con esta teoría, se proponen mantener la igualdad de la pena de la tentativa y el delito frustrado al delito consumado en el proyecto de reforma del código penal belga, mediante la fórmula: "toda tentativa de crimen cometido mediante tales actos, cuyos efectos no está en poder de su actor impedir, es considerada como el crimen mismo". (112)

"Pero el ilustre HAUS no dejó de combatirla con victoriosos argumentos, y en el nuevo código penal belga se ha concluido por castigar la tentativa con pena inferior a la del delito consumado, borrando además, la distinción entre aquella y el delito frustrado". (113)

Podemos observar entonces que por algún tiempo prevaleció la doctrina de la equiparación de la pena entre la tentativa o delito frustrado y el consumado.

Dió origen a esta doctrina, como lo demostró claramente MANCINI (114), en su doctísima disertación sobre conato, una interpretación errónea de algunos textos del derecho romano: en la Ley Cornelia de Sicariis el principio "INMALEFICIIS VOLUNTAS SPECTATUR NON EXITUS" y la ley Julia Mejestatis "EADEM ENIM SEVERITATE VOLUNTATEM SCELERIS, QUA EFFECTUM PUNIRI JURA VOLVERUNT".

CUJAS (115) patrocinó este error con su gran autoridad, el cual alcanza y tiene todavía fuerza de ley en el actual art. 2o. del código penal francés (116) "toda tentativa de crimen que haya sido manifestada por un comienzo de ejecución, si no ha sido suspendida o si sólo ha fallado su efecto por circunstancias independientes del autor, es considerada como el delito mismo", es decir que aún en la actualidad para el derecho penal francés la punición para

el delito tentado es la misma prevista para el delito consumado.

Contra la tendencia de equiparación de las penas surgidas de los códigos franceses señalados, que rechaza abiertamente, los dictados de la ciencia, como los de la política criminal es combatida aún en Francia, no sólo por "CHAVEAU y HELIE, según hemos visto, sino por LEGRAVEREND y CARNOT; en Alemania por FEUERBACH, MITTERMAYER y WEBER; y siempre por la escuela italiana desde JULIO CLARO hasta CARRARA". (117)

También en contra-posición a la tendencia francesa se pronuncian las diversas legislaciones europeas, "como el código penal español de 1822, cuyos artículos cinco y siete, precisaron las reglas de menor rigidez en la sanción para los casos de tentativas punibles. Más tarde, al surgir aunque sin perfiles precisos la distinción entre tentativa y frustración, en el código napoleónico, se estableció el definitivo criterio de sancionar, en todo caso con pena inferior la tentativa con relación al delito frustrado como al consumado". (118)

"Al cimentarse definitivamente la dualidad de los grados del delito, diferenciándose entre tentativa y consumación en los códigos de Alemania de 1871 (párrafo 44), de Hungría

de 1878 (artículo 66), de Noruega de 1902 y otros posteriores, como los de Argentina de 1921 (artículo 42) y de Perú de 1924 (artículo 95), cobra plena aceptación legislativa la dirección de sancionar con penas atenuadas, respecto al delito consumado, la tentativa en sus dos formas de conato y frustración, adoptándose por otra parte la tendencia de punir, excepcionalmente como delitos consumados, algunos actos de ejecución y aún simples actos preparatorios, como medida de política criminal, tendiente a establecer una mayor protección a ciertos bienes jurídicos". (119)

Se ha estimado que sancionar la tentativa (acabada o inacabada) en forma atenuada, obedece a un principio de justicia por no existir en ella la consumación; ya que en la actualidad para los más autorizados escritores y para casi la totalidad de códigos, está ya fuera de dudas que la tentativa y el delito frustrado han de penarse menos que el delito consumado; porque si las tres especies pueden equipararse en fuerza moral, difieren entre sí, por la fuerza física, la cual en la tentativa y el delito frustrado queda imperfecta.

A esta razón se agregan consideraciones de política criminal, como lo es al decir BECARIAS (120) "la de ofrecer ha quien ha comenzado la ejecución de un delito, motivo o

interés para no consumarlo.

Así como también impedir mediante la punición de estos actos (aún en forma atenuada) la reiteración de los mismos hechos, por parte del autor. A esto denomina MANZINI: (121) "UN MOTIVO DE OPORTUNIDAD POLITICA: EL CREAR EN EL DELINCUENTE UN NUEVO Y EFICAZ MOTIVO INHIBITORIO RESPECTO A LA REPETICION DE LA TENTATIVA"

4.2.2.1.5. Criterios de sanción de la tentativa en razón de la cuantía

La opinión de la doctrina, en este punto pueden reducirse a los siguientes criterios: (122)

a) La tentativa debe ser sancionada con pena inferior al delito consumado:

Según la opinión dominante la pena correspondiente a la tentativa debe ser menor que la del delito consumado.

Quienes sustentan esta teoría expresan: " Que como el fundamento de la punición de la tentativa es la violación de la norma penal poniendo en peligro bienes o intereses jurídicamente protegidos; en tal caso se afirma, la pena debe ser menor que la correspondiente al delito consumado,

porque en la tentativa sólo hay violación a la norma; ésta ordena al hombre no matar, no robar, no defraudar, etc. y el que comienza la ejecución de cualquiera de estos delitos la desobedece y por consiguiente la viola, mientras que en el delito consumado, en el homicidio, en el robo, en la falsedad, etc.; además de la violación de las normas penales, que prohíben la ejecución de tales hechos, se ha lesionado el bien jurídico protegido (la vida, la libertad, el honor, la propiedad, etc.) o es decir se ha producido el daño material propio del delito, por lo que la pena debe ser más grave". (123)

"CARRARA" (124) por su parte señala la aplicación, en el caso de aquel principio de adecuación entre el hecho y la pena, pues siendo esta una tutela jurídica, debe estar acorde con la gravedad de la infracción a la ley, resultando a todas luces, justificada la medida de sancionar con pena inferior el delito imperfecto".

CRIVELLARI (125) negó la adopción de la tendencia de paridad de penas, entre tentativa y consumación, considerando válida una razón de justicia, "pues en manera alguna puede ser justo equiparar el peligro de un mal con el mal mismo". A esto se agrega las razones de política criminal proclamada por BECARIAS (126), que invocaba la necesidad de ofrecer al delincuente motivos para apartarlo

de la ejecución de nuevos actos que puedan llevarlo a consumar su propósito delictuoso; porque de sustentarse un criterio de equiparación de penas, el delincuente carecería de interés en abstenerse de proseguir en la ejecución del delito.

Para finalizar diremos que esta posición es objeto de crítica por algunos criminalistas quienes la acusan de haber contribuido a debilitar la represión contra la criminalidad.

b) La tentativa debe ser sancionada con pena igual a la del delito consumado:

Son partidarios de este criterio, los que atienden con preferencia al aspecto subjetivo del delito "como los correccionistas, ROEDER especialmente, que equipara en general, la tentativa y sobre todo la frustración, al delito consumado". (127)

Dentro de este criterio ADOLFO PRINS (128), señala la igualdad del grado que en la represión del autor se da, tanto en la tentativa como en el delito consumado, pues en la primera se ha debido a causas independientes a su voluntad, justificandose en esas condiciones la igualdad de penas.

Por su parte PUGLIA (129), también pretende identidad de sanciones porque la falta de daño material en la tentativa no aminora la gravedad de la violación a la ley.

Asimismo, la escuela positivista (130) se inspira en igual criterio: Una vez que la temibilidad del delincuente se ha exteriorizado, afirman sus seguidores, para la reacción social defensiva es indiferente que el delito no pase del momento de la tentativa como que llegue a su plena consumación.

Partiendo también de este criterio es el tratadista español, EUGENIO CUELLO CALON quien manifiesta: "El criterio subjetivo, es el más aceptable por ser el más favorable a la protección de los intereses sociales; en la tentativa se ha exteriorizado plenamente la voluntad criminal del agente y su peligrosidad, el hecho de que el delito no llegue a consumarse en gran número de casos es puramente fortuito". (131)

Aunque considera dicho autor que no debería de imponerse de modo absoluto la igual pena, sino que se debe dejar al arbitrio de los jueces, según su apreciación de las circunstancias en cada caso, imponer la pena plena o una atenuada.

Y para finalizar diremos que: "también la dirección alemana llamada DERECHO PENAL VOLUNTARISTA, demanda la equiparación, desde el punto de vista de la penalidad, de la tentativa y la consumación".

c) La tentativa debe ser sancionada de acuerdo con la peligrosidad revelada por el delincuente: "como una de la extrema postura de la escuela positiva, con lo cual GARDFALO (criminología P. 229) opinó sobre la identidad de la tentativa con el delito mismo, cuando el peligro emanante en ambos sean iguales. ENRIQUE FERRI sostuvo que la sanción de una tentativa de delito debe depender de la mayor o menor peligrosidad manifestada a través de los actos realizados". (132)

Por su parte FLORIAN (133), declaróse decidido partidario de la menor punibilidad del delito intentado, por expresar un daño menor frente al delito consumado; pero considera conveniente la equiparación de sanciones de forma facultativa, sólo en casos excepcionales en atención a la extrema peligrosidad exhibida por el autor.

En este sentido, la legislación penal salvadoreña, retomando las teorías objetivas que fundamentan la punibilidad de la tentativa, considera que debe penarse ésta de manera atenuada y la fija de la siguiente manera:

"En el delito tentado, el tribunal podrá imponer desde la mitad del mínimo hasta el mínimo de la pena señalada para el delito consumado". De conformidad al art. 73 Inc. 1o. Pn.

4.2.2.1.6. Criterios que justifican la punibilidad de la tentativa

Son varios los criterios adoptados para justificar la previsión legal y punición de la tentativa, pero se pueden reducir a los siguientes: (134)

- a) En razón de la violación voluntaria de un precepto penal;
- b) En razón de la alarma social provocada;
- c) En razón de la turbación producida en el sujeto pasivo y la alarma en el ambiente en que se produce;
- d) Por razón de la disminución por turbación en el orden jurídico, del sentimiento de seguridad de los asociados;
- e) En razón de la peligrosidad objetiva en concreto; y
- f) En razón del peligro corrido.

Así tenemos que, estos criterios se desarrollan de la siguiente manera:

a) EN RAZON DE LA VIOLACION VOLUNTARIA DE UN PRECEPTO PENAL: Esta teoria es sostenida por MANZINI (135), quien haciendo abstracci6n de las razones fundamentadoras de la punici6n de la tentativa, acude a un criterio puramente legal, expresando que el delito tentado es punible "no por otra cosa sino porque constituye violaci6n voluntaria de un precepto penal, cualquiera que sea el criterio pol3tico aceptado en la formaci6n de la ley, y agrade o no agrade a quienes se dedican a buscar cosas abstractas y parad6jicas".

"Esta posici6n de MANZINI ha sido criticada, entre otros, por ANTOLISEI, para quien justificar la punici6n del delito tentado, arguyendo la violaci6n voluntaria de un precepto penal, equivale a soslayar el problema... ya que nadie pone en duda que la raz6n legal de la punici6n de la tentativa radica en la violaci6n voluntaria del precepto penal tipificador, pero el problema planteado y cuya soluci6n se busca consiste en determinar un tipo de raz6n de naturaleza prelegislativa. Afirma que la tentativa se castiga por ser violaci6n voluntaria de un precepto penal es, esquivar la cuesti6n planteada, d6ndole soluci6n fuera del marco de su planteamiento". (136)

Para finalizar diremos que tanto se lesiona el precepto penal con la consumaci6n como con la tentativa, pero que

incuestionablemente existe diferencia, pues mientras que con la consumación se han dado todos los actos constitutivos del tipo, en la tentativa es una disconformidad por la razón de que el efecto querido, hace falta.

b) EN RAZON DE LA ALARMA SOCIAL PROVOCADA: Esta tesis sostenida entre otros por MARIO PAGANO (137), encuentra el fundamento de la punibilidad de la tentativa en la alarma social despertada, en la vida comunitaria, por la ejecución de los actos de tentativa.

Así manifiesta: "El delito perfeccionado lesiona siempre los derechos ajenos, pero la tentativa ofende la tranquilidad y la seguridad". (138)

Para SCARANO (139), esta opinión no puede acogerse, ya que basta reflexionar que de un delito intentado no se tiene noticia, sino cuando ha cesado todo peligro, y que esta hipotética alarma a menudo no surge por completo, sin que por ello deje de ser punible la tentativa; y que a veces, aún cuando se verifique la alarma, puede la tentativa ser inidónea y ayuna de peligro.

Por su parte sostiene este autor, si la razón de la tentativa fuere la turbación social, el delito tentado se

convertirla en un delito SUI GENERI; no sería entonces tentativa de delito, sino delito de tentativa. Y deberían castigarse como tentativa aún los delitos culposos y también aquellos hechos que aún cuando no alcanzan a tener la forma de delitos culposos, sin embargo producen una alarma un peligro social.

Para finalizar debemos de reflexionar en que la alarma social puede ser índice de la importancia penal de un acto, pero no constituir la razón principal de la punibilidad de la tentativa; puesto que el delito tentado al estar previsto por la norma penal, debe despertar alarma en la estructura social; pero esta alarma, lejos de constituir el fundamento de la tentativa, es índice común a todos los fenómenos que toman en consideración el derecho penal.

Y por otra parte, es evidente, que la alarma social no es exclusiva del delito tentado, pues se presenta igualmente en los actos consumativos del resultado.

c) EN RAZON DE LA TURBACION PRODUCIDA EN EL SUJETO PASIVO Y LA ALARMA EN EL AMBIENTE EN QUE SE PRODUCE:" Este criterio, desarrollado por ANTOLISEI, originase en la consideración de que en el delito tentado, como en el consumado, existe la misma razón de punición. Se trata, en ambos institutos, de la concreta intención criminal

manifestada en un acto exterior sancionado en virtud de su naturaleza anti social. La tentativa presenta la característica de ser la manifestación concreta de una voluntad proclive a violar la ley, produciendo un doble perjuicio: turba al sujeto y produce alarma en el ambiente social". (140)

Esta posición ecléctica según SCARANO (141), es inexacta ya que es preciso hacer notar, ante todo, que la razón por la cual se castiga la tentativa es distinta a la razón de la punibilidad del delito consumado, pues si así no fuera, no sería necesaria una disposición especial, con caracteres propios, sino que la tentativa, cuanto más habría de considerarse como una simple circunstancia atenuante al delito.

Tan verdadero es esto que la doctrina, se ha visto obligada, a afirmar que la tentativa, en último análisis, no se castiga por las mismas razones por las cuales se castiga el delito consumado, el cual como es sabido, no se castiga porque se turba al sujeto pasivo, sino porque se ofende el interés jurídicamente protegido del sujeto pasivo.

d) EN RAZON DE LA DISMINUCION, POR LA TURBACION DEL ORDEN JURIDICO, DEL SENTIMIENTO DE LA SEGURIDAD DE LOS ASOCIADOS:

Argumenta CIVOLI (142) que si bien es cierto existe improducción en la tentativa, de un daño material, en virtud de ausencia del resultado; en cambio, mediante la acción tentada se llega a "TURBAR" el orden jurídico esto debido a que en la tentativa aunque no se haya producido el daño material, si pareció que se iba a ocasionar un daño, disminuyendo en esa forma el sentimiento de los asociados sobre su propia seguridad.

"Contra tal tesis se debe notar, ante todo, que el orden jurídico se viola, pero no se pone en peligro. Es obvio que la tentativa viola el orden jurídico entendido como sistema de límites y atribuciones subjetivas; pero esta violación del orden jurídico no contiene la base de la criminabilidad, de la tentativa sino que constituye cuando mucho su consecuencia o reflejo necesario sobre el plano normativo". (143)

"De todos modos, si hablando del ordenamiento jurídico se alude al conjunto de disposiciones, que lo forman, es evidente que el delito tentado nunca podrá poner en peligro el orden jurídico (como por ejemplo una revolución), sino a la seguridad pública, cuestión completamente diversa.

e) EN RAZON DE LA PELIGROSIDAD OBJETIVA EN CONCRETO:" Esta teoría está representada, principalmente, por FERRI y

GAROFALO, encuentra el fundamento de la punición del delito tentado en la voluntad criminal exteriorizada, atendiendo no al hecho material en sí, sino a la intención traducida al exterior en actos peligrosos.

La tentativa de delito, constituye, al decir de ENRIQUE FERRI, el mínimum de actividad antisocial necesario para poner en movimiento el engranaje de la justicia penal, porque su agresión al derecho pone de relieve la manifestación de una personalidad criminal". (144)

"El más o el menos de la sanción conveniente dependerá de los actos objetivamente realizados de referencia a la mayor o menor peligrosidad personal. La anterior apreciación encuentra su razón de ser en el criterio, seguido por FERRI, de considerar la objetividad material de los actos como síntomas y expresión de la personalidad delincente de ella indispensable". (145)

"La escuela positiva, con GAROFALO, había afirmado la punición de todos los actos externos del pensamiento delictivo, estimando comprendidos en ellos a los preparatorios, pues estos también son realización de la idea, del motivo y del fin criminal.

En opinión de FERRI, el simple acto preparatorio debe ser

punible, con apoyo en tal criterio "OBJETIVO-SUBJETIVO", eliminándose así el problema objetivamente insoluble de la separación entre actos preparatorios y ejecutivos; si el juez tiene prueba de que el acto realizado, aún preparatorio constituye la ejecución de un designio criminal, aplicará una sanción a la entidad y modalidades del hecho, a los motivos determinantes y a la personalidad del delincuente". (146)

"La conclusión anterior viene a ser confirmación de la tesis sostenida por FERRI, respecto a la independencia de la penalidad del delincuente en muchos casos, con relación al peligro objetivo, y aún su subsistencia aunque falte éste, como puede suceder precisamente en la tentativa y frustración". (147)

"Recuerda el ilustre positivista (FERRI) el caso de LAURENT, juzgado por la corte de Agen: Un padre perverso, impulsado por motivos de interés, resuelve matar a su hijo, y mientras éste se encuentra trabajando en el campo prepara y carga un fusil para darle muerte cuando vuelva del trabajo; pero el hijo regresa de modo imprevisto a la casa y descarga el arma, colocandola en el mismo sitio en que estaba antes sin que el padre se dé cuenta. Al volver el hijo por la noche, dispara el padre contra él a dos pasos de distancia. Comentando el caso expresa: "Ahora bien, como

quiera que el joven salió ileso, y dado que con un fusil sin carga no es posible dar muerte a un hombre, la teoría objetiva sobre el delito intentado concluye sosteniendo que la conducta de LAURENT no es delictuosa, aunque sí inmoral.

Y lo mismo en el caso del que penetra en la habitación donde duerme una persona que ha elegido como víctima y dispara contra ella, siendo así que había muerto ya, hace algunas horas a causa de un aneurisma o por otro motivo, no es posible matar a un hombre muerto, dice el jurista, que sólo tiene en cuenta la objetividad jurídica de la infracción pero se trata tanto en el caso de LAURENT como en el otro, de un delincuente de peligrosidad indudable, responde el criminalista que valga el acto de autor. En el primero y segundo de estos ejemplos no solo no existe daño alguno, sino que tampoco se dá objetivamente el peligro, pero tanto en uno como en el otro existe la peligrosidad del delincuente. De ello resulta moral y jurídicamente indudable la necesidad de una sanción represiva contra el sujeto; esto es lo que hizo el tribunal de Agen condenando a LAURENT a pesar de las abstracciones contrarias de la lógica jurídica". (148)

Favón Vasconcelos critica esta posición de la siguiente manera: " El error de esta tesis, a nuestro juicio, radica en hacer de la exteriorización de la voluntad un síntoma

de peligrosidad del delincuente y no como debe ser, el fundamento de su culpabilidad ya que la escuela positiva equivoca y desplaza el problema, la tentativa es punible, entre otras razones, por cuanto los actos realizados manifiestan voluntad de delinquir, más no porque revelen la peligrosidad".(149)

f) EN RAZON DEL PELIGRO CORRIDO:" Esta teoría, sostenida por un crecido número de tratadistas fue sostenida inicialmente por CARRARA, ORTOLAN y FEUERBACH". (150)

"Su punto punto de partida radica en la consideración de que aún cuando la tentativa no produce un daño real de carácter inmediato, a virtud de consumación, pone no obstante en peligro la seguridad de determinados bienes, cuya salvaguarda corresponde al Estado, a través del castigo de quien exteriorizó su intención delictuosa en actos a los cuales solo faltó el favor de la fortuna". (151)

Esto debido a que si bien es cierto el delito consumado se caracteriza por la producción de un daño, la tentativa encuentra en el peligro su razón de ser, a este respecto Carrara afirma: :Los delitos imperfectos no pueden por su naturaleza, presentar el elemento de daño inmediato. La razón para imputar el delito imperfecto está en el peligro

que en él hace las veces de daño". (152)

FEUERBACH (153), en Alemania, señaló la peligrosidad objetiva de los actos externos realizados, como fundamento de la punibilidad de la tentativa.

"El concepto de FEUERBACH, perteneciente a la antigua teoría objetiva, fue superado por MAX ERNESTO MAYER, quien estimó como tentativa punible la que expresaba un acontecimiento constitutivo de peligro para un determinado bien jurídico, como consecuencia de una acción incapaz de conseguir el fin propuesto por su autor, idea transformada por V. HIPPEL en una desviación de la teoría del peligro, al afirmar que la tentativa debe sancionarse en razón exclusivamente del peligro objetivo exhibido por el agente al realizar actos tendientes a la consumación de determinado delito". (154)

"GUILLERMO SAUTER establece, como principio, que tanto la realización de un tipo legal como la tentativa unida a la falta de resultado, son merecedoras de pena, pues el ordenamiento jurídico protege sus bienes contra las lesiones y contra los peligros graves, siendo la tentativa actuación hacia un resultado típico no producido, en sentido propio debe considerarsele el peligro concreto de bienes jurídicos en la lesión querida".

"En Italia BETTIOL, entre otros, se encarga de poner énfasis en la naturaleza de la tentativa, la cual a su entender radica en el peligro, en la lesión potencial al bien jurídico protegido y a la cual se dirige la acción del sujeto. En un Estado ordenado, aduce, el legislador se debe preocupar de reprimir no sólo la lesión efectiva de los bienes que integran esencialmente a la relación, sino también la lesión potencial de ellos, es decir, su exposición al peligro de lesión, con base en esa consideración BETTIOL reafirma la represión de la acción humana, cuando expone a peligro de lesión un bien jurídico, permitiéndose insistir que la única referencia es la acción humana, esto es, la peligrosidad de la acción y no la del sujeto, distinción en su criterio de importancia capital porque responde a dos visiones radicalmente distintas del derecho penal". (155)

Uno de los principales críticos de esta teoría lo constituye el tratadista italiano LUIGI SCARANO para quien no es el peligro, la razón de la punibilidad del delito, sino el fin que se ha propuesto el autor de cometer el delito, cuando manifiesta lo siguiente:

"Ante todo debe advertirse que la norma que incrimina a la tentativa tiene una función especialmente preventiva, que no la tiene la norma relativa a la consumación del delito.

Además, en la tentativa, considerada bien como hipótesis normativa o como realidad fenoménica, resulta inexistente el peligro. Viendo bien las cosas la tentativa debería derivar su origen no del peligro, sino del caso fortuito que ha impedido la acción o el resultado, como lo ha afirmado CARRARA con muy buen acuerdo.

Según se ha visto, el peligro pasado no es ya peligro, y la referencia al peligro, cuando se le relaciona con la acción pasada y agotada, es un contra sentido; como es un contra sentido hacer conjeturas en torno a las posibles consecuencias de un hecho que se ha agotado sin producirlas. La razón de la norma que rige la tentativa está en el querer castigar a quien ha puesto de presidente una voluntad dirigida al delito, aún cuando no haya logrado realizar sus propósitos, no en incriminar el peligro, debe castigarse lo que ha sido, no lo que debiera haber sido.

