



UNIVERSIDAD DEL AZUAY

TENTATIVA DE VIOLACION

**Tesina previa a la obtención del título de
Especialista en Derecho Penal**

AUTOR: Dra. Gabriela Fárez S.

DIRECTOR: Dr. Gustavo Aboso

Cuenca 2008

ABSTRACT

The tentative constitutes the beginning of the execution of a crime that stops before reaching the consummation grade, the problem of the tentative it is the one of determining legally when it has not been passed over the limits of the preparatory act and when it has penetrated in the executive acts, with which the tentative appears as budget of the punibilidad. In the violation the tentative can be given, but in our legal classification he/she many times to the intimidation or the violence used in the violation like a preparatory act, and I don't eat the beginning of execution of the type.

RESUMEN

La tentativa constituye el comienzo de la ejecución de un delito que se detiene antes de alcanzar el grado de consumación, el problema de la tentativa es el de determinar jurídicamente cuando no se ha traspasado los límites del acto preparatorio y cuando ha penetrado en los actos ejecutivos, con los cuales aparece la tentativa como presupuesto de la punibilidad. En la violación puede darse la tentativa, pero en nuestro ordenamiento legal se confunde muchas veces a la intimidación o a la violencia empleada en la violación como un acto preparatorio, y no como el comienzo de ejecución del tipo.

AGRADECIMIENTO

Quiero agradecer profundamente a todos mis maestros a lo largo de esta especialización, quienes han sabido infundirme el conocimiento necesario para comprender mejor los problemas que nos trae el ejercicio de esta profesión.

Agradezco de manera especial a mi director de tesina al Dr. Gustavo Aboso, quien ha sabido guiarme y tener la paciencia necesaria para la terminación exitosa de este trabajo.

A todos ustedes, muchas gracias.

GABY

DEDICATORIA

Quiero dedicar este trabajo a Esteban, mi mejor amigo y compañero, la persona que ha estado a mi lado en mis mejores y peores momentos, la persona que me ha acompañado a lo largo de este periodo de aprendizaje con su presencia y apoyo, gracias por tu paciencia y entrega.

A Matías, mi mejor logro, gracias por comprenderme cuando no podía estar a tu lado, por no reprocharme el tiempo que te robe para hacer mis tareas y mis cosas, gracias por tus sonrisas y miradas, gracias por hacerme sentir la persona más importante de tu mundo.

A mi familia, gracias por el apoyo que siempre me han brindado, por estar conmigo festejando cada uno de mis logros, gracias por ser parte de mi vida.

GABY.

TENTATIVA DE VIOLACION

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El art. 512 del código penal ecuatoriano establece 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 los objetos, dedos u órganos distintos del miembro viril, a una persona de cualquier sexo, en los siguientes casos:

1. Cuando la víctima fuere menor de catorce años;
2. Cuando la persona ofendida se hallare privada de la razón o del sentido, o cuando por enfermedad o por cualquier otra causa no pudiera resistirse; y,
3. cuando se usare de violencia amenaza o de intimidación¹”.

La violación es delito en el cual puede darse la tentativa y en nuestro ordenamiento jurídico, se ha establecido en innumerables sentencia que mientras no exista una aproximación de los órganos genitales del sujeto activo, a los del sujeto pasivo, se puede considerar como “propósito” del agente, un simple y torpe desahogo lo que hubiera hecho encuadrar el hecho como un abuso deshonesto consumado, y no como tentativa de violación, ya que algunos juristas manejan el criterio de que las amenazas o intimidaciones sin dar a conocer su real propósito, son solamente actos

¹ Reformado por el art. 8 de la Ley 106, R.O. 365, 21-VII-1998 y sustituido el primer inciso por el art. 14 de la Ley 2005-2, R.O. 45, 23-VI-2005

preparatorios, y no actos que generan principio de ejecución del delito de violación.

