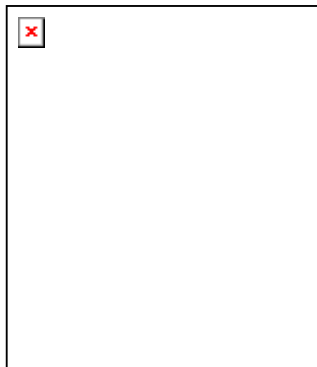


**UNIVERSIDAD FRANCISCO GAVIDIA
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS.**



MONOGRAFÍA

TEMA:

“EL DELITO ATENTADO VRS. EL DESISTIMIENTO”

TRABAJO MONOGRÁFICO DE INVESTIGACIÓN PARA OPTAR
AL GRADO
DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

PRESENTADO POR:

BACHILLER RONALD DE JESÚS PORTILLO SEGOVIA.
BACHILLER VILMA EDITH SEGOVIA VILLALTA
BACHILLER ORLANDO ANTONIO ORELLANA CORTÉS

PARA OPTAR AL GRADO ACADÉMICO DE:
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS

ASESOR: LIC. MARIO GUSTAVO TORRES AGUIRRE
AGOSTO 2004.

SAN SALVADOR EL SALVADOR CENTROAMÉRICA

**UNIVERSIDAD FRANCISCO GAVIDIA
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS
SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS.**

AUTORIDADES:

**RECTOR:
ING. MARIO ANTONIO RUIZ RAMÍREZ**

**SECRETARIA GENERAL:
LIC. TERESA DE JESÚS GONZÁLES DE MENDOZA**

**DECANA DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS
SOCIALES
LIC. ROSARIO MELGAR DE VARELA**

**RECTOR DE LA ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS.
DR. JORGE EDUARDO TENORIO**

SAN SALVADOR EL SALVADOR CENTROAMÉRICA

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	
1. Situación problemática	2
2. Enunciado del problema	2
JUSTIFICACIÓN	2
OBJETIVOS	3
1. Objetivo General	3
2. Objetivos Específicos	3
 CAPÍTULO I - ANTECEDENTES	
A – SURGIMIENTO HISTÓRICO	4
1. Derecho Romano	4
2. Derecho Germánico	5
3. Derecho Canónico	5
4. La Carolina	6
5. Los Prácticos	6
6. Las Partidas	6
7. Código Francés de 1810	7
B - ORIGEN DE TÉRMINO	7
C. EVOLUCIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL SALVADOREÑA	8
1. Código Penal de 1826	9
2. Código Penal de 1859	9
3. Código Penal de 1881	10
4. Código Penal de 1904	10
5. Código Penal de 1974	11
6. Código Penal de 1998	11

CAPÍTULO II – CONCEPTOS Y ELEMENTOS

A – CONCEPTOS	13
1. La Tentativa	13
2. El Desistimiento	15
3. Conceptos Legislativos	15
B. ELEMENTOS DE LA TENTATIVA	16
C. ELEMENTOS DEL DESITIMIENTO	19

CAPÍTULO III – NATURALEZA DE LA RELACIÓN

A – INTRODUCCIÓN	21
1. Relación de Dependencia	21
2. Elementos Comunes	23
a) Falta de consumación	23
b) Tiene lugar en la etapa ejecutiva	24
c) Libre voluntad	24
d) Grado de ejecución	24
e) Idoneidad	24
B- IMPORTANCIA DE LA RELACIÓN	25

CAPÍTULO IV – LEGISLACIÓN COMPARADA

A - JURISPRUDENCIA SALVADOREÑA	26
1. Delimitación entre actos preparatorios y ejecutivos	26
2. Fundamentos de punibilidad	27
B – LEGISLACIÓN COMPARADA	28
1. Delito Frustrado	29
2. Principio de Ejecución	30
3. Penalización	30
4. Desistimiento	31
5. Delito Imposible o Tentativa Inidonea	31

CAPÍTULO V – CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

A - CONCLUSIONES	33
B - RECOMENDACIONES	34

BIBLIOGRAFÍA	35
--------------	----

INTRODUCCIÓN

El análisis, cuyos resultados hemos plasmado en el presente documento, está considerado sobre las figuras jurídico-penales contenidas en los conceptos de tentativa y desistimiento. Cabe advertir, que se ha resaltado la relación imperante entre ellas y no simplemente su estudio particular.

Su grado de importancia, es innegable dada la influencia que éstas tienen en el Derecho Penal. Para el caso, los supuestos de inexistencia de la tentativa y del desistimiento, generarían respectivamente el que ningún acto dotado de peligrosidad y dolo, fuera objeto de reclamo penal, mientras no se consumara un tipo penal, por otro lado, se produciría un grave perjuicio a las direcciones estatales de prevención general y especial. El esfuerzo comparativo entre ambas figuras, se vuelve un método, que nos conduce a una mejor comprensión de cada una de ellas.

El presente trabajo está constituido por cinco capítulos. En el primero, nos referiremos a los antecedentes de las figuras objeto de estudio, identificando su apareamiento en el Derecho Penal. Presentaremos además un acercamiento a cada una de ellas, proponiendo luego un concepto del que desprendemos los elementos constitutivos. El tercero de ellos será, el resultado de un esfuerzo comparativo entre ambas figuras. El cuarto corresponderá a la Jurisprudencia y legislación comparada, donde presentamos de modo conciso, las semejanzas y diferencias de la legislación salvadoreña respecto a la legislación penal de otros Estados y La jurisprudencia nacional respecto al tema. Conformando el quinto capítulo las conclusiones y recomendaciones que se han considerado pertinentes.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

1. Situación Problemática.

Existe mucha discordancia con respecto a las figuras penales de la tentativa y el desistimiento, en virtud de la ley, de la doctrina y de la jurisprudencia. No puede negarse, además, que en muchos casos se denota cierta confusión en la práctica, es decir en el ámbito procesal. En ocasiones por el modo en que se desarrollan los hechos, llegan a confundirse, se le llega a llamar desistimiento a un delito tentado o viceversa, malogrando así, los fines de política criminal, que llevan impresos.

2. Enunciado del problema.

¿Qué relación y diferencias tienen lugar entre las figuras penales de la Tentativa y el Desistimiento?

JUSTIFICACION

Resulta desde todo punto de vista aleccionador tratar un tema enmarcado en el ámbito del derecho penal sustantivo, para el caso el de la tentativa y el desistimiento. Dos figuras que se convierten en excepción dentro del sistema punitivo vigente. La tentativa como una modalidad que permite extender la pena, sobrepasando el presupuesto jurídico del tipo, que requiere un resultado concreto para la penalidad, justificando la imposición de ésta antes de dicho resultado. Por su parte el desistimiento en cuanto una expresión en el Derecho Penal, de la concepción humanista enmarcada en la constitución de la República, en virtud de la cual la prevención de los delitos está sobre la represión penal. Este bosquejo,

nos permite afirmar la importancia de profundizar en el análisis y confrontación de las figuras del tema seleccionado. Debemos decir, que el estudio comparativo, entre éstas dos figuras, es un método para desmenuzar las características propias de cada una, lo que se vuelve importante, atendiendo a que los efectos jurídicos de las mismas se derivan de modo independiente de una respecto a la otra.

OBJETIVOS

1. Objetivo General:

Confrontar en un nivel teórico las figuras jurídico-penales de tentativa y desistimiento, para descubrir la naturaleza de cada una, y las diferencias y relaciones que entre si, tienen lugar.

2. Objetivos Específicos:

- ◆ Definir la naturaleza jurídica, limitaciones y alcance de la tentativa en el derecho penal.
- ◆ Definir la naturaleza jurídica, limitaciones y alcance del desistimiento en el derecho penal.
- ◆ Establecer la diferencia y relación entre la tentativa y el desistimiento, y de estas con respecto a otros presupuestos de la legislación Penal Salvadoreña.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES.