Porque si el peligro fuera la esencia de la tentativa, debería de haber un precepto que contuviera la obligación correspondiente de no producir dicho peligro, como sucede en los delitos llamados "de peligro", y, como pasa también en éstos, debería castigarse no sólo la voluntad de consumar el delito, sino la de producir un peligro, creando tantos delitos de peligro, como tantos son las manifestaciones de voluntad dirigidas al delito.

Asimismo se llegaría a la conclusión contradictoria en su esencia, de que en los delitos de peligro, la tentativa por estar privada de resultado debe ser configurada, ... sin peligro.

Ahora bien si la razón de la tentativa estuviera en el peligro corrido por el bien, se debería también configurar la tentativa en los delitos culposos. Pero al contrario en la tentativa no se castiga la voluntad de poner en peligro un bien, sino la de cometer un delito aunque a la postre no se haya cometido, esto es lo que significa la tentativa.

Si en un dado caso que tiene todas las características de lesión, se afirma que hay homicidio tentado, es evidente que no es el peligro el elemento de determinación decisivo; y así debe ser, ya que no puede reducirse al común denominador de peligro la tentativa, sino que es la voluntad al delito de un modo no equivoco, esto es el fin del agente.

En resumen hay en la tentativa un elemento finalista que confiere a la acción, aún privada de resultado y precisamente porque está privada de él una importancia especial y ese elemento es la voluntad dirigida al delito.

Por tal motivo, si, como se ha anotado, el peligro puede ser reconocido como uno de los motivos que han inducido a

la ley a incriminar la tentativa, se debe aclarar, sin embargo, que la noción de conato no corresponde, perfectamente a la del peligro, porque éste, en la tentativa no resulta de la naturaleza intrínseca del acto, sino de la existencia de una acción, esto es de una voluntad inequívocamente dirigida al delito y a la cual según la común experiencia, corresponde un resultado de peligro.

Por tanto, de la premisa exacta de que la naturaleza de la norma referente a la tentativa es por excelencia preventiva, no puede sacarse la conclusión inexacta de que la razón de la incriminabilidad de aquella está por entero en el peligro corrido por el bien jurídicamente protegido, sino en el fin de dar realidad a un daño o a un peligro.

Más allá del peligro existe, en suma, un elemento finalista que da a la acción incompleta su carácter peculiar". (156)

No obstante las anteriores críticas señaladas por SCARANO y FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, considera satisfactoria como fundamento de la punibilidad de la tentativa esta tesis del peligro corrido no dándole importancia a las objeciones que hacen sus detractores de esta posición; manifestando lo siguiente: "El peligro de consumación de daño satisface como criterio fundamentador de la punibilidad de tentativa.

Siendo inexacto el argumento de que en la tentativa, se considera como hipótesis normativa o como fenómeno; sea inexistente el peligro.

Las circunstancias de la inconsumación del resultado no resulta suficiente para poner en duda el peligro; éste no es creación artificiosa sino algo real producido por la acción y valorado normativamente por el aplicador de la ley.

Tampoco resulta ser exacto que el peligro pasado deja ser peligro, pues de seguir en toda su consecuencia lógica éste razonamiento también el daño pasado dejaría de ser daño y no habría motivo fundado para sancionarlo, lo cual resulta evidentemente absurdo.

En el orden jurídico, el peligro es lesión efectiva al ordenamiento legal, más no daño tratándose de aquellos tipos en los cuales dicho resultado formal lo constituye la puesta en peligro de ciertos bienes; en el orden material el peligro es la posibilidad de daño amenazante del bien jurídico objeto de protección penalista.

La noción de peligro, debe ligarse al concepto de probabilidad, la cual, al decir de ANTOLISEI, no es algo arbitrario o imaginario, sino producto de la experiencia,

esto es, de la observación sistemática del hecho". (157)

4.2.3. Forma de culpabilidad de la tentativa

La culpabilidad es uno de los elementos positivos o característicos del delito en su concepción dogmática, que supone a su vez el cometimiento de un acto voluntario, punible, típicamente anti-jurídico e imputable, y la cual podemos definir de la siguiente manera: "es el reproche que se hace al autor de un hecho típicamente anti-jurídico, imputable y punible en atención al deber que tiene de actuar conforme a la norma jurídica y al que puede exigírsele una conducta conforme a la misma, habida cuenta además de la motivación y personalidad del sujeto, hecho al cual se encuentra ligado por un nexo psicológico que lo constituye el dolo o la culpa". (158)

"La culpabilidad, elemento del delito, cuyo rango esencial en el derecho penal moderno fue apuntado por BELING al elaborar el principio de "NULLA POENA SINE CULPA", ha sido estimado en sentido amplio como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad de la conducta anti-jurídica, comprendiendo a la imputabilidad, mientras en sentido estricto, como lo observa WELZEL, la culpabilidad es reprochabilidad, calidad específica de desvalor que convierte el acto a voluntad en acto culpable. Desde esta

perspectiva, la libertad de voluntad y la capacidad de imputación, en suma, la imputabilidad, constituye un presupuesto de culpabilidad, pues el reproche supone libertad de decisión y capacidad de reprochabilidad". (159)

"Para la concepción normativa la culpabilidad no puede consistir en una pura relación psicológica entre el sujeto y el acto, representando esa relación únicamente su punto de partida. Dado un hecho psicológico concreto, deben establecerse sus motivos para ubicar la conducta dentro de los ámbitos del dolo y la culpa, camino indispensable, pero que no agota el concepto de culpabilidad, pues de ahí debe arribarse la conclusión de si el hecho es o no reprochable, para lo cual habrá de comprobarse si teniéndose presente los motivos y la personalidad del autor le era a éste "exigible" una actuación acorde con el derecho". (160)

"En el delito tentado surge con toda plenitud y con carácter general la culpabilidad. El sujeto, al realizar actos de ejecución de un delito, dirige su voluntad a la producción de un resultado anti-jurídico, siendo dicha voluntad la relación psicológica que habrá de fundamentar la reprochabilidad". (161)

La culpabilidad se puede dar en varias formas, consistentes, éstas en las distintas situaciones

eminentemente subjetivas e indicadoras del estado anímico del agente imputable, cuando comete un hecho delictivo. Estas formas de culpabilidad son tres: dolo, preterintencionalidad y culpa. (162)

Es nuestro objetivo determinar cuál de estas formas de culpabilidad admite la tentativa, para lo cual es indispensable definir cada una de ellas:

DOLO: Consiste en la representación de un resultado o evento dañoso y el sentimiento del mismo, es decir, la aceptación, ratificación o consentimiento definitivo del sujeto activo del delito ante la representación que previamente se ha hecho del resultado dañoso, el cual acaece como consecuencia del mismo.

PRETERINTENCIONALIDAD: Consiste en la intención y voluntad del agente dirigidos hacia el resultado dañoso, querido, pero que resulta ser mayor por falta de previsión de aquel al actuar, precisamente sobre la mayor gravedad y ocurrencia del mismo, pudiendo y debiendo ser previsto tal resultado al actuar.

CULPA: Es la voluntad de un acto (acción u omisión) cuyo resultado dañoso no es querido ni asentido pero producido por falta del deber de previsión, siendo previsible, se haya o no representado el agente el resultado dañoso que se produce.

Ahora bien, de ninguna manera puede concebirse una tentativa en la cual la acción no vaya dirigida a la consumación del delito, de manera que todo acto ejecutivo lleva impreso el "DOLO DE CONSUMACION", resultando característica en la tentativa la proyección de la voluntad a un resultado no alcanzado por el sujeto.

Decimos entonces que el dolo de la tentativa es el dolo del delito consumado.

Si decimos esto, es importante establecer la naturaleza del dolo que admite la tentativa, ya que algunos autores se preguntan si es apto para configurar la tentativa el dolo condicionado o eventual, a ello responde HANS WELZEL (163) que si bien basta para la consumación del dolus eventualis, basta también para la tentativa.

Por otra parte "para caracterizar específicamente el dolo impuesto por la exigencia legal de que el comienzo de ejecución debe cumplirse con el fin de cometer un delito

determinado, se emplean por la doctrina y la jurisprudencia las expresiones "DOLO DE INTENCION". "DOLO DE PROPOSITO"; ello no obsta para que se admita la posibilidad de la tentativa en los delitos de impetu (delitos de impulso), que no impide ejecutar la acción con un fin, matar, por ejemplo y son cometidos con dolo cierto". (164)

"La acción imperfecta (conato) o la acción perfecta (frustrado) no llega nunca a la meta propuesta, esto es, en el mundo fenoménico jamás se produce la lesión querida por el autor. Esto lleva a considerar inexistente un específico dolo de tentativa, pues como dice MAYER, si alguna persona tuviera la intención de causar una tentativa los actos ejecutivos serían impunes. Lo anterior equivale a sostener que la intención en la tentativa en nada se diferencia de la intención o del dolo del delito consumado cuestión sostenida entre otros por FRIAS CABALLERO, en su monografía: EL PROCESO EJECUTIVO DEL DELITO (165)

"Como consecuencia lógica del carácter común existente entre el dolo y el acto ejecutivo y el del delito consumado, es imposible la configuración de la tentativa en los delitos culposos, los cuales se caracterizan por la ausencia de voluntad de causación del resultado dañoso". (166)

"Comparte dicha opinión Jiménez de Asúa, quien con claridad

expresa: es exacto que tambien la culpabilidad es un delito, puesto que hablamos de delitos culposos, pero no es posible en la imprudencia o negligencia emprender la acción con el "fin" o el objeto de cometer un acto antijuridico y culpable, el que corre con su automóvil tiene por objeto ganar la carrera, tomar el fresco o gozar de su pericia, pero jamás el fin de cometer un delito. Por eso, si no atropella a un transeunte, por mucha que haya sido la velocidad y grave la imprudencia no podemos decir que hay tentativa de culpa..." (167)

No obstante algunos autores (MEZGER, MANZINI, MAGIORE, ANTOLISEI y MAURACH (168)) admiten tentativa no sólo para los delitos dolosos por lo que consideran que la tentativa es concebible en los delitos culposos; pero que ésta no está sancionada por el derecho positivo.

Aunque ya es regla generalizada en la doctrina, que ningún argumento de los que se hacen en favor de la tentativa en los delitos culposos es conveniente.

Y para terminar este punto es preciso decir que por las mismas argumentaciones que no es admisible la tentativa en los delitos culposos, tampoco lo es en los delitos preterintencionales ya que en estas figuras existe un resultado culposos.

En cuanto al código penal salvadoreño diremos que por el elemento del fin de perpetrar un delito, establecido en el art. 28. Inc. 2o. Fn. como requisito de tentativa nuestra legislación admite como forma de culpabilidad únicamente los delitos dolosos.

4.2.4. Naturaleza jurídica de la tentativa

Es de suma importancia doctrinaria determinar, cual es la naturaleza jurídica de la tentativa, para lograr establecer si se trata de una figura jurídica autónoma en sí, o se trata por el contrario de una figura accesoria a un tipo especial de delito; concluyendo entonces si la tentativa es un delito imperfecto a una norma jurídica autónoma y perfecta.

"Ya MASARI (169) informa que diversos autores al referirse a la tentativa de delito, exponían que la misma encontraba diferencia con el delito consumado en cuanto que en ella faltaba el resultado material anti jurídico (Violación del bien jurídico protegido por la ley penal); aún cuando se presentaban los restantes elementos constitutivos de la figura rectora o el tipo, de aquí que se concibiera al delito tentado, como una parte del delito consumado".

Aunque debe observarse también, que en la tentativa existe

un resultado, que es aquel de daño potencial, objetivado en el estado de peligro en el bien jurídico protegido por la norma.

Se dice entonces que la tentativa aún teniendo todos los elementos que forman la estructura del delito, parece a primera vista y tomando la consumación (resultado) como punto de comparación de un delito perfecto.

Esto debido a que cualquier concepto que pretenda darse sobre la tentativa debe hacerse en función del delito perfecto o consumado lo que ha llevado a ciertos autores a denominar a la tentativa como un delito secundario o imperfecto, pues faltando en ella la consumación solo es posible su existencia en razón de un determinado tipo legal al cual se relaciona.

"BRICHIT, sostiene que: considerar la tentativa como figura autónoma de un delito, significa hacer de la tentativa, que solamente es la disminución cuantitativa del relativo delito consumado (y que por lo tanto no sale de la esfera de cantidad) en una modificación de calidad; es decir el pasaje de una calidad (delito meta) a otra (delito peligro) y por lo tanto, es de esta manera, poco exacto que la tentativa sea una figura autónoma de delito, la cual regiría con leyes propias, siendo que no se puede

pensar en la tentativa de un delito sin pensar en el correspondiente delito consumado del cual el delito tentado es parte". (170)

Basados en la accesoriedad de la tentativa se han creado varias teorías para explicar tal naturaleza, entre las cuales se mencionan principalmente tres: (171)

a) La que considera la tentativa como la extensión de la pena correspondiente a la consumación del delito;

b) La que establece que la norma de la tentativa es como la de la participación de naturaleza accesoria; y

c) La teoría que considera a la tentativa como una extensión del hecho típico supuesto en la consumación del delito.

En cuanto a la primera teoría "primeramente MAX ERNESTO MAYER y después EDMUNDO MEZGER (172) han considerado la tentativa como una causa extensiva de la pena que amplifica el carácter delictivo, de los hechos tipificados en la parte especial de los códigos y que, por ello establece una especial tipicidad ubicada más allá del círculo del delito consumado"

"SETIOL (173) pone en claro la imposibilidad de sancionar los actos dirigidos a la consumación del delito, cuando no se llega al fin propuesto, de no existir la norma secundaria de la tentativa, cuya finalidad es extender la incriminación de la norma principal".

"En consecuencia la tentativa sólo puede aplicarse en virtud de la necesaria relación existente entre ella y la norma incriminadora principal, opinión compartida por VANNINI (174), para quien únicamente a través de la norma de la tentativa hacerse posible sancionar conductas que de otra manera carecerían del signo de ilicitud".

LUIGI SCARANO critica esta teoría diciendo: (175) "No se puede decir, por tanto, que esta norma (que regula la figura de la tentativa) lleva una función extensiva de la pena, ya que tal función no siempre se ejercita (cita como ejemplo el caso de las faltas que no admiten tentativa) a esto agrega que si en la mayor parte de legislaciones la tentativa se castiga de modo más leve que el delito consumado correspondiente, no se puede decir que la tentativa representa una causa de extensión de la pena, en realidad, bien vistos los casos, y según lo anota agudamente HOLD-FERNECK, si se quiere plantear el problema en éstos términos, la extensión de la pena debería ser desarrollada, no por la norma que se refiere a la

consumación, sino por la disposición que se refiere a la tentativa, y ésta es la norma que interviene para castigar hechos que de otro modo escaparían a toda regulación jurídica".

Por otra parte existe la teoría que considera a la norma que regula la tentativa de naturaleza accesoria al igual que la norma que regula la participación, SCARANO a su vez critica esta teoría señalando que se trata de instituciones jurídicas distintas (176) "una cosa es el carácter accesorio de la participación y otra el carácter incompleto de la acción en la tentativa". La participación es una manifestación del delito consumado, en tanto que la tentativa es una negación del delito consumado, es necesario no confundir los modos opuestos a través de los cuales se perpetra la agresión al bien (tentativa y consumación) con los atributos (participación) a través de los cuales se manifiesta la consumación del delito".

En cuanto a la tercera teoría MARIO JIMENEZ HUERTA (177) nos manifiesta: que la tentativa tiene un carácter de dispositivo amplificador del tipo y fundamentador de la punibilidad de ciertos actos, que de no ser así quedarían impunes por su atipicidad, negándole así a la tentativa autonomía, considerándola accesoria tanto por su naturaleza como por su rango jurídico-penal, pues ontológicamente y

teleológicamente sólo entra en función cuando se conecta con un tipo específico.

Ante esto, SCARANO expresa con sentido crítico lo siguiente: (178) "no se puede decir, por lo tanto, como lo hace ZIMMERL, que la norma que regula la tentativa contiene en último análisis, una ampliación de hecho típico descrito en la norma relativa a la consumación. En la tentativa no se castiga el hecho típico descrito por la norma que preve la consumación, sino algo anterior, a lo cual puede atribuírsele un resultado de daño o de peligro".

Ante todo es necesario no olvidar, como se ha visto, que para el derecho penal, la acción no es sólo el hecho ejecutivo, sino también el acto preparatorio, y por lo tanto que el hecho no es sólo el previsto por la ley para la hipótesis del delito consumado, sino también el acto antecedente que se manifiesta adecuado para producir el resultado dañoso o peligroso. (179)

"En la realidad, en la tentativa se castiga un hecho distinto del descrito en la norma que se refiere a la consumación aun cuando, dado que en ambos casos se protege en potencia y en el acto el mismo bien pueda parecer a primera vista, que se trata de una ampliación del hecho previsto por la norma en el momento de su consumación" (180)

Aparte de estas teorías que tratan de dar un carácter de accesoriidad a la tentativa, existen otras que tratan a ésta como de naturaleza mixta o (sui generis).

Así Ramón Palacios (181) empieza por observar que las acciones inconsumadas no serían delictuosas, ni merecerían pena de no ser completada por la figura de la tentativa, la cual sanciona el acto tendiente a la lesión sin obtenerla, deduciendo de ahí, que se requiere de una norma específica incriminadora de dicha actividad, cuya naturaleza es accesoria de la norma principal y representa un grado menor de ésta, pero al mismo tiempo es un " título autónomo" sin vida por sí misma y cuya previsión legal es indispensable dentro de los sistemas jurídicos.

A idéntica conclusión arriba BETTIOL (182) para quien la imperfección de la tentativa surge de su contraste con el delito consumado; en cuanto concierne a su estructura, la tentativa es perfecta en sí por presentar todos sus elementos indispensables para configurar un delito: el hecho típico, la anti-juridicidad y la culpabilidad, distinguiéndose únicamente del delito consumado, en razón de su objetividad jurídica, en la cual no existe efectiva lesión al bien jurídico sino sólo peligro de lesión.

Y para finalizar sobre este punto, también ANTOLISEI (183)

considera la tentativa como el resultado de la combinación de dos normas una principal (norma incriminadora especial) y una accesoria (norma extensiva), originándose así un nuevo (título de delito de carácter autónomo), en esta consideración la tentativa constituye un delito perfecto, posición ya defendida por MASSARI (184) entre otros.

Sobre la naturaleza jurídica de la tentativa aparte de las dos teorías anteriores la mayoría de autores modernos consideran que ésta es de carácter autónoma en tal sentido FRANCISCO PAVON VASCONCELOS (185) manifiesta: que aunque la tentativa se subordine, para su punición a la referencia típica concreta, no es posible negarle su carácter de figura autónoma, aunque si se la relaciona con el delito consumado, surge sin discusión en el contraste entre ambas figuras, su naturaleza imperfecta y subordinada, no obstante considerada en sí misma, constituye un delito perfecto, pues es una figura con caracteres propios y punible, por lo tanto la razón de ser de tal aparente contradicción radica en la imposibilidad de incriminar un delito imperfecto sin darle la fisonomía de un delito perfecto, consecuentemente, la tentativa es un delito por sí en razón de su particular estructura y naturaleza, diversa al delito consumado, pues tiene objetividad propia, actividad típica singular y sanción específica, aunque atenuada respecto al delito consumado.

Con acierto RAMON PALACIOS (186) estima que el concepto de perfección; usado con referencia a la tentativa y a la consumación, se puede entender desde un punto de vista, natural o jurídico, bajo el primero es obvio que la consumación es perfección por corresponder el acto humano con la lesión completa del bien contemplado en el precepto tipificador; y que la tentativa es imperfección porque falta precisamente "el resultado", el más importante de los requisitos del tipo; más jurídicamente estimado el tema, es consumación y perfección el delito tentado, porque se ha olvidado la norma prohibitiva, pues sustituido el resultado por el peligro, verificase ya la subsunción del hecho histórico en los preceptos que prevén y punen el actuar en el que está ausente el resultado.

CARRARA (187) manifiesta que "La tentativa lejos de formar parte de un delito consumado, es un ente jurídico sustancialmente diverso de éste; así tenemos que tanto la tentativa como el delito consumado son entes jurídicos diversos ya que son distintos sus elementos, de modo que no puede decirse, sin caer en error, que el uno es parte del otro y que en la tentativa se consuma parcialmente el delito deseado".

A este respecto (188) observa "Un hombre sin brazo; es imperfecto con relación aun hombre no mutilado, pero

siempre es un hombre", tratando de dar a entender que aunque en la tentativa no hay resultado, ésta es perfecta como ente jurídico autónomo.

VANNINI (189) expresa: "Que son científicamente inexactas las expresiones tan usadas de DELITO TENTADO y TENTATIVA DEL DELITO, que equivaldría decir lo blanco es negro y lo negro es blanco.

El delito es delito, y precisamente por lo que es, no puede ser una tentativa o al contrario la tentativa no puede ser delito" agrega además que no obstante que la norma violada en la tentativa sea la norma primaria que supone la consumación, la tentativa constituye un tipo de delito *ase* (en sí). (190)

"como puede sostenerse seriamente -exclama GEYER- (191) que alguien haya consumado en parte un delito de homicidio sólo porque ha suministrado morfina, sustancia que en último análisis, lejos de ser dañosa, se muestra útil para calmar el dolor espasmódico de la víctima; como puede sostenerse desde un punto de vista naturista, agregamos nosotros (SCARANO), que un golpe fallado puede constituir una consumación parcial".

"Tan cierto es esto, que si así no fuera, sería

inexplicable como en la tentativa puede violarse la norma sin que exista la lesión de un interés ajeno". (192)

"Y por lo demás sería inexplicable como la parcial consumación de un delito, se resuelve no en la parcial violación de un bien, sino en algo distinto, que si bien inexactamente se ha venido denominando peligro, no tiene relación alguna con la incriminación típica". (193)

"Después de todo, sería metodológicamente inexacto considerar la tentativa como un momento de la consumación y definir la entidad que se estudia, no por lo que es, sino por lo que no es, sería como dar la noción de cabeza, teniendo en cuenta, no sus caracteres propios, sino los de aquellos otros órganos a los cuales pertenece la cabeza como parte del cuerpo.

Por tanto, la tentativa no es, en el plano normativo un fragmento del delito consumado, sino que tiene su autonomía específica, la consumación y la tentativa son dos momentos distintos.

La técnica legislativa moderna que coloca la figura jurídica de la tentativa en la parte general no debe inducir a engaño, ya que esto es, por la sola razón de que aquella debe referirse, de igual modo a numerosas y

diversas especies de delitos, con base en una uniformidad correspondiente a la intención y al resultado, sin embargo, el delito tiene su figura característica, autónoma, como la tiene el delito consumado". (194)

Por su parte GUSTAVO MALO CAMACHO (195) sostiene "Que el delito tentado integra una figura perfecta de delito, entendiendo no obstante, el concepto de delito perfecto en su acepción clásica cuando significa "terminar", "cumplir" la tentativa se presenta como aquella situación, que ha permanecido en itinere, sin haber logrado su consumación, por lo que desde tal ángulo se presenta como delito imperfecto, pero la afirmación es válida solamente cuando es referida al delito consumado, considerado perfecto por haber llegado a su meta; de aquí que la figura de delito tentado integre un delito perfecto, y sólo sea admisible la denominación de imperfecto cuando la afirmación venga sostenida en relación a la particular característica del delito no consumado".

"Como expresa ANTOLISEI siguiendo a PAOLI (196), el delito tentado es el resultado de la combinación de dos normas, la norma de incriminación como norma principal y la norma de integración extensiva como norma secundaria, generalmente prevista en el libro primero de la ley penal, ambas normas producen como resultado el nacimiento de una disposición

normativa diversa e independiente que origina un nuevo tipo delictivo, el cual debe ser considerado como autónomo".

