



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

POSTGRADO

MAESTRIA EN DERECHO PENAL.

**“LOS ACTOS IDÓNEOS E INEQUÍVOCOS COMO
MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD EN LA REALIZACIÓN DEL
TIPO PENAL VIOLACIÓN EN GRADO DE TENTATIVA”**

TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE MAGISTER
EN DERECHO PENAL.

AUTORA:

DOCTORA MERCI ALEXANDRA MERCHÁN GONZÁLEZ

DIRECTOR:

DOCTOR GUSTAVO EDUARDO ABOSO

CUENCA – ECUADOR

2011

AGRADECIMIENTO.

Agradezco a Dios y a aquellos que me otorgaron la vida, que ya no están junto a mí físicamente sino que los llevo en el corazón y en el pensamiento.

DEDICATORIA.

Este trabajo que encierra el esmero y esfuerzo por un futuro mejor, va dedicado a mis bellos hijos y a Joselo mi amado compañero, pues por ellos cada día de mi vida al levantarme agradezco a Dios por existir y salgo con ganas a seguir luchando; mi hogar es mi razón de ser y por él he luchado y seguiré luchando.

Un sincero GRACIAS a mis hermanas por el apoyo desinteresado y por el cariño brindado.

RESPONSABILIDAD.

Todas las ideas, criterios y opiniones, vertidas en esta tesis, son de absoluta responsabilidad de la Autora.

ÍNDICE:

“LOS ACTOS IDÓNEOS E INEQUÍVOCOS COMO MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD EN LA REALIZACIÓN DEL TIPO PENAL VIOLACIÓN EN GRADO DE TENTATIVA”

INTRODUCCIÓN	5
CAPITULO I.....	10
LA VOLUNTAD COMO PRESUPUESTO DE CULPABILIDAD.....	11
LA VOLUNTAD: Conceptos Generales.....	11
La voluntad como manifestación de la Conducta Humana.....	13
La problemática de la Libertad del hombre.....	15
LA CULPABILIDAD: Generalidades.....	18
La Culpabilidad como principio en la Ley Penal.....	20
La capacidad de culpabilidad como voluntad libre del hombre.....	22
Estructura de la Culpabilidad.....	24
Teoría o concepto psicológico de la culpabilidad.....	24
Teoría o concepción normativa de la culpabilidad.....	27
El Juicio de Reproche en la Culpabilidad.....	31
CAPÍTULO II.....	34
LA TENTATIVA COMO DELITO INCOMPLETO O IMPERFECTO.....	35
EL DELITO: Generalidades.....	35
El Delito y el Derecho Penal.....	37
Definición.....	41
Clases de Delito.....	45
Delito Completo o Perfecto.....	47
Delito Incompleto o Imperfecto.....	49
LA TENTATIVA.....	50
Aspectos Históricos.....	50
Conceptos de Tentativa.....	52
Etapas de Desarrollo en la Tentativa.....	56

Actos Preparatorios.....	58
Comienzo de Ejecución.....	59
Interrupción Antes de la Consumación.....	61
La Tentativa, un delito Incompleto o Imperfecto.....	62
CAPÍTULO III.....	70
LOS ACTOS IDÓNEOS E INEQUÍVOCOS COMO MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD EN LA REALIZACIÓN DEL TIPO PENAL VIOLACIÓN EN GRADO DE TENTATIVA.....	71
EL TIPO PENAL VIOLACIÓN.- Generalidades.....	71
Violación en Grado de Tentativa: Requisitos para que la Tentativa de Violación se configure.	76
Qué se debe entender cómo Actos Idóneos e Inequívocos en la Figura Tentativa de Violación.....	78
Los Actos Idóneos e inequívocos desplegados por el autor de Tentativa de Violación deben ser fruto de su voluntad nacida del Conocimiento de su acción.....	82
Si los Actos realizados por el agente activo del delito de Violación en Grado de Tentativa no son idóneos e inequívocos efectuados con conocimiento y voluntad no existirá responsabilidad.....	85
CONCLUSIONES.....	90
BIBLIOGRAFÍA.....	97

RESUMEN:

La culpabilidad como elemento del delito presupone la existencia en ella de la voluntad del agente exteriorizada en el mundo social en el que se desenvuelve, culpabilidad que tendrá una base psicológica así como una valoración jurídica normativa, voluntad que acompañada de conocimiento deberá estar presente en la realización de los actos desplegados por el agente para que se configure el **tipo penal violación** y para que este delito quede en un **delito tentado** deberán presentarse actos idóneos e inequívocos que demuestren la intención del autor en cometer este delito, más como se ha dicho si no se cometen aquellos con voluntad el autor no responderá por el tipo penal antes mencionado, tal vez por otro, o por ninguno, más no por violación en grado de tentativa.

ABSTRACT:

The guilt like element of the Crime presupposes the existence in her of the agent's exteriorizada will in the social world in which is unwrapped, guilt that will have a psychological base as well as a normative artificial valuation, will that will be present accompanied by knowledge in the realization of the acts deployed by the agent so that the type penal violation is configured and so that this crime is in a tempted crime suitable and unequivocal acts they will be presented that demonstrate the author's intention in making this crime, more as it has been said if those are not made with will the author he/she won't respond before for the penal type mentioned, perhaps for other, or for none, not for violation in degree of tentative.

TESIS PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE MAGISTER EN DERECHO PENAL.

“LOS ACTOS IDÓNEOS E INEQUIVOCOS COMO MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD EN LA REALIZACIÓN DEL TIPO PENAL VIOLACIÓN EN GRADO DE TENTATIVA”.

INTRODUCCIÓN.-

En nuestro mundo fenomenológico en el que se desenvuelven las acciones sean éstas positivas o negativas provenientes del ser humano concebido aquel como ser racional y consciente de sus actos, pues el hombre como ser libre manifestará al exterior su deseo, su querer, ésta es la voluntad, concepto general que muchos tratadistas lo han catalogado como un concepto estrictamente natural llegando a manifestar que este concepto natural de conducta, en el que se manifiesta la voluntad, no pertenece al campo del derecho pues lo que interesa al derecho es la conducta imputable o ilícito imputable por lo que en definitiva sería no una Conducta natural sino una de valor.¹

¹ Contra la concepción naturalista de la conducta se levanta la orientación finalista, representada por Welzel, seguida por algunos en Italia, por ejemplo por Bettiol, Gallo, Santamaría, Campisi. Silvio Ranieri, Manual de Derecho Penal, Editorial TEMIS, Bogotá, 1975. Tomo I. Parte General. El Derecho Penal Objetivo. El Delito. Pág.291.

Por tanto la conducta será la portadora de un acto de voluntad del sujeto, siendo aquello la parte psíquica o interna obteniendo el requisito material o externo cuando esta voluntad sea exteriorizada materialmente mediante una conducta.

La conducta humana se manifiesta con la voluntad, el acto o conducta es el impulso de la voluntad.

Al hablar de una voluntad libre nos estamos refiriendo nada más que al tema de la libertad del hombre, un ser humano que siente, desea, y realiza actos poniéndolos y expresándolos al mundo exterior libre y voluntariamente.

Al respecto de este tema dentro del derecho penal existieron tesis diferentes, por un lado estaban autores que mantenían su inclinación en la existencia de la voluntad y libre albedrío, aunque habían quienes decían que podría esa voluntad no ser absoluta, más sin embargo concluían afirmando la voluntad libre del ser humano, y por otro lado estaban los que negaban esta libertad y se aferraban a la denominada predestinación que promulgaba que Dios hace que ocurra lo que debe ocurrir, este tema aún no se encuentra definido totalmente, lo que sí se puede manifestar es que cuando el individuo obtiene su completo raciocinio y luego con ello su derecho a decidir llegando a poseer una **capacidad de opción**.

Ahora bien, creo, con respecto a este tema que la libertad del hombre en expresar su voluntad y de exteriorizar al mundo esta voluntad siempre estará presente, el ser humano es libre, decide lo que desea y lo que quiere, lo que siente en su interior lo plasma materialmente

porque así es su decisión, más lo que interesará al campo del derecho será únicamente esas manifestaciones del hombre que guarden relación con el derecho encontrando de esta manera conductas jurídicas y en contrapartida conductas antijurídicas que son las denominadas delitos, siendo justamente este hecho de conductas contrarias a derecho que al ser consideradas delitos son criminalizadas, es decir, pasan a formar parte del vasto campo de tipos penales que al ser infringidos obtendrán una pena o sanción.

Esta criminalización de la acción humana nace con el principio de legalidad, pues no existirá delito sin ley que lo determine, es decir que ésta determinada acción deberá estar criminalizada y como consecuencia de aquello conllevará una imposición de sanción, pena que igualmente será predeterminada.

En nuestro tema en concreto observaremos en el transcurso de la investigación que efectivamente los actos idóneos e inequívocos que la legislación penal exige para que se configura el delito de tentativa en el tema a estudiarse dentro del tipo violación, serán actos nacidos de la voluntad y conocimiento ex – ante de un ser humano, pues si aquello no sucede no podría exigir, reproche y por ende culpabilidad del actor.

La culpabilidad como elemento del delito presupone la existencia en ella de la voluntad del agente exteriorizada en el mundo social en el que se desenvuelve, culpabilidad que tendrá una base psicológica así como una valoración jurídica normativa, voluntad que acompañada de conocimiento deberá estar presente en la realización de los actos desplegados por el agente para que se configure el tipo penal violación

y para que este delito quede en un delito tentado deberán presentarse actos idóneos e inequívocos que demuestren la intención del autor en cometer este delito, más como se ha dicho si no se cometen aquellos con voluntad el autor no responderá por el tipo penal antes mencionado, tal vez por otro, o por ninguno, más no por violación en grado de tentativa.

Siendo los objetivos que se busca con el presente estudio los siguientes:

- Demostrar que la voluntad es un acto humano, que nace de la libertad, si bien es cierto no absoluta, sin embargo viene de la opción que tiene el hombre en actuar o no de tal o cual forma.
- Si la voluntad está manifestada como un presupuesto de la culpabilidad, esta figura tendrá como base un inicio psicológico, concluyendo en una valoración normativa.
- La tentativa es un delito incompleto o imperfecto.
- Demostrar que la voluntad y el conocimiento son la base primordial para el juicio de reproche en el delito.
- La tentativa se basa en la realización de actos idóneos e inequívocos voluntarios por parte del autor que conllevan a conseguir un delito.
- La libertad y voluntad del hombre están presentes en la culpabilidad.

- El ser humano es libre para actuar o no de tal o cual manera.
- La tentativa se basa en la realización de actos idóneos e inequívocos voluntarios desplegados por el autor para obtener un delito que con anticipación deseó.

CAPÍTULO I

LA VOLUNTAD COMO PRESUPUESTO DE CULPABILIDAD:

LA VOLUNTAD:

Conceptos generales.

La voluntad como manifestación de la conducta humana

La problemática de la libertad del hombre.

LA CULPABILIDAD:

Generalidades.

La culpabilidad como principio en la ley penal.

La capacidad de culpabilidad como voluntad libre del hombre.

Estructura de la culpabilidad.

Teoría o concepto psicológico de la culpabilidad.

Teoría o concepción normativa de la culpabilidad.

El juicio de reproche en la culpabilidad.

LA VOLUNTAD COMO PRESUPUESTO DE CULPABILIDAD:

LA VOLUNTAD:

CONCEPTOS GENERALES.-

El presente trabajo de investigación se centra en el análisis de cómo actúa, del papel que juega la voluntad dentro de la culpabilidad, es por ello que he estimado conveniente recordar qué es la **voluntad** en general para llevar este concepto al plano de la culpabilidad en materia penal.

Me permito transcribir algunos conceptos y/o significados de voluntad, así:

- El diccionario enciclopédico interactivo Siglo XXI nos presenta como significado de voluntad a los sinónimos albedrío, ansia, aquiescencia. Potencia del alma que mueve a hacer o no hacer una cosa, intención o resolución de hacer o no hacer una cosa, elección hecha por el propio dictamen o gusto.²

² CETTICO (Centro de Transferencia Tecnológica de Ingeniería del Conocimiento), Diccionario Enciclopédico Interactivo Siglo XXI, Editorial CULTURAL S.A, España , 2001, pág. 225. Letra V.

- A su vez el diccionario jurídico elemental de Guillermo Cabanellas de Torres nos da un significado de voluntad exponiendo que ésta es una potencia o facultad del alma que lleva a obrar o a abstenerse. Acto de admitir o repeler algo expresando como sinónimos los términos aceptación, deseo, intención, libre albedrío, elección libre.³

- El diccionario jurídico Anbar al tratar de la voluntad manifiesta: “Para la ciencia social y la jurídica, es importante la voluntad. Puede hablarse de voluntad jurídica y antijurídica o de voluntad social y antisocial; en ambos casos se alude a un factor fundamental de la vida de relación a una fuerza del querer determinante, de signo positivo o negativo en relación a la convivencia.”⁴

Ahora bien de los conceptos y significados que he expuesto podemos observar pues, que la voluntad no es otra cosa que el deseo, el querer y elección tomada libremente por un ser humano.

³ Guillermo Cabanellas de Torres, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta SRI, Argentina, 1988, pág. 335.

⁴ Fernando Andrade Barrera, Rigoberto Cordero y León, Digna Maxi Campoverde, Diccionario Jurídico Anbar, Editorial Fondo de Cultura Ecuatoriana, Cuenca-Ecuador, 1999, Tomo V, pág. 504.

LA VOLUNTAD COMO MANIFESTACION DE LA CONDUCTA HUMANA:

Se dice que el hombre nace con un carácter y que con el tiempo adquiere una conducta determinada, conducta que se irá formando, tomándose ésta como la expresión de su voluntad.⁵

Es así que el hombre como ser libre manifestará al exterior su deseo, su intención y querer, ésta es la voluntad, concepto general que muchos tratadistas lo han catalogado como un concepto estrictamente natural llegando a manifestar que este concepto natural de conducta, en el que se manifiesta la voluntad no pertenece al campo del derecho pues lo que interesa al derecho es la conducta imputable o ilícito imputable por lo que en definitiva sería no una conducta natural sino una de valor.⁶

Puedo exponer según lo manifestado, que si bien es cierto al derecho penal lo que le incumbirá será ciertamente aquellas conductas que nazcan de las manifestaciones de voluntad que lleven al hombre a producir ilícitos, actos punibles, es decir una conducta imputable, no es menos cierto que estas conductas punibles se presenten con caracteres que son comunes y propios de la conducta en general, por

⁵ “La Conducta es el modo de comportarse el hombre que dándole expresión a su voluntad, constituye una manifestación suya en el mundo exterior, mediante el movimiento o la inercia corporales” Silvio Ranieri, Manual de Derecho Penal, Editorial TEMIS, Bogotá , 1975. Tomo I Parte General. El Derecho Penal Objetivo. El Delito.

⁶ Contra la concepción naturalista de la conducta se levanta la orientación finalista, representada por Welzel, seguida por algunos en Italia, por ejemplo por Bettiol, Gallo, Santamaría, Campisi . Silvio Ranieri, Manual de Derecho Penal, Editorial TEMIS, Bogotá, 1975. Tomo I. Parte General. El Derecho Penal Objetivo. El Delito. Pág.291.

lo que el delito será fundamentalmente conducta humana, con la que se refleja la voluntad libre que ha tenido y expresado al exterior el autor.

A esta conclusión se ha llegado incluso analizando lo manifestado por el mismo Bettioli quien ha sostenido que será en el mundo de los valores en el cual la acción debe enmarcarse y entenderse, es así que se partirá siempre del mundo social y actos naturales.⁷

Por tanto la conducta será la portadora de un acto de voluntad del sujeto, siendo aquello la parte psíquica o interna obteniendo el requisito material o externo cuando esta voluntad sea exteriorizada materialmente mediante una conducta en concreto, conducta ilícita que ingresará al ámbito de la culpabilidad.⁸

Al respecto Ulpiano, en su tiempo, ya manifestó que mientras el hombre no exteriorice su resolución de delinquir, no puede ser castigado, el pensamiento no delinque. La conducta humana se manifiesta con la voluntad, el acto o conducta es el impulso de la voluntad.

⁷ “En efecto, en el campo del Derecho Penal, la Conducta imputable (que es una manifestación de Voluntad jurídicamente importante), el ilícito imputable (que es trasgresión de una norma), o, según se dice, la conducta como concepto de Valor, no es otra cosa que esta misma, mirada como criminosa.

Solo desde este punto de vista se puede decir que la conducta, como concepto de valor, incluye en sí la imputación según el derecho Penal y que su aspecto realista es la ilicitud. Con todo esto, cualquiera puede comprender que la Conducta, en el campo del Derecho, tiene también importancia como manifestación Natural. Ranieri. *Ibidem*. Pág. 363.

⁸ “La manifestación de Voluntad es la actividad externa del hombre. P. Gentile ha dicho que todo resultado es imputable si se refiere a la causalidad psíquica del sujeto; pero no se trata de determinar la mera imputación de un resultado por la existencia de dolo o de culpa, sino de determinar con exactitud la índole del Acto externo y la Voluntad que lo manifiesta.” Luis Jiménez de Asúa. *Teoría del Delito*. Editorial Jurídica Universitaria. México 2004. Volumen 2. Pág.93.