Pero el Congreso Nacional, mediante Ley publicada en el Registro Oficial número 365 de 21 de julio de 1998, reformó el tantas veces mencionado artículo 512 del Código Penal, que desde entonces tipifica como violación: el acceso carnal, cuando exista introducción del pene en la persona de uno u otro sexo. El inciso tercero del artículo 2 del Código Penal preceptúa que: “Deja de ser punible un acto si una ley posterior a su ejecución lo suprime del número de las infracciones”. Cuando el Congreso Nacional reformó el artículo 512 de dicho Código, es indiscutible que dejó de ser punible como violación el mero acceso carnal² de dos personas de uno u otro sexo, cuando no haya penetración del pene³, salvedad que quedo corregida con la posterior reforma del art. 520 en el año 2005, cuando se agrego la opción de que dicha introducción podía ser total o parcial, permitiendo de esta manera que muchos de los delitos de violación sean penados correctamente.

Es por esto que como un aporte al ordenamiento jurídico ecuatoriano, tratare de establecer los límites entre tentativa y actos preparatorios, que mucho se confunden en el delito de violación.

2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. PRIMERA SALA DE LO PENAL. Quito, 15 de marzo de 1999. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- SALA DE LO PENAL.- Quito, a 6 de septiembre de 1993.

³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-PRIMERA SALA DE CASACION PENAL. Quito, a 1 de marzo de 1999. (Voto Salvado)

El bien jurídico protegido del delito de violación es la libertad sexual.

La Legislación Penal Ecuatoriana establece que la violación es el acceso carnal con persona de uno u otro sexo. Deja constancia de que la violación es uno de los más graves ilícitos penales en todo el mundo y que la víctima puede ser un ser humano de cualquier condición: hombre, mujer joven, vieja honesta o prostituta; pues lo que tutela la legislación penal es la libertad individual, el consentimiento, pues atiende a la esfera íntima, lo más respetable de la libertad individual y personal como es la libertad sexual⁴.

Para Donna, esta libertad “puede ser entendida desde el doble aspecto positivo-dinámico, por un lado como la capacidad de libre disposición del propio cuerpo a los efectos sexuales, es decir el consentimiento de la víctima de mantener trato sexual con terceros con arreglo a su querer libre y consciente. Por otro negativo-pasivo, esto es, la capacidad del sujeto para no ejecutar actos de naturaleza sexual que no desee⁵”.

El sujeto pasivo en este caso debe tener la libertad de escoger a su pareja sexual y tener el tiempo y la clase de comportamiento sexual que este quiera llevar a cabo. Esta libertad sobre su propio cuerpo llega hasta el respeto a la libertad ajena.

⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- SALA DE LO PENAL.- Quito, a 16 de noviembre de 1993; TRIBUNAL PENAL CUARTO DE PICHINCHA.- Quito, a 15 de Julio de 1996.

⁵ Donna Edgardo DERECHO PENAL PARTE ESPECIAL, Tomo I, 3ª edición, editorial Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2007, pag. 568

Tal entendimiento de la libertad sexual se da desde un doble punto de vista; comprende tanto la aceptación como la negativa al acto sexual o el análogo, sea en calidad de sujeto activo o pasivo del mismo, así como múltiples aspectos que constituye el ejercicio del derecho fundamental del ser humano, derecho consagrado en las diferentes tratados y convenios internacionales.

Pero también es cierto que dentro de o que determina el art. 512 del código penal ecuatoriano, no todo se basa en la libertad sexual, como es el caso de los menores o los incapaces, no se puede hablar ya de libertad sexual, como bien jurídico protegido, ya que este tipo de sujetos pasivos carecen de esa libertad, sea en forma provisional en el caso de los menores, o de manera definitiva en los incapaces.

Actualmente se habla mucho sobre la intangibilidad o indemnidad sexuales, que frente a la sexualidad de terceros debe otorgarse a estas personas. Mas que la libertad del menor o del incapaz, que obviamente no existe en estos casos, lo que se pretende es proteger la futura libertad o el normal desarrollo de su personalidad, para que cuando sea adulto decida en libertad y por si mismo su comportamiento sexual.

Dice Muñoz Conde que “en el caso del incapaz, se trata de evitar que sea utilizado como objeto sexual de terceras personas que abusen de su especial situación⁶”.