"Concluyendo (197) consideramos que la figura de delito tentado constituye un delito autónomo, propiedad que le deriva de encontrarse integrado por una norma perfecta, en cuanto está compuesto de precepto y sanción y de contener un fin propio, no obstante que su objeto jurídico, es decir, el bien jurídico protegido, sea el mismo (que el delito consumado) y es precisamente la diversa forma de otorgar tal protección, lo que da a la tentativa su fin particular y creemos que tal fin sea evitar el peligro que deriva de poner en acción determinados actos que, de ser consumados, producirían un resultado dañoso o peligroso; asimismo es posible concluir que la tentativa, si bien se constituye en una figura autónoma, encuentra su conformación como una figura accesoria, secundaria y extensiva".

Sobre la autonomía de la naturaleza jurídica de la tentativa es quizá LUIGI SCARANO (198) el que más argumenta y defiende esta teoría; así afirma: "La norma que regula la tentativa no es accesoria, sino que tiene un contenido preceptivo, aún cuando a primera vista parezca referirse a otras normas que obedecen a distintas exigencias y a

diversos fines.

No hay ninguna relación de necesidad o de referencia entre la norma que prevee la consumación y la que regula la tentativa; en realidad son dos normas diversas, que aún cuando protegen el mismo bien jurídico (en acto y en potencia) no existe, pues ninguna relación propiamente dicha entre las dos, sino que a lo sumo podrían verse en el delito consumado y en la tentativa una convergencia del conjunto de medios tuteladores que se emplean en dos momentos diversos del mismo bien.

Así SCARANO insiste que: "Desde un punto de vista estrictamente jurídico, el delito tentado no tiene ninguna relación con el delito consumado; porque mientras que en la consumación del delito se presenta el elemento de la antijuricidad cuando se verifica la lesión al bien jurídicamente protegido; en la tentativa, por el contrario, se alcanza la punibilidad del acto cuando se verifica la idoneidad de éste para causar daño o peligro al bien jurídicamente protegido".

Asimismo señala: "es necesario no dejarse engañar por la circunstancia completamente exterior, según la cual como en la tentativa no se ha realizado el fin que el agente se proponía, por ello el delito tentado es manifestación

accesoria del delito consumado, esto desde un punto de vista psicológico, y teniendo en cuenta que el propósito del agente no se ha realizado perfectamente, la tentativa representa algo incompleto; pero en el plano normativo se presenta como una figura autónoma perfecta en todos sus elementos estructurales.

Lo que liga de modo genérico la tentativa y el delito consumado es solo la protección del mismo bien, pero éstas como se ha visto, se desarrollan, por razones profundamente distintas, en dos momentos temporalmente diferentes.

Para concluir, sostiene este autor: "Que la norma diferente a la tentativa es autónoma y primaria, conserva el momen juris de la figura delictuosa a que se refiere, por cuanto, ya sea en el delito, ya en el consumado, es siempre el mismo bien agredido.

La tentativa y la consumación expresan los modos opuestos a través de los cuales se perpetra la agresión al bien jurídicamente protegido.

Y como es una norma autónoma, se refiere, según se ha visto, a todos los bienes, dando lugar a la tentativa, ya en los delitos de daño o ya en los de peligro.

GUSTAVO MALO CAMACHO citando al maestro italiano (SCARANO) expresa que la tentativa desde el ángulo normativo tiene su autonomía específica, ya que en ésta, la agresión del bien es solo en potencia; entre el delito consumado y el delito tentado no se observa una diferencia de cantidad sino de calidad señalando el art. 57 del código penal italiano con el que al delimitar los términos de prescripción de los delitos, pone a la luz tal distinción.

Señalando que la Corte de Casación Italiana, refiriéndose a la norma anterior ha reconocido la autonomía de la figura al resolver: "El delito tentado es un delito por sí mismo jurídicamente diverso del correspondiente delito consumado y la razón de su punibilidad no debe observarse en el peligro de la consumación del delito, sino en la violación de la norma penal a que va dirigida, por lo cual en el delito tentado no va incito el carácter del delito de peligro, sino según los casos resueltos, producidos, aquel de delito de daño o peligro", y en tal sentido se ha orientado la doctrina italiana de los últimos años.

4.3. Distintas figuras de la tentativa

4.3.1. Concepto y elementos constitutivos de la tentativa

Existen muchas definiciones de tentativa, dadas por los

distintos autores; aunque la mayoría de ellos convergen esencialmente en la misma; retomaremos aquí la definición dada por FONTAN BALESTRA: "tentativa es el 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". (199)

Tenemos entonces, que "cuando la voluntad criminal se traduce en un caso externo, que entra en la esfera de consumación del delito sin llegar a llenarla y va dirigido claramente a conseguir la objetividad jurídica del delito, pero sin llegar a lesionarla, el acto se llama ejecutivo y la figura a que dá lugar se denomina tentativa. Esta puede definirse sintéticamente como la ejecución incompleta de un delito". (200)

La tentativa es un grado en la vida del delito, es por la falta del daño inmediato o físico un delito imperfecto.

Ahora bien, "concluida la fase interna o intermedia cuando ésta ha tenido lugar, a través de los actos preparatorios, el autor avanza hacia su realización, entrando a ejecutar el acto o actos propios del delito que se ven interrumpidos por una o varias causas que en un momento dado paran la ejecución. Si estas causas no son el propio y voluntario

desistimiento de aquél tenemos la figura de la tentativa punible, pero si el paro en la ejecución se debe al voluntario desistimiento de él, aún cuando hay un delito intentado, el derecho y la legislación penal no le dan el carácter de tentativa y hasta lo excluyen de toda sanción penal. (201)

"El deslinde definitivo entre los actos preparatorios y la tentativa se han determinado sobre la base de que en aquellos no hay un principio de ejecución, y en cambio esta es ya la ejecución misma, aunque incompleta, del acto o actos delictivos determinados, en el tipo legal". (202)

"De conformidad al concepto dado, el presupuesto fundamental de la tentativa es la intención de obtener el resultado dañoso del delito que principia a consumarse". (203).

Es por esto que la tentativa no puede darse en los delitos culposos, que por su propia naturaleza carecen de intención criminal. Ni siquiera en el caso de la culpa con representación, pues (como se sabe) el agente aún cuando se representa el posible o probable resultado dañoso, no lo pretende ni lo quiere y su falta de previsibilidad lo lleva a creer que no ocurrirá, motivo precisamente por el cual continúa en su imprudente actuación". (204)

"Este presupuesto del delito intentado es fundamental porque, como luego veremos, debe determinarse cual es ese mal que se intenta cometer, ya que, si fuese una simple falta, la tentativa no sería punible. Aparte de lo anterior, la regla general en las legislaciones, es la de sancionar el delito intentado con parte de la pena que corresponde al delito que el culpable se proponía cometer". (205)

Son tres los elementos constitutivos de la tentativa:

- a) Fin o intención de cometer un delito determinado;
- b) Comienzo de ejecución de dicho delito; y
- c) No consumación por circunstancias fortuitas e independientes a la voluntad del agente.

a) Fin o intención de cometer un delito determinado:

"El fin y el acto son términos naturales de la relación, sin los cuales no es posible no solo obtener la noción de tentativa, sino reconstruir, en su génesis, cualquier acción humana" (206). El primer elemento es la determinación del fin de cometer un delito (algunos usan con mayor o menor propiedad las palabras de intención, decisión o voluntad), sin esta determinación preliminar no es posible reconstruir un fragmento de acción que, por circunstancias independientes de la voluntad del agente, se

ha perdido en el vacío.

Este primer elemento "no es cualquier acto que inicia culpablemente la ejecución de un hecho previsto como delito. El elemento finalista en la tentativa es algo más y distinto del momento psicológico en la culpabilidad. No se resuelve en un juicio de imputación de la acción a su autor, sino que es un juicio que viene desde adentro y que brota desde la voluntad misma dirigida a aquel delito, de la decisión, del fin que se propone su autor, sin la referencia a este fin no es posible atribuir al agente un resultado que no se ha verificado o una acción que no se ha cumplido, ni es posible, en el plano naturalista, reconstruir en su trayectoria un hecho parcialmente acaecido. Puesto que en la tentativa, a diferencia de lo que sucede en la consumación del hecho doloso, la intención del agente no ha alcanzado su fin, el problema consiste precisamente en la reconstrucción del fin para reconstituir a la intención su contenido, su meta y al acto su sentido inconfundible". (207)

"En efecto, con el solo dato de la voluntad no se sabría si el agente se ha propuesto verdaderamente la perpetración de un delito, no con el dato de la voluntad genérica de delinquir se sabría a qué delito se dirigía efectivamente el reo. Según MANZINI, la voluntad comprobada de disparar

un tiro dirigido a un fulano que resulta incólume, no resolvería el interrogante de si se trata de imprudencia o de voluntad dirigida al delito. Y aún cuando se mostrara que aquel disparo se hizo con intención delictuosa, quedaría por saber si el fin fue el de matar, el de herir o el de amenazar y, en consecuencia, si hay que ver en el acto, una tentativa de homicidio, de lesiones o de amenaza". (208)

"De ahí la necesidad de referirse no sólo a la intención, sino algo más profundo, y al mismo tiempo, más determinado: el fin. Este es no solamente una intención genérica de producir un resultado, surgida a veces por la sollicitación de los hechos externos, sino de una intención más profunda, que ha obrado tal como ha querido, en la mayor coherencia consigo misma". (209)

"Por otra parte, el fin no es sólo una intención más profunda sino una intención sorprendida en el momento de producir aquel resultado, determinado en el espacio y en el tiempo. No es solamente el dolo sino un dolo sorprendido, por decirlo así, en el momento de formarse. Con gran perspicacia afirma CARRARA que en la tentativa: es necesario abandonar la consideración de lo que sucede, para seguir la consideración de lo que, en el precepto del agente, debía suceder. En la intención de golpear un

adversario, es necesario en cada caso reconstruir el fin que el agente se proponía, y si aquel era el de matar, el de herir o el de amenazar. He aquí por qué para la expresión del elemento finalista en la tentativa resulta el término voluntario como el término doloso". (210)

"El fin satura, anima toda la acción, en la tentativa, el fin no está como en el dolo específico, por fuera del hecho, como un apéndice de la naturaleza psicológica que determina la existencia del delito, sino que es el elemento primero e indispensable de donde nace toda la reconstrucción psicológica de la realidad fenoménica y que da vida a la hipótesis normativa". (211)

"Tan cierto es esto que el comienzo de los delitos culposos (como ya se ha visto) no pueden convertirse en tentativa de delito, porque precisamente falta en ellos el fin que es uno de los requisitos esenciales". (212)

En conclusión podemos decir que en verdad, para que la tentativa de un delito sea imputable y punible ha de concurrir ante todo como primera condición, aquello que constituye el elemento moral necesario para la imputabilidad y punibilidad de todos los delitos esto es la intención (fin) depravada del agente de cometer aquel determinado delito, cuyos actos por él ejecutados han de

constituir la tentativa.

Corresponderá, por tanto a los jueces declarar, en cada caso concreto, cual es el verdadero propósito del culpable, especialmente cuando los actos por él realizados pueden constituir por si mismo un delito y además medios o tentativas de otro delito mayor; por ejemplo: Si Juan dirige a Pedro un golpe de cuchillo que lo hiere gravemente y de peligro, dependerá de la prueba específica tocante a la intención del culpable, el determinar si hubo o no intención de matar, y por lo tanto, si ha de responder de tentativa de homicidio o sólo de lesiones.

b) Comienzo de ejecución del delito:

Fuera de algunos casos excepcionales de actos preparatorios erigidos en forma autónoma, es de la mayor importancia trazar la línea separativa entre acto preparatorio y acto de tentativa (ejecución) pues esa línea divide lo impune de lo punible.

"Conforme a nuestro derecho positivo el acto de tentativa está caracterizado por un concepto esencial: debe consistir en el comienzo de ejecución de un delito determinado". (213)

"La caracterización de la tentativa por el comienzo de ejecución es una fórmula del código francés de 1810 artículo 2o., que ha tenido particular fortuna, por la acogida que ha recibido en la legislación, ella expresa con enérgica brevedad la exigencia de una manifestación externa a la realización de un delito, que es lo que hace punible la tentativa". (214)

"Comenzar la ejecución de un delito determinado no quiere, pues decir: hacer una acción cualquiera dentro del ámbito de ese delito (acto preparatorio); sino iniciar la acción principal en la que el delito consiste, para lo cual es ilustrativo e indicativo pensar en el verbo que lo expresa". (215)

"Tentar un homicidio es comenzar a matar" según LITZ-SCHIDT-BELING. (216)

Es decir que hay comienzo de ejecución cuando se penetra en el núcleo del tipo o se inician las referencias a los medios de acción de una conducta, de otro modo legítima o que diferencian unos tipos de otros; ya que el acto o actos propios del delito son los determinados en cada tipo y concretamente en el núcleo del mismo (verbo).

El comienzo de ejecución es empezar a cumplir la acción

típica y tiene lugar al darse el comienzo de la realización típica (adecuación incompleta) que llega a poner en peligro el bien jurídico tutelado. El tipo objetivo no debe cumplirse totalmente no se debe llegar a la consumación.

Cuando el agente da principio a la ejecución del delito, lo debe hacer directamente y por hechos exteriores, la expresión "DIRECTAMENTE" parece haberse incluido en los textos legales, para diferenciar la tentativa de los actos preparatorios considerados como "INDIRECTAMENTE" encaminados a la ejecución del delito y las palabras hechos exteriores excluyen en la esfera de la tentativa los actos internos (tales como deliberación y resolución de delinquir).

"Más para que exista tentativa no basta que se hayan ejecutado hechos directamente encaminados a la ejecución del delito, no basta que se realicen alguno o algunos de los actos propios y característicos del delito a cuya consumación se tiende, es preciso que dichos actos (como se ha visto en el primer elemento) revelen la intención o propósito de cometerlo". (217)

Y esto se refleja en que "los hechos realizados, encaminados a la ejecución del delito han de ser idóneos

para producirlo, pues si no lo fueren faltarían... al principio de ejecución que el texto legal exige". (218)

La tentativa supone no sólo la intención criminal, sino también la acción idónea para producir el resultado; pues de otra manera faltaría el principio de ejecución exigido por los códigos penales como se ha visto.

El acto ejecutivo debe ser por lo tanto idóneo para poder lesionar el bien jurídico tutelado por la ley penal, de otro modo estaríamos ante la tentativa inidónea sometida a un régimen distinto.

"Además de esto se requiere para el principio de ejecución que el acto, si bien ejecutivo en su materialidad, sea eficaz en su potencia para realizar el fin criminoso que el agente se propone, (que implique un atentado real y un peligro directo o inminente contra el bien jurídico amenazado) de otra manera la sociedad no puede correr peligro alguno, pues aunque el autor insistiese en actos ineficaces de suyo e impotentes, y lo reiterara, la consumación del delito sería imposible. Y donde el orden social se haya protegido por la ley de la naturaleza, en vano sería agregarle la defensa de la ley. Así pues una vez reconocida la absoluta ineficacia del medio, el agente no puede ser imputable, (ni) siquiera por la maldad de su

intención (aunque) parezca malvado ante la moral". (219)

La locución de principio de ejecución "restringe la noción de la tentativa a sus términos verdaderos y jurídicos, y se evita el peligro de comprender actos que, aún siendo en sí mismos reprobables e inmorales o no son imputables políticamente ante la ley penal o constituyen un delito distinto". (220)

"Por ende quedan excluidos de la categoría de tentativa, los simples pensamientos y las resoluciones criminosas, aún cuando se manifiesten por palabras o amenazas, porque las palabras, siquiera revelen la resolución de cometer un delito, no por ello llegarán a constituir principio de ejecución de aquel delito; a lo sumo, siendo serias y dichas en son de amenaza, podrán imputarse y castigarse como delito en sí, no como tentativa de otro mayor no comenzado a ejecutar". (221)

"Tampoco son comienzo de ejecución y por lo mismo no han de reputarse tentativas los actos preparatorios que casi nunca presentan el carácter de referirse únicamente a un delito determinado. Donde falta este carácter y mientras el acto preparatorio puede ser por sí mismo inocente, no es lícito pensar en la tentativa; cualquiera indagación dirigida a los efectos penales, sobre los designios ocultos de quien

ejecutó el acto, abrirá las puertas a peligrosas inquisiciones que la doctrina y la ley deben igualmente rechazar. Quien compra el veneno o se provee de la ganzúa, no comienza la ejecución (sea cualquiera el estado de su conciencia) ni de un envenenamiento ni de un hurto. La ejecución comienza, y por lo tanto la tentativa cuando la ganzúa es introducida en la cerradura de la casa ajena o el veneno es mezclado con la comida que debe servirse a la víctima designada, porque sólo entonces deja el acto de ser preparatorio para convertirse en ejecutivo". (222)

c) No consumación por causas extrañas al agente:

Finalmente, para completar la noción de tentativa es necesario que la ejecución se haya suspendido, no por desistimiento espontáneo del agente, sino a causa de circunstancias fortuitas e independientes a su voluntad.

La falta de consumación ha de ser ajena a la voluntad del autor, el acto que queda en grado de tentativa por voluntad de su autor, que puede y no quiere consumarlo, dá lugar al desistimiento voluntario de la tentativa, situación específicamente regulada por aparte.

"La interrupción o paro debe provenir de causas ajenas a la voluntad del agente, pues el desistimiento voluntario de

éste hace desaparecer la figura de la tentativa punible".
(223)

"Las causas ajenas a la voluntad del agente que determinan este paro en la ejecución deben ser, pues casuales y se pueden clasificar en físicas o materiales y morales. Las primeras como su clasificación lo indica, son aquellas que se presentan como un impedimento material para que la ejecución continúe, por ejemplo, cuando otro interviene arrebatándole el arma al agente que ya está para disparar sobre su víctima. Las segundas expresa LABATUT, "Actúan psíquicamente sobre el hechor y le contriñen a abandonar su propósito", o sea, que aún cuando su voluntad va siempre encaminada a producir el daño, desiste de ello por la presión psíquica que sobre él se opera. En el ejemplo propuesto, el agente ya no dispara sobre la víctima a quien tiene encañonada con el revólver, porque en ese momento oye los pasos y la voz de los agentes de Policía que se acercan probablemente a buscarlo". (224)

Ahora bien, nuestra ley penal, establece en el art. 28 Inc. 2o. Pn. la definición de tentativa de la cual se pueden sustraer los elementos que la constituyen, que son los mismos que hemos estudiado doctrinariamente:

a) Que el agente tenga por fin perpetrar un delito;

b) Que dé comienzo a la ejecución del delito por actos directos y apropiados para lograr su consumación; y

c) Que la consumación no se dé por causas extrañas al agente.

4.3.2. Delito imposible

"El acto de tentativa no puede prescindir de su naturaleza idónea, siendo en él algo característico y fundamental. La idoneidad es la aptitud del propio acto para conducir al fin perseguido que no es otro que la consumación del delito, habrá en consecuencia tentativa punible cuando exista en ella imposibilidad de la consumación, es decir falta de aptitud (idoneidad) para llegar al fin deseado y procurado por el autor". (225)

Los términos TENTATIVA INIDONEA y DELITO IMPOSIBLE son equivalentes, pues vienen a designar la misma cosa, uno con terminología admitida en Alemania e Italia y el otro con terminología francesa. (226)

La tentativa es inidónea cuando los actos realizados no también en el caso concreto capacidad para poner el peligro el bien jurídico protegido por la ley penal.

MAURACH (227) sostiene que la tentativa inidónea es una

creación que corresponde al criterio, de que no siempre la iniciación de un delito se hace merecedora de la aplicación de una pena.

Tradicionalmente se ha considerado, como camino adecuado para distinguir la tentativa punible de la impune, la idoneidad o inidoneidad, en su caso, tanto del medio empleado como del objeto sobre el cual se dirige la acción.
(229)

Es necesario, además señalar que el delito putativo no pertenece a la teoría del delito imposible, ya que en el primero el autor supone erradamente que existe una incriminación correspondiente al hecho que realiza, lo cual no es así en virtud de la ausencia de la figura delictiva, en cambio en el segundo, la figura existe, lo único que no se concretiza porque existe, o inidoneidad del medio empleado o inexistencia del objeto sobre el cual iba a recaer la acción.(229)

"Con referencia al delito imposible, ha sido poco destacada por la doctrina la necesidad de la concurrencia de un error (o de ignorancia), sin embargo, ello es esencial, pues la acción inidónea, emprendida en el conocimiento de su inidoneidad no puede constituir sino una acción penalmente irrelevante, ya que quien así obra carece del propósito de

cometer un delito, característica que es común a la tentativa y al delito imposible: El que sabe que el azúcar no envenena y que lo que da es azúcar, no puede tentar con ello un homicidio... (230). Esta situación fue observada por el mismo CARRARA (231), al precisar que en la indagación de la idoneidad se debe mirar a las condiciones exclusivamente materiales de la acción, sin ser necesario su conocimiento previo por el agente, lo cual resultaría un evidente contrasentido.

Para la concepción de CARRARA (232), consecuentemente el delito imposible no es sino la tentativa iniciada con medios inidóneos en forma absoluta o cuando en el objeto falta idoneidad para integrar la lesión jurídica. En ambas situaciones está ausente el peligro real que debe acompañar, en todo caso, como su consecuencia al delito tentado. Careciendo de su elemento objetivo, la tentativa no es punible.

El delito imposible ha sido considerado, por tanto como la tentativa incapaz de realizar el resultado típico, en virtud de la inidoneidad de los medios empleados o por falta de idoneidad en el objeto contra el cual se han dirigido los actos. (234)

TENDENCIAS DOCTRINARIAS EN RELACION AL DELITO IMPOSIBLE.

Es muy difícil encontrar un criterio seguro, que permita establecer una demarcación exacta entre tentativa inidónea punible y la no merecedora de pena. Se pueden señalar principalmente dos tendencias de importancia al efecto: la objetiva y la subjetiva. Ambas posiciones parten del supuesto inherente a la tentativa de que solo es sancionable cuando su comisión importa un peligro. (233) El problema entre ambas teorías se presenta en la apreciación de qué tipo de peligro y cómo se va a determinar. Existe además una tercera teoría de gran importancia como es la positivista la cual toma como base la teoría subjetiva pero con un enfoque diferente.

TEORIA OBJETIVA

"Para esta concepción, es delito imposible aquella tentativa emprendida con medios absolutamente inidóneos o dirigida a un objeto inidóneo para constituir la lesión jurídica. En los dos casos ningún bien jurídico ha corrido un peligro real; por eso el delito imposible, carente del elemento objetivo no puede ser castigado, dentro del pensamiento Carrariano". (234)

Para este punto de vista, la imputación de un hecho consta

siempre de los elementos subjetivo y objetivo, y sin la concurrencia efectiva de éste último no es posible hablar de tentativa. (235)

El elemento objetivo de la tentativa consiste en el peligro para los bienes jurídicos protegidos. Ese peligro debe ser real y objetivo, de ahí que el concepto de tentativa envuelve el de idoneidad. Si la acción, por alguna deficiencia intrínseca, carecía de la idoneidad para lesionar, no habrá existido peligro, ello es, daño posible, y en consecuencia, el hecho no constituirá tentativa, no será un hecho punible. (236)

Este punto de vista rechaza la tentativa con medios absolutamente inidóneos y la imposibilidad por inexistencia del objeto, al no darse en tales casos el peligro.