Ahora bien esta voluntad de la que venimos hablando deberá ser consciente, espontánea y referida a cierta representación con un motivo determinado para que sea aquella relevante en el derecho penal, en definitiva una voluntad libre.

LA PROBLEMÁTICA DE LA LIBERTAD DEL HOMBRE.

Al hablar de una voluntad libre nos estamos refiriendo nada más que al tema de la libertad del hombre, un ser humano que siente, desea, y realiza actos poniéndolos y expresándolos al mundo exterior libre y voluntariamente.

Cuando se hablaba en principio de este interesante tema de la libertad del ser humano aparecieron estudios en derecho penal que trataban del denominado libre albedrío, teoría que promulgaba que la libertad era el sustento para llegar a la culpabilidad e imputabilidad, tesis creada por San Agustín, Obispo de Hipona, enfrentado y en contraposición con éste al llamado determinismo o fatalismo como lo exponían otros autores, éstos últimos negaban la existencia del libre albedrío.

Ya Platón negaba la libertad del hombre pues mantenía su tesis de la predestinación, al contrario Aristóteles mantenía que el ser humano es libre y demuestra esa libertad en sus actos, actos con plena voluntad pues para este tratadista “el hombre, sino es libre en el momento de

cometer el delito, lo es en el tiempo anterior, cuando podía no contraer hábito delincencial, y, sin embargo, los contrajo.”⁹

Hubo, pues, tesis diferentes, por un lado estaban autores que mantenían su inclinación en la existencia de la voluntad y libre albedrío, aunque habían quienes decían que podría esa voluntad no ser absoluta, más sin embargo concluían afirmando la voluntad libre del ser humano, y por otro lado estaban los que negaban esta libertad y se aferraban a la denominada predestinación que promulgaba que Dios hace que ocurra lo que debe ocurrir.

De estas dos teorías, con el transcurso del tiempo y de los estudios que los tratadistas han realizado fueron apareciendo varias tesis que tratan de reemplazar el tema de la libertad del hombre, es así que han aparecido doctrinas que hablan de la responsabilidad social, de la responsabilidad subjetiva pero sin inmiscuir el libre albedrío, otros se refieren concretamente a la peligrosidad y por último a la imputabilidad psicológica como carácter del delito y base de la culpabilidad, dejándose de lado tanto a la teoría de libre albedrío como al determinismo y predestinación; que fueron tratados a partir de 1810, más con el transcurso del tiempo y con los siguientes estudios se observó que el ser humano es libre, posee un libre albedrío que se lo podría traducir como una naturaleza divina teoría expuesta ya anteriormente pero conjuntamente con esta libertad posee también naturaleza humana por lo que si bien es cierto no tiene libertad absoluta posee sí una **capacidad de opción**; es decir una relativa

⁹ Luis Jiménez de Asúa. Lecciones de Derecho Penal Editorial OXFORD – UNIVERSITY PRESS. México D.F. 2001. Primera Serie. Volumen 7. Pág. 216.

libertad obtenida de libre albedrío, por lo tanto libertad no es lo mismo que libre albedrío.

Ahora bien, creo, con respecto a este tema que la libertad del hombre en expresar su voluntad y de exteriorizar al mundo esta voluntad siempre estará presente, el ser humano es libre, decide lo que desea y lo que quiere, la intención que tiene en su interior lo plasma materialmente por que así es su decisión, esta libertad aparecerá aunque hayan casos en que se diga que el hombre actúo obligado a realizar una acción de tal o cual manera, pues siempre el ser humano podrá negarse si así lo quiere a actuar y por ende aceptar sus consecuencias, empero, esta situación como muchas otras, como enfermedades mentales, disminución de la razón entre otras hará que esta voluntad sea libre más no tenga como consecuencia culpabilidad, pero este es otro tema.

De lo manifestado puedo concluir exponiendo mi total acuerdo con el criterio vertido sobre este tema en concreto por el maestro Ricardo E. Risso, quién afirma que el libre albedrío sería bastante parecido a lo que llamamos ambivalencia, ya que aquel puede entenderse como dos naturalezas en equilibrio, por tanto la naturaleza humana es ambivalente¹⁰.

¹⁰ La ambivalencia fue descrita por el Filósofo E. Bleuler en 1911, quién expuso que aquella se traduce en sentimientos encontrados hacia la misma persona, amor-odio. Criterio tomado de las clases vertidas por el catedrático Sr. Dr. Ricardo Ernesto Risso. Post grado Especialización en Maestría en Derecho Penal. Universidad del Azuay. 2008

LA CULPABILIDAD:

GENERALIDADES.-

De lo que he investigado hasta el día de hoy no se ha llegado a exponer un concepto material y unitario de la culpabilidad, existen muchas y variadas teorías a su respecto peor aún no la generalizan.

Con respecto a la culpabilidad se puede manifestar que es con Von Liszt que se empieza a tratar de construir una teoría general de aquella, sin embargo no se tenía aún un contenido material claro, es así que Franz Von Liszt en su teoría general de la culpabilidad de 1905 exponía que era “La responsabilidad por la acción antijurídica cometida”.

Con el tiempo y más análisis se llega a exponer que como presupuesto de la culpabilidad estaba la imputabilidad, tomándose a los conceptos del dolo y de culpa como situaciones completamente autónomas.

Aparecerá luego la llamada teoría normativa iniciada por el tratadista R. Frank, existiendo incluso varios tratadistas que llegando a un extremo niegan a la culpabilidad, entre estos tenemos a los positivistas; principalmente a Ferri y Florian¹¹; sin embargo estas

¹¹ “Se ha dicho, en efecto, por Kallad que en un orden de ideas positivas el problema de la culpabilidad no tiene sentido como en la geometría plana no tiene sentido la búsqueda de la profundidad”. Luis Jiménez de Asúa. Teoría del Delito. Editorial Jurídica Universitaria. México. 2004. Volumen II. Capítulo 7.1. Pág.323.

teorías de negación no han sido aceptadas incluso en base a muchas contradicciones en ellas mismas, al contrario las teorías sobre culpabilidad han ido alcanzando mayor fuerza incorporando incluso nuevos sentidos como las ideas de retribución y de angustia, éstas mantenidas por los existencialistas, ideas que complementan las doctrinas más modernas.

Para el tratadista Silvio Ranieri “ La culpabilidad, para el derecho penal, es el modo de manifestarse la voluntad del sujeto con respecto al hecho ilícito, y que, por tener como fundamento los motivos que lo determinan y el estado psíquico que éste fomenta, expresa la adecuación de las condiciones psíquicas, permanentes o temporales del sujeto con el hecho, en el cual se reflejan”.

De este concepto que presenta Ranieri, observamos una vez más que la voluntad aparece como el presupuesto fundamental de la culpabilidad.

De las posiciones expuestas en cuanto a la culpabilidad se ha presentado la controversia sostenida incluso hasta la actualidad entre lo manifestado en el concepto psicológico y el concepto normativo de la culpabilidad como característica esencial del acto punible, tema que trataremos con mayor detalle más adelante.

LA CULPABILIDAD COMO PRINCIPIO EN LA LEY PENAL:

Según lo analizado en mi posición personal podría afirmar que la culpabilidad será siempre un requisito del hecho y del acto ilícito, afirmación que queda demostrada en el principio “sin culpabilidad no hay pena”, principio que determinará la medida y calidad de las consecuencias jurídicas que se aplicarán.

Con respecto al principio de culpabilidad José Cerezo Mir expone que según su criterio éste se encuentra implícito en el principio de legalidad, sin embargo para este tratadista la figura culpabilidad solo aparece cuando existe la conciencia actual y posible de la antijuricidad más no de la punibilidad de la conducta impartida por el sujeto, para este doctrinario al igual que otros tratadistas como Roxin que comparten su criterio el principio de culpabilidad se deriva fundamentalmente de la dignidad de la persona.

En fin, el principio de culpabilidad, constituye pues, el fundamento y límite de la pena.¹²

El tratadista Bacigalupo manifestaba que el principio de culpabilidad podría estar derivado del principio del Estado de derecho, inclusive de la protección de la dignidad de la persona humana.

¹² “El Principio de Culpabilidad es una exigencia del respeto a la dignidad de la persona humana. La imposición de una pena sin culpabilidad, o si la medida de la pena rebasa la medida de la culpabilidad, supone la utilización del ser humano como un mero instrumento para la consecución de fines sociales, en este caso preventivo, lo cual implica un grave atentado a su dignidad”. José Cerezo Mir. Obras Completas. Derecho Penal. Parte General. Editorial ARA EDITORES. Perú. 2006. Tomo I. Pág. 851.

La tesis dominante que impera en la doctrina es que la culpabilidad es el fundamento, la justificación y la condición sine qua non de la pena.

Este principio así expresado rechaza a la responsabilidad objetiva que se fundamenta en la simple causalidad material por lo que con ello ninguna persona podrá ser considerada responsable de la consecuencia de sus actos sin una prueba plena de su culpabilidad.; así la pena dependerá de la “ medida de culpabilidad “. ¹³

Para Binder el principio de culpabilidad nace y existe para evitar toda forma de responsabilidad objetiva, ya sea que ésta se manifieste como responsabilidad por el puro hecho o como responsabilidad objetiva por la existencia de meros atributos personales o como pura peligrosidad.

Estas tres formas de responsabilidad objetiva están prohibidas por el principio de culpabilidad, ya que ellos generan una autorización indeterminada para el uso de la reacción violenta del Estado. ¹⁴

Puedo concluir este tema exponiendo que en realidad la mayoría de juristas coinciden en exponer que la culpabilidad es un elemento esencial, fundamental de la infracción penal, justamente por esta razón en la mayoría de legislaciones penales por no decir que en todas se ha definido el delito como la acción típica, antijurídica y culpable.

¹³ MAURACH, Reinhart - Heinz - ZipF. Derecho Penal. Parte General. Editorial Astrea. Traducción de la 7ª edición Alemana por Jorge Bofia y Enrique Aimone. Buenos Aires - Argentina. 1994. Tomo I. pág. 594.

¹⁴ Felipe Villavicencio Terreros. Derecho Penal. Parte General. Editorial Jurídica GRIJLEY. Lima - Perú. 2006. Primera Edición. Pág. 111.

LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD COMO VOLUNTAD LIBRE DEL HOMBRE.

Con respecto al tema de la capacidad de culpabilidad del estudio realizado casi de una manera total los tratadistas y autores que han abordado este tema han manifestado que ésta constituye en sí la capacidad que posee el actor para reconocer que el actuar que a emprendido y realizado es una acción típica y antijurídica y por ende reconocer que el hecho cometido, es un delito, como se observa la capacidad de imputabilidad trae de la mano a al capacidad de culpabilidad, diferenciándose la una de la otra en que la capacidad de imputabilidad se referirá a la capacidad y valoraciones preferentemente del autor, en tanto que la capacidad de culpabilidad como conciencia de ilicitud se objetiviza exclusivamente en el hecho concreto.¹⁵

Esta capacidad para reprochar al autor culpabilidad en un acto concreto lo podemos traducir en la capacidad que posee el sujeto de poder optar, decidir, es así que actuará de un modo o de otro según su voluntad, ahora bien, el autor al tener capacidad para optar obrará según su libertad, es así que si ha optado por ejecutar acciones u omisiones que no están de acorde a las exigencias del ordenamiento jurídico a pesar de su conocimiento, se le reprochará culpabilidad pues, es un sujeto con plena capacidad de aquella.

¹⁵ MAURACH, Reinhart - Heinz - Zipf. Derecho Penal. Parte General. Editorial ASTREA. Buenos Aires – Argentina. 1994. Tomo I. pág.596.

Recordemos que el acto humano es la manifestación de voluntad que mediante la realización del hecho produce un cambio en el mundo exterior, o bien, al no hacer lo que se espera según el ordenamiento jurídico deja sin modificación ese mundo externo, cambio que se esperaba.

La capacidad de culpabilidad como voluntad libre la traducimos en el conocimiento de los hechos y de su significación por parte del hombre, ello como elementos intelectuales en donde se centra la libertad de aquel pues de una manera libre mediante estos conocimientos exteriorizará su voluntad en la realización de una conducta antijurídica cuando podía haberse abstenido de realizarla.

Existen varios autores que al tratar sobre la capacidad de culpabilidad tratan en primera instancia sobre la capacidad legal en general de las personas, es así que tratan de por ejemplo temas relativos a la edad, para manifestar si un sujeto es capaz de obrar culpablemente, mas en el presente estudio el tema de la capacidad de culpabilidad como hemos manifestado se centra en las condiciones del sujeto de reconocer el ilícito de su acción y de obrar conforme a tal conocimiento de manera libre y voluntaria.¹⁶

¹⁶ “La realización de Voluntad no es como lo esperaba objetivamente el ordenamiento jurídico respecto de acciones en el ámbito social.- La culpabilidad no se agota, en esta relación de disconformidad sustancial entre acción y ordenamiento jurídico, sino que además fundamenta el reproche personal contra el autor, en el sentido de que no omitió la acción antijurídica aun cuando podía omitirla.” Hanz Welzel Derecho Penal Alemán. Editorial Jurídica de Chile. Traducción del Alemán por los Profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Chile. Parte General /12ª Edición. Tercera edición Castellana. 1987. Pág. 197.

ESTRUCTURA DE LA CULPABILIDAD:

La evolución histórica del concepto que estructuraría la Figura penal de culpabilidad ha sido muy controvertida, pues, la culpabilidad como elemento del delito es una de las figuras más debatidas en la dogmática penal, comienza este debate en la separación de lo interno y lo externo, de lo objetivo y subjetivo, más sin embargo en esta evolución que ha llegado hasta las tesis más modernas no se ha podido llegar a concluir en una teoría eminentemente objetiva o subjetiva, siempre aparecen estas dos consideraciones.

Es así que en la evolución de una estructura de la culpabilidad encontramos a la teoría y/o concepto psicológico de la culpabilidad en contrapartida con la concepción normativa de la misma.

TEORÍA O CONCEPTO PSICOLÓGICO DE LA CULPABILIDAD:

Para varios tratadistas como Silvio Ranieri, Francesco Alimena, Löffler, Gustavo Radbruch entre muchos otros la culpabilidad es eminentemente psicológica, pues nace de una relación en sí psicológica entre hecho y sujeto, para algunos autores que siguen la tendencia del psicologismo de la culpabilidad mantienen su tesis en el hecho de que la culpabilidad se funda sobre una actitud de la voluntad del sujeto que luego en su accionar voluntario lo exteriorizará, es así que bajo esta situación han expuesto que será la intención del autor la base de su culpabilidad, más el escollo que se les ha presentado

primordialmente frente al concepto extremo psicológico de la culpabilidad es el explicar qué pasaría con los casos de la denominada culpa inconsciente, pues en esta figura no existiría intención alguna, esta situación, los defensores de la teoría psicológica de la culpabilidad la han cubierto, sosteniendo que dentro de la culpabilidad encontraremos un contenido sustancial y un aspecto formal, se expone que en todos los casos posibles de dolo como de culpa aparecerá una manifestación de la personalidad del autor en el mismo momento del hecho apareciendo así el contenido sustancial en estas condiciones psíquicas del sujeto que hacen que el mismo realice mediante acción u omisión el acto antijurídico por lo que la culpabilidad basándose en estas condiciones psíquicas llegará a concluir el hecho revelando ya sea el dolo o la culpa, en tanto que el aspecto formal será la actitud adoptada por la voluntad; es así que concluyen exponiendo que el hecho será doloso por coincidir en él la representación y la voluntad; y es culposo cuando a pesar de que pudo ser previsto, por falta de atención o de cuidado la acción es realizada.

Es así como se explica la concepción unitaria de la culpabilidad basada en un proceso eminentemente psicológico

En esta teoría psicológica de la culpabilidad juega un papel básico y fundamental la voluntad del agente observada desde su origen psíquico, así al dolo o culpa puede consignárseles un momento común que es la conciencia que tiene el sujeto de obrar en relación con sus deberes, este momento de conciencia será inicial, es decir que el agente posee conciencia inicial de cuales son sus deberes, más ello no implica que luego el hecho realizado haya sido querido o no querido, lo que importa es la conciencia inicial del autor.