En mi opinión, estoy de acuerdo con quienes afirman que en el delito de violación sexual se afecta la libertad o la indemnidad sexuales, conforme el sujeto pasivo pueda consentir o no, tener mínimo entendimiento del hecho. Como lo señala el artículo 512 numeral 2 del Código Penal, que establece la violación de persona en estado de inconsciencia, o en la imposibilidad de resistir, el bien jurídico sería la libertad sexual, ya que ésta se encuentra quebrantada por el sujeto activo al poner a su víctima en estado de inconsciencia o en la imposibilidad de resistir, lo cual anula su voluntad. Por otra parte, cuando el mismo artículo y numeral prevé la violación de personas que por enfermedad o por cualquier otra causa se encuentra en incapacidad de resistir; en este caso el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual de la víctima, pues se entiende que ésta no goza de la libertad sexual en sentido positivo-dinámico y negativo-pasivo.

3. CONCEPTO DE VIOLACIÓN.

El art. 512 del Código penal ecuatoriano establece como violación el “acceso carnal con introducción total o parcial del miembro viril⁷”, contra o

⁶ MUÑOZ CONDE Francisco, DERECHO PENAL, PARTE ESPECIAL, 4ª edición, editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2000, pag. 196

⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SEGUNDA SALA DE LO PENAL. Quito, 4 de mayo de 1998.

sin la voluntad de ésta y para lograr su propósito el culpable usa la fuerza o la intimidación, cuando la víctima fuere menor de doce años, “o la ofendida se hallare privada de la razón o del sentido; o cuando por enfermedad o por cualquiera otra causa no pudiese resistir⁸”.

Nuestro Código Penal utiliza el vocablo “violación” para referirse al delito sexual, no solo cuando hay un ataque físico a la víctima, sino también cuando la coloca en una situación de indefensión, utilizando cualquier medio para que el sujeto pasivo pueda sufrir el abuso sexual, contra su voluntad.

También se debe entender por acceso la acción de acercamiento, cópula o el ayuntamiento carnal. Las dos acepciones del vocablo llevan a cierta confusión, pues, “no es lo mismo el mero acercamiento de los órganos sexuales, que la cópula carnal plena entre los sujetos activo y pasivo.

Algunos tratadistas consideran al acceso carnal a la simple aproximación de los órganos genitales pudiendo “tratarse aun de una introducción incompleta⁹”. Al respecto el CPE es claro ya que establece la posibilidad de que dicho acceso sea parcial.

⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SEGUNDA SALA DE LO PENAL. Quito, octubre 7 de 2003.

⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. PRIMERA SALA DE LO PENAL. Quito, 1 de marzo de 1999.

Según Muñoz Conde, “el termino atentado contra la libertad sexual exige contacto corporal entre los sujetos activo y pasivo¹⁰,”

Para Carlos E. Edwards “el acceso carnal se caracteriza por la penetración, lo cual limita la posibilidad de quien podía ser sujeto activo de la violación, restringiéndola exclusivamente al varón; no se exige que la penetración sexual fuese completa, ni la eyaculación ni la desfloración¹¹”.

Los elementos constitutivos de la violación son la utilización de la violencia o intimidación para someter la voluntad de la víctima¹², y luego debe existir el acceso carnal en el sentido más técnico, que considera a la mera aproximación de los órganos genitales¹³.

4. CONCEPTO DE TENTATIVA Y SU PROBLEMÁTICA EN LESIONAR BIENES JURÍDICOS. (CASO)

“Para comenzar debemos decir que existen varias etapas en la realización de un hecho punible doloso, que según la doctrina consisten en la ideación, la preparación, la ejecución, y la consumación¹⁴,”

- La ideación es un proceso interno que se desarrolla en la mente del autor, en el cual se elabora un plan, se eligen los medios necesarios

¹⁰ MUÑOZ CONDE Francisco, DERECHO PENAL, PARTE ESPECIAL, 4ª edición, editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2000, pag. 196

¹¹ EDWARDS Carlos E., Delitos Contra la Integridad Sexual, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1999, pag. 26.

¹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA DE LO PENAL.- Quito, diciembre 20 de 1996.- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SEGUNDA SALA DE LO PENAL.- Quito, 12 de mayo de 1999.

¹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. PRIMERA SALA DE LO PENAL. Quito, 1 de marzo de 1999.