Se llegó a diferenciar entre tentativa absoluta y relativamente inidónea: la primera no era susceptible de sanción y configuraba lo que es el delito imposible; la segunda daba origen a una tentativa punible. En el primer caso nunca se habría corrido peligro, sea porque el objeto jurídico no existía o porque el medio era intrínsecamente ineficaz; en el segundo caso el peligro existe, solo por circunstancias accidentales el resultado no sobreviene, ya por falta de objeto accidental o porque el medio empleado

era inadecuado. (237)

TEORIA SUBJETIVA

Toman en consideración lo que el autor quiso hacer y concreto en un acto externo, cualquiera que sea la naturaleza de éste, no dan por ello mayor significado a la falta de idoneidad de la acción o del objeto. (238)

Considera la intención exteriorizada como la base de la punibilidad de la tentativa, hace abstracción total de la naturaleza de la acción para dar primacía al elemento subjetivo; la subjetividad, consiste en la voluntad de comisión del hecho delictuoso, exteriorizada en actos idóneos o inidóneos, es suficiente para considerar perfecta la tentativa y sancionarla. Para este criterio, por tanto, resulta indiferente la calidad de los medios y la existencia o inexistencia del objeto, pues siendo subjetivamente perfecto el delito la tentativa caracterizase por su imperfección en el aspecto objetivo de tal manera que exteriorizada en actos la intención delictuosa se está en presencia del delito tentado, siendo por ello procedente su punibilidad. (239)

"Esta teoría ha tenido gran influencia en los tribunales alemanes, donde en un inicio, por la influencia de VON

BURI, se dejó de lado la distinción entre idoneidad absoluta y relativa y se concluyó con fundamento en la equivalencia de las condiciones, que la tentativa siempre era una acción inidónea puesto que para su existencia es esencial que el resultado no sobrevenga, de modo que no tenía sentido diferenciar entre condiciones más o menos importantes pues todas son, desde el punto de vista causal, igualmente inconducentes al resultado perseguido. (240)

Según este criterio el hecho mismo de que en toda tentativa el resultado no se produzca, demuestra que no puede hablarse de idoneidad de los medios. Toda tentativa, es por definición, inidónea; falta en ella la condición que habría determinado el evento; las condiciones restantes son indiferentes. Luego, la punibilidad, no puede fundarse en un peligro objetivo, sino solamente en la voluntad. (241)

TEORIA POSITIVISTA

Los positivistas, apoyándose en el criterio subjetivo de la tentativa, pero dándole proyección diversa, estiman procedente la sanción del delito imposible en virtud de la peligrosidad del sujeto y no de la peligrosidad objetiva derivada del hecho mismo, haciendo omisión de la idoneidad o idoneidad de los medios o del objetivo. (242)

Esta teoría expuesta por GAROFALO y dentro de ella, ENRIQUE

FERRI argumenta que el acto ejecutivo expresado en la alocución "CON EL FIN DE COMETER UN DELITO" ... es expresión clara y terminante de una personalidad delincuente, sin que en esa virtud sea procedente la impunidad del sujeto, aún cuando el acto resulte o sea inidóneo.

Sostiene el mismo FERRI (243) que: solo en el caso de que la inidoneidad indique una mínima potencia ofensiva, será considerada como circunstancia de menor peligrosidad, pudiendo llegar incluso al perdón, siempre que no se trate de casos de enfermedades o deficiencia mental.

"La tendencia de los códigos es variada, pues mientras unos omiten referirse concretamente al delito imposible, otros lo recogen estableciendo sanciones específicas. Así por ejemplo, el artículo 44 del Código Penal Argentino, de neta influencia positivista en este aspecto, establece pena para el delito imposible, según la peligrosidad demostrada por el delincuente, con absoluta independencia de la idoneidad o inidoneidad de los medios empleados. La ley dice FONTAN BALESTRA, adopta aquí un criterio subjetivo peligrosista, pues la razón de ser, no ya del quantum de la pena, sino de la pena misma, es el grado de peligrosidad manifestado por el delincuente. El Código Penal Italiano, por lo contrario, en su artículo 49 inciso 2o., determina la

exclusión de punibilidad cuando por inidoneidad de la acción o por inexistencia del objeto sea imposible el resultado dañoso o peligroso...". (244)

En cuanto a nuestro ordenamiento jurídico esta figura del delito imposible carece de punibilidad, ya que se establece en el art. 29 Pn. que el delito imperfecto o tentado no será punible, cuando este fuere absolutamente imposible por falta de idoneidad del medio empleado o por inexistencia del objeto sobre el cual recaerá el delito. Retomando nuestra legislación las teorías objetivas de punibilidad.

4.3.3. Desistimiento y arrepentimiento eficaz

No se pueden estudiar separadamente las figuras del desistimiento y el arrepentimiento eficaz, ya que en ambas existe la misma finalidad que es la de impedir la consumación del delito, con la única diferencia que se dan en momentos distintos en el iter criminis.

MAURACH dice: que existe desistimiento cuando el autor no enciende la hojarasca que había amontonado con la intención de producir el incendio de un edificio; arrepentimiento activo, cuando apaga el fuego de la hojarasca antes de que se extienda al edificio (245); el primero se puede dar solo en la tentativa propiamente tal, el segundo en la

frustración, lo más importante de ambas figuras es que deben de ser voluntarias.

Tanto el desistimiento como el arrepentimiento, no libera a quien desiste o se arrepiente de la ejecución del delito, de la pena que puede corresponderle por los actos ya realizados, si aisladamente considerados constituyen un delito consumado de índole diversa al que se pretendía cometer. El ladrón que ha quebrado el vidrio del ventanal de la casa para facilitar su acceso a la misma desde donde sustraerá especies, si desiste del hecho en esa etapa, deberá responder del delito de daños, aunque no del robo proyectado.

Util es señalar finalmente, que a pesar de que la diferencia entre tentativa propiamente tal y frustración ha sido suprimida en muchas legislaciones (como la nuestra por ejemplo), la clasificación tiene vigencia para distinguir el desistimiento del arrepentimiento; de ahí que los tratadistas aludan a este respecto a la tentativa inacabada (tentativa propiamente tal) y la tentativa acabada (delito frustrado).

ETCHEBERRI y CURI aceptan que el desistimiento opera tanto en la tentativa como en la frustración. (246)

Para un mejor desarrollo y fácil comprensión de estas figuras de tanta importancia dentro del derecho penal, las trataremos por separado.

4.3.3.1. Desistimiento.

"El desistimiento es la interrupción de la actividad ejecutiva realizada por el autor, como expresión de su libre voluntad de abandonar el designio criminal propuesto e iniciado" (247), es posible únicamente en los delitos cuya concreción requiere de la ejecución de varios actos de parte del autor, lo que permite, en su curso abandonar parte de ellos dejándolos sin realizar; lo más importante de este abandono es que sea voluntario, según la fórmula de FRANK (248), es voluntario si el sujeto dice: yo no quiero a pesar de que puedo; es involuntario si dice: yo no puedo aunque quisiera" viniendo a implicar esto último que no es voluntario, por tanto no vale como tal el desistimiento de aquel que pretendía matar a una persona, pero mientras está al acecho y cuando apuntó con su arma abstiéndose de apretar el gatillo para evitar ser sorprendido por la Policía que en ese instante se acerca. Al respecto SOLER (249) sostiene que: Cuando los medios estaban a disposición del sujeto, de manera que sin impedimento podía seguir usándolos hasta llegar al resultado y no lo hizo, estamos en presencia de un desistimiento, poniendo este tratadista

como ejemplo el siguiente: "No siempre que un ladrón no logra abrir de inmediato una puerta, hay tentativa punible, sino sólo cuando no pudo abrirla. En este cálculo del uso de medios debe entenderse a los medios ordinarios y comunes: si el sujeto renunció al empleo de aquella actividad ordinariamente necesaria para la consumación del hecho, hay tentativa desistida; si, en cambio, desistió en razón de que debía emplear medios superiores a los normales, su desistimiento es involuntario".

También este desistimiento debe ser a su vez definitivo; el autor no tiene que pensar en continuar el hecho en mejores circunstancias, por otra parte, el derecho se conforma con el simple abandono de la acción iniciada; no le exige que se arrepienta de lo realizado, que haga algo para evidenciar su voluntad de borrar lo que había ejecutado.

4.3.3.2. Naturaleza jurídica del desistimiento

La naturaleza jurídica del desistimiento es objeto de discusión doctrinaria; para unos constituye un caso de excusa absolutoria, para otros un caso de atipicidad.

Para los primeros:

DDHNA (250) dice: que el desistimiento pertenece a la teoría de las excusas absolutorias, pues no se aplica una pena ya merecida. Es la opinión dominante en la doctrina alemana y en la argentina.

La doctrina tradicional califica al desistimiento en el conato de delito como una excusa absolutoria con consecuencia liberadora de pena y radica su fundamento en razones de política criminal en "la conveniencia de proporcionar motivos al agente para que abandone su empresa criminal, o como se dice: "a enemigo que huye, puente de plata". (251)

Como excusa absolutoria solo beneficia a quien se arrepiente y no a los demás participantes. Esta doctrina tiene su principal creador en FEUERBACH, que la vinculó con la teoría de la intimidación psicológica de la pena, según la cual al Estado le conviene liberar de la pena al delincuente que se arrepiente de su decisión delictiva con posterioridad a la iniciación de un delito, como una forma de fomentar el desistimiento, pues de no ser así, indirectamente se estaría induciendo a aquel que comenzó a delinquir, para que termine su actividad, puesto que si la suspende sufrirá iguales consecuencias. (252) La tesis psicológica ha sido criticada porque el sujeto generalmente, no tiene en cuenta esas consideraciones

cuando abandona la comisión de un hecho; por ello se ha enriquecido conceptualmente con el criterio de la menor peligrosidad.

Para los segundos:

EDUARDO NOVOA (253) sostiene que siendo elemento del tipo legal de la tentativa, la circunstancia negativa de que la interrupción del desarrollo del delito corresponde a causas independientes de la voluntad del delincuente, al faltar ella se estaría ante un caso de atipicidad. En igual forma piensan RODRIGUEZ y CORDOVA, para quienes el desistimiento es causa de inexistencia de la tentativa o de la frustración.

JIMENEZ HUERTA (254) sostiene: que el desistimiento voluntario constituye una causa de atipicidad en la tentativa y por ello origina la impunidad de los actos integrantes de un "comienzo de ejecución; pone como ejemplo este tratadista el artículo que en su legislación regula la tentativa, en donde se establece que el resultado no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente, y en este caso del desistimiento interviene la voluntad del sujeto y por lo tanto la conducta es atípica aquí en este caso en que la figura es atípica no solo queda libre de pena quien se arrepiente sino todos los demás

intervinientes en el hecho delictivo.

4.3.3.3. Condiciones que debe cumplir el desistimiento en la tentativa propiamente tal

El desistimiento en la tentativa propiamente tal debe cumplir tres condiciones que son: (255)

- a) El sujeto debe detener el desarrollo de la actividad típica;
- b) Esa paralización debe ser voluntaria; y
- c) En carácter de definitiva.

- a) El sujeto debe detener el desarrollo de la actividad típica;

Para que haya desistimiento la acción debe interrumpir en su desarrollo mientras está en proceso de ejecución, de modo que necesariamente le queden al sujeto algunos actos por realizar; en este caso el sujeto queda inactivo; por regla general, pero existen otras situaciones en las cuales para que se detenga esa acción no tiene que mantenerse inactivo sino que por el contrario, se le exige un comportamiento activo, esto sucede en los casos de delitos de comisión por omisión, que se concretan a través de no hacer aquello que se debe realizar como medio para alcanzar el objetivo delictivo; en este tipo de delitos la única

forma de interrumpir su consumación es realizando voluntariamente lo que se está obligado a hacer y se había omitido; esta interrupción del íntegro cumplimiento del plan antes de lograr el resultado típico, implica desistimiento de tentativa y no delito frustrado.

CURY (256) pone como ejemplo: el individuo que para matar a otro con arma de fuego se propone, ante la posibilidad de no lograrlo al primer disparo, continuar haciendo otros hasta matarlo; si el autor se desiste continuar después de haber efectuado los primeros disparos sin alcanzar su propósito, hay desistimiento de tentativa y no delito frustrado.

b) Esa paralización debe ser voluntaria

Podría pensarse que toda aquella interrupción del proceso ejecutivo de parte del sujeto, que no se deba a una coacción física ejercida sobre él, es voluntaria, toda vez que es él quien no continúa desarrollando la acción. Pero en el desistimiento el Derecho no se satisface con esa clase de voluntariedad, ya que ésto podría comprender hasta aquella suspensión del delito por haber sido sorprendido el delincuente por la Policía. Extremo opuesto es exigir que esta voluntariedad corresponda a una decisión absoluta libre, independiente a toda presión ejercida sobre el

agente; o sea que tiene que ser un arrepentimiento desde adentro, lo que daría relevancia ética si se fundamentase en móviles nobles. La ley no puede acoger ambas posturas ya que ni al cinismo ni al moralismo les corresponde lugar en el desistimiento de la tentativa cuya naturaleza y efectos jurídicos corresponden a requerimientos de política criminal, por otra parte no es preciso que esa paralización sea espontánea; pero también por otra parte tampoco debe ser producido de la coacción.

Según Ricardo Núñez (257) no se requiere espontaneidad, puede ser consecuencia de la persuasión de otra persona; para MAURACH (258) puede deberse al temor de sufrir la pena o sanción del delito o por que el resultado no justifique el riesgo.

Por su parte, para WELZEL (259) no es necesario que se deba a motivos nobles o morales; es suficiente que no se deba a factores forzosos de impedimento.

Mario Garrido Montt pone como ejemplos los siguientes: al ladrón que enfrenta la puerta de la casa en la cual piensa sustraer especies y luego de tantearla imagina que está cerrada con llave lo que hace desistir del delito, no puede condenarse aunque con posterioridad se prueba que la puerta estaba sin cerradura.

Si el delincuente abandona su tentativa por que cree que ha sido descubierto, su desistimiento no ha sido voluntario, aunque después se pruebe que en verdad no había sido sorprendido. (260)

Existen autores que discuten si el desistimiento por miedo a la sanción penal es suficiente para la impunidad de la tentativa, la respuesta positiva no debe ofrecer duda. En el hecho hay un desistimiento por parte del agente, que si bien está influido por circunstancias exógenas, no por ello deja de ser voluntario. Por lo demás la pena tiene precisamente ese objetivo, intimidar al hombre para alejarlo de su posible inclinación a delinquir, de modo que un arrepentimiento provocado por ese temor corresponde a la finalidad perseguida por la ley al castigar los tipos penales. (261)

c) Que el abandono sea definitivo.

Esta posición anímica del delincuente debe ser cierta y categórica en el momento del abandono, lo que se explica por que el propósito y resolución delictuosos no solo dan carácter de tal a la tentativa, sino que también le dan sentido direccional a los actos realizados. Se pone como ejemplo el siguiente: cavar un hoyo cerca de una casa es un acto neutro, en cuanto a su dirección; y es el objetivo

perseguido al hacerlo lo que determina si se trata de preparar la tierra para plantar un árbol, de la reparación de tuberías o de un hoyo para introducirse en un inmueble.

Al suprimir, mejor dicho, al abandonar el delincuente de manera permanente hacia el futuro la finalidad de su actuar, transforma en inútiles para él los actos materiales ejecutados en el paradigma propuesto; el hoyo cabado no será, en adelante, un forado para el agente, pues ese objetivo lo descarto en su mente, no ocurrirá otro tanto si solo suspende su terminación o uso, esperando una mejor ocasión; aquí la decisión delictiva permanece, solo ha sido postergada y, de consiguiente, existe tentativa.

No resulta correcta la posición de MEZGER (262) quien se conforma con la renuncia a la concreta ejecución del delito, en tanto en cuanto el agente no quiera utilizar el estado de cosas ya creado para proseguir la ejecución más tarde; no es preciso un abandono total de la resolución. Esta posición no resulta correcta por que mientras subsista el propósito subsistirá el dolo y el sentido direccional hacia el delito de los actos ya realizados o interrumpidos.

El que suspende su acción delictiva por cualquier circunstancia manteniendo el propósito injusto y con el objetivo de actuar con posterioridad en condiciones que

estima más convenientes o seguras, incurre en tentativa punible, por que no hay verdadero desistimiento de su parte, sino aplazamiento, el desistimiento momentáneo carece de una condición básica "la anulación retroactiva de voluntad antijurídica." La suspensión de la decisión de consumación. (263)

Es esencial al desistimiento que el arrepentimiento de cometer el delito sea definitivo en el instante que el autor cesa de ejecutar los actos tendientes al delito.

4.2.3.4. Arrepentimiento eficaz.

"Es la actividad voluntaria realizada por el autor, para impedir la consumación del delito, una vez agotado el proceso ejecutivo capaz por sí mismo, de lograr dicho resultado " (264); tiene lugar cuando el delincuente ha realizado todo lo necesario para que el proceso causal que implica el hecho se desarrolle y provoque el resultado, pero antes que este sobrevenga cesa en su propósito y trata de impedirlo; o sea que no se satisface con la simple posición psicológica, interna en cuanto al resultado, debe consistir en una conducta activa en "acciones positivas dirigidas a evitar el resultado" (265), resultado que objetivamente debe ser impedido. No vale la mera tentativa de evitar el resultado, debe ser suprimido en la

materialidad.

Supone, por tanto, la realización previa de todos los actos de ejecución necesarios para producir el resultado, elemento al cual viene a sumarse la actividad de carácter voluntario practicada por el sujeto para interrumpir el proceso puesto en movimiento e impedir así la consumación del delito.

Al arrepentimiento eficaz es aplicable casi todo lo dicho en relación al desistimiento.

En el caso del arrepentimiento eficaz éste debe cumplir con iguales exigencias que las señaladas en el desistimiento; pero se diferencia en algunos aspectos, en particular a la forma como da cumplimiento a dichas condiciones, debido a lo cual se desarrollaran en la misma manera que se desarrollaron cuando se habló del desistimiento.

a) Evitación del resultado.

En el desistimiento era suficiente la no continuación de la acción iniciada y no terminada por regla general, pero por excepción como en el caso de los delitos de comisión por omisión, se requiere de una actividad. En el arrepentimiento eficaz una actitud semejante del agente es

insuficiente, por que aquí aquél ha desplegado toda la gestión que personalmente debía cumplir; no le queda nada más por hacer por que ya ha puesto en movimiento un proceso causal que no requiere de él para continuar desarrollándose y que terminará produciendo el resultado. El asesino colocó el explosivo en el automóvil de la víctima, cuyo detonante se activará cuando éste ponga en marcha el motor, o vertió el veneno en el aperitivo que aquélla se apronta a beber. Si el agente desiste de cometer el delito, debe de "realizar algo" que haga ineficaz su acción, que detenga el proceso causal puesto en marcha.

Si la consumación del delito no se verifica por un comportamiento dirigido a impedirlo de parte del propio sujeto, esta circunstancia constituye una excusa absolutoria, implícitamente establecida por el legislador, que lo libera de pena por el conato de delito, que a esas alturas reúne todas las condiciones de tipicidad requeridas por la ley, siendo este el criterio de CURY (266) quien afirma que el que desiste de la frustración "ya ejecutó una acción típica, y en consecuencia, la tipicidad de su conducta se ha perfeccionado".

La simple tentativa de evitación no es arrepentimiento eficaz, si el resultado acaece el delito se consuma.

La ley no exige que la actividad de evitación sea realizada personal o directamente por el agente que puede recurrir a otras fuerzas como médicos o bomberos.

b) La evitación del resultado debe ser por voluntad del hechor.

En el delito frustrado la no producción del evento debe ser consecuencia de la voluntad del autor, debe haber querido impedir el efecto de su acción y ese querer ha de ser activo, adoptando las medidas tendientes a ese fin.

El autor además de haber evitado objetivamente el resultado, debe haber querido impedirlo "El causal desplazamiento del resultado por una acción dirigida a un fin distinto no tiene eficacia", expresivo es el ejemplo de VANNINI (267):

Un individuo pide socorro para su víctima, a la cual ya cree haber dado muerte, con el objeto de inculpar a un tercero del homicidio; pero a sus gritos, concurren otras personas que le salvan la vida. La oportuna solicitud de auxilio del delincuente salvó la vida de su víctima, pero como ese comportamiento no estaba dirigido a tal fin, es inoperante calificarlo como arrepentimiento, a pesar de que la acción posterior fue eficaz para evitar el resultado,

no estando dirigidas por el autor para alcanzar ese efecto, no implica arrepentimiento y no produce los efectos de este.

Hay otra situación que es opuesta a la anterior y es cuando el delincuente desea impedir el efecto típico de su actuar, y llevar a cabo acciones dirigidas a ese logro, pero el resultado, es impedido por otras circunstancias o, aun más, en ningún caso el efecto podría sobrevenir (como es el caso de la tentativa inidónea). El arrepentimiento activo del agente, es un desistimiento con eficacia jurídica, porque el sujeto subjetivamente se arrepintió, y objetivamente obró en consecuencia. Como ejemplo podría señalarse el caso del homicida, que después de haber suministrado veneno a su enemigo, se arrepiente y le da un antídoto, pero sin saberlo en dosis insuficiente, posteriormente llega un médico y lo atiende salvándole la vida. El mismo envenenador suministra a una persona una sustancia con poder letal, pero en dosis inadecuada para matarlo de manera que su ingestión es inapta para provocar su fallecimiento, no obstante, ignorando esto el delincuente, una vez que aquel lo ha ingerido se arrepiente y adopta las medidas adecuadas para evitar la muerte que cree sobrevendrá (tentativa inidónea), si no hubiera hecho lo que hizo en el segundo caso es punible. En ambas

alternativas el arrepentimiento es eficaz.

Según opinión de CURY (268) "En todo caso, la solución objetiva, que adopta el derecho vigente, debe operar a favor y en contra del autor. A éste se le castiga cuando el delito se consuma a pesar de su intervención. Por la inversa, no debe castigársele, si ha exteriorizado una actividad de evitación, pero el resultado no se produce por otras causas, en todo caso, no se habría producido de todas maneras".

c) Situación en que la acción de desistimiento del delito frustrado constituye un hecho ilícito.

Esto se da cuando el autor, con el fin de evitar el efecto injusto que perseguía con su acción ya terminada, de la cual con posterioridad se arrepintió, realice a su vez, una acción ilícita típica.

Por ejemplo el hombre que lesiona al vigilante del lugar donde poco antes colocó un explosivo, con el objeto de penetrar y desactivarlo, ante el conocimiento tardío de que entre aquellos a quienes afectaría el atentado se encontraría su hijo.

La pregunta es la siguiente: Ese arrepentimiento realizado

mediante una acción delictiva, tiene consecuencia jurídica liberatoria de pena? En algunas legislaciones como la Chilena sí; pero debe responder de las lesiones que le ocasionó al vigilante.

CAPITULO 5

ANALISIS COMPARATIVO DOCTRINAL DE LA LEGISLACION SALVADORENA

5.1. Generalidades.

Nuestro Código Penal regula los tópicos referentes al iter criminis en la parte general, como lo establece técnicamente la doctrina y la totalidad de legislaciones.

En lo que respecta a las fases del delito podemos decir que nuestro código, consecuente con el principio "COGITATIONIS POENAM NEMO PATITUR", no castiga ninguna forma de pensamiento; con lo cual se apega a la doctrina predominante, que establece que no debe ser punible la fase interna del delito en ninguno de sus momentos (ideación, deliberación y resolución).

No encontramos en nuestra legislación ninguna figura jurídica o delictiva (tipo) que nos establezca sanción para situaciones semejantes.

En cuanto a la fase intermedia o formas de resolución manifestada, nuestra legislación comprende dos figuras: que son la proposición y la conspiración, no regulando ninguna

otra forma de resolución manifestada, pues por ejemplo; la amenaza y la apología de delito, las regula como figuras autónomas o tipos de la parte especial; las amenazas en el art. 224 que literalmente dice:

"El que amenazare a otro con causar un daño grave en su persona, honra o propiedad o en la de su conyuge, padre, hijos o hermanos, será sancionado con prisión de seis meses a un año."