De lo manifestado podemos concluir exponiendo que según los partidarios de la teoría psicológica de la culpabilidad ésta parte de una determinada situación de hecho predominantemente psicológica, en esta teoría únicamente la psique del autor debía ser considerada para determinarlo culpable, en esta teoría la culpabilidad no era dolo ni culpa si eran tomadas como clases de culpabilidad diferentes entre sí dependiendo de la modalidad de la relación del autor con el resultado típico, así la aceptación del agente en el dolo y la ignorancia, imprudencia o indiferencia del autor en la culpa, lo que unía pues al dolo y la culpa era un elemento común, esa relación natural que era la parte psicológica.¹⁷

En definitiva en la concepción psicológica de la culpabilidad ésta era el nexo psicológico entre el autor y el resultado delictivo.¹⁸

Con el pasar del tiempo esta concepción meramente psicológica de la culpabilidad fue decayendo pues las explicaciones y tesis dadas en la misma pronto fueron insuficientes, ya que esta teoría psicológica no pudo explicar muchos casos que se presentaban en el mundo social, así por qué el comportamiento de un enfermo mental no podía considerarse culpable a pesar de que actuaba intencionalmente, por qué es impune los casos de estado de necesidad disculpante aunque el autor obre con dolo, entre muchas otras circunstancias, es así que no existió más remedio para los tratadistas estudiosos de este tema que aceptar e incluir en sus trabajos una concepción normativa de la

¹⁷ MAURACH, Reinhart – Heinz – Zipf. Derecho Penal. Parte General. Editorial ASTREA. Buenos Aires- Argentina. Traducción de la 7ª edición Alemana por Jorge Bofia y Enrique Aimone. 1994. Tomo I. pág. 518

¹⁸ José Cerezo Mir. Obras Completas. Derecho Penal. Parte General. ARA EDITORES. Perú. 2006. Tomo I. pág. 859.

culpabilidad, llegando así a reconocer que sólo normativamente se puede explicar los eximentes y otras circunstancias como las manifestadas en líneas anteriores, demostrándose que el psicologismo puro es un imposible en el campo jurídico.

Así fue como de un intento por imperar la concepción de un psicologismo puro en la culpabilidad aparecieron autores como Sebastián Soler, José Medrano Ossio, entre otros que presentaron sus teorías en las que aparecía la teoría psicológica complementada con una normativa para razonar la culpabilidad, si bien siguen sosteniendo que el hecho psicológico es básico en la culpabilidad sin embargo es importante una referencia al hecho propio como ilícito, para lo cual es preciso suponer al sujeto dentro de un orden jurídico de cuyas valoraciones está penetrado.¹⁹

TEORÍA O CONCEPCIÓN NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD:

La concepción normativa de la culpabilidad fue creada por Reinhard Frank y James Gold Schmidt seguidos luego por varios tratadistas en los que se destacan Higler y Mezger, esta teoría normativa de la culpabilidad no es otra cosa que una concepción valorativa de la culpabilidad, valoración jurídico-penal por lo que no ingresa en ella problema alguno de moral, o tema psicológico puro.

¹⁹ Luis Jiménez de Asúa. Teoría del Delito. Editorial Jurídica Universitaria. México. 2004. Volumen II Pág. 346.

Esta tesis aparece al concluir que la acción corresponde el querer, la intención y a la culpabilidad corresponderá no sólo ese efecto de querer sino que el agente tendrá un contenido, es decir una representación, es así que esta concepción se base fundamentalmente en la relación existente entre sujeto y norma creadora del deber que este agente deberá observar, con ello la culpabilidad no mira a su contenido interior o psicológico sino es puro contenido exterior que se traduce en un denominado juicio valorativo, llamado también juicio de reprobación o juicio de reproche.

En la teoría normativa se demuestra la indudable existencia de acciones dolosas que no precisan ser culpables²⁰ se observa en esta concepción que el agente ha contravenido sus deberes y por ello debe ser reprochado y si así ha ocurrido será culpable de este acto antijurídico, este juicio de reproche recaerá tanto en los sujetos que actúen dolosa o culposamente, transformándose con esta teoría completamente el concepto de culpabilidad que hasta entonces se lo tomaba como una situación subjetiva-psicológica en un juicio valorativo objetivo.

Ahora bien dentro de esta concepción también aparecieron contra puntos es así que parecía existir confusión entre creer, o tomar como reprochabilidad a una valoración del objeto o un objeto de valoración, situaciones completamente diferentes, siendo Dohna quien distinguió perfectamente en sus teorías estas dos circunstancias limitando el reproche de culpabilidad a la valoración del objeto, siendo ésta concretamente la desaprobación de la determinación de voluntad

²⁰ MAURACH, Reinhart – Heinz - Zipf. Derecho Penal. Parte General. Editorial ASTREA. Traducción de la 7ª edición Alemana por Jorge Bofill y Enrique Aimone. Buenos Aires – Argentina. 1994. Tomo I. pág.520

exteriorizada del agente, es decir el objeto de este reproche es la actitud incorrecta del autor ante las exigencias del orden jurídico, actitud que se concreta en el hecho típico e ilícito.

En este juicio de reproche jugará igualmente un papel preponderante la voluntad, es así que para varios autores como José Hurtado Pozo, la culpabilidad supone un juicio de reproche en el cual se verifica que el agente ha decidido actuar violando sus deberes, yendo en contra a los mandatos del orden jurídico por lo que se lo juzgará negativamente por que en el caso concreto realizado, hubiera podido adecuar su voluntad al mandato legal u ordenamiento jurídico.

Este juicio de reproche en el que se basa la concepción o teoría normativista de la culpabilidad servirá de base para reprimir al delincuente por lo que éste voluntariamente hizo, por su actuar ilícito, más no por lo que él es como persona no se reprocha pues, su forma de vida, su manera de ser, en lo que a la culpabilidad respecta se le reprochará exclusivamente lo que el mediante su libertad y voluntad exteriorizada realizó.

Al respecto el tratadista Goldschmidt exponía: " Al lado de cada norma de derecho que determina la conducta exterior, hay una norma de deber que exige una correspondiente conducta interior. "²¹

En conclusión para la teoría normativista de la culpabilidad ésta es normativa ya que se basa en un juicio de reproche y éste juicio está concretado en que el sujeto obra con motivaciones que se le pueden

²¹ Felipe Villavicencio Terreros. Derecho Penal. Parte General. Editorial Jurídica GRIJLEY. Perú. 2006. primera Edición. pág. 574.

reprochar habiendo sido posible exigirle a dicho sujeto que se comporte de acuerdo a las pretensiones u órdenes del derecho.

Siendo extremadamente importante esta concepción basada en el juicio de reproche pues de éste nacerá la tesis de la “inexigibilidad de la conducta adecuada al derecho;”²² principio general que permitió abarcar todos los casos en las cuales el reproche de culpabilidad decae o no aparece no obstante de existir una acción dolosa o culposa, pues anteriormente en la concepción psicológica de la culpabilidad sólo se excluía aquella por causas que eliminaban este proceso psicológico, al contrario en el normativismo se excluye la culpa, también en los casos en que a pesar de existir esta intención (hecho psicológico) de ejecutar el acto o previsión de que se producirá un resultado no directamente querido, existirán situaciones que vuelven esta intención o motivación anormal transformando en inexigible otro modo de actuar o proceder, encontrando en esta conceptualización a todas las causas de inculpabilidad, tema que no trataremos en el presente trabajo pues no es objeto de estudio por ahora.

En el Tema que pasaremos a analizar observaremos de lo que trata el juicio de reproche en la culpabilidad con mayor detenimiento.

²² Tesis promulgada por Freudenthal Reinhart – Maurach – Heinz – Zipf. Derecho Penal. Parte General. Editorial ASTREA. Traducción de la 7ª edición Alemana por Jorge Bofill y Enrique Aimone. Buenos Aires – Argentina. 1994. Tomo I. Pág. 521.

EL JUICIO DE REPROCHE EN LA CULPABILIDAD.

El profesor Hanz Welzel expresa que la responsabilidad por las acciones antijurídicas es la culpabilidad²³, ahora bien, cómo se determina esta culpabilidad?

Del estudio realizado, así como del análisis y conocimiento a lo largo de la carrera estudiantil y profesional observamos que cada sujeto en determinado hecho antijurídico en concreto para determinar su culpabilidad en el mismo habrá de realizarse un reproche personal, en el que si es culpable y por ende responsable de este hecho antijurídico se demostrará que no omitió esta acción antijurídica aún cuando podía omitirla, es decir el autor conociendo el derecho al contrario de observar el mismo lo transgredió aunque pudo no hacerlo, esta acción antijurídica y culpable nació de su libertad y propia voluntad.

De lo manifestado vemos, que este juicio de reproche es la base de la culpabilidad, ya que si un sujeto no puede ser reprochado por sus actos, no es culpable y por lo mismo no puede existir pena y/o sanción en su contra, empero, este reproche se centra en la base de la existencia de la voluntad, una voluntad libre capaz de exteriorizarse al mundo por la acción u omisión del sujeto.

En cuanto al juicio de reproche en la culpabilidad, la mayoría de estudiosos en la materia han concordado en que ésta es la base de la

²³ Hanz Welzel Derecho Penal Alemán Editorial Jurídica de Chile. Traducción del Alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Chile. Parte General / 12ª Edición. Tercera edición Castellana. 1987. Pág. 197.

culpabilidad, más en lo que talvez se ha discrepado es, en sí, lo que es en realidad esa reprochabilidad, así se sostenía que este reproche estaba en la “ contravención del deber del querer ”²⁴ otros en la exigibilidad, Beling por su parte había manifestado que no se refería la culpabilidad a una deficiencia del movimiento psíquico, Dohna fue el único que en su Aufbau der Verbre–Chenslehre, de 1935 sostuvo que reprochabilidad era “ valoración ” afirmando que el juicio de reproche en la culpabilidad era una valoración del objeto, es decir la desaprobación de lo realizado por la voluntad del autor, más la tesis de que el juicio de reproche es la voluntad del sujeto exteriorizado en un acto antijurídico que pudiendo omitirlo no lo hizo, pues fue esta la capacidad de opción del autor, es la que más seguidores tiene y la que en mi opinión es la más acertada.

Como se ha visto este juicio de reproche es concreto y personal del autor, se le reprochará al sujeto en consideración al ámbito de auto determinación en el que actuó, se debe pues, tener en claro que el juicio de reproche de la culpabilidad, es en sí un reproche al sujeto, del acto por él realizado o en su caso de su omisión más no desde su persona, es decir no se reprocha lo que es el sujeto; sino lo que hizo o dejó de hacer, la acción antijurídica, para luego como lo manifiestan Reinhart Maurach, Heinz y Zipf, ese juicio de desvalor que trasciende del hecho, ir hacia el autor en el que recaerá o atribuirá la culpabilidad, existiendo muchos autores que por este hecho

²⁴ Goldschmidt (Der Notstand, e in Schuldproblem, 1913) Hanz Welzel. Derecho Penal Alemán. Editorial Jurídica de Chile. Traducción del Alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Chile. Parte General / 12ª edición. Tercera edición Castellana. 1987. pág.199.

sostienen la tesis de la denominada “ atribuibilidad personal del hecho antijurídico”.

De todo lo hasta aquí manifestado podemos concluir coincidiendo con el tratadista Hans Welzel que el juicio de reproche en la culpabilidad se fundamenta en dos premisas que en el presente trabajo me permito transcribir:

1.-“Que el autor es capaz, entendidas sus fuerzas psíquicas, de motivarse de acuerdo a la norma (los presupuestos existenciales de la reprochabilidad: la “ imputabilidad ”).

2.-“ Que él está en situación de motivarse de acuerdo a la norma en virtud de la comprensión posible de la antijuricidad de su propósito concreto (los presupuestos especiales de la reprochabilidad: la posibilidad de comprensión de lo injusto) ”.²⁵

²⁵ Hans Welzel Derecho Penal Alemán Editorial Jurídica de Chile. Traducción del Alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Chile. Parte General / 12ª edición. Tercera edición Castellana. 1987.pág 201.

CAPÍTULO II

LA TENTATIVA COMO DELITO INCOMPLETO O IMPERFECTO:

EL DELITO:

Generalidades

El delito y el derecho penal.

Definición.

Clases de delito:

Delito completo o perfecto.

Delito incompleto o imperfecto.

LA TENTATIVA:

Aspectos históricos.

Conceptos de tentativa.

Etapas de desarrollo en la tentativa.

Actos preparatorios.

Comienzo de ejecución.

Interrupción antes de la consumación.

La tentativa, un delito incompleto o imperfecto.

LA TENTATIVA COMO DELITO INCOMPLETO O IMPERFECTO.

EL DELITO:

GENERALIDADES.-

Desde los comienzos de la humanidad, cuando el hombre luchaba por subsistir se cometían diversos actos entre ellos los no permitidos o ilícitos, actos que con el pasar de las generaciones se denominaron actos antijurídicos, contrarios a la ley, actos propiamente llamados delitos.

Si bien es cierto en las primeras épocas el hombre no recapacitaba entre lo bueno o lo malo, pues lo importante y primordial para él era sobrevivir; con el pasar de los tiempos estos actos antijurídicos muchas veces inconcientes van tornándose cada vez más peligrosos pues no iban solamente contra la propiedad, sino que iban ya en contra de la vida humana misma.

El delito, entonces ya no es considerado solamente como un acto aislado sino que se vuelve un tema de estudio, así es como aparecen procedimientos de análisis entre ellos el analítico adoptado por los clásicos, perfeccionado luego por Beling y Los Doctrinarios Alemanes, estudios que concluían exponiendo que el delito era un ataque prohibido a un bien jurídico, siendo éste una imagen del hecho ilícito convertido en delito dentro de la ley penal.

De lo expuesto se observa, pues, que en el mundo en el que vivimos se producen exteriorizaciones que son consecuencia de las manifestaciones de la naturaleza y del hombre ser dotado de inteligencia y voluntad; ahora bien, no siempre estas manifestaciones del hombre como producto de su quehacer causal interesan al derecho, pues a éste van a preocuparle únicamente aquellos comportamientos que guardan con él alguna relación, encontrando así conductas jurídicas entendidas como encuadradas al derecho y aquellas que no lo están, encontrando ilícitos de toda índole así en materia civil, mercantil, laboral, penal, etc., actos y acciones consideradas delitos y a éstas como conductas propiamente típicas y antijurídicas.

Pero, ¿por qué nace o aparece el delito?, se puede exponer sin temor a equivocarnos que en las diferentes sociedades, sean conglomerados grandes o pequeños de personas, acaecen hechos contrarios al bien común, actos denominados asesinatos, robos, hurtos violaciones, estafas, etc., acciones antijurídicas que nacen producto del conflicto intersubjetivo de intereses, es por ello que el delito es un modo de ser de la sociedad y no del hombre como individuo, lo que sí proviene de éste último es su querer y voluntad libre para delinquir o no.

Si nos remontamos a través del tiempo, podremos observar que el delito siempre fue una valoración jurídica, es por ello que va cambiando con los años, en sus principios solamente se contemplaba el resultado dañoso producido por dichos actos denominados delitos, es apenas en los tiempos de la llamada *Culta Roma* donde se toma en cuenta lo subjetivo, es decir, la intención y en consecuencia la culpabilidad, apareciendo además con aquello el llamado derecho

penal que protegía a los Bienes Jurídicos, bienes que eran el principal objeto de delitos.

EL DELITO Y EL DERECHO PENAL.-

El derecho penal, es la generalidad, concentra todas aquellas normas que regulan una conducta conminada con una pena o una medida de seguridad y corrección,²⁶ que denominamos delito, siendo por ende éste lo específico; se dice también que “ El derecho es un orden coactivo que contiene la conducta recíproca deseada por la sociedad en un momento dado y que contiene las sanciones ante las transgresiones de las normas. ”²⁷ “ El derecho penal es aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características de la acción delictuosa y le impone penas o medidas de seguridad. Misión del derecho penal es proteger los valores elementales de la vida en comunidad ”²⁸, lo que demuestra que el derecho penal posee una doble finalidad la protección o medida de seguridad, y la correlativa imposición de sanciones o penas, haciendo aquello que el derecho penal sea parte integrante del derecho público, es así que juntados todos aquellas consideraciones que hemos manifestado los tratadistas Eugenio Zafaroni, Alagia, Alejandro y Slokar Alejandro

²⁶ Catania, Alejandro. Régimen Penal Tributario: Estudios sobre la Ley 24769. 2ª Edición actualizada. Editores del Puerto. Buenos Aires 2007. pág. 23

²⁷ Villegas, Héctor Belisario. Concepto tomado de la obra Tratado de Tributación. Tomo I. Derecho Tributario volumen II. Pág. 431.

²⁸ Conceptos mentados por el tratadista Hans Welzel, en su obra Derecho Penal Alemán. Parte general 12ª Edición. 3ª Edición Castellana. Editorial Jurídica de Chile. Chile 1987. pág. 11.

exponen que derecho penal es el conjunto de leyes que programan la decisión de conflictos mediante una coerción que priva de derechos o infiere un dolor (pena) sin perseguir un fin reparador ni de neutralización de un daño en curso o de un peligro inminente.²⁹

El derecho penal se fundamenta en el ius puniendi, es decir en el poder punitivo del Estado, quien crea el ordenamiento jurídico necesario que imperará en su comunidad, todo ello en busca y con finalidad de una buena convivencia humana mediante el control social que nacerá con el mentado orden jurídico implantado, lo que tendrá como principal finalidad u objetivo el enervar la comisión de delitos.

A fin de cuentas la finalidad del derecho penal será proteger los valores elementales de la vida de los seres humanos en comunidad, es justamente por ello que para la efectiva protección de estos valores, o bienes jurídicos, prohíbe y castiga todos los actos u omisiones que lesionen éstos bienes; actos denominados delitos.

Ahora bien, como podemos observar el derecho penal está íntimamente ligado a los delitos, pues si no existieran éstos el primero no tendría razón de existir, mas, es menester conocer el por qué de esta relación; pues bien, recordemos que el delito nace del conflicto de intereses entre los hombre, siendo en este momento en el que nace el derecho penal con la finalidad de proteger los bienes que pretende el delito lesionar.