¹⁴ MUÑOZ CONDE Francisco, Derecho Penal Parte General, Tirant lo Bichan Valencia 2000 pág., 472

para llevar a cabo este plan, y con todo el plan ya estudiado y elaborado, se pasa a la siguiente etapa;

- La preparación consiste en disponer los medios necesarios para llevar a cabo el plan ideado por el autor;
- La etapa de ejecución comienza cuando el actor pone en práctica todos los elementos por él preparados en la etapa anterior, se comienza a ejecutar su plan, y por último se llega a;
- La consumación, en el cual se completa la parte objetiva del tipo realizado por el sujeto activo.

De estas cuatro etapas solo interesa al derecho penal la ejecución y la consumación, ya que “la simple decisión de delinquir no manifestada al exterior es irrelevante para el derecho penal¹⁵” ya que el derecho penal se ocupa solamente de los actos humanos. Y de estas dos la tentativa es la que más problemas trae ya que se ubica entre la preparación y la consumación.

Se diferencia de la preparación, porque allí se genera la puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos, y se diferencia de la consumación, porque la tentativa no puede llegar a cumplir la parte objetiva del tipo.

¹⁵ MUÑOZ CONDE Francisco, obra citada.

Para Welzel “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 delictivo¹⁶”. Por su parte Mir Puig, nos dice que la tentativa “concorre cuando se da comienzo a los actos de ejecución pero no se realiza todos los que sería preciso para completarlo¹⁷”. Y Bacigalupo introduce a estos conceptos la necesidad de que no exista esta consumación por circunstancias ajenas a la voluntad del autor

El Código penal ecuatoriano en su art. 16 dispone que “Quien realice 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”.

“Los Códigos modernos asimilan la tentativa al delito frustrado para efectos de la pena aun cuando ontológicamente no lo fueren, considerándose que el delito tentado, tiene ligar cuando el sujeto no finaliza la actividad delictiva¹⁸” por causas ajenas a su voluntad.

Entonces podríamos determinar a la tentativa como una etapa en la realización de un hecho punible doloso, etapa importante por cuanto se comienza a poner en práctica todo el plan elaborado por el actor, sus actos

¹⁶ WELZEL Hans, Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile, 1969, pág. 263

¹⁷ MIR PUIG Santiago, Derecho Penal Parte General, PPU Promociones Publicaciones Universitarias 1985 pág. 288

¹⁸ ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, Derecho Penal Parte General, Ara Editores, 3° Edición Lima Perú, pág. 163.

ingresan a la esfera del derecho penal en la cual es punible, pero por causas ajenas a la voluntad del actor, las cuales no estaban previstas en su plan, estos actos no llegan a su objetivo final cual es la consumación de un hecho delictivo.

“La tentativa se caracteriza por la falta de algún elemento del tipo objetivo, por lo mismo el tipo subjetivo (dolo) permanece idéntico a la consumación. La distinción entre el delito consumado y la tentativa reside en que en esta última el tipo objetivo no está completo...¹⁹”.

Los elementos constitutivos de la violación son la utilización de la violencia o intimidación para someter la voluntad de la víctima²⁰, y luego debe existir el acceso carnal en el sentido más técnico, que considera a la mera aproximación de los órganos genitales²¹.

Los criterios que anteceden ilustran al juzgador ecuatoriano sobre las condiciones que deben cumplirse para que exista tentativa de violación, 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

¹⁹ BACIGALUPO Enrique, Derecho Penal Parte General, Ara Editores Lima Perú 2004, pag 354

²⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- PRIMERA SALA DE LO PENAL.- Quito, diciembre 20 de 1996. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA – SEGUNDA SALA DE LO PENAL.- Quito, 12 de mayo de 1999.

²¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. PRIMERA SALA DE LO PENAL. Quito, 1 de marzo de 1999.

violación, es el acceso carnal, de acuerdo con el art. 512 del Código penal ecuatoriano. Acceso es la penetración del órgano masculino en la cavidad vaginal o anal. La tentativa tiene que llegar a este acto, al acceso, aunque no existiere penetración porque en este último caso, se consumaría el hecho, por lo que tendría que existir una proximación del órgano sexual masculino al orificio de penetración de la víctima;

b) **No consumación del hecho por causas extrañas a la voluntad de la gente;** las cuales no son contempladas en su plan, por la intervención fortuita de un tercero, o por una resistencia por parte de la víctima, y por estas razones no pueden ser evitadas.

c) **Tipicidad Subjetiva: El Dolo.** Es necesario e importante que se mantenga el dolo en la tentativa, ya que al existir dolo desde el comienzo de ejecución del acto delictivo, este se mantiene en todas sus etapas, aunque se diferencia del dolo de delito consumado por una adecuación típica incompleta, por la falta de consumación.

En materia de valoración de tentativa de violación, el juzgador exige la aproximación del miembro viril a la vagina de la víctima²², el hecho de intimidarla o engañarla²³, no se establece como tentativa, sino actos preparatorios o realizaciones externas, no punibles en este caso, aun a título

²² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SEGUNDA SALA DE LO PENAL. Quito, 20 de noviembre de 1997.

²³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA-PRIMERA SALA DE CASACION PENAL. Quito, a 1 de marzo de 1999. (Voto Salvado)

de atentado impúdico, por no haber llegado a tocamientos en zonas eróticas de la víctima²⁴.

Con este ejemplo pretendo aclarar la problemática que existe en nuestra legislación en delimitar los actos preparatorios de la tentativa.

En principio, no es necesario un acercamiento del miembro viril para la configuración del delito de violación, en mi opinión, la sola existencia de las amenazas, violencia o intimidación ejercida sobre la víctima para tener acceso carnal, ya se comienza a configurar el tipo penal, muy distinto sería el aseo, o tener un cuarto para llevar a la víctima a ese lugar, estos serían considerados como actos preparatorios, y no la violencia o amenazas (parte de la violación) como lo manifiestan nuestros juristas en sus fallos.

“No se sanciona el peligro en la tentativa, dado que no es un tipo de peligro, sino la violación imperfecta de la norma penal -pero en fin de cuentas vulneración-, aceptando que es una forma degradada del delito perfecto por la consumación y que la alarma social es la razón político criminal por la que el legislador incrimina en general los delitos, puesto que en general causan alarma en mayor o menor medida.”²⁵”

²⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.- SALA DE LO PENAL.- Quito, a 10 de noviembre de 1993.

²⁵ ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, Derecho Penal Parte General, Ara Editores, 3º edición Lima, pág. 168

“El criterio de la puesta en peligro es decisivo en todas las limitaciones objetivas del castigo de la tentativa; en los casos en que no se tome en cuenta una tal puesta en peligro, falta el interés de castigar²⁶”.

Se destaca entonces que “la antijuricidad de la tentativa será la reprobación objetiva (juicio de valoración objetiva) de un actuar doloso, que no logra conseguir la finalidad propuesta, pero que pone en peligro el bien jurídico protegido²⁷”.

“El primer examen estará dirigido a verificar si el acontecimiento está contemplado consumadamente en una hipótesis prevista por el legislador como delictiva, esto es comprobar si el hecho es típico, tipicidad que (...) se conforma por la suma de los elementos materiales u objetivos del delito y los subjetivos²⁸”.

5. TEORÍAS MÁS REPRESENTATIVAS.

- **Teoría Subjetiva.-** Según esta teoría, lo necesario para diferenciar a la tentativa de los actos preparatorios lo encontramos en la voluntad del autor, al plan que tenga éste.

²⁶ MEZGER Edmund, Derecho Penal T.I Valletta Ediciones 2004 Buenos Aires, pág. 198

²⁷ ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, Derecho Penal Parte General, Ara Editores, 3º edición Lima, Pág. 174.

²⁸ ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, Derecho Penal Parte General, Ara Editores, 3º edición Lima, Pág. 173.