Y la apología de un delito, en el art. 405 que literalmente dice:

"El que públicamente hiciere la apología de un delito común doloso cometido o de un condenado por delito también común y doloso, será sancionado con prisión de seis meses a un año."

Así como en los arts. 404 y 406 recoge figuras delictivas de instigación, que para algunos autores, conforman resoluciones manifestadas.

Pero volviendo a la parte general diremos que la proposición y la conspiración se encuentran reguladas en el art. 27 estableciendo en el inciso primero la proposición:

"Existe proposición cuando el que ha resuelto cometer un delito solicita de otra u otras personas que lo ejecuten o le presten su ayuda para ejecutarlo."

De lo cual podemos comentar, que el agente proponente ya ha resuelto cometer un delito, es decir que ya superó los momentos de la ideación y deliberación de la fase interna y ha resuelto cometer un delito; y esto se lo propone a otra u otras personas; por otra parte puede existir proposición entre dos sujetos o más, además se parte del supuesto de que a quien o a quienes es propuesto el delito en ese momento no han resuelto cometerlo. Asimismo podemos decir que la figura va encaminada a proponer coautoría o complicidad, pues nos dice a ejecutarlo (autoría inmediata) o le presten su ayuda para ejecutarlo; ésta puede ser necesaria para la comisión del delito en cuyo caso estaríamos ante una autoría mediata o puede ser para la facilitación en la realización del delito en cuyo caso estaremos ante complicidad.

El art. 27 en su inciso segundo nos regula la conspiración: "Hay conspiración cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo".

Esta figura en un inicio implica un concierto de voluntades, pero no la determinación de un delito, es

decir, que los conspiradores no han agotado la fase interna de ideación y deliberación; sino por el contrario se conciertan para idear la mejor manera de ejecutar el delito y evalúan los pro y los contra del mismo, pero llegan a la resolución criminal.

Es importante establecer que en esta figura deben existir dos o más sujetos conspiradores (pues si fuese solamente uno, no pasaría de la fase puramente subjetiva o interna) y que éstos no han resuelto en el momento de la concertación cometer el delito, sino que ésta viene como resultado de la misma conspiración, además no puede haber conspiración si los dos o más sujetos conspiradores no resuelven cometer el delito.

Y para finalizar este artículo nos da una regla general para estas dos figuras cuando en su inciso último nos dice:

"La proposición y la conspiración sólo se sancionarán en los casos especialmente establecidos en la ley".

Tenemos entonces que no es punible la proposición o la conspiración de un delito de cualquier naturaleza, sino únicamente en aquellos que la ley establezca en la parte especial como tipos determinados, así por ejemplo no puede ser penada una proposición o conspiración que no esté

expresamente contemplada por nuestra ley, como lo sería del delito de lesiones o rapto.

Ejemplos en que nuestro código admite punibilidad de proposición y conspiración: art. 397 Pn. en los delitos de rebelión y sedición; art. 403 Pn. en el delito de actos de Terrorismo; art. 486 Inc. Final Pn. en el delito de genocidio.

Y para concluir sobre este punto diremos que según la doctrina únicamente son punibles las resoluciones manifestadas cuando éstas atentan contra la organización del Estado o son de gran trascendencia, cosa que tal como se ha visto es retomada por nuestro código penal salvadoreño.

En cuanto a la fase externa, el primer momento de ésta, son los actos preparatorios, nuestro código los regula en el art. 26 Pn. que literalmente dice:

"Los actos preparatorios sólo son punibles en los casos especiales establecidos en la ley".

Doctrinariamente se ha establecido que los actos preparatorios por regla general, no son punibles debido a que éstos actos son equívocos, es decir no se puede

determinar sin temor a equivocarse que estos van encaminados a la ejecución de un delito así por ejemplo: la compra de un arma, la compra de un veneno, no implican necesariamente el comienzo de ejecución del delito de homicidio, pues estos actos pueden darse con otras finalidades como sería, el tiro al blanco o terminar con una plaga de bichos. Empero existen otros actos preparatorios que son unívocos o inequívocos al cometimiento de un delito; como el que porta ganchos o tiene instrumentos destinados a falsificación; estos actos preparatorios; necesariamente nos llevan a la conclusión de que se está por realizar un delito ineludiblemente; por lo tanto este tipo de actos preparatorios sí son castigados; y nuestro código acorde con este espíritu, solo pena los actos preparatorios establecidos especialmente y determinados en la ley; que son inequívocos al delito y que conforman un tipo delictual autónomo; es decir que nuestra legislación los actos preparatorios en cada caso los eleva a categoría de delitos. Así por ejemplo; el art. 302 Pn. nos contempla la tenencia ilícita de drogas, como acto preparatorio al Comercio clandestino o fraudulento de las mismas; y lo mismo el art. 303 Pn. con la facilitación de locales para el consumo de drogas; (estos arts. en la actualidad se encuentran derogados por la ley reguladora de las actividades relativa a las drogas, publicada en el D. D. No. 52 T. 310 de fecha 15 de marzo 1991) el art. 309

Pn. establece la venta ilegal de abortivos como acto preparatorio del aborto; el art. 325 y 336 Pn. recoge como actos preparatorios la fabricación o retención de instrumentos útiles para la falsificación de documentos en el primer caso y falsificación o alteración de monedas en el segundo caso; art. 331 Pn. contempla el uso falso de traje o uniforme propio de un cargo, aunque no se expresa en el artículo cuál es la finalidad que se pretende, desde luego debe entenderse que esta clase de actos son preparatorios a la realización de un determinado delito; Art. 359 Inc. 2o. Pn. regula la tenencia de pesas y medidas falsas, como acto preparatorio posiblemente de alguna estafa; el art. 379 Pn, la tenencia de material subversivo, como acto preparatorio a propagandizar o difundir doctrina anárquicas o contrarias a la democracia; art. 402 Pn. sanciona los actos preparatorios de terrorismo; art. 410 y 411 Pn. la tenencia ilícita de arma de fuego y tenencia, portación o conducción de armas de guerra, como actos preparatorios de rebelión, actos de terrorismo, sabotaje, etc.

Siguiendo en el orden de ideas planteado en la fase externa nuestro código penal, también contempla el delito consumado en el art. 28 Inc. 1o. Pn. que dice: "El delito es perfecto o consumado cuando en él se reúnen todos los elementos de la descripción legal."

El delito perfecto o consumado es pues aquél en el cual existe un total encuadramiento de la acción criminal con el precepto legal, existe lo que técnicamente se denomina tipificación de una conducta a la descripción legal, por otra parte en la consumación como consecuencia de lo anterior, conlleva la violación del bien jurídico protegido por la norma; es preciso aclarar que tal como está redactado en nuestro código penal para que el delito sea perfecto no es necesario el agotamiento del mismo.

5.2. La Tentativa.

El art. 28 Inc. 2o. Pn. nos señala el delito imperfecto o **tentado**: "Hay delito imperfecto o tentado cuando el agente, con el fin de perpetrar un delito, da comienzo a su ejecución por actos directos y apropiados para lograr su consumación y ésta no se produce por causas extrañas al agente". Tenemos entonces que nuestra legislación de conformidad a este artículo exige tres elementos indispensables para que se dé la tentativa:

- a) Finalidad de cometer un delito, es decir se tiene la intención de causar un delito, por lo cual podemos decir a ciencia cierta que la tentativa, es necesariamente en su forma de culpabilidad dolosa, ya que existe la finalidad de cometer un delito determinado, no se puede

entonces concebir tentativa en un delito culposo o preterintencional.

b) Comienzo de ejecución, estamos entonces ante actos unívocos capaces por sí mismos de lograr objetivamente, la intención del autor, cuando se comienza a ejecutar un delito se comienza a violar la norma penal, que esta recogida en un tipo específico y que está determinada por regla general en el núcleo del verbo; así se dice hay tentativa de hurto cuando se comienza a sustraer la cosa mueble de la esfera de protección del dueño; por otro lado, este comienzo de ejecución debe ser por actos directos y apropiados para lograr la consumación, es decir, idóneos, ya que de lo contrario no estaríamos ante una tentativa punible, sino ante un delito imposible que trataremos después; y

c) No resultado por causas extrañas al agente, nos establece también el código como último elemento de la tentativa que no sea el agente el que desista de su acción criminal o evite el resultado sino que debe ser por causas extrañas o ajenas a su voluntad.

En cuanto a la penalidad de la tentativa nuestro código la regula en el art. 73 Fñ. que dice: "En el caso de delito tentado, el tribunal podrá imponer desde la mitad del

mínimo hasta el mínimo de la pena señalada al delito consumado.

Para la determinación de la pena el tribunal tomará en cuenta no sólo la gravedad de los actos ejecutivos y su proximidad a la consumación, sino las condiciones personales del reo.

Estas disposiciones no se aplicarán cuando la tentativa de un determinado delito haya sido expresamente sancionado por este código.

En cuanto al primer inciso podemos reseñar que recoge la idea doctrinaria de sancionar al delito tentado con una pena atenuada ya que ésta, según nuestro cuerpo de leyes se sancionará con la mitad del mínimo al mínimo de la pena señalada para el delito consumado. Por ejemplo: "El robo, contemplado en el art. 241 Pn. tiene una sanción de 4 a 10 años de prisión, la tentativa del robo será de 2 a 4 años de prisión.

Aunque la sanción es atenuada, sigue la misma tónica del delito consumado de un mínimo y un máximo en la pena, que da al juzgador la sana crítica de conformidad a los criterios de individualización.

Es importante señalar que aunque ésta es la regla general de la punibilidad de la tentativa existe una excepción en la cual la tentativa no es punible, como es el caso del art. 169 No. 1o. Pn. que contempla la tentativa de aborto propio o procurado por la propia mujer en cuyo caso queda exenta de sanción y esto debido a que cuando el producto de la concepción nazca y se desarrolle, si existe proceso o sanción en contra de la madre el hijo siempre guardará ese reproche o complejo.

En cuanto al inciso segundo del art. 73 Pn. diremos que si bien nuestra legislación no admite en forma expresa la clasificación de tentativa (conato) y frustración, en este inciso de una manera tácita se regula ésta ya que entre ese mínimo y máximo del delito tentado, se impondrá mayor sanción a aquella tentativa que revele hechos ejecutivos de mayor gravedad y más próximos a la consumación, es decir el delito frustrado o tentativa acabada; también es de hacer notar que la mayor o menor gravedad de la sanción dependerá de la peligrosidad del agente activo de la tentativa cuando dice que se tomarán en cuenta las condiciones personales del reo.

En el inciso último del mismo artículo se señala que la regla anterior de la mitad del mínimo al mínimo de la pena señalada para el delito consumado, no tendrá aplicabilidad

cuando el código establezca de manera particular sanción para algunos casos de tentativa; así por ejemplo: el art. 401 Pn. en donde es sancionada específicamente la tentativa de actos de terrorismo. Por su parte el Doctor Arrieta Gallegos (269) sostiene que hay tentativas especialmente punibles en los artículos : a) Hurto de uso contemplado en el inc. 3o. del art. 239 Pn. al decir: "Cuando la utilización de la cosa ajena tenga por objeto la comisión de un delito; b) el daño a transportes terrestres, art. 287 Pn. cuando dice: "El que ejecutare cualquier acto (que puede ser directo) que ponga en peligro la seguridad de cualquier vehículo, como por ejemplo quien lanza una fuerte carga explosiva sobre un autobús colectivo, pero esta no explota debido a lo viejo del producto, c) Los atentados contra la seguridad de los servicios de utilidad pública art. 288 Pn., si " se ejecutaren para impedir o dificultar (daño potencial, pero no resultado delictivo) las obras o tareas de defensa, o de asistencia, salvamento o socorro en caso de desastre; d) Los atentados contra la integridad e independencia del Estado o contra la unidad nacional en los arts. 373, 374 Pn. porque al parecer, los "actos dirigidos" o directos son para someter (sin lograrlo) el territorio del Estado o una parte del mismo a la soberanía de otro Estado extranjero, o suprimir o menoscabar la independencia de El Salvador, según el primer artículo; o bien para disolver (también sin

conseguirlo) la unidad del Estado en su integridad territorial o constitucional, según el segundo de dichos artículos.

5.2.1. Figuras de tentativa no punibles.

Aparte de la tentativa punible existen otras figuras de tentativas no punibles como son: el delito imposible, el desistimiento y el arrepentimiento eficaz o activo.

En cuanto al delito imposible diremos que nuestro ordenamiento jurídico penal lo regula en el art. 29 Pn. que dice: "No es punible el delito imperfecto o tentado cuando fuere absolutamente imposible la consumación del mismo por falta de idoneidad total del medio empleado o por inexistencia del objeto"

Tenemos entonces que en esta forma de tentativa (puesto que no existe consumación del hecho) en primer lugar no es punible, es decir que no existe responsabilidad alguna de parte del sujeto agente, retoma pues nuestra legislación la teoría objetiva de punibilidad del delito imposible y no la teoría subjetiva, mediante la cual no importa si se ha puesto en peligro o no de una manera objetiva los bienes jurídicos tutelados por la norma, sino la intencionalidad, perversidad y peligrosidad del sujeto activo.

Un segundo requisito de esta figura, es que el hecho punible sea absolutamente imposible, es decir que no exista la mínima posibilidad de riesgo y por ende total falta de peligro para el bien jurídico tutelado por la ley.

Esta imposibilidad por su parte se da por dos razones como son: falta total de idoneidad del medio empleado, o por inexistencia del objeto sobre el cual recaerá el hecho punible.

Falta total de idoneidad del medio empleado: implica utilizar medios para la realización del delito no idóneos para lograr la finalidad perseguida, es decir medios que por su naturaleza no son útiles para lograr el resultado que se representa el sujeto; ejemplo: tratar de disparar a alguien con un arma de juguete.

Por inexistencia del objeto: nos indica que no existe el objeto específico, sobre el cual el agente se proponía ejecutar su acción típica y consecuente lesión del bien jurídico, la inexistencia del objeto, repercute en total imposibilidad de consumación del delito. Ejemplo, abrir una caja de seguridad con el propósito de sustraer una fuerte cantidad de dinero que se supone dentro de la misma; encontrando la mencionada caja completamente vacía.

Y para terminar estas figuras de tentativa nuestro código en el art. 31 Pn. bajo el epígrafe "Desistimiento en el delito imperfecto"; recoge dos figuras de tentativa que son: el desistimiento voluntario y el arrepentimiento activo o eficaz.

"El que desiste voluntariamente de proseguir los actos de ejecución del delito o impide que el resultado se produzca, sólo responderá por los hechos punibles que ya hubiere cometido".

La figura del desistimiento establece como requisito que sea voluntario, esto quiere decir que no se prosiga con la ejecución del delito, más que por la propia iniciativa del agente, no debe existir ningún elemento foráneo a éste, que le impida el seguimiento de la acción sino que, el agente por su libre arbitrio decide no proseguir con el delito; asimismo, el desistimiento debe ser definitivo, es decir que no sea una interrupción temporal, para luego proseguir con la acción ya sea en mejores condiciones para ejecutar el delito o en circunstancias fuera de peligro de ser descubierto por parte del sujeto agente; por ejemplo, el sujeto que suspende su acción delictiva debido a la presencia de la autoridad pública y espera un mejor momento, para lograr impunidad; y para terminar, se desiste de los actos ejecutivos; no puede existir desistimiento una

vez realizados los actos ejecutivos (y esto es lo que diferencia precisamente al desistimiento del arrepentimiento eficaz) y solamente se está esperando el resultado dañoso de la acción delictuosa; es por esta razón que se sostiene que el desistimiento únicamente se da en la tentativa inacabada o conato.

En cuanto al arrepentimiento activo podemos decir, que aquí efectivamente debe existir el querer evitar el resultado por parte del sujeto activo, no importando las razones que tenga (como podría ser, estar arrepentido de su acción por razones morales o religiosas o por temor a la sanción penal); pero no debe tomarse como arrepentimiento aquel que evita el resultado, para buscar la impunidad, haciendo creer a los demás que quería evitar el resultado, pero que en el fondo no lo desea. Por ejemplo: el que ha lesionado a otro con arma corto punzante y creyéndolo muerto busca ayuda para llevarlo al hospital, cuando alguien pasa auxiliándolo y salvándole la vida.

Sobre esta figura diremos también que se da cuando ya se han dado todos los actos ejecutivos, y solamente se espera o se está dando el resultado, es por esto que se dice que el arrepentimiento sólo se da en la tentativa acabada o delito frustrado.

En el arrepentimiento, se necesita que materialmente se evite el resultado, no basta la sola intención de tratar de evitar el resultado dañoso, sino evitar su resultado, es decir cuenta únicamente el factor objetivo y no el subjetivo (la intención de evitar el daño).

En cuanto a la punibilidad del desistimiento y arrepentimiento eficaz nuestra legislación en el art. 31 Pn. los declara que son impunes, o sea que una persona que desiste voluntariamente del hecho punible que se proponía causar o evita eficazmente el resultado dañoso de su acción delictiva no responderá penalmente; a menos que los actos realizados hasta ese momento (del desistimiento o arrepentimiento) constituyan delitos autónomos en sí, por ejemplo: el ladrón que entra en la noche a una casa para hurtar, pero que desiste de su acción; podemos sostener que responderá penalmente únicamente del allanamiento de morada.

Hasta aquí un breve comentario de nuestra legislación penal que regula la vida del delito.

CAPITULO 6

RESULTADO DE LA INVESTIGACION DE CAMPO

Después de haber realizado la investigación documental de nuestro tema objeto de estudio y haber hecho el análisis comparativo entre la doctrina y nuestra legislación; corresponde ahora analizar el resultado de una pequeña investigación de campo que nos permitió un acercamiento a la realidad jurídica salvadoreña, en el ámbito del Derecho penal.

La investigación de campo realizada estuvo encaminada a la comprobación de las hipótesis planteadas en la presente tesis, las que se refieren a la dimensión empírica del tema; y se realizó de dos maneras, la primera consistió en una entrevista (ver anexo No. 1) mediante la cual se pretendía establecer el grado de conocimiento que tanto resolutores de los tribunales, como litigantes tenían acerca del tema, la entrevista estaba estructurada en diez preguntas, ocho de carácter teórico del tema del iter criminis en general y dos preguntas sobre la aplicación práctica en casos reales planteados de manera anónima, en donde se presentan casos relacionados al tema de tentativa.

La entrevista estaba encaminada a determinar el grado de conocimiento que los litigantes y resolutores tenían acerca

del tema en estudio, así como a observar los criterios de éstos para calificar los grados del delito en casos concretos.

La segunda forma en que se desarrolló la investigación de campo fue por medio de un muestreo jurisprudencial acerca del tema, consistente en un estudio de casos de algunos tribunales de lo penal de San Salvador, en donde se encuentran resoluciones respecto al tema del iter en general y de la tentativa en especial; para este efecto se elaboró una ficha de recolección de datos (ver anexo No. 2) donde se recopilaba toda la información del caso, tal como ubicación del juicio (fecha de iniciación del juicio; lugar de los hechos, tribunal que ventila el juicio, ofendido, imputado, calificación provisional del delito), así como resumen circunstanciado del hecho, criterios del juez para la calificación del delito y situación actual del juicio, con lo cual se obtenían los datos necesarios para el análisis crítico de las resoluciones dadas en torno al tema, así como establecer la diferencia de criterios aplicados por los jueces en casos similares y por último la arbitrariedad cometida en contra de los detenidos, debido a una forma errónea de calificar el grado del delito.

6.1. Resultado de la entrevista

La entrevista como ya se ha señalado buscaba establecer el grado de conocimiento del tema que poseían los encuestados sobre el tema de la tentativa, ésta fue pasada a veinte personas, diez resolutores de algunos tribunales de lo penal de San Salvador y diez litigantes, esto debido a la incidencia que ambos tienen en la calificación del delito; los primeros por su parte aunque no tienen poder de decisión en un juicio, muchas veces los criterios de los mismos prevalecen en el grado de calificación del delito, en cuanto a los segundos es importante que posean conocimientos del tema porque esto les permite dar criterios a los jueces en torno al grado del delito, y en última instancia, saber exigir en los argumentos planteados para la calificación del grado del delito ante el juez respectivo.

La entrevista se estructuró con preguntas teóricas y de aplicación práctica, las primeras ocho de la primera forma y las dos últimas de la segunda forma; en estas se buscaba el conocimiento doctrinario y la aplicación de criterios en casos concretos.

En cuanto a la ponderación de la entrevista, se asignó un valor de 100% a cada pregunta, así, si la contestación a la

pregunta se consideraba correcta tenía un porcentaje de 100, si era completamente incorrecta de 0, y si vertía algunos criterios del tema o era medianamente correcta se calificaba con 25, 50 o 75% según fuese el caso.

Después de tabular el resultado obtenido en la cédula de entrevista se elaboraron cuadros y gráficas en las cuales se resume en cuanto a las preguntas teóricas los porcentajes de conocimiento de cada una (ver cuadro No. 1 y gráfica No. 1) así como del conocimiento global del tema (ver cuadro No. 1 y gráfica No. 2); y en cuanto a las preguntas de aplicación práctica la diferencia existente de criterios al calificar los grados del delito (ver cuadro No. 2 y gráficas No. 3 y 4).

La exposición de los resultados se presentan en el orden en que estaban contenidas en el formulario de recolección.

6.1.1. Grado de conocimiento sobre el iter criminis.

Con la pregunta número uno se perseguía detectar si existía conocimiento claro de la definición más general del tema, obteniéndose el siguiente resultado:

- Ninguno de los entrevistados tenía claro el concepto de iter, es decir, ninguno contestó a satisfacción de 100%

la pregunta formulada.

- Solamente una persona respondió en un 75% de satisfacción con respecto al iter criminis.
- Cuatro lo hicieron en un 50% y
- diez no contestaron nada o lo hicieron equivocadamente.

En conclusión, se obtuvo un promedio de conocimiento del 20% satisfactorio acerca de la definición del iter criminis.

6.1.2. Conocimiento sobre las fases del delito.

Con el propósito de conocer en los sujetos entrevistados el grado de conocimiento sobre las fases del delito los resultados obtenidos se resumen así:

- Solamente un sujeto respondió satisfactoriamente, es decir, en un 100%.
- También un solo sujeto respondió con un 75% de satisfacción la pregunta planteada.
- Cinco entrevistados respondieron en un 50%.
- Nueve lo hicieron en un 25% y
- Cuatro, no contestaron o lo hicieron en forma errada.

En síntesis, obtuvimos un promedio de contestación satisfactorio de un 32.5%, lo cual implicó un nivel de respuesta mayor a la anterior pregunta, no fue de ningún modo satisfactorio.

6.1.3. Ubicación de la proposición y conspiración.

Otro elemento importante en la investigación es lo referente a la proposición y conspiración, por tal razón esta pregunta perseguía el objetivo de establecer en los entrevistados, si conocían la correcta ubicación de estas figuras en las fases del delito. A este respecto los resultados fueron los siguientes:

- Solamente uno de los sujetos respondió satisfactoriamente en un 100% la pregunta.
- También uno respondió en un 50% de satisfacción la pregunta.
- Tres respondieron en un 25% de conocimientos y
- Quince de los entrevistados no sabían a qué fase del delito pertenecían la proposición y conspiración.

En conclusión, diremos que el resultado promedio de contestación satisfactoria de la pregunta fue de un 11.25%,

lo cual indica que existe un desconocimiento grave de que estas figuras son de carácter sui generi por ser resoluciones manifestadas y pertenecer a la fase intermedia del delito.