²⁹ Zafaroni, Eugenio R., Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. Derecho Penal. Parte General, 2ª edición. Buenos Aires, Ediar, 2002, pág. 37.

De esta reflexión nace el tema vinculado a qué es lo que protege el derecho penal?, inmediatamente vinculamos la respuesta a los denominados bienes jurídicos, pensados aquellos como bienes eminentemente materiales, más sin embargo al estudiar y analizar los tratados, tesis y doctrinas expuestas por varios autores como Roxin, Günther Jakobs entre muchos otros comprendemos y llegamos a la conclusión de que aquello es completamente erróneo, ya que el derecho y el mismo delito es una relación entre personas ³⁰ y solo luego de esta relación entre seres humanos entrarán en juego, bienes materiales, u abstractos, como lo veremos luego, con respecto a ello el profesor Hans Welzel exponía con gran acierto que “ La ciencia penal es una ciencia “ práctica ” no sólo porque ella sirva a la administración de justicia, sino también, en un sentido más profundo, en cuanto es una teoría del actuar humano justo e injusto, de modo que sus últimas raíces tocan los conceptos fundamentales, de la filosofía práctica ”. ³¹

Es así, pues que el derecho penal en general protege los valores elementales de la vida en comunidad, en estos bienes vitales traducidos como valores materiales encontramos a la integridad del Estado, la vida, integridad corporal, la propiedad, libertad entre ésta la sexual, etc., siendo éstos los denominados bienes jurídicos.

Ahora bien ¿cómo protege estos bienes jurídicos el derecho penal?, pues, los protege cuando prohíbe y sanciona – castiga las acciones del hombre o ser humano dirigidas a lesionar estos bienes jurídicos (delitos) y esta sanción se materializa mediante la punición.

³⁰ Günther Jakobs. Nuevo Concepto de Derecho Penal. Tomo III, Pág. 37.

³¹ Hans Welzel. Derecho Penal Alemán. Parte General/12ª Edición / 3ª Edición Castellana. Traducción del Alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Editorial Jurídica de Chile, 1987.pág.11.

El bien jurídico que protege el Estado será un bien vital ya sea para la comunidad o en particular para el individuo, bien que ostentará una fuerte significación social por lo que el Estado mediante el derecho resguardará para que no lo lesionen, ello como prevención, y como sanción si llega a sufrir daño o lesión, por lo expuesto, se observa que los bienes protegidos existen previamente al derecho penal y al mismo delito, pues se necesitó que primeramente existan los bienes para que aquellos sean objetos de actos antijurídicos – delitos y con ello para que con la finalidad de protegerlos nazca el derecho penal; y es justamente por ellos que al ya existir son tomados según su relevancia como objetos de protección por el derecho penal y esta protección será siempre en contra de ataque y/o acciones humanas, es decir acciones u omisiones provenientes de personas que ingresen en un aspecto Jurídico Penal pasando a ser imputables.

Recordemos que un bien pasa a ser un bien jurídico cuando éste sea o esté configurado como derecho del titular,³² es decir son bienes jurídicos aquellos cuyo uso tiene derecho un individuo o una colectividad, es por ello que es el titular el que puede exigir el respeto a su bien y que éste no sea lesionado, es por lo manifestado que desde líneas anteriores habíamos expuesto que el derecho es una relación entre personas.

A este respecto Jakobs exponía que “ La idea del derecho penal como protección de bienes jurídicos sólo puede significar que se protege a una persona a la generalidad, en cuanto colectivo imaginado de todas

³² Günter Jakobs. Nuevo Concepto de Derecho Penal. Tomo III. Universidad Autónoma de Madrid.

las personas, en su relación con otra persona, contra la lesión de los derechos sobre sus bienes ”.

Con todo lo manifestado encontraremos que cada delito o llamado también tipo penal tendrá un bien jurídico protegido así: el tipo penal o delito de homicidio o asesinato tendrá como bien jurídico protegido a la vida, el tipo penal o delito violación, estupro, atentado al pudor, tendrá como bien jurídico protegido a la libertad o integridad sexual, el delito de robo, hurto, abigeato, tendrá como bien jurídico protegido la propiedad, etc...

DEFINICIÓN:

Como habíamos observado la noción de delito ha ido evolucionando y se le da varias definiciones en las que se exponía conceptos de delito tales como que: “ Delito es un ataque prohibido a un bien jurídico ”, siendo ésta una imagen del hecho lícito convertido en delito dentro de la ley penal por lo que fue expuesto en una teoría analítica adoptada por los Clásicos, perfeccionado luego por Beling y los Doctrinarios Alemanes.

En el año 1906, el profesor Ernesto Beling define al delito como: “Delito es la acción típica antijurídica, culpable, sometida a una

adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de penalidad. " 33

Por su parte Luis Jiménez de Asúa, expone que " El delito es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometidos a una sanción penal. " 34

Edmundo Mezger, el famoso penalista que reemplaza en la universidad de Munich a Ernesto Beling, señala que " El delito es una acción típicamente antijurídica y culpable. "

Muchos doctrinarios han concluido manifestando que el delito es una conducta antijurídica y culpable, descrita por la Ley, a la que ésta señala una sanción penal; definición ésta que si bien es cierto es muy acertada, sin embargo se debe tomar en cuenta que tanto dicha definición como las anteriores anotadas y las que hubieran podido darse son el resultado de una manifestación de determinada cultura y que ha de evolucionar con el pasar de los tiempos por lo que dicho conceptos o definiciones se verán obligadas inexorablemente a cambiar.

Por su parte Silvio Ranieri incluye en su definición de delito el accionar humano, es así que exponía que " Delito es el hecho humano previsto de modo típico por una norma jurídica sancionada con pena en sentido estricto (pena criminal), lesivo o peligroso para

³³ Jiménez de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Ara Editores. Perú 2006. Tomo I. Pág. 254. (Definición expuesta por Beling en su libro Die Lebe Von Verbrechen).

³⁴ Jiménez de Asua, Luis. La Ley y el Delito. Ara Editores. Perú 2006. Tomo I. Pág. 258.

los bienes o intereses considerados por el legislador como merecedores de la más enérgica defensa, y expresión reprobable de la personalidad del agente, tal como se encuentra en el momento de su comisión. ³⁵

Observándose que a mi criterio personal que este último concepto de delito es uno de los más acertados ya que conlleva en él tanto una realidad social como jurídica que tienen como base la acción y voluntad del hombre.

Ahora bien, el estudio exhaustivo del delito nos conduce a concluir exponiendo que se lo podría definir como un fenómeno jurídico social de etiología variable protagonizado por hombres sometidos a permanente evolución en un escenario esencialmente dinámico.

De esta realidad firme e invariable ha surgido la moderna concepción de investigación científica del delito, que consiste en aislar el caso particular para exponerlo al enfoque múltiple de las diferentes teorías etiológicas, a objeto de obtener el esclarecimiento de su peculiar motivación; confirmando según el criterio de Mezger que todo delito es

³⁵ De esta definición se ha criticado algunos aspectos; GROPPALI, observa que " esta definición es excesivamente analítica. Pero si la definición debe poner de manifiesto los elementos esenciales del objeto que va a definirse, de modo que permita captarlos por intuición inmediata, una definición completa del delito no puede ser sino la dada en el texto. " (Filosofía del diritto penale, en Scuola positiva, 1947.) Por su parte G. BATTAGLINI, advierte " que la referencia a la personalidad del agente no puede incluirse en la definición del delito. Pero, puesto que no es dable negar que el delito es la expresión de su autor, no hay duda que es incompleta la definición que no tiene en cuenta este carácter esencial del objeto que ha de definirse. " (Diritto penale, 3ra. Edición. 1949, pág. 114). A su vez, GRISPIGNI, se quejó de que el requisito de la tipicidad haya sido considerado en esta definición de delito, empero exponía: " Pero sí es cierto, como no puede dudarse, que las definiciones deben comprender, además de la diferencia específica, el género próximo, parece exacto considerar que al definir el delito no se deba pasar por alto el requisito mencionado. Y esto aunque no sea verdad, como piensan algunos penalistas alemanes, que la correspondencia al tipo legal es un requisito exclusivo del delito. "

un acontecimiento individual en la vida del sujeto pero en conjunto de la comunidad social, por tanto algo único y singular, que no se repite nunca de la misma manera.

Se considera al delito como conducta típica y antijurídica, pero estimado como un todo orgánico, como fenómeno del mundo exterior, del que va a ser el centro la conducta humana caracterizada por ser típica y antijurídica.

En conjunto aparece el delito como un fenómeno sujeto a valoración que en el estudio sistemático permite una apreciación vicariamente, entendida como una valoración objetiva y una subjetiva; justamente es ésta valoración que hará posteriormente en la evolución del delito que aparezca un enfrentamiento entre el denominado objetivismo y el subjetivismo, debatiéndose sobre la necesidad de una observación a los elementos del delito preponderantemente objetivos, tales como la acción, el tipo, y la antijuricidad, y por otro lado los elementos subjetivos que serían aquellos que desde su interioridad el autor aportaba a su acción manifestada en el mundo exterior, así la culpabilidad incluyendo dentro de ésta a la imputabilidad.

Como se observa, desde el comienzo de la humanidad en que aparece el delito como materia de estudio hasta la actualidad el concepto o definición de delito no se presente único, unívoco y pacífico,³⁶ y ello con certeza se puede manifestar que es consecuencia

³⁶ "El positivismo criminológico – por citar una sola de sus innumerables construcciones – en su intento de formular un concepto ^ material ^ de crimen, independiente de toda variable espacial, temporal y legal, acuñó el impreciso término de "delito natural", que GARÓFALO definiría como una " lesión de aquella parte del sentido moral, que consiste en los sentimientos altruistas fundamentales piedad y probidad, según la medida media en que se encuentran en las razas humanas superiores, cuya medida es necesaria para la

de los cambios en la cultura y sociedad, por lo que con estas transformaciones se van incluyendo en el concepto de delito hechos o actos como la fuerza física, el engaño, la agresión, situaciones en concreto que fueron tomados por autores y doctrinarios como Sellín, Gottfredson y Hirschi, Fishbein.³⁷

CLASES DE DELITO:

Al referirnos a clases de delitos, podríamos pensar que hablamos de cuáles son los delitos existentes, así podría venir a nuestra mente los diferentes tipos penales, tales como matar, robar, violar, etc., o vincular a la clase de delitos en delitos culposos, dolosos, de peligro, entre otros; sin embargo el tema del que trataremos en este título hace referencia al delito visto y estudiado desde la perspectiva de su consumación, es así que con respecto a esta consideración tenemos que el delito podrá ser perfecto o completo o en su defecto incompletos o imperfectos.

En lo que atañe a esta clasificación del delito podemos traer a mención al gran tratadista y doctrinario Carrara quien es uno de los más brillantes tratadistas que distinguió entre el delito perfecto y el imperfecto.

adaptación del individuo a la sociedad "; y que otros autores matizan apelando a la nocividad social de la conducta o a la peligrosidad de su autor. "

³⁷ Véase Sellin, T., *Culture conflict and crime*, New York 1938 (Social Science Research Council, págs. 25 a 46). Gottfredson, M.R. y Hirschi, T., *A General Theory of crime*, 1990. Standford, Ca. : StandfordUniversity Press, págs. 4. Fishbein, D.H., *Biobehavioral perspective in Criminology*, 2001, Belmont, Ca.: Wadsworth, págs. 86.

La ejecución de un delito puede ser subjetivamente completa y objetivamente incompleta o imperfecta, o bien tanto subjetiva y objetivamente incompleta o imperfecta existiendo en uno u otro caso la figura del denominado delito frustrado y del delito tentado respectivamente.

Carrara exponía que en todo delito existen acciones externas y éstas a su vez se componen de diversos momentos físicos, igualmente de acciones internas las que encierran diversos momentos psicológicos y morales.

Ahora bien, los momentos físicos pueden estar incompletos tanto subjetiva como objetivamente, cuando ninguno de ellos haya tenido su curso y por lo tanto no se haya alcanzado el fin u objetivo propuesto por el agente culpable; en ciertas ocasiones, tales momentos pueden estar subjetivamente completos pero objetivamente incompletos, pues aunque se haya agotado los momentos físicos de la acción, el derecho o bien jurídico protegido atacado o vulnerado por el agente no ha sufrido resultado dañoso alguno.

En estos casos el delito presentaría una degradación en la fuerza física pues la acción antijurídica no llegó a perfeccionarse, y, si en su defecto la acción fue perfecta lo que no se perfeccionó fue la ofensa a la ley.

Se podría concluir manifestando que para que exista un delito éste tiene que ser ejecutado, ahora bien, esta ejecución podrá ser completa o perfecta o no. Por su lado la ejecución presenta muy diversas formas

dando lugar a valoraciones también diversas lo que en la técnica penal se denomina formas de aparición del delito.

De lo expuesto hasta ahora podríamos manifestar claramente lo que se debería entender por delito perfecto y por delito imperfecto.

DELITO COMPLETO O PERFECTO.-

Para poder llegar a comprender efectivamente lo que se debe entender por delito completo o perfecto, es menester recordar lo que es el denominado ÍTER CRÍMINIS, conociendo que aquél es el itinerario del crimen, es decir, las fases a través de las que se desarrollan los fenómenos jurídicos a los que el derecho penal llama delito.

Iter Críminis, es por tanto el estudio de las diversas fases recorridas por el agente del delito, encontrándose constituidas de las siguientes etapas:

- Etapa interna o subjetiva: ideación, deliberación y resolución.
- Etapa intermedia: resolución manifestada.
- Etapa objetiva o externa: preparación, ejecución, consumación y agotamiento.

La fase o etapa interna o subjetiva como se observa comprende la planificación, la intención de delinquir lesionando un bien jurídico protegido; comprende esa deliberación que culminará con la toma de

decisión de cometer una infracción; se desarrolla en el mundo interno del sujeto activo, esta deliberación puede llegar a presentarse casi instantáneamente, o en contrapartida, llegar a durar un lapso de tiempo largo como es el caso de la meditación, ahora bien, es menester especificar que la ideación no es punible, aún cuando el agente luego de esta ideación tomo la decisión de ejecutarla y hasta la comunique a terceros, ³⁸ ello tiene su razón en que lo interno no es sancionado o penado, aquello es irrelevante para el derecho penal, siendo lo más razonable pues de lo contrario nadie podría siquiera tener un mal pensamiento, ya que de llegarse a conocerse esas ideas y pensamientos sería su autor castigado.

Luego de la idea de delinquir viene la reflexión, esto es la lucha entre la concepción moral y la idea misma de cometer un ilícito.

La etapa intermedia como se expuso en líneas anteriores es la resolución ya manifestada la misma que se exterioriza en donde la idea criminal nace o sale a la luz mediante la palabra actos que en algunas ocasiones ya generan responsabilidad, pero aquello es una excepción, tal es el caso de la proposición, la llamada conspiración, la amenaza, la instigación y la llamada apología del delito.

La fase o etapa objetiva o externa comprenden los actos preparatorios de ejecución, consumación y agotamiento, estos actos preparatorios constituyen la primera manifestación exterior de la resolución delictiva.

³⁸ " Conviene, a este efecto, recordar la frase de Ulpiano que con frecuencia citaba: "Nemo cogitationis peonam patitur- imposible reprimir, sin recurrir a un sistema inquisitivo, teniendo como única base la idea o la voluntad de cometer un delito." José Hurtado Pozo. Manual de Derecho Penal. Parte General I. Tercera edición. Editorial Jurídica Grijley. Perú 2005. Pág. 796.

En la práctica hay grandes dificultades para diferenciar cada paso o fase de este itinerario en el delito, siendo justamente esta la razón por la que se manifieste en muchos de los casos que los actos preparatorios aún podrían ser considerados equívocos, confusos, pues no revelan la intención del autor, sin embargo en muchas legislaciones la ley ya sanciona estos actos preparatorios.

Es con la consumación que se efectiviza la lesión o daño al bien jurídico protegido, se llega pues, de la adecuación típica a la plena realización delictiva, la consumación consiste en la completa realización de los elementos del tipo legal objetivo.

En el agotamiento llamado también consumación material, el agente actor de la acción antijurídica, culpable y punible, disfruta o se beneficia del de su acción delictiva efectuada, así por ejemplo el sujeto que robó vende las cosas sustraídas, más para el derecho penal este actuar no es relevante en la mayoría de las legislaciones.

El delito perfecto o completo entonces, de lo analizado, será el que ha pasado o cumplido con todas estas fases o etapas, tanto por lo interno o objetivo como por lo externo objetivo.

DELITO INCOMPLETO O IMPERFECTO.-

De lo que hemos venido analizando, específicamente en lo que tiene que ver con las fases o etapas del delito denominadas Iter Críminis, podemos colegir que estos delitos denominados incompletos o

imperfectos son llamados así justamente porque no llegan a completar todas sus fases, es así que en un delito imperfecto no llega a darse la consumación de acto antijurídico a pesar de la voluntad proyectada a ese fin del agente, éste a pesar de haber efectuado actos preparatorios y apropiados no consigue su finalidad de que el delito proyectado se efectivice.