- **Teoría Objetivo-Formal.-** La tentativa comenzaría con el “inicio de la acción descrita en el tipo en el sentido estricto²⁹”. Se atiende a la puesta en peligro descrita por el legislador, para cada tipo penal.
- **Teoría Objetivo-Material.-** Esta teoría está basada en la *formula de Frank* “son ejecutivos los actos que se hallan de tal forma unidos a la acción típica, que según la concepción natural aparecen como parte suya³⁰”. O que “produce una inmediata puesta en peligro de bienes jurídicos³¹”.
- **Teoría Objetiva-Individual.-** En esta se une la teoría subjetiva con la objetivo-material. Se toma en cuenta “la imagen que tiene el autor del curso de los acontecimientos y luego...su comportamiento está ligado a la acción típica, que no hay eslabones intermedios...³²”.

Las teorías objetivas fijan el comienzo de la punibilidad en el peligro recorrido por el bien jurídico, mientras las subjetivas lo hacen en la exteriorización de la voluntad de lesionar, aunque no lo pongan concretamente en peligro.

²⁹ MIR PUIG Santiago, Derecho Penal, Parte General, PPU, Promociones Publicaciones Universitarias, 1985, pág. 289

³⁰ Cit. MIR PUIG Santiago, Derecho Penal Parte General, 7ª edición BdeF, Buenos Aires, 2007 pág. 290

³¹ WELZEL Hans, Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile, 1969, pág. 262

³² MUÑOZ CONDE Francisco, Derecho Penal, Parte General, Tirant lo Blanch Valencia 2000 pág., 479

6. TOMA DE POSICIÓN

Como hemos visto la doctrina tradicional ha recurrido a criterios que permiten fijar el comienzo de ejecución desde una perspectiva objetiva, subjetiva, o incluso, criterios mixtos.

La formulación más restrictiva de la primera -teoría formal objetiva-, el que requiere que el acto ejecutivo se trate de un acto que haya ingresado “en el círculo de la acción expresado por el verbo principal del tipo -comenzar a matar, comenzar a tener acceso carnal³³”, 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 custodia³⁴”.

“La distinción entre acto preparatorio y tentativa no se puede resolver sin la referencia al tipo delictivo concreto en el que se plantee el

³³Gaceta Judicial. Año LXXXIV. Serie XIV. No. 6. Página 1408 (Quito, 7 de mayo de 1984) Al respecto establecen que acceso carnal equivale a coito, yacimiento o relación sexual condicionada a la introducción del órgano masculino, de modo completo o incompleto, normal o anormal.

³⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SEGUNDA SALA DE LO PENAL.- Quito, diciembre 17 del 2001.

problema y siempre atendiendo a que el hecho, de todas formas puede ser castigado sobre la base a otros preceptos que lo tipifiquen expresamente³⁵”.

La tentativa para ser punible necesita ser un fenómeno externo, y que genere una puesta en peligro para el bien jurídico protegido, los pensamientos, los deseos pertenecen al ámbito privado, y por lo mismo no son socialmente peligrosos.

Por lo tanto estoy de acuerdo en determinar “el principio de ejecución desde afuera, como el ponerse en una actividad inmediata a la acción típica³⁶”.

Con esta teoría se determina que la tentativa se presenta cuando el autor da principio inmediatamente a la ejecución del tipo, pero no estoy de acuerdo con lo que muchos doctrinarios llaman la “puesta en peligro”, ya que considero que existe una efectiva lesión del bien jurídico protegido, aunque el resultado fuere menor, como en el caso de que se intenta matar, pero se consigue solo lesionarlo, ya existe una violación a la norma y una lesión al bien jurídico.

³⁵ MUÑOZ CONDE Francisco, Derecho Penal Parte General, Tirant lo Blanch Valencia 2000 pág., 481

³⁶ WELZEL Hans, Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile, 1969, pág. 263

También considero que, por el estudio que he realizado la mejor manera para diferenciar los actos preparatorios de la tentativa se debería recurrir a la redacción de cada delito de la parte especial determina para la protección de los bienes jurídicos, ya que como vimos en el caso planteado, muchos de los elementos que configura el delito son tomadas como actos preparatorios, y no como comienzo de ejecución del tipo penal.

Es necesario que la tentativa y el acto preparatorio tengan parámetros claros para evitar que algunos actos queden impunes y otros se abuse de la norma penal, pero también es cierto que cada tipo penal tiene sus elementos que nos pueden servir para determinar esta diferencia. Todavía es bastante generalizado la errónea creencia de que en el delito de violación no se da la tentativa y que solo es admisible la consumación, por suponerse, equivocadamente, que una violación fallida, incompleta, imperfecta o no consumada, asume las características de un delito distinto, independiente, autónomo, como es el atentado contra el pudor.