6.1.4. Diferencia entre acto preparatorio y ejecutivo.

Es un problema de muchísima importancia y controversia el saber distinguir entre el acto preparatorio y el ejecutivo, ya que esto implica tanto como distinguir entre el acto punible del no punible o del excepcionalmente punible según sea el caso, por eso es de suma importancia conocer si los sujetos entrevistados tenían plena conciencia de este problema. Dándose el siguiente resultado:

- Ninguno de los entrevistados contestó con criterios satisfactorios la distinción entre unos actos y otros, pues ninguno contestó en un 100% ni en un 75% la pregunta.
- Diez de los veinte contestaron en un 50% la pregunta, es decir que si bien no manejaban los criterios más propios de distinción entre dichos actos, si poseían alguna concepción de lo que eran actos preparatorios por un lado y actos ejecutivos por el otro.

- Seis sujetos respondieron en un 25% la pregunta planteada y
- Cuatro no tenían ninguna idea de la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos.

En resumen, se obtuvo un 32.5% de promedio de conocimiento satisfactorio, llamando la atención que no se tiene idea de las dimensiones del problema, en la muestra tomada.

6.1.5. Elementos de la tentativa.

La pregunta realizada a este respecto pretendía sondear el grado de conocimiento que poseían los entrevistados acerca de los elementos de la tentativa que determinan la definición de la misma, puesto que este es el tema medular de toda nuestra investigación que su conocimiento reviste una enorme importancia en la calificación de los grados del delito. Los resultados de esta pregunta fueron:

- Ninguno de los individuos encuestados manejaba correctamente los elementos de la tentativa, es decir ninguno contestó en un 100% satisfactoriamente la pregunta.
- Solamente un sujeto contestó con un 75% de corrección la interrogante.

- Cinco respondieron en un 50%.
- Dos de los mismos, lo hicieron en un 25% de conocimiento satisfactorio.
- Y la mayoría (12 entrevistados) no sabían o no tenían concepto de cuáles podían ser los elementos de la tentativa.

En conclusión, solamente se obtuvo un 18.75% de promedio correcto del tema, dato que de por sí, es elocuente en cuanto a la ignorancia de un tema de tanta trascendencia.

6.1.6. Clases de tentativa no punibles.

La pregunta correspondiente a este tema se lanzó con el objetivo, de establecer cuál era el grado de conocimiento de otras formas de tentativa no punible y cuál era el grado de relación entre éstas y la tentativa propiamente tal. El resultado fue el siguiente:

- Ninguno de los entrevistados sabe que existían otras formas de tentativa no punibles, ya que ninguno contestó ni siquiera con un 50% de satisfacción a la pregunta.
- Solamente tres contestaron en un 25% y fue un número de 17 individuos; quienes no sabían de otras formas de tentativa o contestaron en forma errada.

Teniendo entonces como resultado promedio en el conocimiento del delito un 3.75%.

Debe advertirse en el resultado de este análisis cierto error por parte del equipo de investigación en el enunciado de la pregunta; pues está dio origen a respuestas tales como: todas las tentativas son punibles, las tentativas de faltas no son punibles, el aborto propio o procurado por parte de la mujer en grado de tentativa no es punible; que si bien es cierto no podemos decir que sean respuestas correctas, pero tampoco son incorrectas. No obstante, este margen de error no es significativo, ni determinante en gran manera en los resultados de la investigación.

6.1.7. Significado del concepto de delito frustrado.

con la formulación de esta pregunta se pretendía establecer si se manejaba por parte de los sujetos entrevistados el concepto de delito frustrado. Los datos resultantes se obtuvieron así:

- Sobre este tema nadie de los entrevistados manejaba el concepto de delito frustrado, es decir, que nadie obtuvo un 100% ó 75% de respuesta satisfactoria.
- Diez contestaron en un 50% la pregunta.

- Nueve de los sujetos respondieron en un 25% la pregunta y
- Solamente uno de los interrogados no pudo contestar nada al respecto.

En resumen, se obtuvo un promedio de 36.35% de contestación correcta con respecto a este tema, pero es de evidenciar, que el tema fue manejado por la mayoría de entrevistados medianamente, ninguno poseía la idea clara de delito frustrado, llegando a dar criterios del mismo casi por inercia, por la identidad que existe entre este concepto con el de tentativa (Conato).

6.1.8. Significado del concepto de delito agotado.

Con el objetivo de conocer el manejo del concepto de delito agotado se obtuvieron los siguientes resultados.

- Ninguno de los entrevistados contestó en un 100% de satisfacción la pregunta planteada.
- Tres lo hicieron en un 75%
- Ocho individuos contestaron en un 50%.
- Siete respondieron en un 25% de satisfacción la pregunta y

- Dos de los entrevistados no sabían qué era el concepto de delito frustrado.

En consecuencia, se obtuvo un 40% de promedio de conocimiento correcto del tema.

Que fue el promedio más alto, parecía que aunque no se manejara el tema se llegaba a elementos del delito agotado, por sugerencia, del mismo, o por identidad con el delito consumado fenómeno que se presenta en la pregunta que antecede y en la presente.

6.1.9. Opinión sobre calificación.

Con esta pregunta se pretendía que el interrogado virtiera su opinión sobre la calificación de un delito calificado en grado de tentativa, estableciendo si era correcta o no la misma, de lo cual se obtuvo el resultado siguiente:

- Catorce entrevistados afirmaron que era correcta la calificación. Es decir, un 70%.
- Seis negaron que tal calificación era correcta, es decir un 30%.

Como se puede observar, si bien existe divergencia de criterios existe un alto porcentaje (70%) que establece la

corriente predominante.

6.1.10. Criterios para calificar.

En este caso se pretendía que el encuestado mediante sus propios criterios estableciera qué clase de delito se había cometido. Resultando los siguientes datos:

- Diecisiete individuos respondieron que el delito debía calificarse como tentativa de violación, es decir, un 95% del total de entrevistados.
- Asimismo, hubo tres que contestaron que el delito debía calificarse como abusos deshonestos, o sea un 15% del total.

En conclusión, diremos que aquí también se evidencia dos de criterios pero con una fuerte corriente predominante que califica al delito como tentativa de violación (85%).

6.1.11. Recapitulación sobre los datos obtenidos.

A manera de conclusión podemos afirmar que existe un fuerte desconocimiento del tema del iter criminis en los encuestados que se manifiesta en el promedio global del conocimiento del tema que es únicamente del 24%, existiendo un fuerte déficit del mismo 76% (en las primeras ocho

preguntas teóricas, ver gráfica No. 2).

En cuanto a las preguntas de aplicación práctica (nueve y diez) podemos observar una fuerte tendencia en la calificación de los delitos que son bastante aceptables, lo cual nos lleva a concluir que existe un alto grado de empirismo en los entrevistados.

C U A D R O N º 1

RESUMEN CUANTITATIVO SOBRE EL GRADO DE CONOCIMIENTO
DEL ITER CRIMINIS Y LAS ETAPAS DEL DELITO.
(PREGUNTAS DE LA N º 1 A LA N º 8)

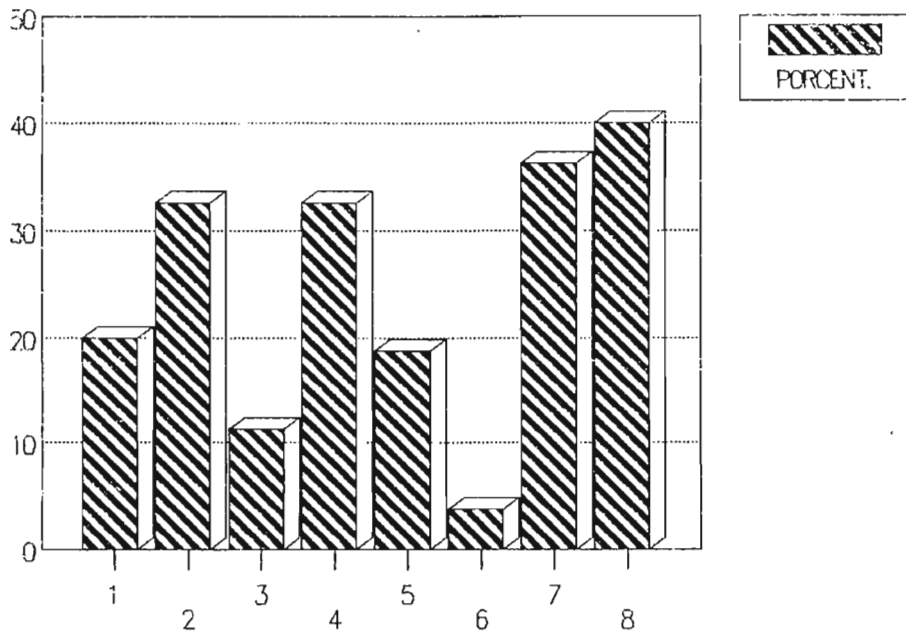
N º	NUMERO DE ENCUESTA																				TOTAL PORCENT.	
	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20		
1	0	0	0	50	25	25	0	25	75	0	0	50	25	50	0	0	0	25	50	0	400	20
2	25	25	50	100	50	0	25	25	75	0	0	25	25	50	50	0	25	50	25	25	650	32.5
3	0	100	0	0	25	0	0	0	25	0	50	0	0	0	0	0	0	25	0	0	225	11.25
4	0	50	50	50	50	50	0	25	25	50	25	25	25	50	50	50	0	50	25	0	650	32.5
5	0	0	50	50	50	25	0	0	75	0	0	0	0	25	50	0	0	50	0	0	375	18.75
6	0	25	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	25	25	0	0	0	0	0	0	75	3.75
7	50	25	25	25	25	50	25	25	0	50	25	50	50	50	25	50	25	50	50	50	725	36.25
8	50	25	50	25	25	0	25	0	50	50	25	75	75	50	50	50	25	25	75	50	800	40
TOTALES																					3900	195
PORCENTAGE GLOBAL DEL CONOCIMIENTO.																					24.375	

F U E T E: ENTREVISTA APLICADA A MUESTRA DE RESOLUTORES Y LITIGANTES.

GRAFICA NUMERO 1

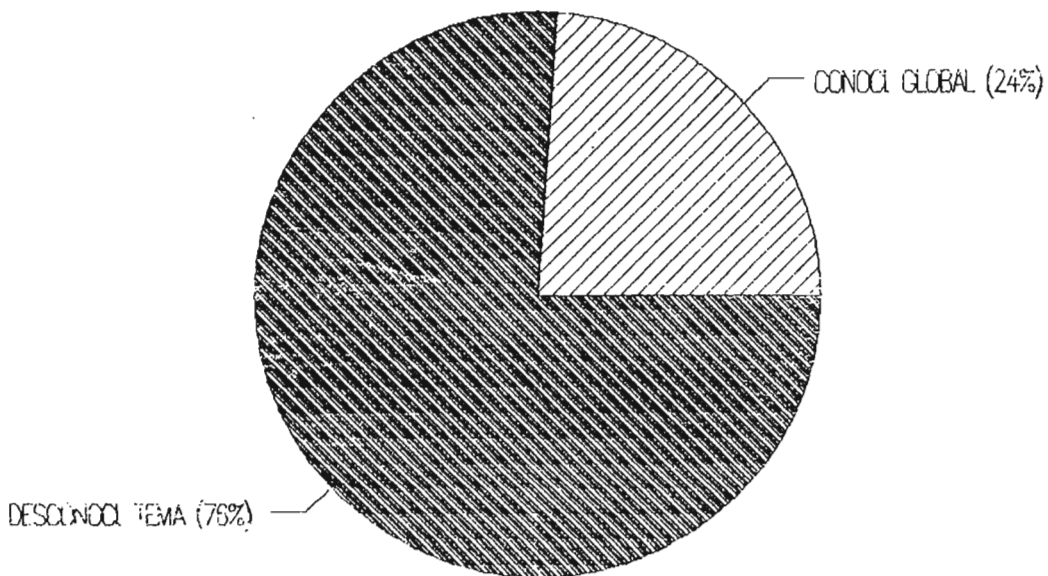
PORCENTAJE DE CONTESTACION DE PREGUNTAS

TEORICAS DE ENCUESTA.



GRAFICA NUMERO 2

PORCENTAJE DEL CONOCIMIENTO GLOBAL DEL TEMA.



C U A D R O N O 2

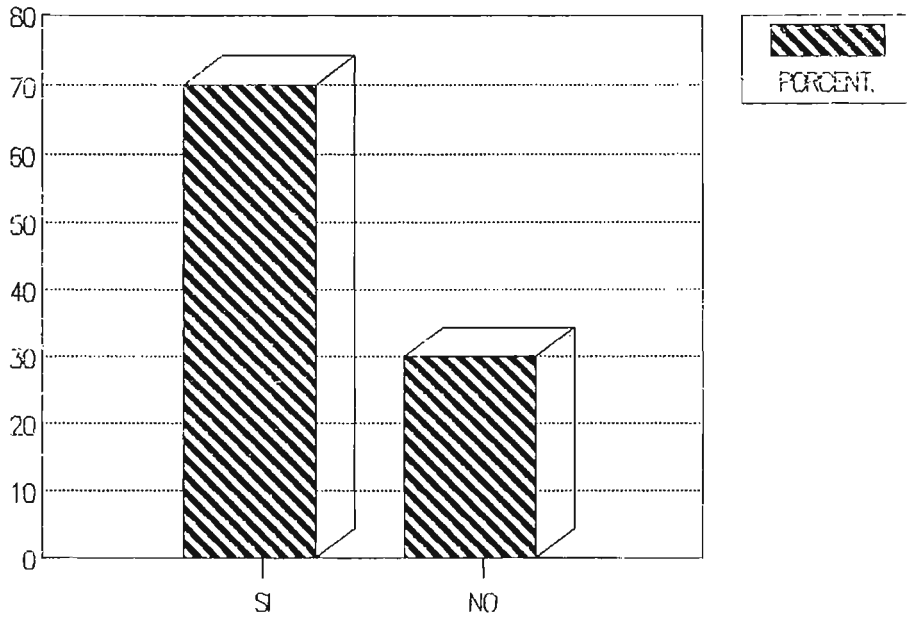
RESUMEN CUANTITATIVO SOBRE LA APLICACION PRACTICA
DE CRITERIOS PARA LA CALIFICACION DEL DELITO.

		NUMERO DE ENCUESTA																				TOTAL	PORCENT.
NUMERO DE PREGUNTA	Nº	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20		
9			SI	SI		SI	SI	SI			SI	SI	SI		SI		SI	SI	SI	SI	SI	14	70
		NO			NO				NO	NO				NO		NO						6	30
10			T.VIOL.	T. VIOL.		T.VIOL.	T.VIOL.	T.VIOL.	T.VIOL.	T.VIOL.	T.VIOL.	T.VIOL.	T.VIOL.	T.VIOL.	T.VIOL.		T.VIOL.	T.VIOL.	T.VIOL.	T.VIOL.	T.VIOL.	17	85
		ABU.DESH.			ABU.DESH.											ABU.DESH.						3	15

F U E N T E: ENTREVISTA APLICADA A MUESTRA DE RESOLUTORES Y LITIGANTES.

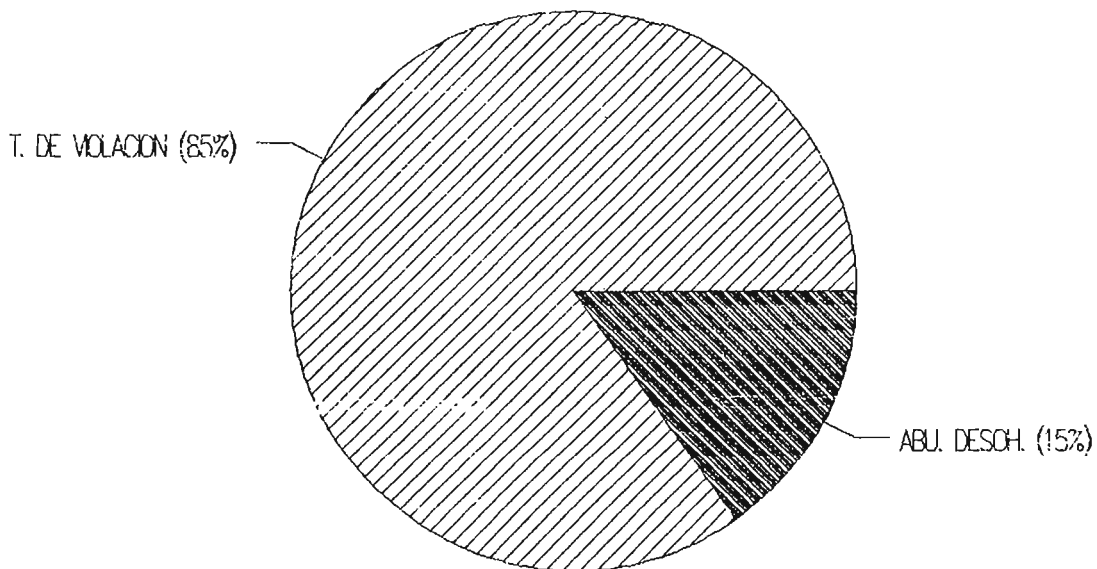
GRAFICA NUMERO 3

PORCENTAJE DEL RESULTADO DE LA
PREGUNTA NUEVE.



GRAFICA NUMERO 4

PORCENTAJE DEL RESULTADO DE LA
PREGUNTA DIEZ.



6.2. Análisis jurisprudencial.

El presente cuadro representa la cantidad de juicios encontrados en cada tribunal de acuerdo con la muestra que se tomó.

Delito	Juzgados de lo penal donde se tomó la muestra				Total
	1o.	3o.	4o.	5o.	
Homicidio	4	2	3	3	12
Violación	0	1	1	0	2
Hurto	2	1	2	3	8
Robo	0	2	2	2	6
Extorsión	2	2	2	2	8
Estafa	1	1	0	0	2
Incendio	0	1	0	0	1
Cobhecho activo	1	0	0	0	1

Retomamos para comentar únicamente aquellos casos que resultaron interesantes, ya sea por el hecho de considerar que se ha calificado mal la figura, que no se comparte un mismo criterio entre los jueces o que existe arbitrariedad en la aplicación de la ley; debido al desconocimiento del tema que nos ocupa.

6.2.1. Criterio por tribunal.

Delito: Homicidio.

En este delito es criterio predominante para calificarlo como homicidio en grado de tentativa, el hecho de que cuando existen lesiones, se valora principalmente la parte del cuerpo donde éstas han sido producidas, independientemente de la mayor o menor gravedad de las mismas, ya que esto revela la intencionalidad criminal, dejando de lado criterios subjetivos como podrían ser el decir del imputado; pero no obstante ser este criterio el que predomina, siempre se dan contradicciones al calificar una conducta; tal es el caso encontrado en el Juzgado Primero de lo Penal; en la causa 321-86 instruida contra el imputado ANDRES ALBERTO GUARDADO AYALA por el delito de Robo y Homicidio en grado de tentativa en JOSE LUIS CABALLERO AGUILAR; en donde los hechos ocurrieron de la siguiente manera: el ofendido circulaba cerca del Palacio Nacional cuando le salió al paso el imputado, quien con arma en mano le pidió que le entregara el dinero que llevaba; habiéndole entregado el ofendido únicamente la cantidad de cinco colones, motivo por el cual se enojó el imputado y le dejó ir un disparo que le hizo impacto en el tórax.

Este hecho al decretarse la detención provisional del imputado se calificó como robo en grado de tentativa y homicidio doloso tentado; basado en el lugar donde había sido producida la lesión; al estar depurado el informativo se sobreesayó por el robo tentado y se elevó a plenario por el homicidio tentado, resolución de la cual el defensor del imputado interpuso el recurso de apelación y al resolver la Cámara confirmó el sobreesamiento en cuanto al robo; pero lo sorprendente fue que en lo relativo al homicidio modificó la calificación provisional a Lesiones Menos graves de conformidad al art. 170 Pn. razonando que de parte del imputado no hubo intención homicida y dice también que toma en cuenta la poca gravedad de las lesiones; dejando de lado el criterio del tribunal inferior.

Claramente se denota que no existe un parámetro general en este delito, para calificar la figura como consumada o en grado de tentativa, lo que queda al arbitrio del Juez y hasta cierto punto a su capricho; ya que si existieran parámetros; en la causa 452-88 instruida contra JOSE CLEOFA MARADIAGA MARTINEZ, por el hecho de haber lesionado en el tórax con arma corto punzante a ANDRES RECINOS ORELLANA, lesiones que de acuerdo al reconocimiento médico legal sanaron en 8 días. En base al criterio de Cámara que se expone anteriormente, tiene que haberse declarado falta

este hecho; pero no es así porque en el Juzgado Tercero de lo penal donde se conoce de esta causa, ese hecho ha sido calificado como Homicidio en grado de tentativa.

También cabe mencionar como ejemplo la causa 388-90 instruida en el Juzgado Cuarto de lo Penal contra el imputado ALBERTO MORALES, por el hecho que el día 13 de junio de 1990 con un corvo le produjo una lesión de 20 cm. en el cuello a ISRAEL MARROQUIN PONCE, lesiones que sanarán en 15 días de acuerdo al reconocimiento médico legal; pero no obstante que el hecho refleja a simple vista la intención homicida, sin embargo el tribunal que está conociendo, el hecho lo ha calificado como Lesiones menos graves de conformidad al art. 170 Pn.

Delito: Violación.

En este delito para calificar el grado de ejecución, el criterio varía, porque por un lado existen jueces que sostienen que el delito de violación no puede darse en grado de tentativa por ser éste un delito de resultados; y mientras no haya acceso carnal, lo que existe es el delito de abusos deshonestos y por otro lado están otros que sostienen que sí existe violación en grado de tentativa, siempre y cuando la intención del sujeto haya sido el acceso carnal y éste no se haya producido por causas ajenas

a su voluntad.

Ejemplo de esta dualidad de criterios lo reflejan los casos siguientes:

Causa 5-90 instruida en el Juzgado Cuarto de lo Penal contra el imputado CESAR TORRES REYES, por el hecho que éste el día 25 de diciembre de 1989 cuando la señorita CECILIA ELIZABETH MARTINEZ MENJIVAR iba de su lugar de trabajo, para su casa de habitación, como a las 8:00 p.m. y al pasar por el puente que le llaman "LA GALERA", le salió al paso y la ofendida corrió, alcanzándola éste y la agarró del cuello y le puso un cuchillo en el abdomen, diciéndole que no fuera a gritar porque sino la mataba, que caminaran abrazados para disimular, manifestándole también que lo que quería era tener acceso carnal; y forcejeándose logró quitarle el bloomers, aprovechando la joven un momento en que éste se distrajo, le pegó una bofetada, logrando safarsele sin que éste pudiera introducirle su órgano; y salió corriendo. El sujeto por estar con el calzoncillo abajo por las rodillas, no pudo correr, quedándose en el lugar, en donde momentos después fue capturado.

Este hecho en el Juzgado Cuarto de lo Penal se calificó como abusos deshonestos; por lo que el defensor del imputado solicitó la excarcelación, lo cual se le declaró

sin lugar de conformidad al art. 252 Pr. Pn. en vista de que también el imputado estaba siendo procesado por un robo, de lo cual no se había decretado su detención provisional. Al denegársele la excarcelación, el defensor apeló; y la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro, al conocer modificó la calificación provisional del delito de Abusos deshonestos a Violación Propia-tentada, tomando como criterio el hecho de que la intención del imputado era el acceso carnal, resolución que fue dictada con fecha 25 de abril de 1991.

En la causa 680-88 instruida en el Juzgado Cuarto de lo Penal contra ALFREDO DE LEON quien un día en horas de la noche encontró a IRMA ELENA QUIJADA DE MENJIVAR y la agarró violentamente, pretendiendo tener acceso carnal con ella, ya que así se lo dijo, y la llevó a un zacatalito, la tiró al suelo y con una mano le tapaba la boca, con la otra le trataba de bajar el bloomers, cosa que dos personas vieron, por lo que trataron de auxiliar a la ofendida; al ver esto ALFREDO DE LEON huyó; pero siempre fue capturado.