El delito queda incompleto cuando también la acción ha quedado imperfecta al interrumpirse el curso de sus momentos físicos, o porque éste ha sido insuficientemente promovido, o cuando aún siendo perfecto su accionar en todo lo necesario para alcanzar el objetivo propuesto y por ello suficientes los momentos precisos para la consecución de la finalidad, el efecto no ha sido logrado a causa de un impedimento imprevisto.

LA TENTATIVA.-

ASPECTOS HISTÓRICOS:

A lo largo de la historia, se puede observar que hubo de pasar muchos años, incluso siglos antes de que se llegue a visualizar una noción de lo que podría entenderse como tentativa, es así que en el Derecho Romano se siguió el principio de que no existe delito si no hay una actividad manifiesta en la causación de un daño, sin llegar por tanto a precisarse un criterio distintivo entre lo que es la consumación y lo que debe entenderse por tentativa.

Si bien es cierto, como lo exponían Capobianco y Ferrini, en este Derecho Romano, existió cierta teoría sobre la tentativa teniéndola como similar a la consumación por lo que tanto la una como la otra era sancionada por los resultados causados o peligros corridos.

En el Derecho Germánico, en sus principios se desconocía la tentativa; mas, con el pasar de los años y el desarrollo de dicho derecho se equiparó la tentativa al delito consumado.

En el Derecho Longobardo, se consideró a la tentativa como de menor importancia que el delito consumado reglamentándola como un atenuante.

Es apenas en el llamado Código de la Carolina, dictado o estatuido por Carlo V, el primero que contiene en su artículo 178 una definición de tentativa, con todos los elementos configurativos de esta figura penal, tales como actos externos de voluntad criminal y ausencia de consumación del resultado contra la voluntad del agente; influenciando notablemente esta definición en los diversos códigos penales de los estados alemanes, códigos que con respecto a lo que se debe entender por tentativa, exponían:

“ Si alguien se atreve a realizar un acto malo mediante algunas obras externas que puedan 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 castigado 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. ³⁹

Reafirmando dicha definición y completándola, el Código Josefino dictado en 1787, al exigir para la punición de la tentativa dispuso además la consideración de la realización de actos dirigidos a la consumación de un delito, aspecto secundado por la ley Francesa del año IV por el Código Francés de 1810, por el Código Sardo, entre otros, apareciendo con ellos los actos preparatorios y el comienzo de ejecución como elementos de la tentativa.

CONCEPTO.-

Habíamos analizado en temas anteriores que el delito puede ser perfecto o completo, siendo éste aquel en el que el agente culmina su accionar con la consumación de su acto antijurídico, y por otro lado tenemos al denominado delito imperfecto o incompleto siendo aquel en el cual el agente no llega a la fase de consumación, pues, es justamente en este caso que nos encontramos frente a la figura de la tentativa.

Muchos autores han denominado a la tentativa como un delito secundario o imperfecto, ya que, faltando en ella la consumación, solo es posible su existencia en razón de un determinado tipo penal al cual se la debería relacionar.

³⁹ PAVÓN, Vasconcelos Francisco. La Tentativa. Editorial OXFORD – UNIVERSITY PRESS. México D.F. 2001. Primera Serie. Volumen 7. Pág. 453.

Al respecto podemos encontrar lo que expone Carrara en su teoría de la tentativa, considerándola como un delito degradado en su fuerza física por lo que resultaría una acción imperfecta; traducido aquello en el hecho de 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 da lugar se denomina tentativa.

El tratadista Bettioli, igualmente, con respecto a la tentativa llegó a la conclusión de que la imperfección de la tentativa surge de su contraste con el delito consumado; exponiéndose, sin embargo, que esta figura en cuanto a su estructura es perfecta ya que presenta todos los elementos indispensables para que se configure un delito, así, el hecho típico, la antijuricidad y culpabilidad, distinguiéndose únicamente del delito consumado en razón de su objetividad jurídica en la cual no existe lesión efectiva al bien jurídico protegido sino sólo el peligro de lesión o daño.

De conformidad con lo manifestado, el tratadista Francisco Pavón Vasconcelos, exponía, que cualquier concepto que se pretenda dar sobre tentativa debe hacerse en función del delito perfecto o consumado, es por ello que se denomina a la tentativa como un delito secundario, incompleto o imperfecto, pues al faltar en ella la consumación, sólo es posible su existencia en razón de un determinado tipo penal.

En todo caso, se entenderá que la figura tentativa se encuentra descrita en una norma penal, denominada tipo, adquiriendo una verdadera importancia jurídico – penal, como todo delito.

En consecuencia, por lo manifestado y verificado, la naturaleza jurídica de la tentativa, considerada en la imperfección del delito, tiene que ver por algún incumplimiento de los presupuestos elementales de una infracción, es decir, se estará a la relación del delito perfecto, consumado o llamado también completo, donde se cumple totalmente y a cabalidad los requisitos o grados, por los que se considera su imperfección.

Se debe mencionar que la tentativa, solo puede aplicarse en virtud de la necesaria relación existente entre ella y la norma incriminadora principal, pues sólo la norma de la tentativa permite la sanción de estas conductas ya que de otra forma carecería de ilicitud.

La tentativa constituye el auténtico comienzo de ejecución del delito, aunque sea solo la acción de comenzar y no de terminar o consumir, constituye ya una verdadera lesión a un bien penalmente protegido, aunque esa lesión se reduzca muchas de las veces a un peligro corrido.

Para que exista tentativa la no ejecución plena o completa del delito tiene que ser por causa o accidente que no sean el voluntario desistimiento del agente, pues si aquello ocurriese ya no podríamos hablar de tentativa sino de otra figura que no es tema del presente estudio.

La tentativa podrá definirse sintéticamente de lo dicho, como la ejecución incompleta de un delito, pues aquella como se ha visto, es una fase en la vida del delito constituyendo un verdadero delito imperfecto o incompleto por la falta del daño inmediato o físico.

Penalistas tales como Buccellati, Civoli y Massari, han definido a la tentativa exponiendo que esta figura se considerará en sí misma como un delito, siendo tal definición completamente errada ya que la tentativa se revela en todos los actos que la constituyen y van ordenados a conseguir un fin.

Se la puede definir también como un hecho humano antijurídico y perturbador de la tranquilidad de los ciudadanos, que por su naturaleza estaba en capacidad de producir la lesión de un derecho más importante que el que fue violado por el mismo hecho, y que estaba dirigido por el agente con intención determinante y preservante a la lesión del derecho que no resultó violado sino puesto en grave peligro.

Concluyendo se podría exponer, que existirá tentativa cuando se da principio a la ejecución del delito en realiza todo lo necesario para que el mismo se produzca por causa o accidente que no sea el propio desistimiento del autor, por lo manifestado cometerá un delito tentado el sujeto que practique actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito sin que dicho delito se consume o tal acontecimiento se verifique.

Dentro de los ordenamientos jurídicos de todos o casi todos los códigos penales del mundo, que han merecido la atención de la gran

mayoría de tratadistas del derecho penal, sobre la cual también se han vertido las más variadas doctrinas y críticas, sin que hasta la actualidad se haya establecido una definición concreta, a pesar de coincidir en su esencia, no lo han logrado en la forma.

Indudablemente, que si analizamos los conceptos emitidos y los que pudiéramos seguir enunciando, observaremos que se mantiene una misma esencia, que puede traducirse de la siguiente manera:

La tentativa es una infracción no consumada por circunstancias ajenas a la voluntad del autor o agente activo del delito, a quien se le privó de obtener su propósito ilegal y antijurídico.

ETAPAS DE DESARROLLO EN LA TENTATIVA: SUS ELEMENTOS ESTRUCTURALES.-

Se debe traer en alusión en este punto, al derecho comparado el mismo que expone que los elementos estructurales de la tentativa son dos: En primer lugar los denominados **actos preparatorios** y en segundo lugar el llamado **comienzo de ejecución**.

La figura tentativa en el derecho penal ha sido considerada por la doctrina como una etapa o fase del íter críminis, es decir, del camino o itinerario que recorre la acción desde su ideación hasta la consumación y agotamiento de un delito.

Es así que la tentativa aparece cuando el agente entra en la fase de los llamados actos preparatorios los que están constituidos por la actividad emprendida por el autor para reunir, recopilar los instrumentos y buscar las circunstancias más convenientes con las cuales ha programado cometer el delito.

Pasando luego a una segunda etapa, es decir, llega el agente al denominado comienzo de ejecución; exponiéndose al respecto que el autor efectivamente llega a esta actividad ejecutiva cuando materialmente comienza la violación de una norma penal; sin embargo, como lo han manifestado la mayoría de tratadistas es muy difícil en la práctica determinar cuándo, en atención a las cosas, fases o elementos estructurales del delito se está frente a dicha actividad ejecutiva.

Se debe distinguir claramente estas fases o etapas anotadas; al respecto Von Liszt, expone: " Es necesario contraponer los actos preparatorios, y la tentativa, pues mientras aquellos deben quedar impunes, éstos deben ser penados."⁴⁰

Desde el punto de vista cronológico, según la lejanía o cercanía del acto al resultado, serán preparatorios los actos remotos, y, de ejecución los próximos al evento no realizado por el autor, pero sí querido o deseado.

Recordemos en qué consisten estas dos fases por separado:

⁴⁰ PAVÓN, Vasconcelos, Francisco. La Tentativa, Editorial TEMIS. Chile 1980. Pág. 43.

ACTOS PREPARATORIOS.-

Al referirnos a los actos preparatorios hablamos de aquellas acciones que por su índole previa no son en sí ejecutivos directamente de la finalidad que se persigue, sino que van dirigidos a facilitar inequívocamente la obtención del mismo reuniendo los medios que permita la ejecución del hecho antijurídico y obtención del resultado querido por el agente.

Se podría exponer que estos actos preparatorios constituirán una fase externa, que pese a todos los intentos que se han desplegado no es sencillo establecer claramente cuál es el límite existente entre la mera preparación y la ejecución propiamente dicha.

En cuanto a la punibilidad de estos actos debemos anotar que todos los autores clásicos defendieron la impunidad en general de los actos preparatorios pues no llegan a constituir violación de la norma jurídica.

Carrara, por su parte distinguía los actos preparatorios de un modo absoluto, exponiendo que en ellos faltaba todo principio de ejecución, de manera que, aun existiendo la aceptación del reo, no debe castigarse como tentativa, justificado ello por la falta de todo principio de peligro actual, y que, aunque ello si exista han de dejarse impunes por constituir aún actos equívocos que no tienen seguridad de que pretendían un delito.

En la mayoría de códigos penales, para que exista punición en los actos preparatorios es necesario que los mismos vayan dirigidos en

forma inequívoca a ejecutar un delito por tanto solo podrán ser punibles los actos preparatorios en muy contados casos y no respecto a todos los delitos: pues no se trata de castigar en todo caso los actos preparatorios sino aquellos que revelan una gran peligrosidad criminal; así no cabe admitir la existencia de tentativa en delitos culposos o contravenciones, las contravenciones se penan solo cuando han sido consumadas, en los delitos culposos falta la intención o finalidad de cometer un delito; tampoco hay tentativa en los delitos preterintencionales en donde el resultado va más allá de lo querido por el agente, porque existe lesión.

Para que se configure la tentativa, es necesario el dolo directo considerando que se necesita intención inequívoca que no presente duda, en el dolo eventual el resultado se presenta como posible; debiendo añadir que solo podrán ofrecer este carácter los próximos a la ejecución pues en los remotos es siempre posible y probable que se dé un desistimiento durante el largo camino que se ha de recorrer hasta la consumación del delito.

COMIENZO DE EJECUCIÓN.-

El comienzo de ejecución o actos ejecutivos son generalmente unívocos, por cuanto por sí mismos resultan capaces de expresar objetivamente la intención de su autor de delinquir y por ende entrañan peligro de lesión.

Por lo expuesto se nota claramente el contraste de estos actos ejecutivos con los actos preparatorios pues en los primeros al ser unívocos existe la certeza y convicción de la intención y voluntad del agente en cometer un delito en tanto que en los segundos al estar equívocos ello no se verifica por lo tanto existiría peligro en los unos y carecerían de aquel los otros.

Se dice que existe 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, viéndose precisados a recurrir a la lesión del bien jurídico o al riesgo eficaz, cuando la práctica lo exija.

El código francés expresa que el comienzo de ejecución en sí es la tentativa.

El tratadista Frías Caballero, en su magistral monografía, con respecto a este tema abordado, expone: " Para que haya acto ejecutivo, precisase que se realice lo que llamaríamos el núcleo del tipo, o mejor dicho, se necesita que el agente desarrolle su conducta en la actividad expresada por el verbo principal de la definición; es decir, cuando se habla del homicidio; que es matar a un hombre, hay que empezar a matar; cuando se habla del robo, hay que empezar a robar. Todo lo que no sea dar comienzo a la muerte, aunque se compre el arma y se planee el robo, no es un acto de ejecución sino acto preparatorio."⁴¹

Se concluiría exponiendo que para que exista tentativa el agente que está dispuesto a cometer un delito debe llegar a la segunda de sus

⁴¹ JIMENEZ, de Asúa, Luis. La Ley y el Delito. Pág. 600.

etapas esto es a un comienzo de ejecución sin ir más allá, pues para que se configure la tentativa la acción deberá detenerse antes de la consumación, pero con una característica especial: que dicho delito no se haya consumado por causas independientes y ajenas a la voluntad del agente.

INTERRUPCIÓN ANTES DE LA CONSUMACIÓN.-

Al hablar de tentativa, ésta no existiría si el agente llegara a concluir su propósito, es decir, a cometer el delito, lo que caracteriza a la figura de tentativa es la existencia de la interrupción antes de que se produzca la consumación del delito.

Es por ello que habíamos manifestado en líneas precedentes que en la tentativa el agente llegaba a la segunda etapa del iter críminis, siendo ésta el comienzo de ejecución, pero que no se llega a dar esta ejecución plena, es decir la consumación del delito, teniendo aquello que ser por causa o accidente involuntario, no querido por el agente, con lo que se quiere indicar que la no consumación no es debida a que el agente desista de cometer el hecho, pues si esto último ocurriese ya no estaríamos frente a la figura de tentativa sino de otra figura penal distinta.

Se diría entonces que existe tentativa cuando se da principio a la ejecución del delito en forma externa y no se realiza todo lo necesario para que el mismo se produzca por causa o accidente que no sea el propio desistimiento.

Casi todo los tipos penales, o delitos pueden ser tentados, siempre que los mismos permitan ese principio de ejecución, esa exterioridad y que lo ejecutado, sea idóneo para cometer el delito.

La interrupción antes de la consumación de un delito es la característica elemental de la tentativa y es justamente atendiendo a esta característica que la doctrina describe a la tentativa como un delito incompleto o imperfecto, pero que aunque incompleto la conducta desplegada por el autor haya originado un grave peligro para el bien jurídico protegido.

LA TENTATIVA, UN DELITO INCOMPLETO O IMPERFECTO.

Se había concluido con respecto a la figura penal de tentativa que ésta es una fase en la vida del delito, constituyendo un delito incompleto o imperfecto, ello por la falta del daño inmediato o físico.

Los diferentes códigos penales en el mundo de acuerdo a cada legislación coincide con algunos o casi todos los aspectos para que se considere un tipo penal en grado de tentativa, es decir un delito tentado, no consumado, tenemos por ejemplo:

La legislación venezolana, en donde en su Código Penal concretamente en el artículo 80 se dispone:

“ Hay tentativa cuando, con el objeto de cometer un delito, ha comenzado alguien su ejecución por medios apropiados y no ha realizado todo lo que es necesario a la consumación del mismo, por causas independientes de su voluntad.”

El Código Penal mexicano para el Distrito Federal al respecto a la figura tentativa manifiesta:

“ Cuando la resolución a cometer el delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado...”

Definición muy similar a la que contenía el antiguo Código Penal Alemán de 1871 que igualmente delimitaba la preparación de la tentativa, pues según aquel cometía tentativa quien ha puesto en práctica la resolución a realizar un delito grave o un delito menos grave, mediante acciones que contengan un inicio de la ejecución de este delito grave o delito menos grave, ahora bien esta misma legislación en su legislación vigente desde 1975 dispone que comete tentativa “quien según su representación del hecho, da inicio inmediatamente a la realización del tipo”

El Código Penal Argentino, al respecto de la tentativa, considera:

ARTÍCULO 42.- El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44.

ARTÍCULO 43.- El autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito.

ARTÍCULO 44.- La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad.

Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años. Si la pena fuese de prisión perpetua, la de tentativa será prisión de diez a quince años.

Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelada por el delincuente.”

En la legislación penal colombiana, se dispone:

ARTÍCULO 27 – Tentativa: El que iniciare la ejecución de una conducta punible mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación, y ésta no se produjere por circunstancias ajenas a su voluntad, incurrirá en pena no menor de la mitad del mínimo ni mayor de las tres cuartas partes del máximo de la señalada para la conducta punible consumada.

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

En el Código Penal Español, se manifiesta:

Artículo 16.

1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

2. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta.

3. Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta.