A- SURGIMIENTO HISTÓRICO

A efecto de hacer un recorrido por el surgimiento y evolución de las figuras penales objeto de análisis, preciso es considerar, que el desistimiento, es una figura cuya trascendencia penal está determinada por la existencia de la tentativa, pues en todo caso este es, un “desistimiento con relación a ella”, de modo que su aparecimiento, está supeditado al del delito no consumado, razón por la cual nos enfocaremos en el mismo.

1. Derecho Romano

Para la mayoría de los tratadistas, los romanos, no integraron a su derecho, el sentido y concepto del delito tentado o como lo llama también nuestro código, delito imperfecto. Así, el mexicano Francisco Pavón Vasconcelos, en este sentido, expresa: “El Derecho Romano, siguiendo el principio de que no hay delito sin actividad manifestada en la causación de un daño, no llegó a precisar criterio distintivo entre consumación y tentativa, ni creó término alguno para diferenciar tales grados del delito”.¹

El Derecho Romano, llegó sin embargo, a penar excepcionalmente (el delito tentado) como el propio delito consumado, en los crímenes más graves, incluso se llegaron a castigar actos preparatorios.² Lo dicho sin embargo, nos permite identificar la tentativa, como una manifestación fáctica, es decir como un hecho,

¹ Francisco Pavón Vasconcelos. *Breve ensayo sobre la tentativa*, Pág. 25. Ed. Porrúa 1989.

² Jiménez de Asúa, Luis. *Tratado de Derecho Penal*, Vol. VII. Pág. 303. Ed. Losada. Buenos Aires 1985.

mas no, como una figura del derecho, preconcebida y reglamentada de manera independiente.

2. Derecho Germánico.

Refiriéndose al eje central del sistema primitivo germánico, Jiménez de Asúa, expresa lo difícil que será encontrar en éste, grados del delito imperfecto, en virtud de ser un sistema en el que la relación *daño- compensación* es esencial. Aparecen, sin embargo, en el siglo VI algunos edictos y leyes, con ciertas características del delito imperfecto.³

Se denota, que en un principio se desconoció la Tentativa, no lográndose delimitar, con respecto a la consumación. Posteriormente en los siglos XIV y XV, de acuerdo a Edmundo Mezger se “reconoce el concepto de tentativa en el moderno sentido, sin que ciertamente puedan señalarse desde allí líneas de enlace inmediatas con la época presente”.⁴

3. Derecho Canónico.

Digno de mencionar es el caso del derecho eclesiástico, que en virtud de la trascendencia con la que conciben los actos humanos, o como lo dice Jiménez de Asúa “al poner peso en sus doctrinas, el factor espiritual del delito”⁵, el problema de la tentativa (ya sea acabada o inacabada) se resuelve con menos tropiezos, pues en estos casos el aspecto subjetivo es fundamental, de forma que el simple pensamiento se convierte en pecado (consecuentemente merecedor de castigo).

No obstante, en el ambiente ya jurídico, se llegó a aceptar la necesidad de los actos ejecutivos para la punición de los mismos.

³ Jiménez de Asúa, Luis. *Ob. cit.*, Pág. 458

⁴ Citado por Francisco Pavón Vasconcelos. *Ob. Cit.*, Pág. 26

⁵ Jiménez de Asúa. *Ob. Cit.* Pág. 458

4. La Carolina.

Se hace referencia de modo específico a esta Constitución Criminal dictada por Carlos V, en virtud del papel que jugó en la consolidación del término⁶. Da una definición de Tentativa, con los elementos constitutivos de este instituto penal.⁷ El Art. 178 de este código contiene este avance *“Así, si alguien se atreve a realizar un acto mediante algunas obras externas que pueden ser apropiadas para la consumación del acto malo, y, sin embargo, en la consumación de dicho acto malo fuera impedido contra su voluntad por otros medios, será castigada penalmente esta voluntad maliciosa de la cual resulta, como se dice, alguna obra mala; pero en un caso más severamente que en otro, en vista de las circunstancias y forma de la cosa”*.

Luego el código Josefino, dictado en 1787, exige para la punición de la tentativa la realización de actos dirigidos a la consumación de un delito, aspecto secundado por los franceses.⁸

5. Los Prácticos.

Es a los viejos penalistas italianos, estrictamente, a los prácticos, a quienes corresponde el mérito de separar lo intentado y lo consumado, como fruto de la búsqueda de equilibrio entre el elemento subjetivo y el objetivo⁹. De modo pues que la idea del conato o tentativa, tuvo su origen en los prácticos italianos.

6. Las Partidas.¹⁰

⁶ El concepto, de acuerdo a Jiménez de Asúa, tiene su origen en la constitución de Bamberg (1507), cuyo Art. 204, pasó al 178 de la Carolina. Ob. Cit. Pág. 459

⁷ Francisco Pavón Vasconcelos. Ob. Cit. Pág. 27

⁸ Ibidem. Pág. 28

⁹ Es Jiménez de Asúa, quien hace esta consideración. Ob. Cit. Pág. 460

¹⁰ Las Siete Partidas, son la sistematización más importante del derecho en la Edad Media (1251), es una compilación jurídica realizada por Alfonso X, rey de Castilla y León.

De acuerdo a esta ley “*merecen pena de escarmiento, quienes después de pensado el mal, trabajasen de lo cumplir, comenzándolo a meter en obra maguer no lo cumpliesen del todo*” y ha de castigarse al agente “*como sí lo oviese cumplido*” (Ley 2, título XXXI de la Partida Séptima)¹¹

Las partidas distinguen entre delitos graves (homicidio, traición, rapto, violación etc.) y “yerros menores”, equiparándose respecto de los primeros la tentativa y la consumación, salvo que en aquellos diérase el desistimiento o el arrepentimiento.¹²

7. Código Francés de 1810

Fue el código francés de 1810 el que consagró e influenció a otros países, la fórmula del “comienzo de ejecución”¹³. Que es un modo de traslación de la teoría subjetiva a la objetiva, pues se debe verificar una acción, que traspasa la frontera de la mera intención. En Latinoamérica, este criterio ha ejercido gran influencia en las legislaciones penales.

B. ORIGEN DEL TÉRMINO.

En tiempos pasados, a la tentativa se le denominó conato o “conatus”. Expresión que en principio utilizada por los prácticos, se mantuvo vigente hasta fines del siglo XIX¹⁴.

En el tiempo en que el maestro Italiano Francesco Carrara escribió, el término “conato” era el más utilizado, al respecto expresa, “El delito tentado se denomina **conato** porque tiene su esencia en un esfuerzo (conatus) de la

¹¹ Jiménez de Asúa, *Ob. cit.* Pág. 467.

¹² Francisco pavón Vasconcelos, *Ob. Cit.* Pág. 27.

¹³ Ibidem. Pág. 28.

¹⁴ Véase al respecto, Jiménez de Asúa. *Ob. Cit.* Pág. 386

voluntad, unido a un esfuerzo del cuerpo. *Conatus in itinere*... Todos los actos con los cuales un hombre, en ejecución de un designio preconcebido, se dispone a alcanzar un determinado fin que luego no alcanza, son conatos en el sentido natural, pero no siempre son conatos en el sentido jurídico”.¹⁵

El termino conato, sin embargo, prácticamente en la actualidad, no se utiliza, ni en la doctrina, ni en las legislaciones. Ahora hablamos de Tentativa, que a Jiménez de Asúa, le parece “el termino más exacto”, vocablo que encierra la ideas de intentar, procurar, esforzar, etc.