Este hecho de acuerdo a los criterios que se manejan en los tribunales debió haber sido calificado ya sea como abusos deshonestos o como violación en grado de tentativa; pero en julio de 1988 al decretarse la detención provisional del imputado, no obstante no haber existido acceso carnal, el

hecho se calificó como violación propia; o sea, como que el delito se consumió; y es hasta el presente año con fecha 18 de marzo que al dictarse la sentencia se modificó la calificación a Violación tentada; razonando en la misma que el resultado no se produjo por causas extrañas al agente. Situación que demuestra que aún en un mismo tribunal, hay contradicciones; ya que a hechos similares se les dan distintas calificaciones o más bien dicho los ubican en grados diferentes de ejecución.

Delito: Hurto.

En el delito de Hurto los criterios que se manejan para calificar esta figura ya sea como consumada o en grado de tentativa; son unánimes en los cuatro juzgados de donde se tomó la muestra; ya que se basan en la situación de que el sujeto no haya logrado lucrarse, ya sea por no haber tenido la libre disponibilidad del objeto o que éste no haya salido de la esfera de protección y vigilancia del propietario. Pero si nos llama mucho la atención, que no obstante el manejo casi unánime de criterios, siempre se dan contradicciones que son aún dentro de un mismo tribunal.

En este sentido, en el Juzgado Primero de lo Penal no se mantiene un mismo criterio en cuanto a un mismo delito, lo

cual se señala en el comento de los siguientes casos:

Causa: 368-90. Resumen del caso.

El imputado JOSE INES RIVERA HERNANDEZ es capturado al momento que se encontraba en el interior del chalet "MEJIA" ubicado en la 6a. Avenida Norte y Calle Delgado de la Ciudad de San Salvador y sustrae mercadería del interior del mismo, el cual había abierto, violentamente la puerta de atrás con un alicate.

Al decretarse su detención provisional con fecha 28 de agosto de 1990, el delito fue calificado provisionalmente como Hurto calificado art. 238 No. 1 Pn.

Es hasta con fecha 24 de julio de 1991; o sea once meses después; en que se dá cuenta el Juez que el delito no se había consumado; y tomando como criterio que el imputado no logró lucrarse de los objetos hurtados, por haber sido capturado al momento del hecho; calificando el mismo en grado de tentativa. art. 238 No. 1 relacionado con el art. 28 Inc. 2o. Pn.

Causa 323-91: Resumen del caso:

El imputado EDWIN EDUARDO MOLINA DUBON fue detenido al

momento que se encontraba en el interior de un vehículo estacionado en un parqueo de la Residencial San Luis; y del cual estaba sustrayendo una radio casetera, dicho vehículo lo había abierto con un cuchillo.

Al decretarse la detención provisional del imputado se calificó el delito como Hurto calificado en grado de tentativa art. 238 No. 1 relacionado con el aart. 28 Inc. 2o. Pn.

COMENTARIO: Claramente se denota la contradicción existente aún dentro de un mismo tribunal; ya que situaciones similares, al decretarse la detención provisional de los imputados, se han colocado en momentos distintos del iter criminis, lo cual acarrea una serie de repercusiones, entre las cuales tenemos; que como el delito de Hurto en grado de tentativa goza del beneficio de excarcelación; en el primer caso tuvo que pasar once meses el imputado sin poder haber gozado de ese beneficio.

Delito: Robo.

En este delito no existe mayor problema ya que el criterio que se adopta para calificarlo en grado de tentativa; es similar que en el caso de hurto, ya que lo que también se toma en cuenta es el hecho de haberse lucrado el sujeto,

con el objeto robado; por no haber tenido la libre disponibilidad del mismo o por no haber salido de la esfera de protección y vigilancia del ofendido.

En este rubro es digno de mencionar el siguiente caso:

Causa 97-89 instruida en el Juzgado Cuarto de lo Penal contra el imputado JULIAN VALERIANO RIVERA MEJIA; ya que éste amenazando con un cuchillo, le quitó la cartera a la señora ENMA GLORA BENITEZ; pero al ver que ésta no tenía dinero, se la devolvió y salió corriendo para darse a la fuga. Momento en el que fue capturado.

Al ser remitido al Juez y decretarse su detención provisional el día 6 de enero de 1989 calificó el delito como robo en grado de tentativa art. 241 relacionado con el art. 28 Inc. 2o. Pn; el defensor del imputado inconforme con la resolución, dos años después; alegando que no se había establecido la participación material o delincuencia, interpuso ante la Sala de lo Constitucional el recurso de exhibición personal; resolviendo la sala que no había robo tentado; sino lo que existía era un delito imposible de conformidad al art. 29 Pn. por la inexistencia de objeto; analizando en esa resolución la confesión del imputado que obraba en autos y en la cual éste constataba que la cartera que arrebató a la ofendida no contenía

dinero, razón por la cual se la devolvió y había salido corriendo; analizando la Sala que aquí no había objeto. Asimismo, la Sala ordenaba su inmediata libertad.

En este caso se observa el desconocimiento de lo que es el iter criminis y específicamente, los casos de tentativa no punibles, como es específicamente el delito imposible, lo cual llevó a calificar mal esta figura por parte del tribunal respectivo, constituyendo una arbitrariedad; que trajo como consecuencia el hecho que el imputado estuviera detenido más de dos años.

Delito: Extorsión.

Según la muestra, en los tribunales que se tomaron, se encontró en cada uno de ellos dos casos de extorsión; y el criterio es unánime ya que califican este delito en grado de tentativa cuando el sujeto es capturado al momento de recoger el dinero que ha exigido.

Pero es digno de mención el hecho de que cuando el sujeto va a recoger un paquete que no contiene el dinero; sino recortes de papel periódico; también es calificado como extorsión en grado de tentativa, criterio no compartido por los sustentadores de la presente tesis, lo cual comentaremos más adelante en el acápite de resoluciones con

las que no estamos de acuerdo.

Delito: Estafa.

En este delito, fueron dos casos los que se encontraron. Uno en el Juzgado Primero de lo Penal y otro en el Juzgado Tercero de lo Penal; pero también aquí el criterio es unánime en los jueces ya que lo califican en grado de tentativa cuando el sujeto activo no ha obtenido para sí o para otro el provecho injusto en perjuicio ajeno, por no haberse podido consumir el delito por una causa ajena a su voluntad.

Delito: Incendio.

Esta figura consideramos que sí puede darse en grado de tentativa; pero no obstante que se encontró un expediente en el cual ha habido una calificación de Incendio en grado de tentativa, no compartimos los criterios utilizados para la calificación; lo cual argumentaremos más adelante.

Delito: Cohecho.

De este delito en el Juzgado Primero de lo Penal, se encontró un ejemplo de cohecho activo imperfecto.

Causa: 244-88. Resumen del caso.

El imputado VICENTE ANTONIO BARLETTA INSTURAN fue detenido por el delito de Tenencia ilícita de drogas y al momento de su captura optó por ofrecer \$ 500.00 a uno de los agentes, con el fin de impedir la misma; el agente tomó el dinero entregándolo al órgano auxiliar de la Administración de Justicia al que pertenecía, al momento de consignar al reo. Al ser remitido el imputado al Juez, el delito fue calificado como tenencia ilícita de drogas y cohecho activo en grado de tentativa.

El Juez sobreseyó por la tenencia ilícita de conformidad al art. 275 No. 1 Pr. Pn. y actualmente el imputado se encuentra excarcelado por el delito de cohecho activo en grado de tentativa.

En la resolución no se relaciona el fundamento que el Juez tuvo para calificar el cohecho en grado de tentativa; pero pese a ello, los sustentadores de la presente tesis consideran que el hecho fue bien calificado ya que el funcionario no aceptó la dádiva ofrecida.

Concluyendo, que en este delito para que se consume el cohecho activo, necesariamente tiene que consumarse también el cohecho pasivo; porque uno tiene que haber dado y el

otro que haber recibido. Se estima también que al darse estas figuras por lo general es un hecho que queda impune, ya que es lógico que ninguno de ellos lo va a manifestar.. Y esto sería sancionado únicamente cuando haya sido presenciado por un tercero.

6.2.2. Criterio de calificación de los grados del delito no compartido por los sustentadores.

Caso Jesuita.

Este caso se ventila en el Juzgado Cuarto de lo Penal y constituye el único caso dentro de la investigación, en el cual se han calificado delitos de los que pertenecen a la fase intermedia del iter criminis. Este proceso instruido contra los imputados GUILLERMO ALFREDO BENAVIDES MORENO, YUSHI RENE MENDOZA VALLECILLOS, JOSE RICARDO ESPINOZA GUERRA, GONZALO GUEVARA CERRITOS, ANTONIO RAMIRO AVALOS VARGAS, TOMAS ZARPATE CASTILLO, ANGEL PEREZ VASQUEZ y OSCAR MARIANO AMAYA GRIMALDI por el delito de Asesinato en seis Sacerdotes Jesuitas, su empleada doméstica y la hija de ésta, hecho perpetrado en las instalaciones de la Universidad José Simeón Cañas el día 16 de noviembre de 1989; dentro de lo que es ese proceso, lo que nos llamó mucho la atención es el hecho que dentro del mismo se ha decretado también la detención provisional de los

imputados por el delito de Actos de Terrorismo, tipificado y sancionado en el art. 400 Pn. ya que mediante la prueba se estableció que una vez efectuados los asesinatos de los sacerdotes jesuitas, su empleada y la hija de ésta, se procedió a llevar a cabo un "CHARAMUSCA", consistiendo ésta en una simulación de enfrentamiento militar utilizando para tal fin armas de fuego de grueso calibre y otros artefactos explosivos, susceptibles de producir alarma, terror o temor en las personas; pero lo más importante de esta resolución está en el hecho de que contra los imputados YUSSHI RENE MENDOZA VALLECILLOS, JOSE RICARDO ESPINOZA GUERRA, GONZALAO GUEVARA CERRITOS Y GUILLERMO ALFREDO BENAVIDES MORENO se ha decretado su detención provisional por el delito de Proposición y Conspiración para actos de terrorismo, tipificado y sancionado en el art. 403 Pn. y contra los imputados YUSSHI RENE MENDOZA VALLECILLOS, JOSE RICARDO ESPINOZA GUERRA, GONZALO GUEVARA CERRITOS, ANTONIO RAMIRO AVALOS VARGAS, ANGEL PEREZ VASQUEZ Y OSCAR MARIANO AMYA GRIMALDI se ha decretado también su detención provisional por el delito de Actos preparatorios del Terrorismo, tipificado y sancionado en el art. 402 Pn. basado en el criterio de que estos delitos constituyen figuras punitivas autónomas, lo que ha sido confirmado por la Cámara Primera de lo Penal de la Primera Sección del Centro al haber conocido en apelación del auto de elevación a Plenario. Y pese a lo aberrante de la conducta de los hechores de tan horrendo crimen, ese criterio del Juez y de la Cámara no lo

comparten los sustentadores de las presente tesis por considerarlo alejado de todo principio doctrinario y de la legislación penal que nos rige, ya que si bien es cierto estos delitos constituyen una figura punitiva autónoma, quedan subsumidas estas acciones al consumarse el delito que se perseguía; en este caso los actos de terrorismo. Por lo tanto, si éste se consumó implica que el delito pasó por todo su proceso de desarrollo, el cual se ha plasmado en el capítulo tercero de este trabajo.

Caso que se calificó como incendio en grado de tentativa.

Este caso que se registra bajo el número 300-89 en el Juzgado Tercero de lo Penal, donde se calificó el hecho como Incendio en grado de tentativa de conformidad al art. 281 relacionado con el art. 28 Inc. 2o. Pn.

Los hechos ocurrieron de la siguiente manera: El día domingo dos de abril de 1989, llegó el imputado JOSE ABELARDO MOLINA CANAS a casa de la señora MARIA DEL CARMEN CANAS DE HUERTA, a eso de las once de la noche, reclamándole una herencia de un tío, habiéndose retirado; momentos después llegó con una botella con mecha, la cual contenía líquido adentro diciendo que era una bomba incendiaria y que incendiaría la casa; y se puso a buscar unos cerillos en el interior de la misma; por lo que la

ofendida con su esposo fueron a buscar unos soldados quienes capturaron al imputado decomisándole la botella.

Analizando minuciosamente el hecho, se considera que aquí efectivamente nos encontramos en un verdadero caso de actos preparatorios; ya que no obstante la intención del sujeto era incendiar la casa; como manifestaba. Con el hecho de andar buscando los fósforos para encender la bomba incendiaria, no había dado inicio a la ejecución del delito, lo que sí hubiera sucedido si hubiera logrado conseguir los fósforos y encenderla.

Y de acuerdo al art. 26 Pn. los actos preparatorios sólo son punibles en los casos especiales establecidos en la ley; y nuestra legislación en ninguno de los artículos de la parte especial, sanciona este tipo de actos preparatorios en el delito de incendio; por lo tanto el imputado en el momento de ser detenido se encontraba en la fase externa del iter criminis; pero en un momento que nuestra legislación no sanciona.

Casos de extorsión en grado de tentativa.

De la muestra se encontraron dos casos calificados como Extorsión en grado de tentativa, uno en el Juzgado Primero de lo Penal y otro en el Juzgado Tercero de lo Penal.

En el Primero de lo Penal:

La causa 469-85 instruida contra el imputado JOSE RODOLFO AREVALO DE PAZ; en donde éste llamò telefònicamente a la ofendida ALMA RINA MONTERROSA DE BERNAL y a su esposo VICTORIANO BERNAL HERNANDEZ, exigiéndoles la cantidad de UN MIL QUINIENTOS COLONES, los cuales tenian que llevar al Parque Pancho Lara de la Colonia Vista Hermosa, diciéndoles que si no lo hacian peligraban sus vidas; por lo que los ofendidos llamaron telefònicamente a la Policia para hacer saber esta situaciòn; en donde les recibieron denuncia y acordaron que en el lugar que habia indicado el imputado, llevaran un paquete pero no con el dinero sino con recortes de periòdico que simularan dinero; lo cual así hicieron, habiendo sido capturado el imputado al momento que lo recogia.

Al decretarse la detenciòn provisional del imputado se calificò provisionalmente el delito como extorsiòn en grado de tentativa; y por ese mismo delito se condenò en la sentencia; lo cual ha sido confirmado por la Càmara Primera de lo Penal de la Primera Secciòn del Centro al haber conocido en consulta.

En el tercero de lo penal.

La causa número 430-88 instruida contra el imputado MANUEL DE JESUS HENRIQUEZ Y SANDRA ELIZABETH DE LA O quienes le enviaron una nota a la señora MARIA CELIA VIUDA DE JANOWER exigiéndole la cantidad de CIEN MIL COLONES; dinero que si no entregaba iba a peligrar su vida y la de su familia; y el cual tenia que ir a depositar a la Playa Los Cöbanos de Sonsonate; situación que la ofendida informó a la Policía Nacional y de acuerdo con la Policía, fueron al lugar indicado, depositando en el lugar fijado un paquete, pero que no contenía el dinero; sino recortes de periódico que simulaban ser el dinero. Habiendo sido capturados los imputados al momento de recogerlo.

Al decretarse la detención provisional de los imputados se calificó provisionalmente el delito como Extorsión en grado de tentativa y también por ese mismo delito se condenó en la sentencia.

Los sustentadores de la presente tesis no comparten el criterio de los Jueces que han calificado estos hechos como Extorsión en grado de tentativa de conformidad al art. 257 relacionado con el art. 28 Inc. 2o. Pn.; ya que si bien es cierto los imputados, en ambas situaciones fueron capturados al momento de recoger el paquete, estos paquetes

no contenían el dinero exigido por ellos sino recortes de papel periódico simulando billetes; por lo tanto aunque estos paquetes hubieran sido recogidos y llevados por los imputados, no se hubiera ocasionado ningún perjuicio patrimonial en los ofendidos; por lo tanto nos encontramos en un verdadero caso de delito imposible; debido a la inexistencia de objeto; lo cual es regulado por nuestro Código Penal en el art. 29 que literalmente dice: "No es punible el delito imperfecto o tentado cuando fuere absolutamente imposible la consumación del mismo por falta de idoneidad total del medio empleado o por inexistencia del objeto"; en estos casos como ya se dijo hay inexistencia de objeto por lo que no existe responsabilidad penal para los imputados.

Hasta aquí el comentario de casos encontrados; lo que no implica que únicamente los delitos comentados admiten tentativa; sino muchos más; y retomamos o analizamos únicamente éstos por el hecho que con la presente investigación no se pretende establecer cuáles figuras admiten o no tentativa; sino lo que se persigue es analizar los criterios adoptados en los casos encontrados; para determinar si existe o no unanimidad de criterios en los jueces; y si existe o no desconocimiento de los grados del delito; y con lo cual se ha demostrado que por un lado hay situaciones que aún en un mismo tribunal la misma figura ha

recibido diferente ubicación en los grados de ejecución del delito; y que también no se comparte el mismo criterio entre algunos jueces. Lo que viene a demostrar las hipótesis de que a un adecuado conocimiento de las teorías que aplican los grados del delito, corresponde una adecuada calificación del mismo; y que también a mayor confusión en la apreciación de los grados del delito, mayor arbitrariedad en la aplicación de la ley.

CAPITULO 7

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Como resultado del estudio realizado sobre el tema del Delito imperfecto al delito perfecto el grupo responsable de la investigación ha arribado a un conjunto de conclusiones de las cuales se han derivado las correspondientes recomendaciones que se enuncian a continuación:

7.1. CONCLUSIONES.

7.1.1. Si bien la Ley Penal salvadoreña no sanciona ningún tipo de conducta no exteriorizada, debido principalmente a la libertad de pensamientos que deben mantener los individuos del conglomerado social, en la realidad esto no se cumple debido a esquemas eminentemente represivos y totalitarios que se han vivido (los cuales hoy en 1991 se lucha por romper); por lo que se concluye en este punto reiterando el absoluto divorcio entre el ser y el deber ser del derecho ya tantas veces planteado. Condicionado por las estructuras de dominación que imperan en la sociedad.

7.1.2. La diferencia que más resalta entre el delito

imperfecto y el delito perfecto la constituye la consumación o no consumación del delito. En el primer caso no existe consumación y por ende falta de violación del bien jurídico tutelado por la norma, en cambio en el delito perfecto hay consumación y por lo tanto hay violación al bien jurídico tutelado. Existe a su vez un total encuadramiento de la conducta delictuosa a la figura tipo (tipificación), tenemos entonces una diferencia de grado o sea de calidad.

7.1.3. En cuanto a la forma de culpabilidad esencial en el camino del delito se tiene que la forma de culpabilidad que se da en el iter es sin lugar a dudas dolosa, tan cierto es esto, que la mayoría de autores sostienen que no puede admitirse otra forma de culpabilidad (preterintencionalidad y culpa) esto debido principalmente a que la ideación, deliberación y resolución implican la intención de delinquir. Lo mismo los actos preparatorios y de ejecución; y las figuras de resoluciones manifestadas (proposición y conspiración) como la tentativa (punibles o no) indican voluntad e intencionalidad criminal. Así, en la tentativa, uno de los requisitos es la intención o finalidad de perpetrar un delito y en el delito imposible también existe

tal intención, no obstante la inidoneidad de los medios empleados o inexistencia del objeto.

7.1.4. En lo tocante a la naturaleza jurídica de la tentativa no nos atrevemos a concluir categóricamente sobre este punto tan debatido por la doctrina y autores de reconocida autoridad, pero como se manifestó al tratar este punto en el capítulo tres, nos apegamos a la posición del autor LUIGI SCARANO en concluir que la tentativa es de carácter autónoma y no accesoria o mixta. Esto debido a que existe una norma perfecta (en la parte general) la cual regula una prohibición y de darse ésta, se quebranta la norma y por lo tanto se establece el delito tentado.

7.1.5. En lo relativo a que si se ha superado plenamente el concepto de delito frustrado como especie de tentativa en esta tésis se sostiene que no, aún cuando haya una fuerte corriente doctrinaria (quizá la más fuerte) que asegura que este concepto queda contemplado en el concepto de tentativa (contado) y no hay porque hacer referencia al delito frustrado; corriente a la cual trata de apegarse nuestro código de una manera no del todo feliz, ya que como se manifestara en el capítulo cuarto, de una manera

tácita en el art. 73 Pn. se hace referencia al delito frustrado al momento de regular la penalidad de la tentativa. Por lo demás valen todas las argumentaciones doctrinarias ya señaladas.

7.1.6. Ahora en cuanto a si puede establecerse una distinción categórica entre actos preparatorios y actos ejecutivos, una distinción categórica no existe. A lo sumo existen ciertos criterios para marcar la diferencia entre ambos actos tal como se aclara en el capítulo tercero.

7.1.7. Finalmente en cuanto a determinar si existe alguna diferencia entre el desistimiento y el arrepentimiento eficaz, esta tésis categóricamente dice que sí, puesto que se trata de dos figuras distintas, que se dan en dos momentos diferentes del iter. La primera se caracteriza por que se suspende la ejecución del hecho punible por la voluntad del agente de desistir en su accionar criminoso; y la segunda, consiste en evitar un resultado dañoso, cuando ya se han realizado todos los actos ejecutivos y solamente se espera el resultado punible.

Y para finalizar nuestras conclusiones se puede señalar; que los objetivos que se plantearon en el diseño para la realización de la presente tesis se han logrado establecer en su mayoría.

En cuanto a las hipótesis planteadas, podemos decir -- que la primera se ha comprobado a través de una pequeña investigación de campo, constituida por un análisis jurisprudencial que se hizo y para el cual se tomó una muestra arbitraria o de criterio, de diez expedientes de cada uno de los Juzgados primero, cuarto y quinto de lo Penal de San Salvador, y que vino a demostrar la falta de unanimidad de criterios entre los jueces, lo cual trae como consecuencia la arbitrariedad en la aplicación de la ley, esto llega a veces -- hasta a casos tan extremos que aún en mismo tribunal no se maneja un mismo criterio, tal como se analiza -- en el párrafo último de la página 240 cuando nos referimos al delito de violación; y en el párrafo tercero de la página 243 cuando nos referimos al delito de -- Hurto.

La segunda hipótesis no fue comprobada, ya que lo que se pretendía establecer era que en la naturaleza jurídica de la tentativa intervienen factores autónomos y factores accesorios; o sea, que era de naturaleza mixta; pero como ya lo señalamos en la página 145 y si--

guientes de este trabajo, se ha establecido como -- criterio predominante en la investigación, la naturaleza autónoma de la misma.

Y la tercera hipótesis, también se comprobó en base a la entrevista a que fue sometida la muestra que se tomó; constituida por diez litigantes y tres resolutores de cada uno de los Juzgados; primero, tercero, cuarto y quinto de lo Penal de la Ciudad de San Salvador. Que estableció un 76% de desconocimiento del tema; pero sin embargo en el planteamiento de dos casos prácticos que se les formularon, hubo respuestas aceptables en la calificación, lo que viene a reflejar un alto nivel de empirismo que causa gran daño a la Administración de justicia.

7.2 RECOMENDACIONES

7.2.1. Se recomienda en primer lugar, por razones de comunión cronológica de la doctrina del iter con nuestra legislación, ubicar el artículo que trata de la resolución manifestada (art. 27 Pn) antes del artículo que nos habla de los actos preparatorios (art. 26 Pn.) ya que la primera conforma parte de la fase intermedia mientras que la segunda de la fase externa y por orden cronológico en el desarrollo del iter debe ser la resolución manifestada primero y después los actos preparatorios.