Este error se origina en una lamentable confusión de los propósitos o fines que persigue el delincuente en cada uno de esos dos delitos; propósitos o fines que no son iguales, sino distintos, como distinto es también el dolo u objetividad jurídica, así como el bien jurídico tutelado por la ley.

Desde hace mucho tiempo doctrinarios de reconocida trayectoria, protestaban, indignados, de que se quisiera confundir el atentado contra el

pudor con la tentativa de violación. Ya entonces, se podía apreciar que la violación, como tantos otros delitos, admite perfectamente el grado de tentativa y que tal tentativa constituye una infracción distinta del atentado contra el pudor, pues que si en el primer delito, el delincuente se proponía realizar el ayuntamiento carnal, en el segundo, en cambio, solo se proponía efectuar un acto libidinoso distinto del acceso carnal, no pudiendo por tanto, una violación incompleta, en que el dolo o intención tenía que estar claramente enderezado hacia este fin, cuando se comienza con las amenazas y la intimidación, se comienza a desarrollar el tipo penal, y mas aun si estas amenazas van dirigidas al acceso carnal.

La tentativa no es sino un delito que no llega a completarse, que no llega a perfeccionarse por causas extrañas al delincuente. En esencia, no es más que eso, cualesquiera que sea la manera como se la formule. Tanto dentro de la vieja y formula del principio de ejecución, como dentro de otras formulas actualmente patrocinadas, como la de la idoneidad y univocidad de los actos, la tentativa no es ni más ni menos que un delito imperfecto, un delito que, por no completarse todos los extremos del tipo legal, no llega a perfeccionarse o consumarse.

7. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- BACIGALUPO Enrique, Derecho Penal Parte General, Ara Editores Lima Perú 2004.
- CARRARA Francesco, Programa de Derecho Criminal Parte General, Vol. I Ed. Temis S.A. Bogotá Colombia 2004.
- CERZO MIR José, Temas Fundamentales del Derecho Penal, T. II, Ed. Rubinzal Culzóni 2002.
- EDWARDS Carlos, Delitos Contra la Integridad Sexual, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1999
- FONTAN BALESTRA Carlos, Tratado de Derecho Penal Parte General T.II Abeledo-Parrot, Buenos Aires.
- HIRSCH Hans Joachim, Obras Completas, Ed. Rubinzal Culzóni 2005
- MAURACHI Reinhasrt - GÖSSEL Kart Heinz - ZIPF Heinz, Derecho Penal Parte General, Astrea 1995.
- MEZGER Edmund, Derecho Penal T.I Valletta Ediciones 2004 Buenos Aires.
- MIR PUIG Santiago, Derecho Penal Parte General, 7° edición, BdeF, Buenos Aires, 2007.
- MUÑOZ CONDE Francisco, Derecho Penal Parte General y Parte Especial, Tirant lo Bichan Valencia 2000.
- NAUCKE Wolfgang, Derecho Penal Parte General, Astrea 2006.
- ROXIN Claus, Derecho Penal, Parte General, Civitas 1997.
- WELZEL Hans, Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile, 1969.

- ZAFFARONI Eugenio Raul Tratado de Derecho Penal Parte General IV Ed. Cardenas México.
- ZAMBRANO PASQUEL Alfonso, Derecho Penal Parte General, Ara Editores, 3° Edición Lima Perú.

INDICE

ABSTRACT.....	i
RESUMEN.....	ii
AGRADECIMIENTO.....	iii
DEDICATORIA.....	iv

TENTATIVA DE VIOLACION

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	1
2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO.....	2
3. CONCEPTO DE VIOLACIÓN.....	5
4. CONCEPTO DE TENTATIVA Y SU PROBLEMÁTICA EN LESIONAR BIENES JURÍDICOS. (CASO).....	7
5. TEORÍAS MÁS REPRESENTATIVAS.....	13
6. TOMA DE POSICIÓN.....	14
7. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.....	19
8. INDICE.....	22