Deseamos definir, además en esta parte, el modo en que utilizaremos los términos que titulan el análisis. Con respecto a la tentativa, se debe decir que algunos doctrinarios, la definen en el marco de la realización de algunos actos ejecutivos, y cuando se han realizado todos los actos de ejecución, se habla de delito frustrado, otros en cambio distinguen utilizando el mismo criterio, entre tentativa acabada e inacabada. Para efectos del presente trabajo, utilizaremos el termino tentativa, tal como lo hace nuestro código penal, por una parte, como sinónimo de delito imperfecto y por otra en sentido amplio, incluyendo la tentativa acabada e inacabada, desplazando la vieja distinción entre tentativa y delito frustrado. Con respecto al desistimiento, opera un problema terminológico similar, en la doctrina se habla de desistimiento propiamente dicho y de arrepentimiento activo o arrepentimiento eficaz, dependiendo del momento en que se produce. En el marco de nuestra ley penal, hablaremos de desistimiento en sentido amplio incluyendo aquel que se da en la tentativa acabada.

C. EVOLUCIÓN EN LA LEGISLACIÓN PENAL SALVADOREÑA.

¹⁵ Francesco Carrara. “*Opusali di Diritto Criminale*”, Traducción hecha por Enrique Figueroa Alonso, Clásicos del Derecho Penal Pág. 125, Ed. Harla.

En la historia salvadoreña, aparecen seis códigos penales, que desde 1826, año del primero, han sido instrumentos de control social, expresión del *ius puniendi* del Estado. El contenido de estos, ha sido influenciado fuertemente por el pensamiento jurídico imperante, y de modo especial, por la legislación española.

Observemos el modo en que cada una de estas leyes, regula las figuras del delito tentado y el desistimiento.

1. Código Penal de 1826

Decretado el 13 de Abril de 1826, se erige como el primer código penal del Estado. Es una adopción del código de la Corte Española del 9 de julio de 1822¹⁶

En su Capítulo primero del Libro preliminar, establecía la impunidad de las simples intenciones criminales (en concordancia con el principio *Cogitationis poenam nemo patitur*). De igual modo declaraba impunes los actos preparatorios y el desistimiento. La tentativa se establece como un factor de punibilidad, a la par de la consumación.

2. Código Penal de 1859.

Este código fue promulgado, sólo un año antes que el código civil vigente, en su Art. 3 se establecía la diferencia el delito consumado, frustrado y la tentativa.

En virtud de esta ley, “hay delito frustrado cuando el culpable a pesar de haber hecho cuanto estaba de su parte para ser consumado, no logra su mal propósito, por causas independientes de su voluntad” (Art. 3).

¹⁶ Miguel Alberto Trejo Escobar. *Derecho Penal Salvadoreño Vigente. Antecedentes y Movimientos de Reforma*. Pág. 27. Ed. Ministerio de Justicia. San Salvador. 1985

La tentativa tiene lugar “cuando el culpable da principio a la ejecución del delito, directamente por hechos exteriores y no prosigue en ellos por cualquier causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento.”

Puede observarse que en la anterior redacción, se establece una diferencia conceptual entre lo que hoy llamamos tentativa acabada (delito frustrado) y tentativa inacabada (tentativa en sentido estricto). Al referirse a la tentativa, regula también de modo implícito el desistimiento.

3. Código Penal de 1881

Redactado por la comisión del Supremo Poder Ejecutivo, cuya promulgación data del 19 de mayo de 1881. siempre en su Art. 3 en primer lugar confiere punibilidad al delito frustrado y la tentativa que constituyen la excepción a la regla general, que es la consumación. Y así lo demás, sigue regulándose del mismo modo que lo hizo su antecesor. Existe una pequeña alteración en la redacción, pero no en el sentido del precepto legal.

4. Código Penal de 1904

Este código, elaborado sobre la base del Código Penal Español de 1870, fue promulgado como Ley el 14 de octubre de 1904.¹⁷ en la redacción del artículo 3, se incluye la disposición según la cual las faltas sólo se sancionarán cuando sean consumadas¹⁸

Curioso es además, el párrafo que se le agrega, el cual reza “si en los casos de tentativa no llegara a determinarse que delito se proponía a ejecutar el culpable, se estimará que sus actos se dirigían a cometer el de menor gravedad

¹⁷ Trejo Escobar. Ob. Cit. Pág. 39

¹⁸ Esta disposición estaba ya en los códigos anteriores, es solo que se encontraba ubicada en la parte especial, cuando iniciaba la referencia a las faltas, ubicación que tiene en el código vigente desde 1998.

entre aquellos a que racionalmente pueda presumirse que iban encaminados". Esta disposición, tiene lugar solamente en este código, la razón por la que otros no la incluyen puede encontrarse en el hecho de que, si se ha realizado uno o varios actos ejecutivos del delito, la posibilidad de que no se determine el resultado perseguido, es casi nula. Es sin embargo un gran aporte para la consolidación del principio de legalidad.

5. Código Penal de 1974.

Promulgado el 13 de febrero de 1973, y entrando en vigencia el 15 de junio de 1974, lleva implícito un esfuerzo por desarrollar una legislación independiente respecto a las influencias de doctrinas y legislaciones extranjeras, lejanas a la realidad del país.¹⁹

Esta ley establecía en su texto, una diferenciación entre delito perfecto y delito imperfecto, es decir lo que hoy llamamos con mas frecuencia, delito consumado y delito tentado. Importante es mencionar que la descripción que de la tentativa hace (Art. 28 Inc. 2), alude únicamente a la tentativa *stricto sensu* es decir a la tentativa inacabada, y no así al delito frustrado, que en los códigos anteriores se había regulado de manera independiente, y que en el vigente desde 1998, se regulan en la misma disposición ambas manifestaciones del delito imperfecto.

Por primera vez se regula el Delito imposible, llamado en la doctrina también tentativa inidónea. El Art. 29, le exime de responsabilidad penal.

6. Código Penal de 1998

¹⁹ Trejo Escobar. "*El Derecho...*". Ob. Cit. Pág. 50

Este código, cuya vigencia data del 20 de abril de 1998, y se mantiene hasta nuestros días (Con un gran número de reformas), consagra muchos cambios en la parte general, no obstante algunas figuras entre las cuales se encuentran la tentativa y el desistimiento no presentan mayores cambios.²⁰

Se incluye en el delito imperfecto tanto la tentativa acabada como la inacabada. Del análisis exhaustivo de los artículos pertinentes nos ocuparemos adelante.

²⁰ Así lo consagra la exposición de motivos del proyecto, agregando que únicamente está incluido respecto al delito imposible, la idoneidad del sujeto, por su importancia en los delitos especiales propios, aquellos en los que el sujeto activo requiere de cierta calidad personal para configurar el tipo.

CAPÍTULO II

CONCEPTOS Y ELEMENTOS.

A. CONCEPTOS.

Es el objeto del presente análisis, la tentativa y el desistimiento, pero no considerados de manera independiente, sino sobre la base de la relación entre ellas existentes, partiendo de la concepción legislativa, doctrinal y jurisprudencial sobre las mismas. Lo dicho implica en orden a la lógica, tener cierta claridad previa con respecto a las definiciones y alcances de dichas figuras. El parámetro que se utilizará para tales nociones, y para desarrollar este estudio comparativo, será la legislación penal, vigente en nuestro país, y las doctrinas que la inspiran, de las que no debe presumirse una aceptación dogmática, sino además en su caso, su cuestionamiento, en el marco de presupuestos doctrinales distintos.

Iniciaremos pues, acercándonos conceptualmente al delito imperfecto y al desistimiento.

1. La Tentativa.

La regla general, es que los delitos se castiguen en virtud de su consumación, en efecto esta es un requisito indispensable en la realización del tipo penal, de ahí que la ley establezca la violación del bien jurídico protegido, como un presupuesto para la pena.