7.2.2. Se recomienda también sustraer el artículo 30 Pn. "error en la persona o en objeto" del contexto del iter, que recoge nuestro código del art. 26 al 31 Pn ubicando a éste antes o después de ese contexto; siempre dentro de lo que es el hecho punible.

7.2.3. Otra recomendación sería separar como figura autónoma el arrepentimiento eficaz que actualmente se encuentra regulado en el art. 31 Pn. dentro de lo que es el desistimiento en el delito imperfecto o en su defecto, contemplar en el epígrafe del mismo "DESISTIMIENTO Y ARREPENTIMIENTO EFICAZ DEL DELITO

IMPERFECTO".

7.2.4. También se recomienda en el mismo artículo, agregar en el texto del mismo la palabra (definitivamente) "El que desiste voluntaria y definitivamente de proseguir los actos de ejecución del delito... "; ya que para que se dé la figura ese desistimiento tiene que ser definitivo.

7.2.5. Recomendamos a la Corte Suprema de Justicia trazar una política de comunicación fluida con los distintos jueces del país con jurisdicción en lo penal para crear criterios unificados en los mismos al momento de calificar los grados del delito.

7.2.6. Se sugiere a los distintos jueces con jurisdicción en lo penal; que para optar a una plaza de resolutor, éstos sean sometidos a concurso para detectar el grado de conocimiento, principalmente sobre el tema que nos ocupa,

7.2.7. Se recomienda a la Corte Suprema de Justicia la implementación de escuelas o cursos de capacitación que permitan a los resolutores de los distintos tribunales un conocimiento más amplio del tema.

7.2.8. Sugerimos a la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales a través del Departamento de Derecho Penal y a todas las demás facultades de Derecho de las distintas Universidades del país, implementen cursos especializados en torno al tema con penalistas que den una idea global a los estudiantes de derecho sobre el iter criminis, esto debido a que en el curso normal de Derecho Penal I es insuficiente para profundizar medianamente en un tema tan importante.

NOTAS

- (1) EDUARDO GARCIA MAYNES, Introducción al Estudio del Derecho. P. 242
- (2) CARLOS FONTAN BALESTRA, Derecho Penal, Introducción y Parte General 9a. Ed. Actualizada, P. 21
- (3) FEDERICO ENGELS, El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado, P. 24
- (4) IBID. P. 25
- (5) LOC. CIT
- (6) NAPOLEON RODRIGUEZ RUIZ, Historia de las instituciones Jurídicas Salvadoreñas. Ed. Universitaria, la Ed.; a excepción del primer periodo -Precolombino- que ha sido incorporado por los autores de esta tesis.
- (7) IBID., P. 24
- (8) IBID. P. 30
- (9) IBID. P. 33 y 34
- (10) IBID. P. 186
- (11) LOC. CIT.
- (12) IBID. P. 286 y 287
- (13) MANUEL ARRIETA GALLEGOS, El Nuevo Código Penal Salvadoreño (comentario a la parte general) P.4
- (14) JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA, "Derecho Penal Español", Parte General, P. 772
- (15) CARLOS FONTAN BALESTRA, Op. Cit. P. 356
- (16) GUSTAVO MALO CAMACHO, "tentativa del delito" P. 24
- (17) LOC. CIT.
- (18) IBID.P.24 y 25
- (19) GUSTAVO MALO CAMACHO, Op. Cit. P. 25
- (20) CARLOS FONTAN BALESTRA, Op. Cit. P. 357
- (21) LOC. CIT.
- (22) Citado por GUSTAVO MALO CAMACHO, Op. Cit. P. 26
- (23) FRANCISCO FAVON VASCONCELOS, "La tentativa" p. 9
- (24) IBID. P. 11
- (25) JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA, Op. Cit. P. 777
- (26) LOC. CIT.
- (27) LOC. CIT.
- (28) LOC. CIT.
- (29) LUIS JIMENEZ DE ASUA, "La ley y el Delito", P.494
- (30) FRANCISCO FAVON VASCONCELOS, Op. Cit. P. 9 y 10
- (31) GUSTAVO MALO CAMACHO, Op. Cit. P. 26 y 27
- (32) MANUEL ARRIETA GALLEGOS, Op. Cit. P. 330
- (33) GUSTAVO MALO CAMACHO, Op. Cit. P. 27
- (34) LOC. CIT.
- (35) LOC. CIT.
- (36) LOC. CIT.
- (37) GUSTAVO MALO CAMACHO, Op. Cit. P. 27
- (38) FRANCISCO FAVON VASCONCELOS, Op. Cit. P. 10
- (39) MANUEL ARRIETA GALLEGOS, Op. Cit. P. 331

- (40) LOC. CIT.
- (41) MANUEL ARRIETA GALLEGOS, Op. Cit. P. 331
- (42) LOC. CIT.
- (43) GUSTAVO MALO CAMACHO, Op. Cit. P. 28
- (44) MANUEL ARRIETA GALLEGOS, Lecciones de Derecho Penal, P. 332
- (45) JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESA, Op. Cit. P. 781
- (46) ANTONIO QUINTANO RIPOLLES, Curso de Derecho Penal, P. 225
- (47) GUSTAVO MALO CAMACHO, Op. Cit. P.32
- (48) Según MARIO GARRIDO MONTT, etapas de ejecución del delito. Autoría y Participación. P. 57
- (49) LOC. CIT.
- (50) Según CARRARA citado por IBID. P. 53
- (51) MANUEL ARRIETA GALLEGOS, Op. Cit. 335
- (52) IBID. P. 336
- (53) FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, Op. Cit. P. 9
- (54) LOC. CIT.
- (55) FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, Op. Cit. P. 15
- (56) LOC. CIT.
- (57) IBID. P. 16
- (58) LOC. CIT.
- (59) LOC. CIT.
- (60) Citado por IBID.P.17
- (61) MANUEL ARRIETA GALLEGOS, Op. Cit. P. 337
- (62) LOC. CIT.
- (63) IBID.P.339
- (64) LOC. CIT.
- (65) LOC. CIT.
- (66) LOC. CIT.
- (67) LOC. CIT.
- (68) LOC. CIT.
- (69) JOSE ENRIQUE SILVA, "Derecho Penal Salvadoreño" P. 45
- (70) CARLOS FONTAN BALESTRA, Op. Cit. P. 361
- (71) IBID.P. 362
- (72) JOSE ENRIQUE SILVA, Op. Cit. P. 45
- (73) CARLOS FONTAN BALESTRA, OP. Cit. P. 364
- (74) JOSE ENRIQUE SILVA, Op. Cit. P. 45
- (75) LOC. CIT.
- (76) LUIS JIMENEZ DE ASUA, Op. Cit P. 528
- (77) Citado por IBID. P. 528
- (78) Según MANUEL ARRIETA GALLEGOS, Op. Cit. P. 343
- (79) LUIS JIMENEZ DE ASUA, Op. Cit. P. 529
- (80) MANUEL ARRIETA GALLEGOS, Op. Cit. P. 343
- (81) GUSTAVO MALO CAMACHO, Op. Cit. P. 39
- (82) FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, Op. Cit. P.23
- (83) IBID.P. 25
- (84) GUSTAVO MALO CAMACHO, OP. CIT. P. 41
- (85) FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, Op. Cit. P.26
- (86) IBID.P.20

- (87) SEBASTIAN SOLER, Derecho Penal Argentino, P. 225
- (88) IBID.P.226
- (89) FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, Op. Cit. P. 25
- (90) IBID.P.21 y 22
- (91) Citados por CARLOS FONTAN BALESTRA, Op.Cit.P.375
- (92) MANCINI PASCUAL ESTANISLAO, Proyecto del Código Penal Italiano, P. 164
- (93) SEBASTIAN SOLER, Op. Cit. P. 226
- (94) IBID.P.227
- (95) CARLOS FONTAN BALESTRA, Op. Cit. P. 375
- (96) Citado por SEBASTIAN SOLER, Op. Cit. P. 227
- (97) Citado por FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, Op. Cit. P. 21
- (98) LOC. CIT.
- (99) CARLOS FONTAN BALESTRA, Op. Cit. P. 379
- (100) LOC. CIT.
- (101) LOC. CIT.
- (102) HANS HEINRICH JESCHECK, Tratado de Derecho Penal (Parte general) P. 40
- (103) LOC. CIT.
- (104) CARLOS FONTAN BALESTRA, Op. Cit. P. 380
- (105) HANS HEINRICH JESCHECK, Op. Cit. P. 42
- (106) FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, Op.Cit. P. 89
- (107) LOC. CIT.
- (108) MANCINI PASCUAL ESTANISLAO, Op. Cit. P. 167
- (109) LOC. CIT.
- (110) FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, Op. Cit. P. 90
- (111) MANCINI PASUCAL ESTANISLAO, Op. Cit. P. 167
- (112) IBID.P. 168
- (113) LOC. CIT.
- (114) LOC. CIT.
- (115) LOC. CIT.
- (116) GUSTAVO MALO CAMACHO, Op. Cit. P. 131
- (117) MANCINI PASCUAL ESTANISLAO, Op. Cit. P. 169
- (118) FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, OP. Cit. P. 90
- (119) IBID. P. 90 y 91
- (120) MANCINI PASCUAL ESTANISLAO, Op. Cit. P. 171
- (121) FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, Op. Cit. 91
- (122) IBID.P.91, 92 y 93
- (123) EUGENIO CUELLO CALON, Derecho Penal. P. 530
- (124) FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, Op.Cit. P. 91 y 91
- (125) LOC. CIT.
- (126) LOC. CIT.
- (127) EUGENIO CUELLO CALON, Op. Cit. P. 531
- (128) FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, OP. Cit. P. 92
- (129) LOC. CIT.
- (130) EUGENIO CUELLO CALON Op. Cit. P. 531
- (131) IBID. P. 532
- (132) LOC. CIT.
- (133) FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, Op. Cit. P. 92

- (134) Clasificación que adopta FRANCISCO PAVON VASCONCELOS en su obra citada, aunque no en este orden.
- (135) FRANCISCO PAVON VASCONCELOS Op. Cit. P. 34
- (136) IBID. P. 34 y 35
- (137) IBID. P. 38 y LUIGI SCARANO, "La tentativa", P. 89
- (138) LUIGI SCARANO, Op. Cit. P. 89
- (139) IBID.P. 90
- (140) FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, Op. Cit. P. 39
- (141) LUIGI SCARANO, Op. Cit. P. 93
- (142) FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, Op. Cit. P. 40
- (143) LUIGI SCARANO, Op. Cit. P. 91
- (144) FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, Op. Cit. P.36
- (145) LOC. CIT.
- (146) IBID.P.36 y 37
- (147) LOC. CIT.
- (148) IBID.P. 37 y 38
- (149) LOC. CIT.
- (150) IBID.P. 31
- (151) LOC. CIT.
- (152) LUIGI SCARANO, Op. Cit. P. 84
- (153) FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, Op. Cit. P. 32
- (154) LOC. CIT.
- (155) IBID. P. 33
- (156) LUIGI SCARANO, Op. Cit. P.85, 86 Y 87
- (157) FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, Op. Cit. P. 41
- (158) MANUEL ARRIETA GALLEGOS, Op. Cit. P. 115
- (159) FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, Op. Cit. P. 86
- (160) LOC. CIT.
- (161) IBID. P. 87
- (162) Algunos autores descartan la preterintencionalidad como forma de culpabilidad autónoma, sosteniendo que la misma es una especie de dolo (indirecto).
- (163) CARLOS FONTAN BALESTRA, Op. Cit. P. 376
- (164) IBID.P.377
- (165) FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, Op. Cit. P. 87
- (166) IBID.P.88
- (167) LOC. CIT.
- (168) CARLOS FONTAN BALESTRA, Op. Cit. P. 376
- (169) GUSTAVO MALO CAMACHO, Op. Cit. P. 6
- (170) Criticados duramente por LUIGI SCARANO, Op. Cit. P. 287, 288 y 289
- (171) FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, Op. Cit. P. 27 y 28
- (172) LOC. CIT.
- (173) IBID. P. 28
- (174) IBID. P. 27 y 28
- (175) LUIGI SCARANO, Op. Cit. P. 287 y 288
- (176) IBID. P. 228
- (177) Citado por FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, Op. Cit. P. 28

- (178) LUIGI SCARANO, Op. Cit. P. 289
- (179) LOC. CIT.
- (180) IBID.P.291
- (181) FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, Op. Cit. P. 28
- (182) LOC. CIT.
- (183) IBID. P. 29
- (184) LOC. CIT.
- (185) IBID.P.30
- (186) LOC. CIT.
- (187) GUSTAVO MALO CAMACHO, Op. Cit. P. 42; LUIGI SCARANO, Op. Cit. P. 292
- (188) LUIGI SCARANO, Op. Cit. P. 292
- (189) LOC. CIT.
- (190) GUSTAVO MALO CAMACHO, Op. Cit. P. 7
- (191) LUIGI SCARANO, Op. Cit. P. 284
- (192) LOC. CIT.
- (193) LOC. CIT.
- (194) IBID. P. 285
- (195) GUSTAVO MALO CAMACHO, Op. Cit. P. 8 y 9
- (196) LOC. CIT.
- (197) Ha esta conclusión llega GUSTAVO MALO CAMACHO sobre este punto en su obra citada.
- (198) Por lo menos de los autores a los que hemos acceso.
- (199) CARLOS FONTAN BALESTRA, Op. Cit. P. 355
- (200) LUIS JIMENEZ DE ASUA, Op. Cit. P. 509
- (201) MANUEL ARRIETA GALLEGOS, "Lecciones de Derecho Penal" P. 509
- (202) IBID.P. 340
- (203) LOC. CIT.
- (204) LOC. CIT.
- (205) LOC. CIT.
- (206) LUIGI SCARANO, Op. Cit. P. 75
- (207) IBID.P. 76 y 77
- (208) IBID. P. 77
- (209) LOC. CIT.
- (210) IBID. P. 78
- (211) LOC. CIT.
- (212) LOC. CIT.
- (213) SEBASTIAN SOLER, P. 218
- (214) LOC. CIT.
- (215) LOC. CIT.
- (216) LOC. CIT.
- (217) EUGENIO CUELLO CALON, Op. Cit. P. 539
- (218) LOC. CIT.
- (219) MANCINI PASCUAL ESTANISLAO, Op. Cit. P. 161
- (220) LOC. CIT.
- (221) LOC. CIT.
- (222) LOC. CIT.
- (223) MANUEL ARRIETA GALLEGOS, Op. Cit. P. 341
- (224) LOC. CIT.

- (225) FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, Op. Cit. P. 119
- (226) JOSE MARIA RODRIGUEZ DEVESEA, Op. cit. p. 788.
- (227) MARIO GARRIDO MONTT, Op. Cit. P. 147
- (228) FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, Op. Cit. P. 119
- (229) SEBASTIAN SOLER, Op. Cit. P. 227
- (230) IBID. P. 229
- (231) FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, Op. Cit. P. 119 y 120
- (232) Citado por IBID. P. 120
- (233) MARIO GARRIDO MONTT, Op. Cit. P. 148
- (234) SEBASTIAN SOLER, Op. Cit. P. 236
- (235) IBID. P. 235
- (236) FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, Op. Cit. P. 228
- (237) MARIO GARRIDO MONTT, Op. Cit. P. 149
- (238) CARLOS FONTAN BALESTRA, Op. Cit. P. 391
- (239) FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, Op. Cit. P. 127
- (240) Según MAURACH, citado por MARIO GARRIDO MONTT, Op. Cit. P. 151
- (241) SEBASTIAN SOLER, Op. Cit. P. 232
- (242) FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, Op. Cit. P. 129
- (243) LOC. CIT.
- (244) IBID. P. 129 y 130
- (245) Citado por MARIO GARRIDO MONTT, Op. Cit. P. 181
- (246) IBID. P. 183
- (247) FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, Op. Cit. P. 95
- (248) Citado por MARIO GARRIDO MONTT, Op. Cit. P. 181
- (249) Citado por FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, Op. Cit. P. 97
- (250) Citado por CARLOS FONTAN BALESTRA, Op. Cit. P. 402
- (251) Según CUELLO CALON, citado por GARRIDO MONTT, Op. Cit. P. 185
- (252) Según CORDOVA y RODRIGUEZ, citado por IBID. P. 185
- (253) Citado por IBID. P. 184
- (254) Citado por FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, Op. Cit. P. 97
- (255) MARIO GARRIDO MONTT, Op. Cit. P. 188
- (256) IBID. P. 190
- (257) Citado por IBID. P. 192
- (258) Citado por IBID. P. 192
- (259) Citado por IBID. P. 192
- (260) IBID. P. 192
- (261) CORDOVA y RODRIGUEZ, citado por IBID. P. 192
- (262) Citado por IBID. P. 193
- (263) Según MAGGIORE, citado por MARIO GARRIDO MONTT, Op. Cit. P. 193
- (264) FRANCISCO PAVON VASCONCELOS, Op. Cit. P. 113
- (265) Según MAURACH citado por MARIO GARRIDO MONTT, Op. Cit. P. 182
- (266) Citado por MARIO GARRIDO MONTT, Op. Cit. P. 195
- (267) Citado por IBID. P. 197
- (268) Citado por IBID. P. 198
- (269) MANUEL ARRIETA GALLEGOS "Comentarios al Nuevo Código Penal Salvadoreño" P. 98

BIBLIOGRAFIA

ARRIETA GALLEGOS, MANUEL "El Nuevo Código Penal Salvadoreño", comentarios a la parte general, San Salvador, El Salvador, 1972

ARRIETA GALLEGOS, MANUEL "Lecciones de Derecho Penal" publicaciones de la Corte Suprema de Justicia, San Salvador, El Salvador, C.A.

BAENA PAZ, GUILLERMINA "Instrumento de Investigación", México, Ed. Mexicanos Unidos, 13ra. Ed. 1988

CABANELLAS DE TORRE, GUILLERMO, "Diccionario Jurídico Elemental" Ed. Heliasta, S.R.L.

CUELLO CALON, EUGENIO "Derecho Penal" conforme al Código Penal, Texto Refundido de 1944 parte general 9a. Ed. Editora Nacional S. de R.L. 1961

ENGELS, FEDERICO "El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado" Editorial Mexicanos Unidos S.A. Gra. Edición mayo de 1980

FONTAN BALESTRA, CARLOS "Tratado de Derecho Penal", T. II parte general. ABELLEDO-PERROT, Editorial Glem S.A. Buenos Aires, 1966

GARCIA MAYNES, EDUARDO "Introducción al Estudio del Derecho" Ed. Porrúa S.A. Av. República Argentina, 15 México 1983

GARRIDO MONTT, MARIO "Etapas de ejecución del delito autoría y participación" Ed. Jurídica de Chile, Av. Ricardo Lyon 946, Santiago de Chile 1ra. Edición

IGLESIAS, VICENTE SALVADOR "Diseño de Investigación" Julio de 1978

JESCHECK, HANS HEINRICH "Tratado de Derecho Penal" parte general tomo I, Bosch, Casa Editorial, Barcelona

JIMENEZ DE ASUA, LUIS "La ley y el Delito" Principios de Derecho Penal, Editorial Porrúa S.A. Av. República Argentina 15, México

MALO CAMACHO, GUSTAVO "Tentativa del Delito" (con referencias de Derecho comparado) Universidad Nacional Autónoma de México, Inst. de Investigaciones Jurídicas, México 1971, 1ra. Edición

MANCINI, PASCUAL ESTANISLAO "Proyecto del Código Penal Italiano"

NUEVA ENCICLOPEDIA JURIDICA TOMO VI, FRANCISCO SEIX Editor, Barcelona, 1934

OSORIO, MANUEL "Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales" 1984 Editorial Claridad S.A. Libro de Ed. Argentina

PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO "La tentativa", Editorial Porrúa S.A. Av. República Argentina 15, México 1964, 1ra. Edición

QUINTANO RIPOLLES, ANTONIO "Curso de Derecho Penal I" ED. Revista de Derecho Privado, Madrid 1963

RODRIGUEZ DEVESA, JOSE MARIA, "Derecho Penal Español" parte general

RODRIGUEZ RUIZ, NAPOLEON "Historia de las Instituciones Jurídicas Salvadoreñas" Ed. Universitaria 1ra. edición

SCARANO, LUIGI "La tentativa" Librería Editorial Temis, Ltda. Calle 13 No. 6-45, Bogotá

SILVA, JOSE ENRIQUE "Derecho Penal Salvadoreño" (parte general) 2da. Edic. 1983 con casos de Derecho Penal, Teoría del Delito, cuaderno 3

SOLER, SEBASTIAN "Derecho Penal Argentino" primera reimpresión tomo II, tipografía Editora Argentina, Buenos Aires 1951

A N E X O S

"INVESTIGACION SOBRE LA TENTATIVA"

ENTREVISTADO: _____

1. ¿PARA USTED QUE ES EL ITER CRIMINIS?

2. ¿CUALES SON LAS FASES QUE TIENE EL DELITO EN SU DESARROLLO?

3. ¿A QUE FASE DEL DELITO PERTENECE LA PROPOSICION Y LA CONSPIRACION?
(Dependiendo de su respuesta expliquenos por que?)

4. ¿CUAL ES LA DIFERENCIA ENTRE ACTO PREPARATORIO Y EJECUTIVO?

5. ¿CUALES SON LOS ELEMENTOS DE LA TENTATIVA?

6. ¿CUANTAS CLASES DE TENTATIVA NO PUNIBLE EXISTEN?

7. ¿QUE ES DELITO FRUSTRADO?

8. ¿QUE ES DELITO AGOTADO?

9. Pedro N. en la emisora YSKL escuchó el reporte de vehículos robados durante esos días, de los cuales dan las características y dicen que darán recompensa a quien los encuentre; debido a lo cual Pedro N. anota todos los datos y decide llamar telefonicamente a la señora Juana N. una de las víctimas y le dice que él tiene su vehículo y si lo quiere recobrar tiene que darle UN MIL COLONES, los cuales tiene que depositar frente a la venta de Helados POPS del Boulevard de los HéroeS, en un basurero que está en la entrada principal del negocio; cosa que la víctima informa a la Policía; y de acuerdo con ésta, la llevan al lugar que Pedro N. había indicado, colocándole la cantidad de dinero que exigía; siendo capturado éste al momento de recogerlo.

El Juez que conoció de la causa, calificó el delito como extorsión en grado de tentativa.

¿CONSIDERA USTED QUE SE CALIFICO BIEN EL DELITO?

Si _____ No _____; Dependiendo de su respuesta explique el porqué?

10. Juan, Policía de Hacienda, haciendo un recorrido de vigilancia en las faldas del Volcán de San Salvador, encuentra a María en un camino solitario, cuando ésta venía de dejar comida a su padre que se encontraba trabajando en una milpa, ante esta circunstancia, Juan pregunta a María a cuantos kilómetros quedan unos tanques del ANDA, y comienza a interrogar a MARIA, despues de lo cual la lleva amenazada hacia un zacatal, tratando de tener acceso carnal con ella, para lo cual la amenaza con su fusil; en esta actividad se encuentra, cuando llega Juana madre de María, al ver esto Juan huye del lugar.

Posteriormente es capturado y remitido a Usted como Juez.

al hacerse el reconocimiento médico de María, se expresa que existe irritación en el Himen; pero que este se encuentra intacto.

¿QUE CALIFICACION CORRESPONDE AL PRESENTE CASO?

**" INVESTIGACION SOBRE LA
" TENTATIVA "**

No. de Ficha

TRIBUNAL: _____ No. DE CAUSA: _____

FECHA DE INICIACION: _____

IMPUTADO: _____

OFENDIDO: _____

CALIFICACION PROVISIONAL DEL DELITO: _____

RESUMEN DEL CASO: _____

CRITERIO DEL JUEZ PARA CALIFICAR EL DELITO COMO TAL: _____

OBSERVACIONES: _____