Es importante dentro de este tema conocer y/o recordar cómo ha ido evolucionando en nuestra legislación la figura penal de la tentativa, por lo que me permito efectuar un recuento de la transición de dicha figura en la Legislación Penal ecuatoriana.

El 17 de abril de 1837, se dicta el primer Código Penal de la República del Ecuador y la ley de derecho penal, bajo esta denominación, sancionado por la legislatura de 1837, código en el cual se podía apreciar consignadas las instituciones de la tentativa jurídica objeto del presente tema de estudio.

En la evolución histórica de las normas jurídicas de la tentativa, su concepción fue muy incipiente, así la encontrábamos en el artículo 3 del Código Penal de 1837, que exponía: " La manifestación del designio de delinquir, hecho por medio de un acto exterior; que da principio de ejecución del delito, o lo prepare, responderá por tentativa"; concepto escueto, que ampliado, sin diferenciarlo del desistimiento voluntario, ni del activo; igualmente el artículo 5 ibídem exponía: " La tentativa de un delito cuya ejecución, aunque empezada o preparada, se haya suspendido antes de su descubrimiento, y dejado de continuar por arrepentimiento o por voluntario desistimiento del autor, no será castigado, sino cuando el acto que se hubiere cometido para preparar o empezar la ejecución del delito principal tenga señalada alguna pena, en cuyo caso será ésta la que se aplique."

Se observa de lo transcrito, que la noción de la tentativa no es muy clara, y, se confunde con los actos preparatorios que por excepción son considerados como delito propiamente.

El Código Penal ecuatoriano experimenta sus primeras modificaciones y reformas el 17 de junio de 1843, las variaciones e incorporaciones a este cuerpo de leyes más importantes fueron en cuanto se estableció la pena capital o de muerte, se consideró además plenamente imputables de responsabilidad de delitos a los menores de edad, y las penas se las aplicaba reduciéndolas.

En la presidencia del Doctor Gabriel García Moreno que fue de 1860 a 1875, se dicta el segundo Código Penal de la República, editado en

1871, código fundamentado en el espíritu religioso de García Moreno, en aquel se dispone deslindar cualquier otro culto o religión, castigando no solo el delito de abolir a variar la religión, sino también la tentativa de este delito, con pena de muerte.

La infracción inconsumada, o incompleta, denominada tentativa, en este segundo ordenamiento jurídico, a más de las concepciones generales, establece en sus diferentes libros, títulos y, capítulos, tipificaciones específicas de delitos de tentativa, debiendo indicar que estuvo compuesto de diez libros; en el primer libro que trataba de las infracciones y penas en general, en su capítulo primero establecía en el artículo 7 que hay tentativa punible cuando la resolución de cometer un crimen o delito ha sido manifestada por actos exteriores que constituyen un principio de ejecución del crimen o delito y que no han sido suspendidos o han dejado de surtir efecto, sino por circunstancias independientes de la voluntad del autor.

En el artículo 8, se exponía a la tentativa en cuanto al arrepentimiento, y al desistimiento involuntario; en tanto que en el artículo 9 de esta codificación establecía la punición de la tentativa, se debe resaltar el hecho de que en este código se penalizaba la tentativa considerada ésta en cada tipo penal, así tentativas de falsificación e imitación en los artículos 183,187,189,197, 205, 208 y 209; tentativa en los delitos contra el orden público cometidos por funcionarios en ejercicio de sus funciones y contra particulares, en los artículos 278, 296 y 297; tentativa en los delitos de aborto, artículos 371 al 376; tentativa de crímenes y delitos contra las personas en relación al homicidio, artículo 441, etc..

El 13 de junio de 1897, la Asamblea Nacional decretó que la pena de muerte sea sustituida por reclusión mayor extraordinaria; en 1906, bajo la presidencia del General Eloy Alfaro, se dicta un tercer código penal, más las reformas fueron incipientes, pues se seguía manteniendo casi literalmente las normas contenidas en el Código Belga de 1872, entre las modificaciones sobresalientes se encontraba el hecho de que se establecía las reglas que señalaban la tipicidad, sin cuya concurrencia no podría imputarse la responsabilidad a nadie, debiéndose igualmente recalcar que el sentido humano de las declaraciones universales que trajo el liberalismo, se pone de manifiesto en la implantación de las instituciones pro-reo del Código Penal, además se distinguía ya a los autores, cómplices y encubridores.

El cuarto Código Penal se dicta en 1938, expedido por el General Alberto Enríquez Gallo, se caracteriza por cuanto se comienza ordenando la materia de acuerdo con la responsabilidad del agente; se descriminaliza las infracciones cometidas por menores de edad quienes a partir de entonces se establecen en el Código de Menores obteniendo su propio código de penas.

Posteriormente, se han dictado algunas reformas tendientes a darle a nuestro código penal un carácter más represivo.

Con respecto a la tentativa, cabe manifestar que no ha sufrido cambio o reforma alguna desde 1938 hasta la actualidad, manteniéndose inmutable, y así tenemos que en el libro I de las Infracciones, Capítulo I de la Infracción Consumada y de la Tentativa, en su artículo 16 expone: " Que quien practica actos idóneos conducentes de modo

inequívoco a la realización de un delito, responde por tentativa si la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica.”

Como se ha podido observar la tentativa es un delito incompleto, pues la encontramos entre la fase de preparación no punible y la consumación del delito, por lo tanto serán actos de tentativa los que se efectúan desde el momento que comienza la ejecución hasta antes de la consumación.⁴²

La tentativa es considerada un delito incompleto pues el autor conoce perfectamente el tipo objetivo y tiene la voluntad y conciencia de realizarlo, pero no puede llevarlo a cabo porque no se dan las circunstancias con las que él contaba.⁴³

⁴² “ A diferencia de los actos preparatorios, la tentativa puede ser punible. Esta es una etapa superior en el desarrollo del delito, pues cuando se pasa a los actos de ejecución, los actos preparatorios quedan absorbidos por éstos. Dentro del iter criminis, la tentativa se encuentra ubicada entre los actos preparatorios y la consumación. La delimitación entre los actos de tentativa y los actos preparatorios, y la propia consumación puede ser problemática, lo indispensable es saber que en realidad, la tentativa es la interrupción del proceso de ejecución tendente a alcanzar la consumación. ”Felipe Villavicencio T. Derecho Penal. Parte General. Editora Jurídica GRIJLEY. Perú 2006. Pág.421.

⁴³ “ El ejemplo clásico es el del sujeto que entra a un jardín a robar una pelota de fútbol y se encuentra con que ésta es de cemento. También cuando se realiza un cálculo erróneo del medio utilizado; o cuando el sujeto cree que su arma tiene balas y, sin embargo, no es así; o cuando hay una falla relevante en el nexa causal, por ejemplo, el sujeto dispara y la bala no sale por defecto en el mecanismo del arma. En todos estos casos, como se puede ver, hay una falla en el tipo objetivo, que impide que se cumpla la voluntad del autor.” Edgardo Alberto Donna. Teoría del Delito y de la Pena 2. Editorial jurídica ASTREA. Buenos Aires – Argentina 1995. Pág. 74 – 75.

CAPÍTULO III

LOS ACTOS IDÓNEOS E INEQUÍVOCOS COMO MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD EN LA REALIZACIÓN DEL TIPO PENAL VIOLACIÓN EN GRADO DE TENTATIVA.

EL TIPO PENAL VIOLACIÓN.-

Generalidades.

Violación en grado de tentativa: Requisitos para que la tentativa de violación se configure.

Qué se debe entender cómo actos idóneos e inequívocos en la figura tentativa de violación.

Los actos idóneos e inequívocos desplegados por el autor de tentativa de violación deben ser fruto de su voluntad nacida del conocimiento de su acción.

Si los actos realizados por el agente activo del delito de violación en grado de tentativa no son idóneos e inequívocos efectuados con conocimiento y voluntad no existirá responsabilidad.

LOS ACTOS IDÓNEOS E INEQUÍVOCOS COMO MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD EN LA REALIZACIÓN DEL TIPO PENAL VIOLACIÓN EN GRADO DE TENTATIVA.

EL TIPO PENAL VIOLACIÓN.-

GENERALIDADES:

El término violación en sentido general significa la acción de violar; delito cometido contra la honestidad, que se comete al tener relación carnal con una mujer en determinados casos, también se la toma como denominación de cualquier quebrantamiento de una norma jurídica, así la violación puede ser de un contrato, de la correspondencia, de domicilio, de la inmunidad personal, de secretos, etc..

En el tema que analizamos, la acepción violación la tomamos con respecto a la infracción cometida en contra del bien jurídico protegido libertad e integridad sexual; sabiendo y comprendiendo que la consideración de la honestidad de la víctima en este tema no es preponderante; es así que el sujeto pasivo en el tipo penal violación desde la acepción manifestada podrá ser una prostituta.⁴⁴

⁴⁴ " En la mayoría de los Códigos Penales, entre ellos el Código Penal peruano de 1924 y español de 1973, el bien jurídico tutelado era el Honor Sexual, incluso en el código español la titulación se denominaba Delitos contra la Honestidad. Esta definición y denominación sistemática del bien objeto de protección, estaba cargada de contenidos moralizantes, contrario a los postulados legitimadores de un Derecho Penal Liberal." Alfonso Raúl Peña Cabrera Freyre. Derecho Penal, Parte Especial. Tomo I. Editorial Moreno S.A. IDEMSA. Perú 2008. Pág. 601.

El tipo penal violación será objetivizado desde el punto de vista de la libertad sexual, es decir que el acto o relación sexual de un sujeto sentará como base la autonomía y voluntad del mismo, entonces, esta libertad sexual se verá vulnerada cuando una persona trata de imponer a otra un acto sexual en contra de su voluntad ya sea mediante fuerza física o psicológica, ahora bien, que pasa cuando el sujeto pasivo no se encuentra previsto de voluntad y consentimiento, así el caso por ejemplo de los enajenados mentales, personas privadas de la razón o del sentido, se podría afirmar que aquellos no poseen una verdadera libertad sexual, entendida ésta como el derecho de toda persona a ejercer la actividad sexual en libertad, la capacidad de actuación sexual, por lo que en esta importante consideración afirmaríamos que no se puede atacar una libertad sexual de la víctima que no existe, razones por las que se manifieste ya en varios legislaciones que el bien jurídico protegido es la integridad sexual, intangibilidad o indemnidad sexual.⁴⁵

Por otro lado, es interesante abordar en el tema del tipo penal violación, a quiénes se les considera como sujetos activos, siendo generalizado el hecho de que se tiene como tal al hombre, sin embargo, en algunas legislaciones se admite que pueda ser sujeto activo de violación también una mujer; en cuanto al sujeto pasivo en

⁴⁵ " En los delitos contra la libertad sexual no sólo se protege la capacidad de actuación, sino también la seguridad de la libertad, esto es, los presupuestos objetivos de ella, lo que en la doctrina moderna ha sido denominado intangibilidad o indemnidad sexual. El planteamiento de intangibilidad i indemnidad sexual hay que entenderlo en el sentido de seguridad de la libertad sexual. Ambos aspectos, indisolublemente unidos, son los que aparecen considerados en el delito de violación." Luis Alberto Bramont – Arias Torres-María del Carmen García Cantizano. Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Cuarta edición. Editorial San Marcos. Lima-Perú. 1998. Pág. 233.

las legislaciones penales se ha generalizado la visión de que puede serlo tanto el hombre como la mujer.

En mi criterio personal, creo que efectivamente bien podría ser el sujeto activo del tipo penal violación una persona del sexo femenino, ello si recordamos que, al menos en nuestra legislación ecuatoriana, el Código Penal cuando aborda y tipifica la violación expone en su parte pertinente que es violación ...o, la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril..., entonces, bien podría ser el autor de violación una mujer que agredió la libertad e integridad sexual de otra persona cumpliendo los actos ya descritos.

Con lo manifestado, podemos ya incursionar en el estudio mismo de lo que es el tipo penal violación, y, para ello revisemos cómo lo tipifican algunas legislaciones:

Así en el Código Penal peruano se describe a la violación como " El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años."

En el Código Penal argentino con respecto al tipo violación dispone:

" **Art. 119.-** Será reprimido con reclusión o prisión de seis meses a cuatro años el que abusare sexualmente de persona de uno u otro sexo, cuando ésta fuera menor de trece años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de

dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.-

La pena será de cuatro a diez años de reclusión o prisión cuando el abuso, por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.-

La pena será de seis a quince años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal por cualquier vía.-

En los supuestos de los dos párrafos anteriores, la pena será de ocho a veinte años de reclusión o prisión si:

- a) Resultare un grave daño en la salud física o mental de la víctima,
- b) El hecho fuere cometido por ascendiente, descendiente, afín en línea recta, hermano, tutor, curador, ministro de algún culto reconocido o no, encargado de la educación o de la guardia,
- c) El autor tuviere conocimiento de ser portador de una enfermedad de transmisión sexual grave, y hubiere existido peligro de contagio,
- d) El hecho fuere cometido por dos o más personas, o con armas.-
- e) El hecho fuere cometido por personal perteneciente a las fuerzas policiales o de seguridad, en ocasión de sus funciones.-
- f) El hecho fuere cometido contra un menor de dieciocho años, aprovechando la situación de convivencia preexistente con el mismo.-

En el supuesto del primer párrafo, la pena será de tres a diez años de reclusión o prisión si concurren las circunstancias de los incisos a), b), d), e), ó f).-

(Nota: texto conforme ley [Nº. 25.087](#))

Art. 120.- Será reprimido con prisión o reclusión de tres a seis años el que realizare algunas de las acciones previstas en el segundo o en el tercer párrafo del artículo 119 con una persona menor de dieciséis años aprovechándose de su inmadurez sexual, en razón de la mayoría de edad del autor, su relación de preeminencia respecto de la víctima, u otra circunstancia equivalente, siempre que no resultare un delito más severamente penado".-

La pena será de prisión o reclusión de seis a diez años si mediare alguna de las circunstancias previstas en los incisos a), b), c), e) ó f) del cuarto párrafo del artículo 119".-

(Nota: texto conforme ley [Nº. 25.087](#)) "

En nuestra Legislación ecuatoriana, lo concerniente al tipo penal violación lo encontramos en el Código Penal en el artículo 512 que dispone:

" Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o, la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril, a una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos: 1. Cuando la víctima fuera menor de 14 años; 2. Cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o el sentido o cuando por enfermedad o por

cualquier otra causa no pudiera resistirse; y, 3. Cuando se usare violencia, amenaza o intimidación.”

VIOLACIÓN EN GRADO DE TENTATIVA: REQUISITOS PARA QUE LA TENTATIVA DE VIOLACIÓN SE CONFIGURE.

Recordemos lo que ya habíamos analizado en temas anteriores con respecto a la figura tentativa, existiendo ésta cuando la voluntad criminal entra en la fase de consumación de un delito sin llegar a completarlo, siendo por lo tanto una ejecución incompleta; ahora bien, en nuestro tema concreto este delito del que hable la tentativa sería el de violación, por lo que empatando el tipo penal violación con la tentativa tendremos como resultado el denominado tipo penal violación en grado de tentativa.

Toca ahora recordar cómo se configura el delito de violación, para ello nos referiremos en adelante exclusivamente de nuestro ordenamiento jurídico, entonces, tenemos que el Código Penal dispone que “ Es violación el acceso carnal, con introducción total o parcial del miembro viril, por vía oral, anal o vaginal; o, la introducción, por vía vaginal o anal, de objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril, a una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos: 1. Cuando la víctima fuera menor de 14 años; 2. Cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o el sentido o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistirse; y, 3. Cuando se usare violencia, amenaza o intimidación.”

Más cuáles serían los requisitos para que se configure este delito de tentativa de violación? El artículo 16 del Código Penal en su primer inciso indica que " Quien practica actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización de un delito, responde por tentativa si la acción no se consuma o el acontecimiento no se verifica."

Entonces de lo transcrito, resta conocer cuáles serían estos actos idóneos conducentes de modo inequívoco a la realización del delito de violación que no llegó a consumarse.

Siendo justamente este tema que en la práctica del derecho es a mi criterio la más compleja, no solamente en relación al tipo penal violación sino en general en la comisión de cualquier otro delito, es por ello que estoy completamente de acuerdo cuando varios estudiosos han afirmado que la tentativa debe ser analizada como dispositivo ampliatorio del tipo, es decir que complementa los tipos que están contemplados en la parte especial del Código Penal.

El estudio de la tentativa no puede ser escindido del iter críminis, esto es, de las fases a través de las que se desarrolla el delito, fases tanto interno o subjetiva, caracterizada por no existir aún exteriorización, y, la fase externa u objetiva que comprende la fase ejecutiva del delito.

En la tentativa en cuanto se refiere al delito de violación, no se tiene un peligro de violación, sino una violación verdadera, contenida en una norma específica incriminadora, y que en cuanto a la alarma social puede ser el índice de importancia penal de un acto, pero no constituir la razón de la tentativa.