Con respecto a la regla general enunciada, se verifican excepciones, entre las cuales cabe el concepto de “Formas ampliadas de subordinación”²¹ que como dice Frías Caballero, tiene su origen en una expresión acuñada por Max Ernst

²¹ Este término, expresa Frías Caballero, lo puso de moda Sebastián Soler. Jorge Frías Caballero, Diego Codino, Rodrigo Codino. *Teoría del delito*. Pág. 427, Ed. Hanmurabi, Buenos Aires. 1988.

Mayer, quien se refirió a las “causas de extensión de la pena”²². Por su parte Mariano Jiménez Huerta, le da a la tentativa el carácter de “Dispositivo Amplificador del tipo”²³. Entre estas formas ampliadas (para Soler) o dispositivos amplificadores del tipo (para Jiménez Huerta), se enmarca la figura del delito tentado, o simple tentativa.²⁴

Dicha figura es un mecanismo legal, para extender la punibilidad enmarcada en cada tipo penal, sin violentar el principio de legalidad (Art. 1 CP). Permite sancionar penalmente no solo la consumación, sino la intención expresada objetivamente en actos ejecutivos. De forma que su inexistencia daría lugar a la impunidad de todo intento fallido de cometer un delito, o como dice Carrara al defender su presupuesto del “daño corrido”, de “una voluntad malvada que ya había comenzado la ejecución... y ante el pensamiento de que una mera casualidad, cuya repetición no se puede prever, ha salvado a la víctima del mal que amenazaba y a la sociedad del luto y terror de un delito ejecutado”²⁵.

Lo dicho es un modo de acoger la teoría de que la naturaleza de la tentativa esta dada, por su carácter de mecanismo amplificador del tipicidad básica, que no se puede considerar distinto a este; en perjuicio de otra teoría que tiene gran peso en la doctrina española, en virtud de la cual la tentativa se configura de modo independiente respecto a los tipos penales de la parte especial

Así, la Tentativa debe ser considerada como, **una manifestación de voluntad, dirigida a la realización de un tipo penal, que alcanzando la etapa ejecutiva por actos idóneos, no llega a producir la consumación por circunstancias distintas a la voluntad del autor.**

²² Frías Caballero. Ob. Cit. Pág. 427

²³ Citado por Francisco Pavón Vasconcelos. *Breve Ensayo sobre la Tentativa*. Pág. 30

²⁴ Se coloca entre ésta categoría además, a la proposición y la conspiración.

²⁵ Francesco Carrara. Ob. Cit. Pág. 126

2. El Desistimiento

El desistimiento en sentido amplio, es un modo de arrepentimiento de una inicial determinación criminal, estando ya en la etapa externa del *iter criminis*, habiéndose realizando uno, varios o todos los actos que de acuerdo al plan del autor, deberían producir el resultado. Existe una tendencia a considerar que la naturaleza del desistimiento, (y de su impunidad, que le da su carácter) en el derecho penal está determinada por dos aspectos, por una parte, decisiones de Política Criminal y por otra la consideración de que al desistir el actor recae en menor culpa, y por lo tanto menor represión penal. El segundo presupuesto conduciría a una atenuación de la pena, pero por razones de política criminal, se le concede inimputabilidad.

Si se han realizado solo algunos de los actos ejecutivos, o todos los actos de ejecución, la doctrina habla de desistimiento, en el primer caso y de arrepentimiento eficaz²⁶ en el segundo. Si no se han realizado todos los actos ejecutivos necesarios, se verifica una actitud omisiva, consistente en no seguir con el proceso del delito. Si por otro lado, se han realizado todos los actos ejecutivos y solamente se espera el resultado final, es necesaria una acción conducida a evitar el resultado, entonces se afirma en que el sujeto se ha arrepentido *stricto sensu*.

Digamos entonces que el desistimiento en *lato sensu*, para nosotros, **es la actitud voluntaria del precursor de un delito, dirigida a frustrar su consumación, ya sea por una omisión o bien realizando actos que impidan su producción.**

3. Conceptos Legislativos.

²⁶ Jiménez de Asúa. Ob. Cit. Pág. 847.

Art. 24 C. Pn.²⁷

“Hay delito imperfecto o tentado, cuando el agente, con el fin de perpetrar un delito, da comienzo o práctica todos los actos tendientes a su ejecución por actos directos o apropiados para lograr su consumación y ésta no se produce por causas extrañas al agente”

B. ELEMENTOS DE LA TENTATIVA.

Del precepto legal, podemos extraer los elementos esenciales del delito tentado. Puntualicémoslos.

a) Dolo. La necesidad del dolo, se denota en la expresión “con el fin de perpetrar un delito”. Por consiguiente no se puede concebir la tentativa de un delito culposo. Si tiene lugar en la teoría fáctica, son irrelevantes en el sentido jurídico²⁸. La razón principal se deriva de una consecuencia lógica: En el delito culposo, existe el tipo objetivo (tiene lugar el resultado) estando ausente el tipo subjetivo (dolo), por su parte la tentativa, tiene íntegro el tipo subjetivo, se verifica la intención de causar daño, faltando uno de los elementos del tipo objetivo²⁹, que impida la consumación. Por otra parte la culpa, se justifica al amparo de la inobservancia del deber objetivo de cuidado, pues bien, este dispositivo tiene relevancia en la medida en que el resultado típico se produzca. Contrariamente en la tentativa, si

²⁷ Código Penal Salvadoreño.

²⁸ Por ejemplo el caso de un médico, que sin saberlo está a punto de inyectar una sustancia que en el paciente concreto, podría causar la muerte, pero cuando esta por penetrar la aguja, llega la enfermera y lo alerta. En el modo en que suceden los hechos, llevaría a considerar un “tentativa de homicidio culposo”. Recalcamos sin embargo, que esta no tiene significación en el sentido jurídico.

²⁹ Contraponiéndose a la teoría del tipo, en virtud de la cual la tentativa tiene lugar solamente si falta el resultado, la mayor parte de la doctrina considera que el defecto del tipo puede estar referido a cualquiera de los elementos que lo constituyen, tanto al sujeto pasivo, como al resultado. Véase al respecto. Enrique Bacugalupo. *Lineamientos de la Teoría del delito*. Pág. 152, 3ª Ed. Hammurabi. 1989.

bien puede producirse el resultado (lo que no es común) este nunca implicaría la consumación del tipo.³⁰

En la doctrina no hay mayores problemas, con respecto a la exclusión de la tentativa en el delito culposo, contrariamente existe divergencia en la cuestión de sí el delito imperfecto requiere estrictamente del dolo directo o si cabe también el dolo eventual. La problemática tiene en cierta medida que ver con la redacción de la mayoría de legislaciones que requieren que la voluntad vaya dirigida a la realización de un “delito determinado”³¹, situación que nuestro código no contempla, exige simplemente que la intención vaya dirigida a la realización de “un delito”, quedando allanado el camino para afirmar que el dolo eventual, es aplicable al delito tentado.

b) Irrupción en la esfera Ejecutiva. La fórmula del “comienzo de ejecución” consagrada en el código penal, y que tiene su origen en el derecho francés, como ya hicimos lo notar, es el requisito objetivo de la tentativa. De conformidad al principio de Ulpiano “*Cogitationis poenam nemo patitur*” al amparo del cual, no se pueden penar los simples pensamientos humanos, estadio que en el *iter criminis* corresponde a la etapa de ideación. Tampoco los meros actos preparatorios son punibles, el precepto legal que trata el delito tentado los excluye de modo tácito³².

³⁰ Es importante decir, que con esta afirmación estamos haciendo una distinción entre la consumación y la producción del resultado. En efecto consideramos que el resultado se ha producido, cuando el objetivo buscado por el autor se ha alcanzado. Es decir cuando su plan se ha agotado; la consumación es la realización del tipo penal, esto es la intervención de todos los elementos del tipo concreto. Así por ejemplo en el caso de un hombre que considere estar cometiendo el delito de Estupro (Art. 163 Pn), pero la joven con la que yace, es mayor de edad. En este caso el resultado se ha producido, efectivamente se verificó el “acceso carnal” pero el delito no se ha consumado, por faltar uno de los requisitos del tipo objetivo, el referente al sujeto pasivo.