La tentativa de violación debería juzgar basándose en que necesariamente debe existir aproximación del miembro viril u otro objeto a la vagina o ano de la víctima, pues el hecho de intimidarla o engañarla no se podría establecer como tentativa de violación, criterio éste aceptado y aplicado por varios juristas y administradores de justicia del Ecuador, teniendo por otro lado y en contrapartida quienes manifiestan y tienen el criterio de que basta con que el autor haya realizado actos de carácter sexual como por ejemplo tocar sus partes íntimas para considerar que se está frente a una tentativa de violación, lo que hace que se materialice lo que ya la gran mayoría de tratadistas que han abordado el tema hayan manifestado, exponiendo que la noción de tentativa no es muy clara, y que se la podría confundir con los actos preparatorios que por excepción son considerados como delitos propiamente.

QUÉ SE DEBE ENTENDER COMO ACTOS IDÓNEOS E INEQUÍVOCOS EN LA FIGURA TENTATIVA DE VIOLACIÓN.

Se había manifestado ya, que en el tipo penal violación el bien jurídico protegido es la libertad sexual, en la que encontramos dos dimensiones, la personalidad o autodeterminación y, los contactos, así también se puede manifestar que el bien jurídico protegido en este tipo penal es la integridad sexual, pues no solo este delito se presenta o es cometido en contra de personas con plena capacidad o mayores de edad, sino que, la protección jurídica en este tipo penal comienza y continua durante el normal desarrollo sexual de una persona así en los

niños y niñas; la violación por tanto es considerada una agresión de carácter sexual en la que sucumbe la libertad de integridad sexual.

En nuestra legislación ecuatoriana, el delito de violación es un delito cometido contra la honestidad y contra la libertad que se consuma yaciendo carnalmente con una mujer u hombre contra su voluntad expresa, o por emplear fuerza o grave intimidación, o aunque no parezcan estas circunstancias cuando el sujeto pasivo es una persona menor de catorce años.

En el delito de violación aparece el mismo en grado de tentativa cuando efectivamente se ha establecido el propósito del agente, esto es, el acceso carnal, y no un simple desahogo.

El acto impúdico ha de ser por sí mismo suficiente para constituir un comienzo de ejecución de la cópula. Sin embargo, se puede encontrar la existencia de actos impúdicos pero que no reúnen los requisitos que demuestren que la finalidad del actor haya sido llegar al acceso carnal. Para clarificar lo que se viene analizando creo menester efectuar y poner en consideración varios casos suscitados en nuestro país, lo que tendrá como finalidad demostrarnos ejemplarizadamente lo que se debe y no entender como actos idóneos e inequívocos en la figura de tentativa de violación.

PRIMER CASO: *Los hechos demostrados son que encontrándose en su domicilio la madre y el padre de la niña NN, a eso de las veinte horas llega de visita el hermano del padre, por lo que la madre decide acostar a la pequeña que tiene un año dos meses de edad, dejándola completamente dormida en su cuna, regresando a la sala en donde se*

encontraba su cónyuge y cuñado, más inesperadamente se oye un gran estruendo a la puerta de su casa por lo que salen a vislumbrar lo acaecido momento en el cual el cuñado se ofrece a cuidar de que la niña no se levante acudiendo a su dormitorio, al transcurso de treinta minutos aproximadamente los esposos ingresan a su domicilio escuchando que su hija lloraba procediendo a dirigirse a su cuarto cuando al ingresar y acercarse a la bebé observan que la misma se encontraba desvestida con su pañal roto y con la piel de sus piernas mojadas dándose cuenta de que se trataba de líquido seminal; más en el examen médico legal se determinó de que no existía ninguna agresión genital ni extragenital.

SEGUNDO CASO: *El menor ZZ de siete años de edad tomaba clases de nivelación en el domicilio de XX junto a cuatro compañeritos, el día de los hechos llama a las madres de los otros niños manifestándoles que aquel día no podría impartir sus clases por situaciones de enfermedad, haciendo que únicamente concurra ZZ, ya en el lugar el pequeño es desprendido de su pantalón e interior, golpeado por su agresor, e abordado sexualmente por vía anal, empero antes de consumar el hecho llega la madre del pequeño quien se había enterado de que los otros niños no fueron a estudiar siendo impedida de la cruel consumación. En el respectivo examen médico legal se describe que el menor presenta lesiones extragenitales y genitales como enrojecimiento e inflamación de la mucosa anal, sin existir lesión directa, encontrándose el ano íntegro.*

De los dos casos puestos en consideración, se podría afirmar que en el primer caso no se han efectuado estos actos idóneos e inequívocos que nos hagan tener la certeza de que la intención del agente fue

consumar el delito de violación, al contrario existe un delito completamente consumado, así el atentado al pudor, sin embargo el criterio del juzgador en este caso fue condenar al imputado por el tipo penal violación en grado de tentativa.

En tanto que en el segundo caso, efectivamente confluyeron todos los requisitos para que el agente sea responsable del delito de violación en grado tentado y efectivamente por aquel fue sancionado, en este caso se materializó todas las fases exigidas en el íter críminis para que se efectivice esta tentativa, el autor ideó, deliberó y resolvió cometer el delito, lo preparó y efectuó actos ejecutivos tales como despojar de las prendas de vestir al menor y acto seguido intentar introducir su miembro viril en el ano del pequeño, acto que a pesar de haberse iniciado no se consumó.

Se debe entender, por lo analizado, que estos actos idóneos e inequívocos deben ser tales que no den lugar a la más mínima duda de cuál era la finalidad e intención del autor.

Justamente es por aquello que se habla de inequívocos, es decir que sean tales que no puedan conllevar a una equivocación; ahora, bien recordemos que existen también autores que consideran y afirman que incluso el contacto externo del miembro viril, con las partes pudendas de la víctima es ya una violación consumada⁴⁶, empero, mi criterio difiere de aquellos.

⁴⁶ " La doctrina encuentra, dificultad obvia en determinar en qué consiste el " acceso " en los delitos sexuales, y se divide en dos corrientes: la primera, señalando que se configura y existe la violación por el solo acercamiento de los órganos genitales, y la segunda, que reconoce que hay acceso carnal, por la penetración del miembro viril, así fuera incompleta en la vagina. El profesor Humberto Barrera Domínguez, catedrático de la Universidad Libre de Colombia, en su obra Delitos Sexuales, edición de 1963, fojas 104, dice lo siguiente: " También Maggiore, Impallomeni y Maino consideran que es suficiente el

LOS ACTOS IDÓNEOS E INEQUÍVOCOS DESPLEGADOS POR EL AUTOR DE TENTATIVA DE VIOLACIÓN DEBEN SER FRUTO DE SU VOLUNTAD NACIDA DEL CONOCIMIENTO DE SU ACCIÓN.

Se ha puesto de manifiesto desde las primeras líneas del análisis investigativo plasmado en esta tesis que la voluntad es pues, el querer, optar o decisión libre del ser humano, acción de estas expresiones realizadas y materializadas en el mundo exterior, es así que si la culpabilidad, como lo hemos visto, es elemento indispensable en el delito ya que esta figura pasa incluso a ser un principio pues sin aquella no hay pena, retomamos la consideración de que este principio nace justamente pues la acción culpable realizada por el agente nacerá de su decisión de opción, es decir de su voluntad en hacer o no hacer un hecho ilícito y antijurídico.

A lo largo del trabajo se han expuesto varias consideraciones acerca de la voluntad así como de la libertad, muchas veces, llegando a aparecer que se les podría tomar como sinónimos, más aquello no es tal, el interesante tema de la libertad del hombre que lo hemos tratado desde varias teorías, entre ellas el del libre albedrío, vemos que no es más que la libertad del ser humano en poder decidir, en llegar a optar y elegir el camino a seguir, es así que aquello, ésta libertad, aún está en el interior del hombre, libertad que al momento de exteriorizarse al mundo se vuelve voluntad, esta voluntad que hace que el hombre actúe de tal o cual manera, constituyéndose la denominada capacidad de culpabilidad con lo cual el agente libre exterioriza su voluntad

contacto externo del miembro viril, con las partes pudendas de la víctima, para que se tenga como consumada la violación.”

realizando una acción, reconociendo y conociendo que esta acción es típica y antijurídica y que por lo mismo ha cometido un delito con el que éste actuar es plenamente reprochable por lo que merecerá una sanción.

Como se ve, la voluntad integrada en primera instancia por esa libertad del hombre será un presupuesto de la culpabilidad.

Grandes tratadistas vienen discutiendo sobre el verdadero concepto de la culpabilidad, las dos tesis relevantes atañen a que en la culpabilidad la psique del autor es la determinante, se ventila entre el hecho y el sujeto, hablando de un actuar voluntario del hombre, es decir que psicológicamente el agente muestra su intención, la misma que se encuentra en su interior, esta teoría psicológica pone a la voluntad del agente, pero desde su origen psíquico es decir la conciencia inicial o previa que tendrá el sujeto previo a su actuar ilícito.

Se habló de un psicologismo puro, concepción que se ha demostrado es errónea ya que en verdad juega un papel preponderante en la culpabilidad la norma jurídica, una valoración jurídico-penal, que versará en una relación sujeto - norma, autores como Frank, y en la actualidad Cerezo, Maurach entre muchos otros aceptan a la tesis normativa como la concepción acertada acerca de la culpabilidad, se mantiene que el autor al contravenir sus deberes será puesto bajo tela de juicio mediante la reprochabilidad y por ello será sancionado al encontrárselo culpable.

Muchos concluyen que en la Culpabilidad no confluye la parte psicológica del agente sino únicamente este reproche, esta relación

norma-sujeto, sin embargo luego del análisis realizado, de haber estudiado lo manifestado por los diferentes tratadistas puedo concluir con seguridad que mi posición sobre el tema, es que la voluntad como expresión en el mundo exterior de lo querido por el agente siempre estará presente en la culpabilidad, por ende a mi parecer no existe una concepción ni puramente psicológica ni meramente normativa, ambas situaciones se presenta en la culpabilidad ya que todo acto nace en verdad en el interior (psique) del hombre y luego es exteriorizada en el caso concreto en una actitud incorrecta frente a las exigencias del orden jurídico, por lo que esa acción u omisión será reprochada al autor, basta recordar los pasos o fases del íter - Críminis , igualmente analizadas ya en temas anteriores, para verificar que mi posición es (creo) la correcta, pues el delito iniciará con la ideación y terminará en el agotamiento de lo querido por el agente, si se trata de un delito consumado y si no en cualquiera de las etapas anteriores del íter-críminis, en el tema de la tentativa en concreto quedará en la realización de actos ejecutivos sin llegar a la consumación, empero siempre iniciará en el interior del sujeto, hecho innegable.

Ahora, bien empatando lo afirmado en cuanto a la voluntad, misma que nace del agente y/o actor de manera ex – ante, a la comisión de un delito, se debe concluir igualmente afirmando que todos los actos antijurídicos y culpables desplegados por el autor de un delito consumado fueron queridos por él de principio a fin, por ende aquellos actos que requiere la tentativa como son actos idóneos e inequívocos serán también fruto de esta voluntad, conciencia y conocimiento del infractor.

Esta voluntad y conciencia del agente en la comisión de un delito es lo que se denomina el dolo, por ende el autor del tipo penal violación o del mismo en grado de tentativa deberá actuar con dolo.

De lo expuesto, el autor de violación en grado de tentativa, emprendió mediante su voluntad, y conocimiento acciones cuya finalidad era la de agredir la libertad e integridad sexual de otro ser humano, su querer y deseo fue perpetrar el delito de violación, siendo por tanto los actos idóneos e inequívocos efectuados fruto de su voluntad libre, pues tuvo la capacidad de opción y su decisión fue violentar otra libertad, el hecho de que no haya podido consumar su fin, es decir que su delito haya resultado no consumado, sino tentado, queda fuera de este ámbito de voluntad propia.

SI LOS ACTOS REALIZADOS POR EL AGENTE ACTIVO DEL DELITO DE VIOLACIÓN EN GRADO DE TENTATIVA NO SON IDÓNEOS E INEQUÍVOCOS EFECTUADOS CON CONOCIMIENTO Y VOLUNTAD NO EXISTIRÁ RESPONSABILIDAD.

En nuestra legislación ecuatoriana, sobre este tema del dolo traducido en la voluntad y conciencia del agente, lo encontramos plasmado en el artículo 32 del Código Penal, norma legal que dispone:

“ Nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la Ley como infracción, si no lo hubiera cometido con voluntad y conciencia.”

Se debe recordar y siempre tener presente que los delitos dolosos son una realización de la voluntad, justamente por aquello se los denomina delitos dolosos pues encierran la voluntad y conciencia del actor, éste conoce y sabe lo que quiere, y lo que desea es consumir un delito.

El tipo penal violación es un delito doloso y por ende la figura de la tentativa en este tipo penal igualmente nacerá del actuar doloso del agente.

Al respecto, el profesor Hans Welzel exponía que el " Dolo es voluntad de realización, pero, no sólo en el sentido de la voluntad dirigida a la realización, sino también en el sentido de la voluntad capaz de realización."⁴⁷

La tentativa tiene su razón de ser por cuanto el delito empieza sólo cuando se da inicio a un carácter ofensivo de un hecho, es decir, que los actos idóneos sean ya ofensas a un bien jurídicamente protegido, en el caso del tipo violación con los actos efectuados materialmente por el actor se lesiona ya y ofende esta libertad e integridad sexual de un individuo que la ley protege, ahora bien, como se ha venido manifestando estos actos no solo que serán o deberán ser idóneos sino también inequívocos, es decir que den la certeza de la verdadera voluntad del agente, en el caso previsto, que lleven irrefutablemente a la convicción de que la finalidad del autor era el acometimiento del tipo violación, lo expresado se plasma en lo manifestado por el profesor

⁴⁷ Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán. Parte General. 12ª edición. Tercera edición castellana. Editorial Jurídica de Chile. Traducción del Alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Chile 1987. Pág.259.

Hans Welzel quien afirmaba que la tentativa es la realización de la decisión de llevar a efecto un crimen o simple delito, mediante acción que constituye un principio de delito,⁴⁸ podríamos añadir a aquello lo que Roxin al respecto consideraba, así el hecho de que el agente activo percibe ya la mera posibilidad de realización de un tipo, y a pesar de ello sigue actuando, ello pues ya ha incluido en sus cálculos la realización de un resultado, habiéndose tomado la decisión de lesionar un bien jurídico, todo lo que concluye en lo que hemos venido manifestando en cuanto a la conciencia y voluntad de los actos que llevarán a un resultado, nacido aquello de la capacidad de opción del autor, lo que en materia penal lo conocemos como dolo⁴⁹.

Ahora bien, lo trascendental en el presente estudio es romper y traspasar la fina línea que en la práctica y materialmente se presenta cuando debemos considerar a estos llamados actos idóneos e inequívocos que nos exige la ley para encontrarnos frente a la figura tentativa sancionada, pues la primera parte con respecto al hecho fáctico de que estos actos son efectuados con conocimiento y voluntad por lo que el autor de los mismos es jurídicamente reprochable ha quedado claro.

Entonces, estos actos idóneos e inequívocos que exige la figura tentativa en muchos casos, por no decir que lamentablemente en la

⁴⁸ Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán. Parte General. 12ª edición. Tercera edición castellana. Editorial Jurídica de Chile. Traducción del Alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Chile 1987. Pág.262.

⁴⁹ " Su idea principal es que el reproche de haber infringido dolosamente el Derecho sólo puede estar justificado en aquellos casos en los que el autor no sólo conoce las consecuencias fácticas y las circunstancias acompañantes de su actuación, sino que además es consciente de que su hecho es contrario al ordenamiento jurídico, la conciencia de la antijuricidad debe entenderse, junto a la conciencia de realizar el hecho, como componente del dolo. " DONNA, Edgardo Alberto. Delitos de Peligro II. Rubinzal – Culzoni Editores. Buenos Aires 2008. Pág.562.

mayoría de los mismos son confundidos o mejor dicho circunscritos dentro de los actos preparatorios, o lo que a criterio personal es peor se los confunde con tentativa cuando en realidad se trata ya de un tipo penal diferente; ejemplos de lo expuesto tenemos cuando un individuo compra un arma y municiones, practica tiro al blanco y hace un seguimiento de la futura víctima para conocer su itinerario diario, efectivamente que nos encontramos frente a puras acciones preparatorias pero jamás a una tentativa de homicidio como en varios casos se falló; por otro lado tenemos, el sujeto que reincidentemente como profesor de una adolescente de catorce años aprovecha de su condición para tocar sus piernas y partes íntimas, antes de que la menor se retire de clases, acciones que a mi criterio tampoco sería o se encasillarían en el tipo penal violación en grado de tentativa, pues estos actos sería ya un tipo penal de atentado al pudor ya consumado, más otras han sido las resoluciones.⁵⁰

Pero, cómo se podría romper esta compleja delimitación? Recordemos que varios tratadistas entre ellos Hans Welzel nos enseña que el punto de partida en donde se da inicio a la tentativa es en la fase ya estudiada del denominado principio de ejecución.