³¹ Para el caso, Bacigalupo, expresa que el dolo de la Tentativa, es el mismo que el dolo del delito consumado, de modo que si para la consumación es suficiente el dolo eventual lo será también para la tentativa. Expone “cuando el texto legal exige el fin de cometer un delito determinado, no hay todavía ninguna razón para limitar la tentativa al dolo directo – como lo proponen Fontan Balestra y Núñez-. es evidente que el dolo eventual no constituye el querer realizar un delito “indeterminado” y, por lo tanto, ese punto de vista es insostenible”. Enrique Bacigalupo. “Lineamientos...” Ob. Cit. Pág. 155-156.

³² En el caso de la conspiración y la proposición (Art. 23 Pn.) y de otros tipos (como el de Asociaciones Ilícitas Art. 345 Pn) que comprendidos en sentido natural, son actos preparatorios, existen puntos de vista encontrados, algunos creen que constituyen una excepción, motivada por razones de política-criminal, una anticipación de la tutela del bien jurídico (Jescheck, citado por Enrique Bacigalupo Ob. Cit. Pág. 164) para

Es hasta que se ha realizado por lo menos un acto ejecutivo que se entra en el campo de la punibilidad, esta es la razón que dota de importancia la delimitación entre actos preparatorios y actos ejecutivos, planteamiento problemático que ha generado grandes esfuerzos doctrinales por puntualizar dicha barrera. Existen diversas teorías³³, en la actualidad tiene gran aceptación la *Teoría Individual Objetiva*, fruto de la dogmática penal alemana, que toma en consideración tanto elementos objetivos como subjetivos, y en la que juega un papel fundamental considerar “El plan del autor”, esto es la importancia del modo y los medios que el agente ha decidido utilizar para la realización del ilícito penal. “...es decir lo decisivo es que el comportamiento, que todavía no es típico, se encuentre vinculado, tan estrechamente con la propia acción ejecutiva, conforme al plan total del autor que pueda desembocar en la fase decisiva del hecho...”³⁴.

c) Idoneidad de los Actos. El tercer elemento, requiere que los actos ejecutados, estén impresos de idoneidad, es decir, que de acuerdo a las leyes naturales deben producir el resultado perseguido, y más concretamente como lo prevé el código para alcanzar la consumación. Sin esta exigencia, resultaría incorporado al delito tentado y por tanto punible, el delito imposible, llamado también tentativa Inidonea, del que el artículo 25 de nuestro Código Penal, descarta la punibilidad.

d) Ausencia de la consumación. Hemos dicho que la tentativa es un mecanismo que hace extensiva la punibilidad de los tipos penales de la parte especial, llevándola hasta estadios previos a la consumación. Resulta entonces, hasta de más, puntualizar la necesidad de que no se produzca la culminación de la etapa externa del *Iter criminis*.

otro sector “son actos auténticos de ejecución porque el legislador ha desplazado hasta esas acciones la protección del bien jurídico correspondiente” Bacigalupo, “Manual...” Ob. Cit. Pág. 164

³³ Jiménez de Asúa, en el volumen VII de su extenso Tratado de Derecho Penal, hace una revisión de muchas de éstas,. Pág. 338.

³⁴ Ángel Calderón Cerezo, José Antonio Choelan Montalvo. *La acción Típica y la Imputación*. Texto para clases. Escuela de Capacitación Judicial. Agosto 1999.

e) Involuntariedad del Agente. Afirmamos que es imprescindible que el delito no se consuma, pero además que la falta de consumación sea una consecuencia, que no tenga que ver con la voluntad del autor o agente, es decir que goce de independencia con respecto a esta. Si existiera el elemento volitivo en la falta de realización del resultado final, estrictamente de la consumación, estaríamos ante un caso de desistimiento. Siempre y cuando la causa sea ajena a la propia voluntad del sujeto activo, no importa que tipo de circunstancia la produzca, puede ser de carácter natural o procuradas por el factor humano.

Art. 26 Pn.

“ No incurrirá en responsabilidad penal, el que desistiere voluntariamente de proseguir los actos de ejecución del delito, o impidiere que el resultado se produzca, salvo que los actos de ejecución ya realizados sean constitutivos de otro delito consumado.”

C. ELEMENTOS DEL DESITIMIENTO

Identifiquemos los elementos que el artículo nos presenta.

- a) El Iter criminis debe estar en su etapa ejecutiva. Se puede desistir cuando el plan delictivo, se ha colado en la etapa ejecutiva, pues ahí es donde se devela la punibilidad. Pues no tendría sentido, o no le importaría al ordenamiento jurídico, que alguien desistiera de un acto preparatorio, pues este aun no goza de relevancia legal. Mucho menos se podría desistir en el sentido utilizado, en la fase de ideación.
- b) Libre voluntad de desistir. Ya iniciada la ejecución del delito debe tener lugar una alteración en el tipo subjetivo, que mueva al actor sin ninguna

coacción, a no continuar con la ejecución del delito, o en su caso una actitud que impida la producción del resultado.

Algunos consideran que la voluntad de desistir, debe estar fundamentada en un arrepentimiento con carácter moral; pero basta con que el arrepentimiento tenga lugar, sin importar las motivaciones, pudiendo ser estas, por ejemplo: el miedo a la pena, a que el plan salga mal, a que los medios utilizados sean defectuosos, etc. De modo que por razones de política criminal debe ser exento de pena. En este contexto aparece la “Teoría del premio” de Feuerbach³⁵, a la luz de la cual, el Estado incentiva al delincuente, a modo de prevención para que no cometa delitos. En pocas palabras debe consagrarse la formula de Frank “No quiero, aún cuando puedo”³⁶

c) Se debe desistir no Aplazar. Este punto sigue siendo, por más polémico, pero al respecto sentamos posición: el sujeto debe desistir en la realización del acto ilícito, no aplazarlo, de forma que otras circunstancias como el lugar, la hora, el clima, que llevaran al agente a considerar la posibilidad de fracaso, y consecuentemente a un aplazamiento, (termino que utilizan en la doctrina, para diferenciarlo del desistimiento) de la continuación de los actos ejecutivos. La razón es que si recordamos que en el desistimiento debe existir –como ya expresamos- una alteración del tipo subjetivo del delito, cosa que en este caso no tiene lugar, pues sigue integro. De modo que el bien jurídico, sigue corriendo un “peligro real”, utilizando el lenguaje de Carrara.

d) Ausencia del resultado. De la lectura del artículo 26, podemos concluir que es necesario que el resultado no se produzca, ya sea porque el agente no siga realizando los actos de ejecución (desistimiento en sentido estricto)

³⁵ Citado por Jiménez de Asúa. Ob. Cit. Pág. 807

³⁶ Citado por Jiménez de Asúa. Ob. Cit. Pág. 813.

o porque efectuó actos que impidan el resultado (arrepentimiento eficaz). Se genera el problema de que el resultado se produzca aun cuando hubo un arrepentimiento y se maniobro por evitarlo. Nos parece que en este caso, el juez debe considerar las particularidades de cada situación, aspectos como: la intensidad del daño causado, la voluntad de impedir el resultado, el arrepentimiento manifestado de modo activo, la posibilidad real de evitarlo. Etc. En todo caso, se nota claramente que si el resultado se produjo, y cuando se llevaron acabo los actos ejecutivos, había intención clara, el tipo está perfecto, consecuentemente es punible, el acto del arrepentimiento se vuelve sin embargo, importante para los fines de prevención general y especial de la norma penal, por ende las circunstancias mencionadas, deben inspirar al juez (como atenuantes) a la hora de dictar sentencia.

CAPÍTULO III

NATURALEZA DE LA RELACIÓN

A- INTRODUCCIÓN

Después de haber conceptualizado y definido los elementos constitutivos del delito tentado y del desistimiento, nos embarcaremos en una tarea, que atendiendo al título y motivación del presente análisis, resulta imprescindible. Esta es, analizar la naturaleza de la relación tentativa-desistimiento. Al respecto se considera:

1. Relación de Dependencia.

En el capítulo I, al introducir el apartado de los antecedentes históricos, se hizo notar que esta vinculación (tentativa-desistimiento) está afectada por una relación de dependencia de una figura con respecto a la otra.

Al referirnos a la naturaleza jurídica de la tentativa, apuntamos su carácter de mecanismo amplificador del tipo³⁷. La tentativa permite la punibilidad de actos previos a la consumación, en este sentido cobra importancia la graduación del proceso del delito, más concretamente establecer el momento en que dan inicio los actos ejecutivos, o lo que es lo mismo, la esfera de la punibilidad. De modo que la ausencia del delito tentado, resultaría en impunidad de los actos que anteceden a la consumación. En este orden de ideas, tampoco, tendría trascendencia para el derecho penal referirse al

³⁷ Con respecto a esta relación, Frías Caballero, habla (aludiendo a los dispositivos amplificadores) de tipos indirectos o independientes, en cuanto solos resultarían insuficientes, en sus palabras huecos, solo cobrarían valor en la medida en que estuvieren conectados de los tipos de la parte especial (Jorge Frías caballero, Codino, Codino. *Teoría del Delito*. Pág. 428). Por su parte Francisco Ferreira, sobre el mismo tema dice “Es cierto que la figura amplificadora depende íntegramente de la figura típica correspondiente, o se subordina a esta, pero ello ni la convierte en una tipicidad, ni, como dependiente de la figura típica, forma parte de su propia tipicidad amplificada” (Francisco Ferreira Delgado. *Teoría del delito*. Pág. 216. Ed. Temis. 1989)

desistimiento, en cuanto este, equivaldría –por sus consecuencias jurídicas- a lo que hoy comprendemos como actos preparatorios, pues se encuentra entre los límites establecidos para la tentativa, en efecto, se puede desistir desde que se han iniciado los actos ejecutivos, hasta antes de la consumación. Naturalmente, en el marco de este supuesto, se podría hablar de desistimiento de la comisión de un delito, como se habla hoy de desistir de un acto preparatorio. Esto es, el verbo desistir, carecería de relevancia en el derecho penal. Las ideas vertidas, nos conducen a recalcar la **dependencia jurídica del desistimiento con respecto a la tentativa**. Si la figura de la tentativa no existiere, tampoco tuviese lugar el desistimiento. Es sobre este presupuesto, que se constituye la relación tentativa-desistimiento.

En idéntico sentido, la tentativa representa una manifestación y extensión del *lus puniendi*, implica un recorte a las garantías de los particulares y a su esfera de legalidad. Con esta base, el desistimiento se erige como una concesión, que con fines preventivos, el régimen jurídico mantiene.

2. Elementos Comunes.

a) Falta de consumación

La falta de consumación es el elemento común y principal, aquel que en efecto, dota de identidad a estas figuras. En la tentativa, es indispensable que el delito pretendido no se consuma. Por su parte en el desistimiento, para producir efectos jurídicos (inimputabilidad), de igual modo necesita la no consumación del hecho y más concretamente la no producción del resultado perseguido.

b) Tiene lugar en la etapa ejecutiva

Sabemos que la tentativa no es punible, si no hasta que en el *Iter Criminis* se incursiona en la etapa ejecutiva, pues bien, se desiste en el sentido del

código penal, también en la etapa ejecutiva. En los momentos de ideación y preparación, si bien en sentido general se puede producir desistimientos, es irrelevante para los efectos penales.

c) Libre voluntad

Importante es acotar, que en ambos casos, debe tener lugar una voluntad libre, que formalmente se comparte, pero que materialmente y en esencia son distintas. Se comparte el punto de partida (requisito de libre voluntad) pero difieren en el contenido de las motivaciones. Así el que comete un delito imperfecto, dirige su voluntad a la comisión del mismo; el que desiste, a evitar su consumación. En ambos casos debe hacerse por pura voluntad, y en ninguna circunstancia bajo presión. La existencia de algún modo de coacción altera la consideración de estas figuras, en este supuesto, la tentativa no se penalizará y el desistimiento no será eximido de responsabilidad penal.

d) Grado de Ejecución.

A la luz de un plan elaborado con el objeto de cometer un ilícito penal, la etapa ejecutoria puede graduarse. Tanto la tentativa como el desistimiento, adquieren matices distintos dependiendo sí se ha realizado uno, varios o todos los actos ejecutivos. En virtud de ellos, en el delito tentado se habla de tentativa acabada y tentativa inacabada, y en el desistimiento, de desistimiento propiamente dicho (que tiene lugar, cuando no se han realizado todos los pasos que debieran producir el resultado final), y arrepentimiento activo (tiene lugar cuando se ha terminado la etapa ejecutiva, pero el resultado aun no ha aparecido).

e) Idoneidad

La idoneidad de los actos, es decir su vocación para producir el resultado, es un requisito tanto para la tentativa como para el desistimiento. De acuerdo al Art. 25 del Código Penal, la tentativa inidonea, no será punible, es decir cuando el

resultado no se pueda producir, conforme a las leyes naturales. En este caso concreto, el desistimiento no tendría importancia, en cuanto existe otra causa de inimputabilidad.

B. IMPORTANCIA DE LA RELACIÓN.

Conocemos, el rol en el Derecho Penal de las figuras tratadas, consideradas de modo independiente. Del mismo modo reconocemos que la equiparación entre ellas, nos permite definir características propias, limitaciones y sobre todo, determinar las motivaciones de política criminal implícitas en cada una, esta vinculación dota de importancia este análisis. El ejercicio comparativo, se vuelve un medio para lograr desmenuzar la naturaleza que cada una de estas figuras penales posee.

El desistimiento es un mecanismo Estatal para combatir la voluntad criminal, que en todos los casos se sumergen la etapa ejecutiva del el sendero del *Iter Criminis*, en virtud del cual, tiene vida el delito tentado. De forma pues, que la relación tratada, es sobre todo de carácter práctico, y su importancia se enmarca en este criterio de practicidad.

CAPÍTULO IV

JURISPRUDENCIA SALVADOREÑA Y LEGISLACIÓN COMPARADA

A. JURISPRUDENCIA SALVADOREÑA

Nos referiremos a la apreciación de los jueces nacionales respecto de la Tentativa, traducida en decisiones de carácter jurisdiccional, ubicándolas en el marco de las doctrinas en que se fundamentan.

1. Delimitación entre Actos Preparatorios y Ejecutivos.

Este punto es uno de los que más discusión genera en la teoría de la tentativa. Veremos algunas posiciones de los jueces de Sentencia, al respecto:

La Sentencia emitida por el Tribunal de Sentencia Tercero de San Salvador, contempla: “El comienzo de la ejecución va a requerir de ciertos requisitos, uno de ellos es la **Univocidad**, que significa que sólo será acto de ejecución, aquel que inequívocamente represente un peligro real para el bien jurídico. (20/01/04.).

Observamos en esta sentencia, la adopción de la teoría de la univocidad, que de acuerdo a Jiménez de Asúa, fue expuesta por Carmignani y luego por Carrara³⁸. En esta sentencia el juez deja claro, que la univocidad de los actos, es fundamental, para establecer la barrera entre los actos punibles y aquellos que no lo son.