Este principio de ejecución trae como consecuencia que la tentativa se materializará cuando el autor de un delito efectúe acciones que se vinculen directamente con la acción típica y que ya estos actos

⁵⁰ " De acuerdo con la norma correspondiente del Código Penal Ecuatoriano, el atentado existe desde que hay principio de ejecución, lo cual vuelve borrosos los linderos entre la tentativa de violación y la consumación del delito. De acuerdo con esta norma, se puede decir que toda tentativa de violación configura ya el delito de atentado al pudor, lo cual se aparta de las reglas generales que separan la tentativa de la consumación del delito." GUERRERO, Vivanco Walter. Derecho Procesal Penal. Tomo III La Prueba Penal. PUDELECO, Editores S.A. Cuarta Edición. Quito – Ecuador 2004. Pág. 123.

produzcan una inmediata puesta en peligro algún bien jurídico protegido.

Al exponer, se efectúe acciones que se vinculen directamente, es justamente a lo que nos referimos en el concepto de lo que se debe entender como tentativa cuando se dispone actos idóneos e "inequívocos", en definitiva estos actos desplegados por el autor nos deben llevar indiscutiblemente a representarnos cuál fue su intención dolosa, cual es el tipo penal o delito que su conciencia y voluntad decidió consumir y no lo pudo.⁵¹

En cuanto a nuestro tema de estudio, el tipo penal violación en grado de tentativa, como lo hemos visto, igualmente es muy complejo, pues en la práctica estos actos idóneos e inequívocos parecerían más encasillados en un tipo penal de atentado al pudor, delito ya consumado, lo que hace realmente que se vuelva muy difícil la diferenciación de hasta donde encontramos la frontera o límites para imputar ciertos actos como tentativa de violación o en su defecto como atentados al pudor o cualquier otro tipo penal dentro del título agresiones sexuales que contiene nuestro Código Penal.

Tal vez, estará la solución en que desaparezca la figura de tentativa en el tipo penal violación sobreviviendo por separado únicamente los

⁵¹ " La tentativa comienza con aquella actividad con la cual el autor, según su plan delictivo, se pone en relación inmediata con la realización del tipo delictivo. Siempre hay que partir de la acción típica del tipo delictivo particular (sustraer, robar con fractura, matar, etc.) A esto se agrega la comprobación individual de si el autor, de acuerdo a la disposición de su plan delictivo, se puso en actividad inmediata a la realización típica. Ejemplo: A falsifica una letra y la presenta para su cobro, la falsificación de documento se inicia con el principio del acto de falsificación y se consuma con la conclusión de la falsificación. La estafa comienza sólo con la acción de engaño, luego con la presentación de la letra para su cobro" Welzel, Hans. Derecho Penal Alemán. Parte General. 12ª edición. Tercera edición castellana. Editorial Jurídica de Chile. Traducción del Alemán por los profesores Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez. Chile 1987. Pág.263.

delitos por un lado de violación propiamente dicho y por otro lado el delito de atentado al pudor, siendo este último el que hasta ahora era visto y resuelto muchas veces erróneamente como violación en grado de tentativa, o en su defecto que los legisladores clarifiquen y consagren en la ley taxativamente cuáles son o pueden ser los actos idóneos e inequívocos para que se configure esta tentativa de violación y con ello evitar la confusión y el peligro inminente de juzgar a un sujeto por un delito distinto del que fue su intención y realización.

Mas, aquello es una labor pendiente de nuestros legisladores.....lo que se intenta con trabajos como el presente es poner ya sobre el tapete la discusión.

CONCLUSIONES:

La culpabilidad, el último elemento para que se configure el delito en el campo penal a que hacemos referencia, ha sido y sigue siendo, una figura sumamente cuestionada en cuanto a su concepto, las tesis o teorías que más se han centrado en esta difícil y compleja cuestión como lo hemos analizado ha sido por un lado la teoría psicológica y en contrapartida (aunque sin excluir la parte psicológica totalmente) el concepto normativo de la culpabilidad.

Empero, de lo manifestado, una verdad innegable según lo investigado y plasmado en el presente trabajo es la concusión de la voluntad como presupuesto de la culpabilidad.

Se ha puesto de manifiesto desde las primeras líneas del análisis investigativo que la voluntad es pues, el querer, optar o decisión libre del ser humano, acción de estas expresiones realizadas y materializadas en el mundo exterior, es así que si la culpabilidad es elemento indispensable en el delito ya que como lo vimos esta figura pasa incluso a ser un principio pues sin aquella no hay pena, retomamos la consideración de que este principio nace justamente pues la acción culpable realizada por el agente nacerá de su decisión de opción, es decir de su voluntad en hacer o no hacer un hecho ilícito y antijurídico.

A lo largo del trabajo se han expuesto varias consideraciones acerca de la voluntad así como de la libertad, muchas veces, llegando a aparecer que se les podría tomar como sinónimos, más aquello no es tal, el interesante tema de la libertad del hombre que lo hemos tratado desde varias teorías, entre ellas el del libre albedrío, vemos que no es más que la libertad del ser humano en poder decidir, en llegar a optar y elegir el camino a seguir, es así que aquello, ésta libertad, aún está en el interior del hombre, libertad que al momento de exteriorizarse al mundo se vuelve voluntad, esta voluntad que hace que el hombre actúe de tal o cual manera, constituyéndose la denominada capacidad de culpabilidad con lo cual el agente libre exterioriza su voluntad realizando una acción, reconociendo y conociendo que esta acción es típica y antijurídica y que por lo mismo ha cometido un delito con el que éste actuar es plenamente reprochable por lo que merecerá una sanción.

Como se ve, la voluntad integrada en primera instancia por esa libertad del hombre será un presupuesto de la culpabilidad.

Grandes tratadistas vienen discutiendo sobre el verdadero concepto de la culpabilidad, las dos tesis relevantes atañen a que en la culpabilidad la psique del autor es la determinante, se ventila entre el hecho y el sujeto, hablando de un actuar voluntario del hombre, es decir que psicológicamente el agente muestra su intención, la misma que se encuentra en su interior, esta teoría psicológica pone a la voluntad del agente, pero desde su origen psíquico es decir la conciencia inicial o previa que tendrá el sujeto previo a su actuar ilícito.

Se habló de un psicologismo puro, concepción que se ha demostrado es errónea ya que en verdad juega un papel preponderante en la culpabilidad la norma jurídica, una valoración jurídico - penal, que versará en una relación sujeto-norma, autores como Frank, y en la actualidad Cerezo, Maurach entre muchos otros aceptan a la tesis normativa como la concepción acertada acerca de la culpabilidad, se mantiene que el autor al contravenir sus deberes será puesto bajo tela de juicio mediante la reprochabilidad y por ello será sancionado al encontrárselo culpable.

Muchos concluyen que en la culpabilidad no confluye la parte psicológica del agente sino únicamente este reproche, esta relación norma-sujeto, sin embargo luego del análisis realizado, de haber estudiado lo manifestado por los diferentes tratadistas puedo concluir con seguridad que mi posición sobre el tema, es que la voluntad como expresión en el mundo exterior de lo querido por el agente siempre estará presente en la culpabilidad, por ende a mi parecer no existe una concepción ni puramente psicológica ni meramente normativa, ambas situaciones se presenta en la culpabilidad ya que todo acto nace en

verdad en el interior (psique) del hombre y luego es exteriorizada en el caso concreto en una actitud incorrecta frente a las exigencias del orden jurídico, por lo que esa acción u omisión será reprochada al autor, basta recordar los pasos o fases del íter - críminis para verificar que mi posición es (creo) la correcta, pues el delito iniciará con la ideación y terminará en el agotamiento de lo querido por el agente, si se trata de un delito consumado y si no en cualquiera de las etapas anteriores del íter - críminis, pero siempre iniciará en el interior del sujeto, hecho innegable.

A su vez, el delito en sí mismo, entendido como conducta típica y antijurídica, tendrá como finalidad la realización de un daño, o, será ya una acción u omisión que conlleve peligro.

Dentro de los delitos encontramos a la tentativa que se la ha denominado como un delito incompleto o imperfecto, constituido esencialmente por la práctica de actos idóneos y la intención inequívoca de cometer un delito cuyo incumplimiento se ha debido a causas externas de la voluntad del agente.

El tipo objetivo en la tentativa no se ha completado, en tanto, y por el contrario el tipo subjetivo debe darse íntegramente, del mismo modo, manera o forma como aparece en un delito consumado

En la tentativa no se llega a la consumación y menos aún a agotar el acto delictivo, sin embargo de aquello, el bien jurídicamente protegido ya ha corrido peligro aunque no se haya llegado a causar un daño real y efectivo.

En nuestra legislación ecuatoriana en cuanto a la tentativa, recogiendo la base jurídica del peligro corrido aunque no se concretó el daño de manera real y efectiva, se apega al criterio positivista de la peligrosidad del agente activo y del peligro sufrido por el paciente; empero, esta posición resulta efectiva y verdadera en el caso en concreto en el presente estudio plasmado, cual es el tipo penal violación en grado de tentativa?

Para responder esta interrogante recordemos que la Tentativa definida en el artículo 16 de nuestro Código Penal exige la existencia de actos idóneos y que éstos sean de tal naturaleza que no dejen duda de que en el autor había la intención de realizar determinada infracción o delito, en el caso concreto, una violación, y de que no se consuma o verifique el acontecimiento ilícito por razones foráneas o de su voluntad.

Es decir, que en la tentativa de violación se requieren los siguientes aspectos: acción apropiada, intención de cometer la violación y, que el resultado de violar se haya frustrado.⁵²

La doctrina encuentra, a su vez, dificultad obvia en determinar en qué momento consiste el “acceso” en los delitos sexuales, y se dividen en dos corrientes: la primera, señalando que se configura y existe la violación por el solo acercamiento de los órganos genitales, y la segunda, que reconoce que hay acceso carnal, por la penetración del miembro viril, así fuere incompleta en la vagina o por vía anal. Más, la tesis generalmente adoptada en la doctrina y en la Jurisprudencia es la

⁵² Primera Sala de lo Penal. Corte Suprema de Justicia. 29 de Agosto de 1980.

de que el acceso carnal, implica al menos la introducción parcial del miembro viril en cualquiera de los esfínteres del sujeto pasivo; en razón de las dificultades que en algunos casos ofrece la prueba de la introducción viril incompleta, se ha optado por reprimir como delito perfecto la Tentativa de Violación.⁵³

Desde un punto de vista natural, comienza la ejecución de algo el que inicia los actos tendientes a lograr esa finalidad en el mundo de las realidades; en otras palabras el que comienza a actuar; el acto ejecutivo requiere que se trate de un acto del cual pueda decirse que ha ingresado en el círculo de la acción expresada por el verbo principal del tipo (por ejemplo, comenzar a matar, comenzar a tener acceso carnal, a apoderarse); no puede haber tentativa de homicidio mientras el medio o instrumento letal no haya sido empleado contra la víctima, disparando el arma de fuego contra ella, lanzándole la puñalada, etc., ni habrá tentativa de violación mientras no haya existido por lo menos aproximación del órgano sexual masculino al orificio de penetración de la víctima; ni tentativa de hurto mientras el actor no haya comenzado a sacar la cosa del ámbito de custodia.⁵⁴

Los criterios que anteceden ilustran al juzgador sobre las condiciones que deben cumplirse para que exista la tentativa, a saber: **a-** Principio de ejecución del hecho propuesto, ingresar en la órbita señalada por el verbo rector que configura el núcleo del delito, que en la violación, es el acceso carnal, de acuerdo con el artículo 512 del Código Penal y acceso es penetración del órgano masculino en la cavidad vaginal o anal, la tentativa tiene que llegar a este acto, al acceso, aunque no

⁵³ Segunda Sala de lo Penal. Corte Suprema de Justicia. Quito 27 de Mayo de 1981.

⁵⁴ Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. Nro 8 pág. 2469. Quito 17 de Diciembre de 2001.

existiere penetración porque en este último caso, se consumaría el hecho, por lo menos tiene que existir aproximación del órgano sexual masculino al orificio de penetración de la víctima como lo manifiesta Creus; **b-** No consumación del hecho por causas extrañas a la voluntad del agente; **c-** Dolo de consumación, esto es voluntad de consumir el hecho.⁵⁵

De lo hasta aquí manifestado puedo, a mi criterio, afirmar que en el tipo penal violación no confluye lo que analizábamos en líneas anteriores en cuanto al peligro sufrido sin concretarse un daño real y efectivo, pues aquello es una efímera y falsa presunción, ya que en los actos idóneos efectuados ya por el agente activo se causó un verdadero daño al sujeto pasivo, se infringió ya su libertad e integridad sexual, basta con que haya habido un mínimo roce no querido, deseado o consentido por el sujeto pasivo para que se haya concretado un daño real y efectivo, no se diga si la víctima es una persona privada de la razón o del sentido.

He aquí una razón más para seguir pensando y afirmando mi tesis y criterio personal de que en el delito de violación estos actos idóneos e inequívocos son más equívocos que nada, ya que con gran facilidad son confundidos incluso por los personeros administradores y garantistas de la justicia, nótese que incluso ya con estos actos idóneos muchas veces no sólo que ha quedado el tipo penal en tentativa sino que ya el autor ha consumado un delito diferente al imputado como tentado.

⁵⁵ Gaceta Judicial. Serie XVII. Nro. 8. Quito Diciembre del 2001.

BIBLIOGRAFIA:

- **A. DONNA** Edgardo, Derecho Penal, parte general.
- **A. DONNA** Edgardo, Revista de Derecho Penal. Delitos de Peligro – I y II. Rubinzal – Culzoni Editores. Jurisprudencia Extranjera y Traducción: Gustavo E. Aboso – Sandro F. Abrales – Natalia Barbero – María del Rosario Picasso – Dirk Styma – Maximiliano Vaccalluzzo. Buenos Aires – Argentina. 2008.
- **BACIGALUPO**, Enrique, Derecho Penal, parte general I edición, editorial Ara, Perú, 2004.
- **CARNELUTTI**, Francesco, Teoría General del Delito, grandes clásicos del Derecho, 3era. serie vol. 5, Oxford University Press, México S.A,2001.
- **CEREZO**, Mir José, Obras Completas, Derecho Penal, parte general, tomo 1, Axel Editores, Ara Editores, Perú, 2006
- **CEREZO**, Mir José, Obras Completas, otros estudios, tomo II, Axel Editores, Ara Editores, Perú, 2006.
- **FONTAN**, Balestra Carlos, Derecho Penal, introducción o parte general, XVII edición, editorial Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2002.

- **GARCÍA**, Antonio – De Molina, Pablos, I edición. Editor Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales. Perú 2008.
- **GÜNTHER**, Jakobs, Derecho Penal.
- **GUERRERO**, Vivanco Walter, Derecho Procesal Penal. Tomo III. La Prueba Penal. Pudeleco, Editores S.A. Cuarta Edición. Quito – Ecuador. 2004.
- **HURTADO**, Pozo José, Manual de Derecho Penal, Parte General I, 3era Edición, Editorial Jurídica Grijlei E.I.R.L., Perú, 2005.
- **HIRSCH**, Joachin Hans, Obras Completas.
- **JIMÉNEZ**, de Asúa Luis, Lecciones de Derecho Penal, 1ra. serie vol.7, Oxford University Press, México S.A, 2001.
- **JIMÉNEZ**, de Asúa Luis, Introducción al Derecho Penal, Volumen 1. Editorial Jurídica Universitaria. México. 2004.
- **JIMÉNEZ**, de Asúa Luis, Teoría del Delito, Volumen 2. Editorial Jurídica Universitaria. México. 2004.
- **MAURACH**, Reinhart - Heinz Zipf, Derecho Penal, Parte General: Tomo I, Teoría General del Derecho Penal y Estructura del Hecho Punible, VII edición Alemana, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1994.

- **MAURACH**, Reinhart - Heinz Gossl Karl – Heinz Zipf, Derecho Penal, Parte General, Tomo II, Formas de Aparición del Delito y Consecuencias Jurídicas del Hecho, VII edición Alemana, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1995.
- **MUÑOZ**, Conde Francisco, Teoría General del Delito, Editorial Temis, Bogotá - Colombia, 1990.
- **PEÑA**, Cabrera Freyre Alfonso Raúl, Derecho Penal. Parte Especial. Tomo II. Editorial Moreno S.A. Idemsa. Lima – Perú. 2008.
- **RANIERI**, Silvio, Manual de Derecho Penal, Tomo I, Parte General, El Derecho Penal Objetivo, el Delito, Editorial Temis, Bogotá, 1975.
- **ROXIN**, Claus, Derecho Penal, Parte General, Tomo I, Fundamentos, la Estructura de la Teoría del Delito, 1997.
- **ROXIN**, Claus, Problemas Actuales de Dogmática Penal, I edición, Ara editores, Perú, 2004.
- **ROXIN**, Claus, La Teoría del Delito en la Discusión Actual, Editorial Jurídica Grijlei E.I.R.L., Perú, 2007.
- **SERRANO**, Maíllo Alfonso, Introducción a la Criminología. I edición, editorial ARA Editores. Perú, 2004.

- **VILLAVICENCIO**, Terreros Felipe, Derecho Penal, Parte General, I Edición, Editorial Grijlei E.I.R.L, Perú, 2006.
- **WELZEL**, Hans, Derecho Penal Alemán, Parte General XII Edición, Editorial Jurídica de Chile, Chile 1987.
- **ZAFFARONI**, Eugenio Raúl – Alagia Alejandro – Slokar Alejandro, Manual de Derecho Penal, parte general II edición, editorial Ediar, Argentina, 2006.