Se nota en otro caso, la acogida que tiene la teoría individual objetiva, que como hemos visto, une elementos subjetivos y objetivos. En este sentido la

³⁸ Jiménez de Asúa. Ob. Cit. Pág. 339

sentencia del 26/11/99 emitida por el Tribunal de Sentencia de Mejicanos reza: “Con la realización del hecho se tiene que haber creado una situación de riesgo cierto para el bien jurídico, riesgo que debe haber sido creado, de acuerdo al plan del autor... Existe Tentativa cuando de acuerdo con el plan del autor, el bien jurídico ya está en una situación de riesgo inminente; antes de esto no se reconoce la existencia de la tentativa...”

Se puede concluir del contenido de la sentencia, la importancia que el juzgador da al plan del autor, que es el elemento subjetivo, y por otro la cercanía de la afectación de un bien jurídico, que se constituye en acto, siendo parte del elemento objetivo, sobre este elemento se pronuncia la sentencia del 25/11/99, emitida por el Tribunal de Sentencia de Ciudad Delgado, que reza: “La tentativa es una causa de extensión de la pena, que responde a la necesidad de extender la amenaza o conminación penal prevista para los tipos delictivos, para el caso de consumación de los mismos, a conductas que ciertamente no consuman el delito, pero que están muy **próximas a la consumación...**”

Es este criterio de delimitación, el que en la actualidad, se erige como el más aceptado y efectivo, por parte de la doctrina, y hoy lo vemos asumido por la jurisprudencia. Incluso algunos códigos incluyen en su redacción, la formula del plan del autor.

2. Fundamentos de Punibilidad.

Existen Teorías que fundamentan la punición de la tentativa, atendiendo al desvalor de acción, otras que lo hacen atendiendo al desvalor de resultado. De ambos casos se derivan consecuencias distintas. La sentencia pronunciada el 26/03/99, en el Tribunal de Sentencia de Mejicanos, toma una posición ecléctica, en cuanto no descarta ninguna de las dimensiones aludidas. Así, este tribunal, sentencia: “Para el Derecho Penal la tutela del bien jurídico se extiende no sólo al desvalor del resultado, sino que incluye el desvalor de acción”.

La jurisprudencia nacional, se ha encargado de tratar otros elementos de carácter práctico, asumiendo posiciones, por ejemplo con respecto a la tentativa y los delitos de mera actividad “Un delito de mera o pura actividad, se consuma con la sola realización de la conducta prohibida, por lo que en estos tipos de delitos, al igual que los culposos, los actos preparatorios y las faltas, sólo son punibles en su forma consumada, por tanto **no admiten tentativa**” (Sentencia del 25/02/99, T 1º S. San Miguel)

Por otro lado se ha descartado los hechos culposos del ámbito de la tentativa, esto se pudo observar en el extracto de la sentencia anterior, la siguiente sentencia, emitida en el tribunal de Sentencia de Mejicanos, se expresa en el mismo sentido “el desvalor del acto significa primero, que sólo se sancionan como tentados los hechos dolosos, es decir, que para realizar una tentativa de delito se tiene que haber actuado con dolo, los hechos culposos no son susceptibles de tentativa...” (sentencia del 26/03/99, TS. Mejicanos). Por su parte el Tribunal 3º de Sentencia de San Salvador, exige la integridad del dolo, algo que ha generado posiciones diferentes en la doctrina, así “,, el dolo será un elemento de la conducta típica en el ámbito subjetivo, el cual en la tentativa **debe demostrarse integro.**”

B. LEGISLACIÓN COMPARADA

En este apartado, nos detendremos a analizar, el modo en que algunas legislaciones extranjeras regulan el delito tentado y el desistimiento, sobre todo con el objeto de compararlas con la legislación salvadoreña, estableciendo equiparaciones y diferencias.

Adelantamos que en términos generales, se tiene (principalmente en Latinoamérica) cierta concordancia en cuanto al tratamiento de las figuras objeto de estudio. Existen por otra parte, posiciones doctrinales que asumidas por

algunas legislaciones hispanas, y por particularidades de cada Estado, alteran la uniformidad. Para ejecutar esta intención comparativa, pondremos como punto de partida, algunos elementos esenciales, de los conceptos vertidos en nuestro código.

1. Delito Frustrado

En algunos países se ha legislado regulando en disposiciones independientes, la tentativa inacabada o simple tentativa y la tentativa acabada o delito frustrado. Así el Código Penal Venezolano en su Art. 80, define el delito frustrado; por su parte el Código Chileno se refiere a los crímenes o simples delitos frustrados (Art. 82). De modo que contrariamente a nuestro código penal, en estos se entiende que quien ha concluido los actos ejecutivos necesarios para producir un resultado en el marco de un particular tipo, no ha hecho el “intento”, es decir no ha “intentado” propiamente, sino que ha hecho todo lo que esta a su alcance o de acuerdo a su plan para cometer el ilícito, entonces su falta de realización, no obedece a una causa interna si no externa, de ahí que el término frustración, es más puntual. Estas aseveraciones, son, sin lugar a dudas, de menor importancia para alcanzar nuestros objetivos. Nos parece más correcto hablar de tentativa acabada e inacabada. La redacción del Art. 24 de nuestro código, no se refiere expresamente a los grados de la tentativa, (acabada o inacabada) ni al delito frustrado (como sucedía en códigos anteriores al de 1974), su contenido lleva implícito, sin embargo esta clasificación, pues habla de “dar comienzo (tentativa inacabada) o practicar todos lo actos (tentativa acabada). De este modo la regula también el Código Penal Español (Art. 16); el Código Penal Argentino (Art. 42); (estos no establecen, distinción en los grados de ejecución) el Código Penal Paraguayo (Art. 26); El Código Penal Peruano (Art. 16); y el Código Penal Puertorriqueño (Art. 27), entre otros.

2. Principio de ejecución.

La mayoría de las legislaciones, adoptan en su contenido, el presupuesto francés de “Principio de ejecución” a cuyo tenor es indispensable, para la punición de la tentativa, una cercanía con el resultado final. El Código Penal Argentino, en su Art. 42, expresa “comienza su ejecución,,, “ el Venezolano “ha comenzado alguien su ejecución ...”. (Art. 80 Inc. 2).

La formula que utilizó el legislador salvadoreño, se refiere a “actos tendientes a su ejecución” (Art. 24). Especial mención merece, el Código Penal Alemán ³⁹, que al regular la tentativa en su artículo 22, no usa la formula gramatical francesa, del comienzo de ejecución. Se refiere sin embargo, al comienzo de la realización del tipo, según la representación que del hecho, tiene el agente.

3. Penalización.

Existe concordancia en cuanto a la disminución de la pena de la tentativa, con respecto al delito consumado. En Argentina, es disminuida la pena ordinaria de un tercio a la mitad, de igual modo se establece en Ecuador. El código penal venezolano en su Art. 82, por su parte establece diversas penas para el delito frustrado (se rebaja la tercera parte de la pena del delito consumado) y para la tentativa en sentido estricto o inacabada(se rebaja de la mitad y las dos terceras partes). El Código Penal Salvadoreño, establece en su Art. 68 la pena de la tentativa, entre la mitad del mínimo y la mitad del máximo, delegando al juez espacio para que realizadas las valoraciones y de acuerdo a las conclusiones, establezca la pena para el caso concreto.

4. Desistimiento.

³⁹ “Intenta un hecho punible quien, según su representación del hecho, comienza directamente la realización del tipo”. § 22 del Código Penal Alemán

Nuestro Código Penal estipula en el Art. 26, la figura del desistimiento, no se refiere expresamente a lo que en doctrina se llama arrepentimiento eficaz, pero si lo hace de modo tácito. Se refiere a no proseguir los actos de ejecución, o impedir que el resultado se produzca.

El mismo sentido expresa la redacción de los artículos 6 N° 2 del Código Penal Español, 18 del Código Penal Peruano, 28 del Código Penal Puertorriqueño, 28 N 1 del Código Penal Paraguayo. Por su parte las leyes penales de Argentina, Venezuela y Ecuador, no distinguen en sus disposiciones entre estas dos etapas del arrepentimiento. Existe un acuerdo universal, en que el desistimiento, genera impunidad, es decir las leyes conceden al que desista la exención de responsabilidad penal.

Se establece además con mucho acuerdo, que si en el proceso delictivo, estando en los actos ejecutivos (incluso preparatorios) se cometen una o más acciones típicas consumadas, por estas debe responder el que las ejecutó.

5. Delito imposible o Tentativa Inidónea.

Algunos códigos (como el salvadoreño, que le denomina delito imposible Art. 25) enmarcan en una disposición de modo taxativo la tentativa inidonea, lo mismo sucede con el argentino (Art.44 N° 4); el Español (Art. 52) y el Peruano (Art. 17) entre otros. Contrariamente existen otras legislaciones que hacen referencia al delito imposible de modo tácito, al establecer como requisito para la tentativa, la realización de actos “idóneos”, “directos” o “apropiados”, de forma que aquellos que padezcan idoneidad, ya sea por el medio empleado, o por el objeto, serian descartados y la pena no se extendería hacia ellos, por existir, de acuerdo a la doctrina un delito imposible en esas circunstancias concretas. Esta situación se observa en el Código Venezolano (Art. 80 Inc.)^{2º}, en el código de la República

de Ecuador (Art. 116) y el Puertorriqueño, que hace alusión actos “inequívocos” (Art. 26 CP).

Hemos dicho que aquellas legislaciones que no establecen de un modo expreso el delito imposible, en virtud del principio de legalidad lo dejan impune. Otras como la nuestra contemplan en sus preceptos esta impunidad (Art. 25 C. P.). Pues bien, tienen lugar ordenamientos, que fuertemente influenciados por las doctrinas subjetivas, hacen incurrir (si bien de modo atenuado) en responsabilidad penal al agente de la tentativa inidonea. El Código Penal Argentino establece esta posibilidad, en el Art. 44 encontramos: “Si el delito fuere imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelado por el delincuente”. El Art. 44 del Código Penal Español, se encuentra en esta misma posición.

Curioso resulta en nuestro código, el inciso final del Art. 25, que con fines prácticos, establece una excepción a la regla establecida en él. Se refiere concretamente a los casos en que el objeto o sujeto sobre quien recae la acción típica, es alterado por razones que tienen que ver con el resguardo de bienes jurídicos. La acción es penada en grado de tentativa, pues el tipo no se ha producido, a causa de la alteración de algunos de sus elementos.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

A. CONCLUSIONES

- Los elementos formales de la tentativa y el desistimiento, son muy parecidos, en cuanto a su contenido, sin embargo, son literalmente opuestos. La tentativa es un medio que dota de mayor alcance a la facultad punitiva (Ius Puniendi) del Estado, que busca dar respuesta al fenómeno humano de la criminalidad, contrariamente el desistimiento es un modo distinto de tratar el mismo problema, se traduce como un salvavidas para el sujeto que ha determinado efectuar un ilícito penal, y ha entrado en el marco en el que se le puede reprochar penalmente su conducta.
- Entre las figuras penales de la tentativa y el desistimiento, se erige una relación de dependencia, de la segunda con respecto a la primera, que fundamenta la naturaleza de dicha relación. Dependencia que se determina, en cuanto el desistimiento tiene existencia y vigencia jurídicas, en la medida en que la tentativa adquiere esa calidad. De modo que el desistimiento en sentido estricto, lo es siempre referente a la tentativa, en otras palabras “se desiste” en el marco de la tentativa de un delito. En el surgimiento histórico de la tentativa, está latente esta forma de vinculación.
- Entre Tentativa y desistimiento, existe un antagonismo en cuanto a las motivaciones, esto es respecto al elemento subjetivo. Así, la primera requiere de una voluntad y determinación de actuar de modo

antijurídico, por otro lado, en el desistimiento opera una actualización del ordenamiento jurídico, producto de la alteración del tipo subjetivo.

- Tanto la tentativa, en su carácter de dispositivo amplificador del tipo, como el desistimiento, cuya justificación se enmarca en razones de política criminal, constituyen mecanismos, que el régimen jurídico establece, en vista de dotar de flexibilidad al Derecho Penal, que como ciencia aplicada, busca acercarse a la realidad. Posición que le permite superar la rigidez de los tipos de la parte especial, en pro de la eficacia.
- Por último decir, que existe en nuestro medio, y en gran parte del sector de la doctrina, una acogida de las doctrinas alemanas, para el caso concreto de la teoría *individual-objetiva*, que en los tribunales, está fundamentando las sentencias, en lo relativo al establecimiento de una frontera entre los actos preparatorios y ejecutivos, esto es, el límite entre la impunidad y la punibilidad.

B- RECOMENDACIONES

- Respecto a la punición de la tentativa, nos parece que si bien nuestro código deja un parámetro para que el juez la establezca, al no determinar la ley consideración alguna, referente a si la tentativa es acabada o inacabada. El juzgador debe utilizar un criterio atenuante, (dentro del margen establecido) de acuerdo a la lejanía a la consumación del tipo. De modo por ejemplo, que no se establezca igual pena, cuando se han realizado todos los actos ejecutivos, que cuando se ha realizado solamente uno. Si bien lo dicho es una manifestación de los criterios objetivistas, creemos que en atención a motivaciones de política criminal, pueden resultar de utilidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Bacigalupo, Enrique: *“Lineamientos de la teoría del delito”* 3ª Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- Bacigalupo, Enrique: *“Manual de Derecho penal”* Temis, Santa Fe de Bogota- Colombia 1998.
- Carrara, Francesco: *“Opusdali di Diritto Criminale”*, traducido por Enrique Figueroa Alonso, Clásicos del derecho Penal, Ed. Harla. México 1997.
- Calderón Cerezo, José Antonio Choclan Montalvo *“La Acción Típica y la Imputación”*, Escuela de Capacitación Judicial, 1999.
- Ferreira Delgado, Francisco: *“Teoría General del Delito”* Ed. Temis. Bogota 1988.
- Frías Caballero, Jorge; Diego Codino y Rodrigo Codino. *“Teoría del delito”* Hammurabi, Buenos Aires, 1988.
- Jiménez de Asúa, Luis. *“Tratado de Derecho Penal”* Vol. VII. Lozada, Buenos Aires, 1985.
- Luzón Peña, Diego Manuel: *“Problemas Específicos de la Aplicación del Derecho Penal”*, Manuales de Formación Continuada. Madrid. 1999.
- Líneas y Criterios Jurisprudenciales de los Tribunales de Sentencia y los Tribunales de Menores. Centro de Jurisprudencia CSJ. 1999.
- Pavón Vasconcelos, Francisco: *“Breve Ensayo sobre la Tentativa”* 4ª Ed. Porrúa. México 1989.

- Trejo Escobar, Miguel Alberto: *“El Derecho Penal salvadoreño Vigente, Antecedentes y Movimientos de Reforma”* 1ª Ed. Ministerio de Justicia. San salvador. 1995.

LEGISLACIÓN CONSULTADA

- Código Penal Salvadoreño de 1859
- Código Penal Salvadoreño de 1881
- Código Penal Salvadoreño de 1904
- Código Penal Salvadoreño de 1974
- Código Penal Salvadoreño de 1998.
- Código Penal Argentino de 1990.
- Código Penal de España 1995.
- Código Penal de Ecuador 1971.
- Código Penal de Chile 1875.
- Código Penal de Paraguay 1998.
- Código Penal Peruano 1991
- Código Penal de Puerto Rico 1974
- Código Penal de Venezuela 2000.